

PROF. AVV. ANGELO MANGIONE

Associato di diritto penale

LUMSA – Palermo

LA ‘SITUAZIONE SPIRITUALE’ DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il paradigma di legittimazione della confisca di prevenzione. - 3. Le fattispecie di pericolosità: modellistiche progettuali. - 3.1. Ricadute applicative e crepe concettuali: le presunzioni di pericolosità. - 4. La frattura dell’equilibrio: la ‘confisca disgiunta’. - 5. La ricerca di nuovi equilibri: dalla sentenza Occhipinti alle Sezioni Unite Spinelli. - 6. Percorsi giurisprudenziali di un’identità: ‘freni conservatori’ ... - 6.1. La pericolosità qualificata e la presunzione della sua persistenza. - 6.1.2. La confisca *post-mortem* e lo statuto difensivo dell’erede. - 6.1.3. L’evasione fiscale e il parossismo confiscatorio. - 6.1.4. Stereotipi culturali, stili e di vita e ideali mafiosi. - 6.2. (Segue): ... e ‘spinte progressiste’ nella giurisprudenza. - 6.2.1. Il progressivo abbandono della presunzione di pericolosità qualificata. - 6.2.4. Il modello ‘bifasico’ di accertamento della pericolosità. - 7. Alla ricerca di un ‘*rationale*’. - 8. Verso un’unica *res iudicanda*? - 8.1. Il dominio del fatto: il ruolo sistemico della revocazione della confisca. - 8.2. (Segue): la ‘grammatica della prova’ nella più sensibile lezione della Suprema Corte. - 9. La confisca di prevenzione e la maschera di Pirandello.

1. *Premessa*. - Il tema del V convegno annuale dell’associazione italiana dei professori di diritto penale coglie molto bene lo spirito del tempo. “*Delle pene senza delitto*”: poche e chiare parole – così come avrebbe voluto Beccaria – chiamate a fissare in un’istantanea la cornice del convegno. La cui tela mi sembra voler ricercare l’immagine del vero, splendidamente celata per anni dietro la ritualità delle forme giuridiche della prevenzione *preater delictum*.

Siamo forse giunti al capolinea di un lento ma affascinante percorso culturale. Aspro e tortuoso l’itinerario, solcato da un viandante – la giurisprudenza – il cui diario di viaggio è un *amarcord* animato da potenti pulsioni antagoniste. Certo, tutti i processi di maturazione richiedono tempo e difficilmente mantengono quel che promettono. Eppure, non credo sia un caso la recente e straordinaria proliferazione di interventi delle Sezioni Unite e della Corte costituzionale in tema di misure di prevenzione. Se queste avvisaglie colgono nel segno, il V convegno della nostra associazione allora può rappresentare una preziosa occasione per offrire un solido contributo ad un’opera cui coralmemente dovrebbero partecipare *iudices* e *doctores*.

2. *Il paradigma di legittimazione della confisca di prevenzione*. - Per lungo tempo la legittimazione costituzionale delle misure di prevenzione è stata pacificamente rimossa dall’agenda politica e culturale: relegata in un cantuccio della memoria la splendida stagione di cui è testimone

il convegno di Alghero¹, la ragion di Stato e le esigenze politico criminali innescate dalla criminalità organizzata hanno preso il sopravvento. Complice lo stragismo mafioso, nel lavabo della giustizia penale si son dovuti sciacquare ben altri e drammatici panni.

Un'antica quanto abusata sapienza ha fornito il paradigma di legittimazione concettuale e costituzionale: di ascendenza tomistica, l'*homo periculosus* ambisce a rappresentare la sintesi di una cupa dialettica, quella fra la "malvagità dell'atto" e la "malvagità dell'uomo"². Con geometrico rigore, il fatto è destinato a fungere da epicentro del processo penale e la colpevolezza per il fatto è il simmetrico rimprovero per quella libera scelta. La *pericolosità sociale* prescinde dal fatto perché ambisce a prevenire la scelta per il fatto attraverso il controllo sulle condizioni al contorno che governano l'esercizio della libertà personale e attraverso la neutralizzazione del diritto alla proprietà e all'iniziativa economica. La tecnica giuridica assegna una forma: è la *prognosi* ossia l'attualizzazione di una conformazione della personalità tesa alla futura commissione di delitti o di non meglio precisate condotte antisociali³. La legalità preventiva è assicurata dalla necessità che la prognosi (del futuro) poggi sull'esame (del passato ossia) di circostanze ed elementi indizianti di determinati delitti⁴.

In quest'architettura di sistema, la legittimazione della confisca è presto declinata. Il vincolo di (quasi) necessaria presupposizione che la avvince alla previa irrogazione della sorveglianza speciale estende l'ombrello protettivo della pericolosità sociale personale anche al distinto tema della giustificazione della ablazione di beni in valore sproporzionato rispetto alle capacità reddituali o dall'indimostrata lecita origine⁵.

Persino le Sezioni Unite e la Corte costituzionale, con le celebri sentenze del '96, non prendono ancora sul serio la questione. Dovendo decidere sulla legittimità della confisca dei beni in caso di sopravvenuto decesso del proposto, le alte corti domestiche si trincerano dietro una soluzione di compromesso: la confisca di prevenzione quale *tertium genus* che mira a rimuovere dal circuito legale i beni di origine illecita⁶.

¹ Insuperabile la lezione di F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, pp. 42 ss.

² F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 18 ss.

³ M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, spec. pp. 31 ss.

⁴ Fondamentale, sul punto, il pensiero di P. NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 197 ss.; ID., voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, pp. 634 ss.

⁵ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, pp. 114 ss. Con rilievi critici, G. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in G. FIANDACA, S. COSTANTINO, a cura di, *La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1985, pp. 125 ss.

⁶ S.U., 17.7.1996, n. 18; Corte cost., n. 335/1996.

La debolezza teorica della soluzione è compensata da una buona dose di saggezza pratica⁷. La confisca mantiene un collegamento con la pericolosità sociale in quanto deve necessariamente poggiare su una previa delibazione, anche sommaria qual è quella solitamente effettuata in sede di sequestro *ante causam*, in ordine alla sussistenza degli indizi di pericolosità sociale del defunto titolare dei beni presi di mira⁸. Una pretesa, questa, che la giurisprudenza manterrà ferma anche dopo la riforma operata con i pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009: perché consapevole punto di equilibrio e tassello di giustificazione di una confisca che – nonostante la morte – non si lascia irretire dalle suadenti sirene dell'*actio in rem* al cui canto preferisce la più rassicurante rotta della pericolosità sociale personale⁹.

Col senno del 'poi' bisogna ammettere che non era lecito pretendere di più: i tempi non erano ancora maturi. E del resto, anche sul versante dell'incidenza pratica la questione si manifestava circoscritta all'ipotesi davvero marginale della pre-morienza del proposto. Ecco perché non deve stupire la fretta con cui la delicata questione è stata liquidata: una formuletta il cui straordinario successo editoriale – ossia il suo indice di citazione nella giurisprudenza successiva – è la miglior riprova della sua neutralità di fondo.

3. *Le fattispecie di pericolosità: modellistiche progettuali.* - La liturgia della misura di prevenzione a lungo è rimasta sorda al confronto. E ciò ne ha favorito libertà di sviluppo ed espansione oltre i suoi originari territori.

A testimonianza dello straordinario successo della confisca di prevenzione vi è la progressiva espansione delle classi di delitto il cui indizio ne legittima la proposizione¹⁰. La tecnica è collaudata e l'officina giuridica partorisce fattispecie di pericolosità soggettiva modellandole sul calco offerto dalle corrispondenti fattispecie di reità: un elemento processuale, l'indizio, s'innesta su un elemento sostanziale (un delitto o una classe omogenea di delitti) e per tal via si forgia di volta in volta una nuova categoria di soggetti pericolosi destinatari delle misure *ante delictum*¹¹. E così il baricentro

⁷ Ancora attuale, P.V. MOLINARI, *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3609.

⁸ Cass., 17.5.2013, n. 39204; Cass., 18.12.2012, n. 10153; Cass., 13.1.2011, n. 5361. Altresì, Corte cost., n. 21/2012.

