

## Osservatorio sulla Corte di Cassazione

---

### Successioni di legge - Misure di prevenzione

#### La decisione

**Successioni leggi nel tempo - Misure di prevenzione patrimoniale - Attualità della pericolosità sociale - Confisca di prevenzione - Retroattività (c.p. art., 200; L. 15 luglio 2009, n. 94, art. 2-*bis*; L. 31 maggio 1965, n. 575).**

*La Suprema Corte ha rimesso all'attenzione delle Sezioni unite la questione se la previsione contenuta nella L. 15 luglio 2009, n. 94 che, modificando l'art. 2-*bis* della L. 31 maggio 1965, n. 575, consente al giudice di applicare le misure di prevenzione patrimoniali anche prescindendo dalla verifica dell'attualità della pericolosità del proposto riguarda le sole fattispecie realizzate dopo l'entrata in vigore della detta disposizione normativa o se trova piuttosto applicazione, anche per la confisca di prevenzione, l'art. 200 c.p. dettato per le misure di sicurezza, così da favorire la retroattività della norma in questione.*

#### **La confisca di prevenzione al test della verità: sanzione patrimoniale o solo misura di sicurezza?**

1. Il principio di irretroattività, com'è noto, è uno dei cardini fondamentali del sistema sanzionatorio penale, e non solo. Le norme disciplinari, quelle amministrative e, in genere, ogni precetto che commina conseguenze negative a cagione di una condotta o di uno *status* non è ragionevole che intervenga *post factum*. Il convergere del dettato costituzionale (art. 25 Cost.) e della giurisprudenza della Cedu (artt. 6, 7) induce ad assegnare rilievo alla natura "sostanziale" della sanzione inflitta, per poi far discendere da questa qualificazione l'individuazione dello statuto da applicare, ivi incluse le regole di diritto intertemporale (così la Corte di Strasburgo dalla sentenza *Engel* in poi).

La premessa potrebbe apparire scontata, se non fosse che l'orientamento della Corte di cassazione (Cass., Sez. V, 25 marzo 2013, Occhipinti, in *Mass. Uff.*, n. 255042) che mitiga l'applicazione della confisca *in rem* ai soli fatti successivi all'entrata in vigore delle riforme del 2008-2009 si inserisca proprio in questa *mainstream* della giurisprudenza della Corte europea. In estrema sintesi il ragionamento della Cassazione è il seguente: l'art. 200 c.p. deroga ragionevolmente al principio di irretroattività poiché giustifica l'applicazione delle misure di sicurezza con un'attualità della pericolosità sociale da infrenare; se la pericolosità sociale non è più il presupposto per l'applicazione della confisca antimafia, la deroga non ha ragion d'essere e non può essere disposta

in relazione a cespiti entrati nel patrimonio del proposto (non più pericoloso) anteriormente alle novelle del 2008/2009.

La pronuncia Occhipinti collideva con ogni precedente indirizzo della corte regolatrice (da ultimo, Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, Ferrara ed altro, in *Mass. Uff.*, n.256141) e, finanche, con la posizione assunta dalla Cedu che aveva reiteratamente escluso che la confisca antimafia potesse considerarsi attratta nell'alveo della "materia penale" (Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 25 febbraio 1994 Raimondo ed altri; Id., Sez. I, 4 settembre 2001, Rie-la; Id., Sez. II, 17 maggio 2011 Capitani e Campanella; Id., 26 luglio 2011, Peleari), se non ai limitati effetti della pubblicità delle udienze (Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza; Id., Sez. II, 5 gennaio 2010, Bongiorno ed altre pronunce sino a Corte cost., n. 93 del 2010).

L'ordinanza della Sesta sezione del 30 gennaio 2014 rimette alle Sezioni unite la soluzione del contrasto giurisprudenziale insorto.

**2.** La questione rimessa alla regolazione nomofilattica delle Sezioni unite mette in fibrillazione profili particolarmente complessi e destinati, probabilmente, a trascinare le pur rilevanti sponde della questione che dovrebbero essere state individuate dall'ordinanza della Sesta sezione in corso di deposito.