⁹ Per tutti, sul punto, A.M. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI, a cura di, *Scenari di Mafia*, Torino, 2010, pp. 269 ss.

¹⁰ A.M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in *La giustizia penale preventiva*, Milano, 2016, p. 27.

¹¹ Mi piace ricordare i lavori di: A.A. CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967; M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 283 ss. Più da recente, G. PIGNATONE, *Le recenti modifiche alle misure di prevenzione patrimoniale (l. 125/2008 e l. 94/2009) e il loro impatto applicativo*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI, a cura di, *Scenari di*

della misura di prevenzione si è silenziosamente allineato e sovrapposto a quello della pena: emblematici sono oggi gli artt. 1 e 4 d.lgs. n. 159/2011, ove l'elenco di fattispecie soggettive è selezionato sulla commissione di tassative ipotesi delittuose¹².

La trasfigurazione ha avuto straordinario successo e le ragioni sono eminentemente pratiche. Due su tutte.

Le positive ricadute sul terreno del diritto di difesa. L'arricchimento descrittivo del tipo pericoloso perseguito col richiamo a ipotesi delittuose si è tradotto in un maggior rigore nell'accertamento probatorio. La dialettica processuale ha così simmetricamente ampliato il perimetro del *thema probandum* di volta in volta posto dagli elementi oggettivi di fatto contenuti nella proposta di prevenzione. E per tal modo, il controllo sulla motivazione e l'impugnazione in appello hanno acquistato succo e sostanza.

La familiarità di un siffatto modello con l'abito professionale del giudice. La omologazione della fattispecie di pericolosità a ipotesi e categorie delittuose e la logica indiziaria dell'accertamento sugli elementi di fatto costituiscono una 'modellistica' e procedono con 'operazioni logiche' già appartenenti alla cassetta degli attrezzi del giudice. Sicché l'abito del giudice della prevenzione solo apparentemente rivendica una sua peculiarità e diversità: non solo per la comune provenienza dei magistrati della prevenzione dall'area del 'penale', ma soprattutto perché il modello decisorio che in quella sede devono adottare non è dissimile da quello cui sono già adusi in sede penale.

3.1. *Ricadute applicative e crepe concettuali: la presunzione di pericolosità.* - Se questi fattori hanno contribuito a rafforzare il diritto di difesa, al contempo hanno aperto la prima seria (ancorché non compresa) breccia nell'edificio concettuale della pericolosità sociale.

E invero, da un lato, la progressiva e concentrica degradazione del tipo pericoloso nel tipo di reato ha condotto negli ultimi anni la giurisprudenza a esplorare con successo pratico una nuova dimensione di pericolosità comune: quella animata da autori di delitti di criminalità economica, le cui condotte sono segnate dalla serialità e abitualità nel tempo¹³.

Mafia, cit., p. 315.

¹² Avevo già osservato (*Le misure di prevenzione*, in A. CADOPPI et al., a cura di, *La punibilità e le conseguenze del reato*, p.g., Torino, 2014, pp. 446 ss.) che una simile traslitterazione di piano alla lunga avrebbe finito per innescare effetti sistemici: le fattispecie di pericolosità "più che sforzarsi di esprimere seriamente una dimensione prognostica, finiscono col limitarsi ad offrire elementi già di per se valutabili in una dimensione diagnostica consolidando così un orizzonte normativo composto da 'presunti autori di reati' ... Sul piano ontologico, il fatto di reato nel suo accadimento storico permane sospeso nel mondo delle prequalificazioni giuridiche, e riceve la dignità formale-nominalistica di 'reato' o di 'misura di prevenzione' a seconda della progressione indiziaria o della bontà del materiale probatorio in atto disponibile".

¹³ Fra le tante: Trib. Trapani, 31.8/2.9.2010 proc. n. 68/2010 r.m.p.; Trib. Milano, 24.6.2016; Trib. Milano, 16.2.2016; Trib. Roma, 16.9.2014; nonché v. Cass., 10.6.2013, rv 256450.

Dall'altro lato, l'interpretazione della pericolosità sociale qualificata che per decenni ha dominato la scena della confisca antimafia – *id est*: una volta appurato l'inserimento o la contiguità alla consorteria mafiosa ex art. 1 l. n. 575/65, il giudice è dispensato dal ricercare la prova dell'attuale e perdurante pericolosità sociale del proposto (la cui unica speranza è dimostrare ciò che quasi sempre è indimostrabile: la dissoluzione dell'associazione o il recesso dalla stessa)¹⁴ – costituisce una contraddizione in termini solo se si prende sul serio il concetto di pericolosità sociale. Se invero la finalità della misura è quella di neutralizzare una personalità antisociale, essa non può che logicamente postulare un accertamento nella sua attuale dimensione esistenziale. E non solo, ma nella prospettiva della prognosi rivolta al futuro, di per sé solo, il fatto storico pregresso e dimostrativo della vicinanza agli interessi dell'associazione mafiosa non può di certo seriamente assumersi quale probabilità (o finanche possibilità) della futura commissione di delitti¹⁵.

La contraddizione si scioglie se d'incanto si estromette dal costrutto giustificativo l'orpello della pericolosità sociale: la confisca di prevenzione mira a colpire e sanzionare i proventi anche indiretti di condotte e fatti delittuosi, senza che sia necessario fornire la prova del nesso di pertinenzialità ossia della derivazione del bene preso di mira dal singolo reato che l'ha generato. Invero, il *thema probandum*, la corrispondenza della decisione ai fatti e agli indizi contestati al proposto e dunque le reali ragioni che conducono all'applicazione della confisca risiedono in un giudizio e in una sequenza di operazioni logiche e inferenze probatorie che nulla hanno a che fare con la meccanica della prognosi. Tant'è che sia la presunzione elaborata dalla giurisprudenza sia il suo contenuto non ammettono la falsificazione né del metodo né del merito: e infatti non è neppure possibile sottoporre al controllo di legittimità la risposta sul punto fornita dal giudice del merito.

Anche il perimetro del contraddittorio è emblematico, perché le buone ragioni del proposto rivelano tutte le loro *chances* di successo se mirano: *a*) alla demolizione della consistenza e storicità degli indizi fattuali e alla confutazione delle fonti di prova a carico, con l'unico e assorbente obiettivo di sterilizzare gli elementi dimostrativi della vicinanza o dell'inserimento del proposto nell'organizzazione mafiosa; *b*) alla individuazione e valorizzazione di fatti, episodi, documenti e fonti di prova inconciliabili con l'ipotesi dell'inserimento o della contiguità all'associazione mafiosa. Ben sapendo che per neutralizzare la proposta applicativa occorre vincere dubbi, ombre e incertezze e che lo statuto della plausibilità è una carta in mano alla sola autorità proponente.

¹⁴ Fra le tante: Cass., 5.1.2005, in Ced 231448; Cass., 12.1.2006, n. 1023; Cass., 1.12.2011, n. 15683; Cass., 15.1.2013, n. 3809; Cass., 17.5.2013, n. 39205; Cass., 10.4.2014, rv 262257. Fra i giudici di merito, per tutti: Trib. Agrigento, 17.12.2014, n. 67, proc. n. 72/09+43/2013 r.m.p. spec. p. 32 ss.

¹⁵ Volendo, A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, pp. 71 ss., spec. pp. 132 ss.

4. *La frattura dell'equilibrio: la 'confisca disgiunta'*. - La questione della legittimazione della confisca di prevenzione diviene improvvisamente seria con l'approvazione dei "pacchetti-sicurezza" (l. n. 125/2008 e l. n. 94/2009): il cuore della riforma risiede nel comma 6 *bis* dell'art. 2 *bis* l. n. 575/65, che disciplina per la prima volta sia i casi in cui è possibile procedere alla confisca dei beni del morto, sia e soprattutto la possibilità di richiedere nei confronti di un soggetto in vita la sola misura patrimoniale, in forma disgiunta cioè da quella personale, a prescindere dall'attualità della pericolosità sociale dello stesso. E siffatto modello è riproposto, con maggior padronanza legislativa, nell'attuale art. 18 d.lgs. n. 159/11: esso costituisce il fattore d'innescio di un processo di destrutturazione ormai irreversibile.