Per decenni la giurisprudenza costituzionale ed ordinaria e, con essa, cospicui settori della dottrina si sono barcamenati nella difficoltà di assegnare uno statuto unitario alla confisca invocando la natura "promiscua" dell'istituto (cfr. *ab initio* Corte cost. n. 29 del 1961 e n.46 del 1964). La classificazione topografica della confisca tra le misure di prevenzione, operata nel 1982, e la spiccata componente sanzionatoria che ne connota gli effetti ablatori irreversibili hanno posto per decenni l'esigenza di ricercare soluzioni di compromesso, capaci di mantenere insieme il fine di contenere l'accentuata pericolosità sociale dei mafiosi provvisti di possidenze patrimoniali con la sottrazione punitiva dei cespiti ricadenti comunque nella loro disponibilità.

Si è, nel tempo, consolidato un sistema di regole e canoni interpretativi organizzati secondo una logica estremamente flessibile e destinata inevitabilmente a produrre contraddizioni e lacerazioni. Se un punto è da rimarcare è che la rimessione alle Sezioni unite della questione appare finanche tardiva, poiché interviene a circa sei anni dall'introduzione dell'*actio in rem* nel nostro ordinamento.

Il quesito posto dalla VI sezione non consente più *escamotage* linguistici e sofismi semantici: o la confisca antimafia è una sanzione "penale" (nel senso prospettato dalla V Sezione nella sentenza Occhipinti e nell'accezione che la Cedu accorda al termine), ovvero siamo in presenza di un provvedimento

amministrativo, connotato dalla sola finalità di prevenire l'utilizzo nel circuito economico di beni di provenienza illecita o ingiustificata e, quindi, sottratto di per sé al canone della irretroattività.

In qualche misura la Corte schiude il vaso di Pandora: la natura "penale" della confisca antimafia volatilizzerebbe intere biblioteche e cataste di sentenze. L'irretroattività, infatti, non sarebbe altro che la mera anticipazione di una serie ben più cospicua di ricadute applicative che certo non sfuggono ad ogni interprete od operatore.

In primo luogo si tratterebbe di stabilire quale sia il *dies a quo* rispetto al quale avvenga il computo della retroattività o meno dell'ablazione patrimoniale. Se per i reati il *tempus commissi delicti*, malgrado qualche oscillazione in tema di corruzione o di delitti associativi, è un dato quasi sempre certo rispetto al quale possono operarsi misurazioni fini, nel caso delle misure di prevenzione il metronomo processuale è decisamente più incerto e soggetto ad infinite ambiguità tonali.

Il profilo, com'è chiaro, risulta totalmente intraneo al perimetro della questione sollevata dall'ordinanza di rimessione. Se la confisca può intervenire *sine reo*, ossia senza che sia irrogata la misura di prevenzione personale al proposto per difetto di attualità della sua pericolosità sociale, è parimenti certo che l'appartenenza del soggetto ad un sodalizio mafioso (o per uno qualunque dei delitti indicati dall'art. 4 Codice antimafia) dovrà comunque essere accertata dal giudice, il quale solo dopo aver compiuto questa verifica potrà procedere alla confisca pur in mancanza del requisito dell'attualità della pericolosità sociale. Si tratta di un controllo da operare, per così dire, in via principale e non incidentale, come pur qualche pronuncia sembra intendere, poiché esso costituisce il presupposto indefettibile per la confisca<sup>1</sup>.

Già in altre occasioni (sia consentito il rinvio al contributo *La trattazione della proposta al vaglio del giusto processo e delle regole di acquisizione probatoria*, in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, p. 155 ss.) si era stigmatizzato l'aspetto magmatico e sfocato del materiale probatorio (i

---

<sup>1</sup> Al fine di evitare che le misure di prevenzione patrimoniali possano divenire un «*generalizzato e illiberale strumento di controllo della ricchezza di tutti i cittadini, del tutto sganciato dalla stessa meritevolezza di ogni intervento punitivo di matrice penalistica*». È vero, infatti, che altrimenti la possibilità di agire contro il solo patrimonio rischierebbe di atteggiarsi come «*un indiscriminato e illiberale potere di controllare la legittima provenienza del patrimonio di ogni cittadino, che avrebbe indebitamente trasferito anche il controllo della economia nazionale agli uffici investigativi*», mentre deve essere «*un calibrato potere di verifica concentrato sui patrimoni di soggetti socialmente pericolosi, come tali sospettati di illecito arricchimento*» (Cfr. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca ecc.*, in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna Torino, 2011, p. 155 ss.).

cc.dd. indizi) che sono posti a base dell'irrogazione della misura personale antimafia. Un coacervo indistinto di atti processuali più o meno utilizzabili, di pronunce provvisorie, di verbali di dichiarazioni monchi di riscontri, di sentenze anche assolutorie. Il processo di prevenzione viene troppe volte adoperato come collaterale e vicario rispetto al processo penale ed utilizzato, in qualche caso, come il collettore di scarti delle lavorazioni giudiziali che prendono nuova vita per ricomporre spezzoni di fatti in sé neutri e per costruire indici di appartenenza associativa a bassa efficacia dimostrativa o meramente suggestivi (è il caso sintomatico delle assoluzioni dubitative).

Spesso in questo fluire è praticamente impossibile identificare con certezza in quale epoca gli indizi di appartenenza all'associazione mafiosa (e il discorso vale per tutto il residuo *pantheon* di reati di cui all'art.4) abbiano raggiunto la soglia minima pretesa per l'applicazione della misura di prevenzione personale e sino a quando si siano protratti i dati sintomatici della pericolosità sociale. In teoria sarebbero profili del tutto distinti, oggetto di un separato onere probatorio da parte dell'accusa. Invece si assiste, spesso, all'attribuzione a talune condotte o situazioni di una valenza dimostrativa sul piano dell'appartenenza, laddove in discussione sarebbe semmai il gradiente della pericolosità sociale (è il caso delle frequentazioni, dei rapporti amicali o addirittura parentali).

In un procedimento patrimoniale in cui il dato dell'attualità della pericolosità sociale non è più preteso come presupposto per la confisca ed in cui sorge il problema di non far retroagire l'ablazione verso i cespiti acquisiti dal soggetto anteriormente all'entrata in vigore del d.l. 92 del 2008 o della l. 94 del 2009 quando egli non risulti (più) pericoloso, è chiaro che si pone la necessità di individuare il *dies a quo* dell'appartenenza al sodalizio per misurare, poi, sino a quale data la pericolosità sociale, derivante da questa intraneità mafiosa, si sia manifestata. Per giunta, la mancata implementazione nel procedimento di prevenzione del precetto costituzionale della ragionevole durata del processo ed il regime ancora lasco delle iscrizioni nel registro delle misure antimafia (art. 81 Codice antimafia) moltiplicano le difficoltà, consentendo di far confluire nel processo anche fatti oggetto di accertamenti embrionali (ad es. nell'ambito di informative di polizia archiviate) o addirittura commessi a reati prescritti<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Da questo punto di vista non può che destare gravi perplessità la soluzione prospettata, in occasione della recente inaugurazione dell'anno giudiziario, da autorevoli magistrati secondo cui proprio il sistema delle misure di prevenzione consentirebbe di aggirare i limiti che alla confisca penale derivano dalla prescrizione del reato (si pensi all'art.12-*quiquies* d.l. 306 del 1992). Su queste questioni, da ultimo, cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 30 ottobre 2013, Varvara c. Italia, con osservazioni a prima lettura di DELLO RUSSO in *questa Rivista*.

Non è un dato da poco. L'*actio in rem* consente la confisca solo in difetto della attualità della pericolosità sociale, ma non degli indizi di appartenenza del *dominus* ad un'associazione mafiosa e l'insufficienza degli elementi su questo versante non può certo scadere in una mera prognosi circa l'assenza *hinc et nunc* della pericolosità.

3. A completamento di questa prima riflessione v'è da considerare che, al di là dei casi invero marginali in cui il bene sia formalmente riconducibile al proposto, anche per i patrimoni v'è l'esigenza di chiarire in quale momento sia venuta in essere l'intestazione fittizia o la disponibilità indiretta del bene in capo al proposto. Soprattutto per i cespiti aziendali o per le quote sociali, in relazione alle quali si riscontra una penetrazione progressiva e silente del mafioso nella compagine societaria, la regola della irretroattività costringe ad indicare la data approssimativa in cui l'interposizione si sia verificata, sempre a condizione che non si possa dimostrare l'attualità della pericolosità sociale del proposto.