Come in qualunque impresa, all'inizio si procede per tentativi e correttivi. La prospettiva di una confisca di prevenzione che prescinde dalla pericolosità sociale del soggetto incute un immediato timore: che essa si sia trasformata in una sanzione penale senza colpevolezza, come tale destinata ad avviare l'effetto domino dell'incostituzionalità del sistema *preater delictum*.

Vi è così chi, nella convinzione di scongiurare tale eventualità, evoca visioni moderne e modellistiche di oltre confine per legittimare una diversa forma di pericolosità sociale: la *pericolosità reale* del bene, una sua caratteristica intrinseca che di per sé giustificherebbe, anche costituzionalmente, l'ablazione e la eliminazione della *res* dal circuito legale¹⁶. Così la pericolosità diviene una qualità dell'essere, una proprietà ontologica del bene – determinata dalle illecite modalità di acquisizione ovvero dalla mancata giustificazione della provvista impiegata per il suo acquisto o, in alternativa, dalla mancata giustificazione della sperequazione fra patrimonio e capacità reddituale.

In realtà *nihil novi sub soli*: questioni simili erano già apparse per giustificare l'introduzione della confisca di cui all'art. 240 c.p.¹⁷. E la più attenta letteratura aveva avuto buon gioco nel mettere in chiaro le ragioni dell'inconsistenza di una teorica di ascendenza medioevale¹⁸. Ma lo scorrere del tempo e l'evoluzione della cultura non sempre sono sufficienti: 'a volte ritornano' vecchie e ataviche idee, per giunta contrabbandate come frutto della modernità. Eppure esse restano quel che sono: un relitto culturale e giuridico di cui non si sente alcun bisogno.

La parola conclusiva è oggi pronunciata dalla disciplina della revocazione (art. 28 d.lgs. n. 159/2011) la quale dimostra che a fondamento della confisca di prevenzione non vi è alcuna

¹⁶ Per una ricostruzione critica, D. FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità dei beni*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2010, pp. 1507 ss.

¹⁷ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Padova, 1970, pp. 141 ss.

¹⁸ A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, pp. 50 ss.; più da recente, G. GRASSO, *Sub Art. 240*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, pp. 605 ss.

pericolosità reale: essa può essere revocata *ex tunc* per difetto genetico dei requisiti anche soggettivi e dunque per l'assenza *ab origine* della pericolosità personale. Da qui, la dimostrazione insuperabile del fatto che il suo fondamento legittimante non risiede nella pretesa pericolosità intrinseca del bene.

5. *Dalla sentenza Occhipinti alle Sezioni Unite Spinelli.* - Il processo è ormai innescato e nell'arco di un paio d'anni giunge a maturazione.

Se la Corte costituzionale è ferma nel blindare la legittimità costituzionale della confisca disgiunta, sul presupposto dell'imprescindibilità dell'accertamento in concreto della pericolosità sociale anche in caso di morte del proposto¹⁹, un discorso a parte merita la Suprema Corte di Cassazione.

Nel 2013 la V sezione apre il tiro al bersaglio con la *sentenza Occhipinti*: la novella del 2008 e 2009 ha reciso il nesso di necessaria presupposizione fra misure personali e reali e ciò esclude che la confisca possa continuare a poggiare sulla pericolosità sociale; da qui, il riconoscimento della sua natura sanzionatoria e, in risposta alle doglianze formulate dal ricorrente, dell'applicabilità dello statuto penale intertemporale di cui all'art. 2 c.p. (in luogo di quello stabilito dall'art. 200 c.p.)²⁰.

Non vi è neppure il tempo di riflettere perché la risposta è fulminea e proviene dalla I sezione con la *sentenza Ferrara*: dopo aver passato in rassegna lo 'stato dell'arte', il collegio prende espressamente di mira la 'fuga in avanti' della V sezione e ribadisce la propria fedeltà all'insegnamento delle Sezioni Unite Simonelli del 1996; la confisca di prevenzione costituisce quindi un *tertium genus* e persegue la finalità di eliminare dal circuito economico legale i beni provenienti da attività delittuose o collegati alla criminalità mafiosa; nessun significato, in questa prospettiva, è da attribuire alla pericolosità sociale e alla sua attualità anche perché la confisca è indifferente alla cessazione della pericolosità del soggetto²¹.

La vitalità delle diverse anime e la ricchezza culturale che convivono presso la Suprema Corte non oscurano la complessità delle questioni sul tappeto.

Per un verso, di nessun pregio è l'argomento dell'indifferenza della confisca alla pericolosità sociale della persona: tant'è che, come già chiarito, ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 159/11 il difetto originario della pericolosità sociale conduce alla revocazione della confisca. Per altro verso, il paradigma dell'attualità della pericolosità sociale non sembra avere molto da dire con riferimento ai beni e ai diritti patrimoniali: tutt'al più, può rinvenirsi un senso nella pretesa a che la pericolosità

¹⁹ Corte cost., 9.2.2012, n. 21; n. 216/2012.

²⁰ Sez. V, 13.11.2012 (dep. 25.3.2013), n. 14044.

²¹ Sez. I, 17.5.2013 (dep. 23.9.2013), n. 39204.

sociale persista nel periodo di acquisto o formazione del patrimonio del proposto. Una siffatta correlazione temporale appare capace, sino a prova contraria, di esprimere una presunzione empiricamente plausibile. In buona sostanza essa si traduce in un risultato probatorio che, in assenza di smentita, avvalora l'origine illecita di quei beni acquistati nel periodo di pericolosità sociale ossia nel tempo in cui è indiziariamente dimostrato l'inserimento o la contiguità nell'associazione mafiosa, o la commissione di uno dei delitti sottesi nel tipo legale delle altre categorie di destinatari di cui all'art. 4 d.lgs. n. 159/11²².

E ancora. L'art. 25 d.lgs. n. 159/11 ripropone la confisca per equivalente, la quale opera là dove i beni di origine ingiustificata o in valore sproporzionato rispetto al reddito prodotto dal proposto siano da questi sottratti all'applicazione della confisca di prevenzione. Appare difficilmente comprensibile come una sanzione penale – qual è la confisca per equivalente²³ - possa accedere in via sostitutiva, a una sanzione amministrativa o *'tertium genus'* che dir si voglia, quale sarebbe secondo la prospettiva *'in re Ferrara'* e delle Sezioni Unite del 1996. Evidente il *vulnus*: perché la confisca per equivalente, per definizione, colpisce beni di sicura origine lecita (tant'è che non sono oggetto del perimetro della confisca di prevenzione) ancorché di valore equivalente a quelli di indimostrata provenienza lecita.

Nel 2014 con straordinario tempismo intervengono le Sezioni Unite con la *sentenza Spinelli*: dopo aver ribadito la necessità di un concreto accertamento, anche incidentale, della pericolosità sociale e dopo aver puntualizzato che ai fini della confisca la pericolosità sociale costituisce il limite temporale dell'ablazione (ossia deve persistere al tempo della formazione dei beni presi di mira), i giudici della nomofilachia tentano di potare il cespuglio di rovi della legittimazione della confisca di prevenzione. Ma il tentativo non può dirsi riuscito perché il cespuglio è ormai divenuto una selva inestricabile: e infatti, cadendo in contraddizione, da un lato le Sezioni Unite riconoscono che la pericolosità sociale è personale (così negando validità alla teoria della pericolosità intrinseca della *res*), dall'altro lato concludono che essa – magicamente - si trasferisce dalla *'persona'* alla *'cosa'*²⁴. E come se non bastasse in un cono di (inconsapevole?) ambiguità viene lasciata la questione della correlazione temporale in caso di pericolosità qualificata dall'appartenenza mafiosa²⁵.

22 Cfr. tuttavia oltre, nota 64.

23 In termini generali: Corte cost., n. 97/2009. Con particolare riferimento alla confisca per equivalente antimafia, la sua natura sanzionatoria è riconosciuta da Cass., 28.2.2012, n. 11768 (da qui: l'applicabilità del regime intertemporale dell'art. 2 c.p.).

24 S.U., 26.6.2014 (dep. 2.2.2015), n. 4880.

25 Per tutti, con lucidità, A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogiditze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *questa Rivista*, 2015, pp. 972 ss.; F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont.* 15.7.2015.

6. *Percorsi giurisprudenziali di un'identità: 'freni conservatori' ...* - Come abbiamo imparato a nostre spese, la caratteristica più odiosa di una bolla speculativa è che nessuno si accorge di esservi immerso sino a quando essa scoppia. E' possibile dire la stessa cosa della misura di prevenzione patrimoniale: né le Sezioni Unite né la Corte costituzionale, pur avendo avuto delle ottime occasioni, sembrano aver saputo comprendere quel che stava accadendo. Ossia che non è più tempo per continuare a tollerare quella che appare una (per quanto sofisticata) sovrastruttura di legittimazione unicamente funzionale alla giustificazione di un marchingegno ablativo articolato su indizi di reità, presunzioni e 'soft evidence'. Ciò, sia chiaro, non implica l'iscrizione al partito dell'incostituzionalità del sistema di prevenzione patrimoniale: ma molto più semplicemente suggerisce di liberarsi di orpelli la cui problematicità, anche teorica, appare superiore alla capacità di tematizzazione e soluzione dei casi reali.

Prima di abbozzare una rotta è necessario – come ogni buon marinaio sa ... - individuare e comprendere forza e direzione delle potenti masse d'acqua in costante movimento nell'oceano della giurisprudenza. E allora mi sembra possibile individuare due potenti pulsioni antagoniste che prendono forma nella prassi giurisprudenziale, la quale appare pervasa da *freni conservatori* e *spinte progressiste*.

6.1. *La pericolosità qualificata e la presunzione della sua persistenza.* - Lungo la prima ideale direzione s'inserisce, anzitutto, il già richiamato orientamento giurisprudenziale teso a ritenere la pericolosità sociale insita nell'appartenenza – com'è noto assunta in senso ampio – all'associazione mafiosa: una presunzione apparentemente *iuris tantum* ma in realtà *iuris et de iure*, occorrendo capacità diaboliche per fornire la prova contraria dell'avvenuto recesso dall'associazione o della sua dissoluzione o scioglimento.

6.1.2. *La confisca post-mortem e lo statuto difensivo dell'erede.* - La Corte costituzionale sembra aver sposato un approccio prudente e cauto, comunque poco incline a favorire "fughe in avanti": se essa ha certamente (e da sempre) il merito di aver preteso un accertamento in concreto della pericolosità sociale, come tale incompatibile con qualsivoglia presunzione²⁶, è anche vero che, da un lato, sembra non volersi esprimere (quantomeno con chiarezza) su quale sia l'interpretazione costituzionalmente conforme in tema di pericolosità qualificata dall'appartenenza mafiosa, e

26 Corte cost., n. 177/1980; n. 21/2012; n. 291/2013.

dall'altro mostra di non voler prendere sul serio il problema dei terzi e del loro statuto difensivo in caso di morte del proposto (sent. n. 21/2012).

Affermare, per un verso, che la questione è stata mal posta dal giudice remittente e, per l'altro, che la legge già prevede e garantisce agli eredi il medesimo diritto di difesa del proposto significa non voler rimediare ad uno sbilanciamento eccessivo e ingiustificato (vorrei dire: mortificante...). Perché occorre non dimenticare che gli eredi sono per definizione estranei al contesto di "pericolosità" (cui partecipava il proposto o il *de cuius* in vita), essi sono "sostanzialmente incolpevoli" - per dirla con un'altra sentenza costituzionale, la n. 487/95. Nel procedimento di prevenzione rispondono in proprio: subentrano nella posizione processuale del dante causa, la loro citazione in giudizio è prevista a pena di nullità, e ne assumono i medesimi diritti in punto di prova e impugnazione. E però il *thema probandum* cui devono impegnarsi è significativamente diverso: la dimostrazione della carenza di pericolosità sociale in capo al dante causa, nonché la dimostrazione della lecita origine del patrimonio o dei singoli beni ora acquisiti *iure successionis* ovvero della loro perequazione in valore rispetto alla capacità reddituale del *de cuius*. Insomma: devono difendersi dal "fatto del terzo" senza però possedere il patrimonio di conoscenze di quest'ultimo; né è scontato possano accedere alla documentazione e comunque alle fonti di prova utili. Il diritto di difendersi provando è assicurato solo sulla carta ma non nella sostanza, con tutte le conseguenze in tema di effettività del contraddittorio e di giusto processo²⁷.

6.1.3. *L'evasione fiscale e il parossismo confiscatorio*. - Nel solco della conservazione dell'esistente vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale di recente confermato dalle Sezioni Unite: chiamate nel 2014 a pronunciarsi sulla questione dei "proventi da evasione fiscale", hanno confermato che il "nero" non può essere addotto fra le risorse atte a giustificare la capacità economica del proposto – ancorché provenienti dall'esercizio di un'attività economica lecita; e comunque esso è direttamente aggredibile dalla confisca di prevenzione in quanto "frutto" o "reimpiego" da un'attività illecita qual è l'evasione fiscale. Devastante l'effetto amplificatore: se reinvestito nell'azienda, come un peccato originale, ne ammorba l'intero sviluppo attraendola nel perimetro della confisca di prevenzione²⁸.

Noti gli argomenti spesi dalle Sezioni Unite e altrettanto noto è come nessuno di essi persuada²⁹.

²⁷ Condivisibile l'orientamento che, in tali casi, richiede un elevato rigore nell'accertamento probatorio e soprattutto la dimostrazione della consapevolezza, in capo all'erede, sia dell'attività illecita svolta dal *de cuius* sia della genesi delittuosa dei beni ora acquisiti in successione: Cass., 28.9.2011, n. 3219.

²⁸ S.U., 29.5.2014 (dep. 29.7.2014), n. 33451. Più da recente, nella medesima direzione: Cass., 12.1.2016, n. 4908.

²⁹ Con la consueta lucidità, v. A.M. MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.* 2.3.2015; M. DI LELLO FINUOLI, *La torsione della confisca di prevenzione per la*

Quel che, a mio avviso, merita di essere rilevata è la pervicace indifferenza e ostinazione con la quale questo orientamento continua a eludere questioni vitali. Ora, pur a voler concedere tutto, due sole osservazioni.

La prima: non è consentito al giudice della prevenzione, allorquando si imbatte in concetti e istituti giuridici che affondano o trovano disciplina in altra branca dell'ordinamento giuridico, creare *ad hoc* ossia a proprio uso e consumo diversi e 'originali' statuti e istituti giuridici. Il rispetto della riserva di legge deve costituire un limite alla libertà creativa del giudice. E non per caso, di recente la Suprema Corte si è trovata costretta a ribadire con forza un siffatto elementare principio per contrastare il tentativo operato dalla giurisprudenza di merito di coniare alla bisogna la figura dell'"erede di fatto": le nozioni di "erede" e "successore a titolo universale e particolare", pur richiamate dall'art. 18 d.lgs. n. 159/11, devono essere interpretate nell'unico significato possibile che è quello stabilito dal codice civile³⁰. Analogo principio deve allora valere, *mutatis mutandis*, nella materia *de qua*: là dove entrino in gioco principi, istituti e nozioni di diritto tributario e penal-tributario il giudice della prevenzione è tenuto ad attenersi al significato e all'interpretazione che di essi è fornita dalla disciplina che li prevede.

La seconda: l'evasione fiscale che può legittimamente rilevare in sede di prevenzione è quella penalmente rilevante. Ciò in quanto l'illiceità richiamata dall'art. 24 d.lgs. n. 159/11 non può che essere solo quella di natura penale: con pacifica esclusione di quella civilistica, contabile e amministrativa³¹. Sicché il "frutto" e il "reimpiego" dell'illecito di evasione fiscale coincidono con l'imposta evasa penalmente rilevante (cfr. art. 1, lett. f), d.lgs. n. 74/00) e non certamente con i ricavi percepiti ma non contabilizzati (attività prodromica all'evasione, non costituente illecito penale). Ma tali proventi sono già presi di mira dai delitti tributari e dalla confisca anche per

soluzione del problema dell'evasione fiscale, ivi, 12.3.2015.