Invero potrebbe facilmente ipotizzarsi che le Sezioni unite non si limiteranno a fornire una risposta al solo quesito individuato dall'ordinanza del 30 gennaio 2014, ma tenteranno di risolvere *funditus* la questione della natura "penale" o meno della confisca antimafia. Il solo asse della irretroattività rispetto alla confisca *in rem* corre il rischio di approntare un sistema ancora instabile in virtù del quale: a) se il proposto è attualmente pericoloso è possibile confiscare ogni bene di cui egli abbia la disponibilità, purché di sicura ingiustificata sproporzione o di probabile provenienza illecita; b) mentre se la pericolosità sociale è cessata da tempo, sarà possibile confiscare i soli beni acquisiti al patrimonio successivamente all'entrata in vigore delle novelle del 2008-2009.

La regola sarebbe precisa nei suoi contorni, ma ne sfugge la ragionevolezza, poiché nel primo caso tornerebbe a guadagnare spazio la tesi che vuole la confisca correlata alla capacità criminale del proposto (per cui occorre deprivarlo dei beni per impedire di mettere a repentaglio la libertà mercantile); mentre nel secondo sarebbe preminente la vocazione "sanzionatoria" dell'ablazione antimafia, poiché il soggetto non risulterebbe più pericoloso socialmente, ma sarebbe comunque colpito per effetto della sua risalente appartenenza all'associazione mafiosa.

Per risolvere questa che potrebbe apparire come un'aporia difficile da metabolizzare nel sistema, si potrebbero prospettare un altro punto di vista. La tesi, certo non marginale, che vede nella confisca di prevenzione la sanzione di una condotta del proposto ha l'indubbio vantaggio di sottrarsi a letture ideologiche che affidano all'ablazione antimafia addirittura il compito di boni-

ficare l'economia legale (infestata, piuttosto, dai *white collars crimes*). La condotta "punita", con una tollerabile approssimazione, sarebbe quella di accumulazione illecita o ingiustificata del proprio patrimonio (di cui, com'è noto, v'era un riverbero penale nell'art.12-*quinquies* d.l. 306 del 1992 prima della declaratoria di incostituzionalità del 1994).

Dimostrata per via almeno indiziaria l'appartenenza del soggetto ad un sodalizio è opportuno che gli venga sottratto ogni bene di cui non possa dimostrare la legittima provenienza o giustificare la sproporzione.

Se il drenaggio patrimoniale fosse circoscritto a decorrere dal momento in cui tale partecipazione risulta dimostrata è evidente che non si porrebbe alcuna necessità di discutere della retroattività o meno della confisca *in rem*. Verrebbero confiscati tutti i beni marchiati da una correlazione temporale con l'adesione ad un sodalizio mafioso: la pericolosità sociale non assumerebbe alcuna valenza dirimente. La sanzione "punirebbe" l'accumulazione sino a quando non risulti provato il recesso del soggetto dal sodalizio (con una regola simile a quella che disciplina i benefici penitenziari).

D'altronde la confisca *in rem* potrebbe pur sempre giustificarsi in forza di una sorta di teoria del *fruit of the poisonous tree*: ossia l'appartenenza al sodalizio genera proventi avvelenati, indipendentemente dal momento in cui l'albero è stato piantato<sup>3</sup>.

Il punto è che la giurisprudenza è pressoché unanime nel rifiutare questo approccio e, salvo casi sporadici, il decreto ingloba nella confisca ogni bene di cui il soggetto dispone. Ovviamente il problema non si pone per quei cespiti indiziati di una provenienza illecita, ma per quelli sproporzionati di cui il soggetto è chiamato a giustificare la provenienza. Una moderazione sul versante della retrodatazione della confisca per sproporzione avrebbe evitato molti dibattiti e molte controversie. La natura "penale" della confisca sarebbe risultata *ictu oculi* e sarebbe stata intuitivamente correlata, come detto, alle condotte di accumulazione illecita per effetto della partecipazione ad un'associazione mafiosa.

L'innesto nel sistema di prevenzione dell'*actio in rem*, destinato a risolvere i casi tutto sommato marginali in cui la pericolosità sociale fosse cessata da tempo (il caso della morte era stato già efficacemente portato a soluzione dalla giurisprudenza) ha messo in fibrillazione il sistema ed ha dischiuso orizzonti del tutto inattesi ed imprevedibili.