30 Sez. VI, 16.12.2015, n. 579, rv. 265576. Cfr. tuttavia l'ordinanza del 9.11.2016 con la quale (non condividendo l'assunto sposato dalla sentenza della VI Sezione ora citata) la I Sezione della Suprema Corte ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della perimetrazione dei beni attingibili dalla confisca, se cioè essa possa operare limitatamente a quelli caduti in successione o se, al contrario, possa estendersi a tutti quelli che al momento del decesso erano nella disponibilità del soggetto socialmente pericoloso (ancorché fittiziamente intestati a terzi).

31 Se al contrario si ritenesse "attività illecita" anche l'evasione fiscale non penalmente rilevante, ossia quella amministrativa (in tal senso, Cass., 12.1.2016, n. 4908), il sistema entrerebbe in contraddizione: da un lato, per assurda coerenza occorrerebbe attrarre tutte le altre forme di illecito (civile, contabile, etc.); dall'altro lato, si perverrebbe alla palese violazione del *ne bis in idem*, giacché lo stesso fatto verrebbe sanzionato due volte in sede amministrativa (una volta in sede tributaria, e la seconda in sede di prevenzione) - posto che, in questa prospettiva, la confisca di prevenzione continua a ritenersi di natura extra-penale (amministrativa, preventiva o *tertium genus* che dir si voglia). E per principio generale - ribadito anche da Cass., 3.12.2012, n. 46726; Cass., 6.6.2013, n. 24843 - non è possibile confiscare il profitto dell'illecito tributario ove questo sia già stato versato dal contribuente all'erario: perché in tal caso verrebbe meno l'oggetto di ablazione in sede penale. Oltre alla violazione del *ne bis in idem*, si perverrebbe alla abnorme conseguenza di legittimare un ingiusto arricchimento dello Stato, il quale, come detto, apprianderebbe due volte la stessa somma - contra v. art. 12 *bis* d.lgs. n. 74/00 - dapprima a titolo di confisca penale del profitto (o di pagamento in via amministrativa dell'imposta evasa) e successivamente (per giunta in misura quantitativamente più ampia) a titolo di confisca di prevenzione.

equivalente stabiliti dal d.lgs. n. 74/00; e il loro eventuale reimpiego è penalmente attratto nell'orbita del riciclaggio e dell'autoriciclaggio, e per tal via risulta aggredibile con gli ordinari strumenti reali del sequestro preventivo e della confisca penale.

6.1.4. *Stereotipi culturali, stili e di vita e ideali mafiosi*. - Gli stereotipi sono duri a morire, anche se talvolta nascondono esigenze reali.

Nella seconda metà degli anni '80 del secolo scorso, una parte della giurisprudenza di merito aveva suggerito un'interpretazione di marca sociologica della nozione di "appartenenza ad associazione mafiosa" di cui all'art. 1 l. n. 575/65: in essa rientrerebbero tutti quei comportamenti manifestanti adesione od omologazione a stili di vita e modelli culturali di tipo mafioso³².

Per quanto aperta al rischio di contaminazioni eticizzanti, quella proposta interpretativa cercava comunque di delineare un paradigma epistemologico differente e specifico, tale da poter differenziare su basi più nette il binario della prevenzione e della pericolosità sociale da quello della repressione e della colpevolezza per il fatto di reato.

Un programma identico mi sembra oggi affiorare in quelle sentenze che individuano il nocciolo della pericolosità sociale nelle ampie e indeterminate condotte che contribuiscono a creare "una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa"³³. Con un linguaggio più 'temperato', altra e più consistente giurisprudenza afferma che il perimetro dell'appartenenza mafiosa di cui alla misura di prevenzione è ben più ampio di quello sotteso alla nozione di partecipazione e contiguità penalmente rilevanti: sicché anche quelle condotte non rispondenti al paradigma causale 'à la Mannino', purché genericamente funzionali agli interessi mafiosi, configurerebbero il presupposto soggettivo necessario per l'applicazione della misura di prevenzione³⁴.

Il *leit motiv* che traspare da tali indirizzi interpretativi è uno solo: ridare succo e sostanza alla prognosi di pericolosità sociale, con un occhio alle sue origini positiviste e ottocentesche. Palese il costo: quanto più ci si allontana dagli elementi descrittivi resi pregnanti dal rinvio alle fattispecie incriminatrici, alla ricerca di condotte espressive di personalità disfunzionali e sintomatiche di una assente o deficitaria interiorizzazione dei valori civili; tanto più ci si avventura verso un mare aperto privo di boe, mede e fari cioè di sistemi di segnalazione che avvertono i naviganti dei pericoli lungo la rotta. Fuor di metafora: siamo veramente disposti a sacrificare sull'altare della meccanica della

³² Trib. Napoli, 30.1.1986, in *Foro it.*, 1987, II, c. 366 con nota di G. FIANDACA.

³³ Cass., 21.2.2012, n. 19943.

³⁴ Cass., 16.1.2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 604; Cass., 16.12.2005, rv 233169; Cass., 29.1.2014, rv. 259074; nella giurisprudenza di merito: App. Palermo, 19.10.2012, n. 175, proc. n. 73/12; Trib. Agrigento, 13.2.2012, n. 18, proc. n. 74/10. Nella medesima direzione, A. BALSAMO, MALTESE, *Il codice antimafia*, in *Il Penalista*, 2011, p. 7.

prognosi di pericolosità sociale le certezze e le garanzie che derivano dal potente allineamento della misura di prevenzione verso la rotta del fatto di reato?

6.2. (Segue): ... e *'spinte progressiste' nella giurisprudenza*. - Prima di provare ad abbozzare una risposta, mi sembra necessario indugiare e riflettere su un altro variegato orientamento giurisprudenziale e sulla cultura progressista di cui si pone vitale interprete.

6.2.1. *Il progressivo abbandono della presunzione di pericolosità qualificata*. – Vi è in corso un profondo ripensamento dell'orientamento già segnalato a tenore del quale la pericolosità sociale qualificata è insita nell'appartenenza indiziaria.

Una parte della giurisprudenza attribuisce rilievo determinante al *decorso del tempo*. Talvolta il depotenziamento della presunzione si accontenta del suo mero decorrere³⁵. Il più delle volte però è necessario che esso sia 'qualificato' cioè che il suo significato liberatorio trovi positiva conferma in altri dati probatori, oppure al contrario che non vi trovi smentite: ad esempio, un mutamento dello stile di vita del proposto, oppure l'assenza di elementi sintomatici di un persistente collegamento all'associazione³⁶. Altre volte, l'elemento discriminante si traduce in un aggravamento dell'onere probatorio: l'autorità proponente, innanzi al decorso del tempo, è chiamata a dimostrare la riproducibilità da parte del proposto della pregressa e antisociale condotta³⁷.

Con approccio radicalmente diverso, vi è chi attribuisce validità alla presunzione di pericolosità soltanto in presenza di un previo riconoscimento giudiziale, effettuato in sede penale, sul ruolo assunto dal proposto nell'organizzazione mafiosa: ma qualora tale accertamento manchi, la presunzione svanisce e si riespande in capo al proponente l'onere di provare l'attuale contiguità all'organizzazione mafiosa³⁸.

Netta è invece la cesura frapposta da un più maturo e robusto indirizzo giurisprudenziale. Per un verso, la presunzione di pericolosità è criminologicamente sterile – perché fondata su osservazioni di sapore sociologico che potrebbero tutt'al più assumere il ruolo di massime d'esperienza – e soprattutto superata dall'evoluzione dei tempi e delle dinamiche riorganizzative delle associazioni di tipo mafioso. Per altro verso, essa è in insanabile contrasto con il principio, di rilievo costituzionale, secondo il quale nessuna presunzione può mai cristallizzare in un dato statico una realtà in continuo divenire: sicché la pericolosità sociale deve sempre essere provata in concreto,

35 Cass., 22.9.2006 (dep. 12.10.2006), n. 34150; Cass., 17.12.2015, n. 1831; Cass., 15.6.2016, n. 31876.

36 Trib. Milano, 19.4.2016, in DeJure Giuffrè.

37 Cass., 11.2.2014 (dep. 5.6.2014), n. 23641.

38 Cass., 17.12.2015, cit.; Cass., 10.4.2014, rv 262257.

persino d'ufficio, anche con riferimento agli indiziati di mafia³⁹. E ciò vale a maggior ragione se il proposto è indiziato di contiguità e non di appartenenza in senso stretto⁴⁰.