La discussione sulla "natura giuridica" della confisca e sulla sua retroattività

---

<sup>3</sup> Per un'applicazione significativa ad un istituto di credito cfr. Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2009, Scimemi ed altro, in *Mass. Uff.*, n.243664.

appassiona l'*inner circle* degli studiosi, ma rischia di aumentare la confusione sul tema se ad essa non segue una chiara individuazione della situazione giuridica "punita" con l'ablazione.

4. In conclusione e non sembri un paradosso, ma la tesi della retroattività della confisca *in rem* mostra una maggiore coerenza con questo assetto anomico del processo di prevenzione, laddove l'affermazione della irretroattività non può esimere l'operatore giudiziario dalla soluzione di alcuni quesiti: quali siano gli indizi di appartenenza; a quale data la loro convergenza segnali l'intraneità del proposto all'associazione; quando può dirsi venuta meno la pericolosità sociale dell'indiziato.

La domanda è semplice: il solo dato della cessazione della pericolosità sociale può giustificare la rinuncia dello Stato a conseguire l'ablazione del patrimonio ingiustificatamente sproporzionato o di quello che risulti, per indizi, essere provento di attività lecite, quando il bene sia stato acquisito prima dell'entrata in vigore del d.l. 92 del 2008 e della l. 94 del 2009?

Se il dilemma riguardasse l'affermazione o meno della confisca antimafia come strumento sanzionatorio, ci sarebbe ben poco da discutere. Lo stesso legislatore, dal 1982 in poi, ha interrottamente assegnato alla confisca l'obiettivo di privare i mafiosi dei patrimoni illecitamente accumulati. La circostanza che, strada facendo, la dottrina, innanzitutto, e la giurisprudenza, poi, abbiano offerto letture policrome della misura di prevenzione patrimoniale, caricandola di funzioni assiologicamente rilevanti - ma il più delle volte sprovviste di agganci normativi chiaramente riconoscibili (la tutela della concorrenza, la bonifica del circuito economico e quant'altro) - è un fatto che non può certo diluire la valenza sanzionatoria della confisca antimafia (cfr. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico - criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012).

Qui sono proprio i fautori della natura "amministrativa" o promiscua della confisca, i sostenitori della sua funzione riparatrice delle storture del mercato legale, ad offrire un argomento a favore dell'irretroattività, anzi (se si vuole) a porre argomenti per negare in radice la legittimità della confisca *in rem*.

Posto che i beni non possono delinquere o mettere in pericolo *ex se* l'ordine pubblico economico se non in quanto si trovino in una relazione funzionale con un soggetto socialmente pericoloso ed in condizione di adoperarli *contra legem*, l'assenza attuale della pericolosità sociale rende di per sé ingiustificata la nuova ipotesi di ablazione. In sintesi: se il soggetto non è pericoloso, la sua attitudine ad influenzare negativamente l'economia legale è inesistente, per cui non è ragionevole privarlo del suo patrimonio. Paradossalmente è solo

l'ortodossia della confisca come sanzione patrimoniale a giustificare la novella del 2008-2009 (ivi incluso il caso della confisca dopo la morte del proposto), poiché essa individua nei cespiti dell'indiziato un compendio illecito da sottrarre al titolare o ai suoi aventi causa. La sanzione colpisce l'appartenenza al sodalizio e, coerentemente, prescinde dall'attualità della pericolosità sociale semplicemente perché non se ne occupa. Invece per le teorie che considerano il patrimonio come uno strumento, una espansione della pericolosità dell'indiziato, francamente, i conti non tornano quando questa pericolosità è cessata da tempo.

Come si vede le Sezioni unite potrebbero profittare della rimessione (sia consentito dire: saggiamente disposta dalla Sesta sezione) per procedere ad un esame approfondito di tutte i nodi irrisolti che l'*actio in rem* porta in sé. L'entusiasmo, non unanime invero, che accolse le novelle del 2008/2009 ha, forse, offuscato l'asse delle considerazioni in favore di una visione della confisca come strumento di "polizia economica", come tale tuttavia incompatibile con la natura giurisdizionale del procedimento di prevenzione. Ammicciare alla confisca *in rem* come lo strumento che abbia il fine di liberare l'economia legale dalla morsa terribile e soffocante dei patrimoni di mafia è un'impostazione giunta, inevitabilmente, al *redde rationem* davanti alla giurisdizione domestica. Alla Corte di cassazione il compito di tracciare i prossimi orizzonti.

ALBERTO CISTERNA