6.2.4. *Il modello 'bifasico' di accertamento della pericolosità*. - Sul versante della meccanica del giudizio di pericolosità sociale, la Suprema Corte ha elaborato una elegante e interessante proposta.

E' il cd. modello "*bifasico di accertamento*" e si scompone in due momenti. Il primo ha natura *diagnostica* e consiste in un apprezzamento del passato ossia degli elementi oggettivi di fatto, storicamente individuati e temporalmente correlati: fatti collocabili e individuabili con certezza e rappresentativi di condotte contrarie alle ordinarie regole della convivenza civile. Il secondo e correlato momento è rivolto al futuro ossia è di segno *prognostico*: muovendo dai risultati della precedente verifica, mira a proiettarsi in una prospettiva attualizzante nel tentativo di poter apprezzare una probabilità di reiterazione delle pregresse condotte antisociali nel presente e nell'immediato futuro⁴¹.

In questa direzione si lascia particolarmente apprezzare una nota decisione con la quale la Suprema Corte esprime tutta la propria capacità di tematizzazione: alludo alla *sentenza Scagliarini* la quale circoscrive il carattere sintomatico dei fatti pregressi ai soli delitti e alla necessità che siano produttivi di proventi impiegati per il sostentamento personale e familiare. Pertanto, un sicuro valore sintomatico verrà assegnato alla gravità del reato e alla recidiva. Di contro, nessun valore potranno mai assumere le mere frequentazioni anche con pregiudicati di spicco, e tantomeno i meri rapporti di parentela con appartenenti ad ambienti criminali o organizzazioni mafiose⁴².

Ancorché relativo a ipotesi di pericolosità comune, non v'è dubbio che si tratti del più maturo e consapevole tentativo di recuperare all'esangue e sfuggente prognosi di pericolosità un solido ancoraggio sul terreno della tassatività penale⁴³.

7. *Alla ricerca di un 'rationale'*. - La retrospettiva giurisprudenziale sulla misura di prevenzione offre un'immagine a due velocità, dove cautele e timori convivono con forze innovative e a tratti provocatorie. Dietro quelli che, a prima vista, possono apparire meri 'dis-orientamenti' giurisprudenziali prende forma una nuova architettura e una diversa razionalità: la riscoperta del

³⁹ Cass., 12.1.2016, n. 4908 cit.; Cass., 31.3.2016 (dep. 26.7.2016), n. 32426; Cass., 21.4.2016 (dep. 29.7.2016) n. 33238; Cass., 11.11.2016, n. 50128.

⁴⁰ Cass., 18.7.2013 (dep. 31.10.2013), n. 44327; Cass., 11.2.2014 (dep. 5.6.2014), n. 23641 cit.

⁴¹ Cass., 11.2.2014 (dep. 5.6.2014), n. 23641.

⁴² Cass., 10.1.2013, rv 254220.

⁴³ Cass., 24.3.2015 (dep. 17.7.2015), n. 31209; nella medesima direzione, Cass., 11.6.2015 (dep. 23.10.2015), n. 43720.

‘fatto’ e un’attenzione sempre più marcata verso la grammatica della prova in un contesto, sostanziale e processuale, tradizionalmente lontano e refrattario a tali bisogni.

Non è mai agevole rinvenire il ‘*rationale*’ a fronte di un sistema che appare un *work in progress*, una sorta di laboratorio dove si sperimentano nuove forme di convivenza fra modellistiche a prima vista inconciliabili. Certo, la misura di prevenzione ha sempre costituito uno dei più vigorosi esempi di esercizio muscolare del diritto penale. Ma l’invasività dei suoi effetti e la dimensione ‘liquida’ dell’assetto processuale, la maturità e sensibilità della migliore giurisprudenza e talune (forse inconsapevoli) scelte legislative, hanno tuttavia determinato un potente slittamento degli assi e delle coordinate del sistema *preater delictum*. Dietro la maschera di una pericolosità sociale da neutralizzare si nasconde un volto sensibilmente diverso, di sicuro meno brutale e molto più sofisticato.

Oggi, il materiale umano e probatorio su cui essa interviene è pressoché lo stesso di cui si occupano le indagini preliminari e il giudizio penale⁴⁴. L’autonomia dei due procedimenti non ha impedito il continuo travaso di materiale probatorio: anzi ha impresso una salutare direzione, poiché il flusso è quasi esclusivamente dal processo penale verso quello di prevenzione⁴⁵.

E la ragione è di intuitiva evidenza: la libertà di forma del procedimento di prevenzione consente di importarvi tutto il materiale probatorio formato nel procedimento penale. Non vale però il contrario: perché le forme vincolate di ricerca, formazione e assunzione della prova e, infine, la più stringente e cogente regola di valutazione della colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio che costituiscono l’ossatura del processo penale, mal tollerano la digestione del materiale della prevenzione. Ecco perché - a parte le risultanze delle indagini patrimoniali, la consulenza tecnica di parte e l’elaborato peritale - le restanti questioni che si agitano nelle aule della prevenzione hanno ad oggetto materiale probatorio raccolto in sede penale. Ed ecco perché sono sempre più numerose le pronunzie che, di fatto, dilatano il vizio di omessa o apparente motivazione onde sindacare decisioni di merito illogiche o incoerenti rispetto alle risultanze probatorie⁴⁶.

8. *Verso un’unica res iudicanda?* - La verità è che ci si sta avviando verso un’unica *res*

44 P. PIRACCINI, *Gli standard probatori per l’applicazione del sequestro e della confisca tra modelli di prevenzione e di repressione*, in G. FIANDACA, C. VISCONTI, a cura di, *Scenari di Mafia*, cit., pp. 556 ss.

45 Cfr. A. BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in S. FURFARO, a cura di, *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, pp. 65 ss.; R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *La giustizia penale preventiva*, cit., pp. 5 ss.; L. MARAFIOTI, *Sinergie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione*, ivi, pp. 257 ss.

46 Escamotage, questo, finalizzato a ovviare all’irragionevole limitazione del ricorso per cassazione al solo vizio di violazione di legge (art. 10, comma 3, d.lgs. n. 159/11). Costituendo oggetto di una scelta discrezionale del legislatore, la Corte costituzionale ha sempre rispettato al remittente le questioni sollevate. Cfr. A. GAITO, S. FURFARO, *Il ricorso per cassazione e il giudizio di legittimità*, in S. FURFARO, a cura di, *Misure di prevenzione*, cit., pp. 613 ss.

iudicanda. E il telaio che fila la complessa trama è la “*prospettiva del fatto*”⁴⁷.

Autonomia dei procedimenti e dei giudizi non può significare irrazionalità delle statuizioni. Sino a oggi abbiamo preservato coerenza e razionalità assumendo una dicotomia ferrea e tutto sommato facile da gestire. Lo statuto del processo penale è il regno del rigore: l’incertezza assicura l’esito assolutorio. Lo statuto del procedimento di prevenzione è dominato da forme *soft*: l’incertezza non esclude l’applicazione della misura⁴⁸. Il tutto sul noto presupposto sostanziale: la pena sanziona la colpevolezza per il fatto, la misura di prevenzione neutralizza la pericolosità sociale. La legittimazione di tutto ciò stava nella estromissione teoretica del ‘fatto’ dal baricentro della misura di prevenzione, e nella fiducia sulla scientificità e praticabilità di un giudizio prognostico che, per l’appunto, facesse a meno del reato e dell’accertamento di fatto ivi supposto⁴⁹.

Questa divaricazione è oggi entrata in crisi e s’avvia a reclamare un nuovo *idolum theatri*. Due i percorsi più evidenti.

8.1. *Il dominio del fatto: il ruolo sistemico della revocazione della confisca*. - L’art. 28, comma 1 lett. b), d.lgs. n. 159/2011, stabilisce che la confisca di prevenzione è revocata, con effetto *ex tunc*, quando i “fatti accertati con sentenze penali definitive” ne “escludono in modo assoluto i presupposti di applicazione”⁵⁰.

La forza rescindente è il frutto di un’ideale comparazione fra i vecchi elementi posti a base della confisca e un *novum* dotato di una complessiva e globale efficacia dimostrativa: la pietra angolare della rescissione è il “fatto” e la sede del suo apprezzamento è la “sentenza definitiva” ossia il giudizio penale. Questo “fatto” deve essere dotato di una capacità demolitoria ben precisa: il suo bersaglio è costituito da tutti i presupposti applicativi della confisca, ma è sufficiente che incenerisca il solo presupposto soggettivo ossia gli indizi di inserimento in una delle categorie tipologiche di cui agli artt. 1 e 4 d.lgs. n. 159/11: perché al di là dell’attualità la confisca richiede necessariamente (anche in via incidentale e persino *post-mortem*) l’accertamento della pericolosità

⁴⁷ Sempre acuto, F. CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, pp. 51 ss.

⁴⁸ V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1523; A. FORGIELE, *La disciplina della prova nel procedimento applicativo delle misure patrimoniali di prevenzione*, in A. BARGI, A. CISTERNA, a cura di, *La giustizia patrimoniale penale*, I, Torino, 2011, pp. 401 ss.; con lucidità, A. GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistematico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in F. CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, Roma, 2009, pp. 133 ss.

⁴⁹ M. CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in S. FURFARO, a cura di, *Misure di prevenzione*, cit., p. 173; V. D’ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell’ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità “patrimoniale”*, in A. BARGI, A. CISTERNA, a cura di, *La giustizia patrimoniale penale*, I, cit., pp. 125 ss.

⁵⁰ Un’analisi dell’istituto è in S. FURFARO, *La revocazione della confisca definitiva*, in ID., a cura di, *Misure di prevenzione*, cit., pp. 659 ss.

sociale della persona⁵¹.

Nella misura in cui anche la fattispecie preventiva di pericolosità sociale risulti costruita con l'inserimento del fatto, la revocazione della confisca si traduce nella risultante di un *giudizio fra fatti*: quello 'nuovo' e dominante accertato dal giudice penale, e quello 'originario' erroneamente accertato dal giudice della prevenzione.

Non solo, ma la meccanica del 'giudizio fra fatti' progettata dal legislatore esprime qualcosa di più profondo perché la forza rescindente è esclusiva di quel fatto (a) definitivamente accertato dal giudice penale che (b) escluda in "modo assoluto" l'originaria sussistenza del presupposto preso di mira. Il legislatore del codice antimafia è quindi consapevole del diverso ruolo giocato dall'incertezza nei due procedimenti: da qui, il riconoscimento della valenza assorbente al solo "statuto della certezza" di cui il "fatto" dev'essere espressione e testimonianza. E anche le "prove nuove" – art. 28, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 159/11 – partecipano di tale prospettiva: perché in esse è insita la forza della certezza.

8.2. (Segue): *la 'grammatica della prova' nella più sensibile lezione della Suprema Corte.* - Sarebbe riduttivo confinare la portata dell'art. 28 d.lgs. n. 159/11 alla sola dinamica rescissoria della revocazione e del conflitto fra giudicati di cui essa è strumento di soluzione⁵². Il principio ivi espresso possiede un peso sistematico che va oltre il suo perimetro processuale, come del resto ben colto dall'ultima e attenta giurisprudenza di legittimità.

La pietra angolare è costituita dalla pretesa a che la misura di prevenzione (personale e patrimoniale) poggi su elementi di fatto e circostanze storiche, oggettivamente verificabili e tali da garantire il senso più genuino della giurisdizione⁵³. Consapevole delle contrapposte esigenze sul tappeto, non ultime quelle garantistiche di rango convenzionale, vi è nella Suprema Corte lo sforzo di costruire una piattaforma più solida per i pilastri della prevenzione patrimoniale.

Il principio dell'autonomia valutativa non è più assoluto: a) l'indizio o la circostanza fattualmente smentiti in sede penale non possono di certo essere utilizzati – come se continuassero ad essere veri – in sede di prevenzione; b) nel caso di sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., ove risulti provato il ruolo di partecipe o concorrente assunto dal proposto il giudice della prevenzione ben può porre a fondamento della ritenuta appartenenza tale fatto (se passata in

⁵¹ Ben difficilmente il *novum* avrà ad oggetto la dimostrazione dell'insussistenza originaria del presupposto oggettivo della confisca: ciò può accadere nelle limitate ipotesi in cui con sentenza si dia atto della provenienza lecita di un bene, o (evenienza ancor più rara) della perequazione fra fonti di reddito e capacità di spesa dell'imputato.

⁵² Mi si permetta di rinviare a A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 486 ss.

⁵³ Corte cost. n. 23/1964, e n. 177/1980; fra le tante, v. Cass., 24.2.2011, n. 10219; Cass., 31.3.2010, n. 372; Cass., 17.1.2008, n. 6613.

giudicato, è sufficiente la sola sentenza; in caso contrario occorre pur sempre l'esame dei singoli elementi probatori versati nel processo penale), purché espliciti in motivazione le ragioni del proprio autonomo apprezzamento del fatto accertato dal giudice penale⁵⁴.

Al contrario, qualora il proposto sia stato assolto dall'imputazione di mafia oppure là dove non sia mai stato avviato nei suoi confronti un procedimento penale per tali fatti⁵⁵, il giudice della prevenzione deve attenersi a un rigoroso principio sia nell'interpretazione dell'art. 4 lett. a), d.lgs. n. 159/11 sia nella valutazione probatoria degli indizi di pericolosità⁵⁶.

Di esemplare rigore la *grammatica della prova* enucleata dalla Suprema Corte.

Il giudice della prevenzione: *a)* deve accertare il ruolo concretamente svolto dal proposto, e qualora se ne ipotizzi la contiguità imprenditoriale dovrà individuare e accertare il “contributo fattivo proveniente dal proposto alle attività e allo sviluppo del sodalizio criminale, pena la dilatazione ulteriore del concetto di appartenenza, già esteso al di là della portata testuale, ad un ambito indefinito e soprattutto sganciato da ogni condotta materiale riferibile all'interessato”⁵⁷; *b)* deve accertare “in cosa consista il sinallagma sotteso all'attrazione dell'impresa nell'area di influenza mafiosa”⁵⁸; *c)* non può trincerarsi dietro formule elusive ma ha “il dovere di confutare con altrettanta specificità i rilievi difensivi, pena, per l'appunto, il carattere meramente apparente della motivazione”⁵⁹.

9. *La confisca di prevenzione e la maschera di Pirandello.* - Il sincronismo non mi pare casuale ma anzi testimonia una corale e condivisibile pretesa a permeare in termini nuovi la semantica della

⁵⁴ In tal direzione, da ultimo: Cass., 24.3.2015, n. 31209, Scagliarini, rv 264319; con chiarezza: Sez. I, 3.2.2010, rv 246308, secondo la quale il giudice della prevenzione è tenuto a dare “adequata e puntuale ricognizione degli indizi veri e di quelli falsi, tanto più in ipotesi in cui il materiale che sosteneva la proposta era il medesimo del procedimento conclusosi con la richiesta di archiviazione”.

⁵⁵ Esemplare, a tal riguardo, l'evoluzione giurisprudenziale in punto di valutazione delle *dichiarazioni dei collaboratori di giustizia*: se resta fermo il principio per cui non devono necessariamente essere munite di riscontri individualizzanti a norma dell'art. 192 comma 3, c.p.p., è anche vero che adesso si pretende che posseggano i crismi della “specificità e precisione”, non essendo più consentito attribuire valenza indiziante alle dichiarazioni che siano inquinate da astio e rancore, ovvero che si rivelino storicamente errate o che comunque restino confinate in un alone di intollerabile genericità. Perché il loro canone di apprezzamento è quello della “plausibilità” storica dei fatti oggetto del narrato: un narrato che si deve comunque tradurre in elemento di fatto, in circostanza storica oggettivamente verificabile dal giudice della prevenzione (così Cass., 29.4.2011, rv 250278; Cass., 31.3.2010, n. 372). Sicché ove il proposto sia stato assolto in sede penale da accuse alla cui base vi erano le medesime dichiarazioni dei collaboranti, riemerge la necessità di un confronto serrato in punto di riscontri: se “la attendibilità intrinseca ed estrinseca” dei collaboranti è bersagliata dalle demolitorie risultanze processuali del giudizio penale, il giudice della prevenzione ha il dovere di esaminare, e se del caso confutare, con altrettanta specificità i rilievi difensivi (Cass., 17.12.2015, n. 1831 cit.).

⁵⁶ Cfr. Cass., 17.12.2015 (dep. 18.1.2016) n. 1831; Cass., 8.1.2016 (dep. 29.1.2016) n. 3941; Cass., 12.1.2016 (dep. 5.2.2016) n. 4908.

⁵⁷ Cass., 8.1.2016 (dep. 29.1.2016) n. 3941.

⁵⁸ Cass., 17.12.2015, n. 1831, cit.

⁵⁹ Cass., 17.12.2015, n. 1831, cit.

misura di prevenzione: quello che fu il regno del sospetto, delle congetture, delle presunzioni probatorie si avvia ad essere dominato dalla *prospettiva del fatto* e dallo *statuto della certezza*.

Certo, non si tratta di percorsi univoci né essi sono condivisi da tutta la giurisprudenza⁶⁰. E difettano ancora di chiarezza: persino le Sezioni Unite Spinelli contribuiscono ad alimentare confusione e ambiguità là dove, da un lato, puntualizzano che la pericolosità coincide con la riconducibilità del soggetto a una delle categorie normative e, dall'altro, si preoccupano di 'chiarire' che la pericolosità sociale più che a un fatto illecito attiene ad una "condizione personale" ed "esistenziale"⁶¹. Eppure queste rotte esplorative rappresentano la riprova più sincera di quel che si agita nelle profondità oceaniche della prevenzione *preater delictum*: l'ideale ricerca di un programma, prasseologico e teoretico, che sappia coniugare con razionalità e coerenza le differenti potenzialità di formidabili strumenti di aggressione e contenimento della criminalità organizzata. Quel che appare estremamente significativo e che, a mio avviso, coglie bene la dimensione spirituale della confisca antimafia è la prospettiva culturale del percorso intrapreso: la riscoperta del fatto e la elaborazione di uno statuto probatorio *ad hoc*. E la meta sullo sfondo non può che essere il *giusto processo* costituzionale e convenzionale⁶².

Non intendo di certo sostenere che alla prassi spetti il compito di dettare una teoria. Peraltro dubito che ne abbia le capacità. Mi limito a pensare che se una teoria 'non funziona' nella prassi e soprattutto se non è processualmente spendibile e utile, allora non è una buona teoria⁶³. E' qualcos'altro: nel caso di specie non è neppure una teoria, è solo un *escamotage* retorico funzionale ad altri obiettivi⁶⁴. Se si vuole – o se più piace – si può tranquillamente continuare a parlare di 'pericolosità sociale', ben sapendo però come stanno effettivamente le cose.

60 F. CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, cit., pp. 53 ss

61 Si v. pure Cass., 16.7.2014, rv 261444.

62 Nella medesima direzione, F. CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, cit., p. 59; A. BARGI, "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale, in A. BARGI, A. CISTERNA, a cura di, *La giustizia patrimoniale penale*, I, cit., pp. 28 ss.; volendo, per gli ulteriori sviluppi di una siffatta prospettiva: A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in F. CASSANO, a cura di, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, cit., pp. 14 s., 20 ss.

63 Nessuno si sognerebbe di difendersi in giudizio negando valore scientifico ed euristico alla prognosi in quanto tale, né proporrebbe mai quale tema di prova l'esoterico influsso di pericolosità dalla persona alla cosa (o viceversa).

64 Anche la soluzione della "correlazione temporale" - fra pericolosità sociale e tempo dell'acquisto dei beni - ribadita con forza dalle Sezioni Unite Spinelli, a ben vedere, costituisce una (buona) *finzione retorica*. Essa è unicamente finalizzata ad attribuire pregnanza alla presunzione, sostanziale e probatoria, della sproporzione economica fra capacità reddituale e patrimonio di cui all'art. 24 d.lgs. n. 159/11. Lo squilibrio dei valori può dipendere da svariate cause, tutte lecite o quantomeno irrilevanti nella prospettiva della confisca antimafia: ma la correlazione temporale seleziona un significato fra i tanti possibili, divenendo prova indiziaria di un'attività illecita (ancorché non direttamente dimostrata o individuata) generatrice della sperequata ricchezza. Ciò nondimeno, siffatta proposta incontra successo solo perché "funziona" nella prassi: quel che conta non è di certo la sua asserita solidità concettuale sul versante sostanziale di legittimazione della confisca, ma al contrario la sua capacità di offrire una buona chance e un chiaro programma probatorio alle strategie della difesa.

Del resto, i limiti di tassatività e legalità dei giudizi prognostici fanno parte del *know how* del penalista: la sospensione condizionale della pena, l'idoneità e univocità degli atti e il doppio controfattuale della causalità omissiva, costituiscono ben noti territori ove la meccanica del giudizio prognostico 'stressa' oltre ogni limite le ambite certezze del principio di legalità⁶⁵. La ragione è tanto semplice quanto insopprimibile e risiede nel ruolo giocato dal 'tempo'. La meccanica del giudizio diagnostico si avvale di un tempo avvolto all'indietro, e la cristallizzazione delle coordinate temporali è costitutiva dell'accertamento del fatto commesso: esso esiste nel suo tempo. La meccanica del giudizio prognostico, così come tutti i programmi di scopo, si avvale di un tempo srotolato nel futuro, nella pretesa immaginaria di poter cogliere il 'fatto che non è ancora': e la sterilizzazione del limite gnoseologico è affidata allo statuto delle possibilità.

La verità è che la pericolosità sociale è una mistica che ha smarrito la sua religione. Possiamo continuare a praticarla senza più credere al suo messaggio di verità.

Quel che davvero conta è la sostanza: scopo delle parole – ammoniva Bertrand RUSSEL – è occuparsi di cose diverse dalle parole⁶⁶. E per quanto il ceto dei giuristi abbia nell'uso delle parole il principale attrezzo professionale, non possiamo dimenticare che la nostra disciplina è chiamata a risolvere problemi e che il programma di soluzione è affidato al processo: il cui irrinunciabile scopo è la ricerca della verità⁶⁷. Quale che sia il significato che intendiamo attribuire alla verità, una cosa è certa: una decisione non è mai giusta se non è in accordo con i fatti. Mi piace allora affidare alla poetica di Pirandello - *nel lungo tragitto della tua vita, incontrerai tante maschere e pochi volti* – la rassicurazione che dietro la maschera della pericolosità sociale si cela un volto denso di fatti⁶⁸.

⁶⁵ Sempre attuale, L. MONACO, *Prospettive dell'idea di 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

⁶⁶ *Significato e verità*, trad. it., Milano, 1963.

⁶⁷ Corte cost., n. 255/1992.

⁶⁸ POSTILLA. Nelle more, il tempo sembra avvalorare le riflessioni qui esposte. Sia la presa di posizione delle Sezioni Unite (22.12.2016, dep. 16.3.2017, n. 12621) in tema di eredi, perimetro dei beni e confisca *post-mortem*, sia la dirompente decisione della Gran Camera della Corte EDU (23.2.2017, De Tommaso c. Italia) mi sembrano confermare come i dadi della misura di prevenzione rotolino sempre più sul tappeto dei fatti e delle garanzie. Per un commento a caldo, cfr. C. FORTE, *Il "dialogo col morto" spiegato ai suoi eredi*, in *Dir. pen. cont.* 6.4.2017; nonché A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, *ivi*, 6.3.2017; M. FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, *ivi*, 9.4.2017; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la compatibilità convenzionale del sistema di prevenzione*, *ivi*, 26.4.2017. Sulle reazioni della giurisprudenza 'domestica': v. l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale formulata da App. Napoli, 14.3.2017, proc. n. 53/15 r.g. e le riflessioni di F. VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, *ivi*, 31.3.2017; per una energica difesa dell'esistente, Trib. Milano, 7.3.2017, con nota di S. FINOCCHIARO, in *Dir. pen. cont.*, 13.4.2017; Trib. Palermo, 28.3.2017, con nota di F. BALATO, *ivi*, 13.4.2017.