

## Osservatorio sulla Corte di cassazione

---

### Successione di leggi – Misure di prevenzione patrimoniali

#### La decisione

**Misure di prevenzione – Confisca – Successione leggi nel tempo – Natura – Retroattività** (c.p. artt. 2, 200, 236, 240; l. 31 maggio 1965, n. 575, artt. 2-*bis*, 2-*ter*; d.l. 23 maggio 2008, n. 92, art. 10; l. 24 luglio 2008, n. 125; l. 25 giugno 2009, n. 94, art. 2; d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, art. 18).

*In conseguenza delle modifiche introdotte dal d.l. n. 92 del 2008 (conv. in legge n. 125 del 2008) e dalla legge n. 94 del 2009 all'art. 2-bis legge n. 575 del 1965, la confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione deve ancora essere equiparata alle misure di sicurezza e, quindi, ad essa deve essere applicata, in caso di successione di leggi nel tempo, la previsione di cui all'art. 200 c.p.*

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, (ud. 26 giugno 2014) – SANTACROCE, *Presidente* – BRUNO, *Relatore* – Spinelli ed altro, *ricorrente* (informazione provvisoria).

#### Il commento

##### Problemi irrisolti per le misure di prevenzione patrimoniali

1. Con la pronuncia in commento, le Sezioni unite della Corte di cassazione sembrerebbero aver messo il punto definitivo alla *vexata quaestio* della natura – sanzionatoria o amministrativa – della confisca di prevenzione *ex art. 2-ter* l. 31 maggio 1965, n. 575, così come modificata dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125) e dalla l. 25 giugno 2009, n. 94.

E ciò, invero, con una manovra argomentativa che, seppur ancora sconosciuta, sembrerebbe *prima facie* aver abbandonato la via sostanziale che aveva condotto la sentenza Occhipinti ad affermare il carattere «oggettivamente sanzionatorio» della misura in parola<sup>1</sup>, per intraprendere un percorso esegetico, certamente più consolidato, in cui l'art. 2-*ter* legge n. 575 del 1965 è tornato ad indossare le vesti di *tertium genus* equiparabile, per contenuto ed effetti, alle misure di sicurezza.

Ma, prima di procedere alla dovuta ed, invero, imprescindibile analisi della

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. V, 25 marzo 2013, Occhipinti, in *Mass. Uff.*, n. 255043 che, sovvertendo completamente il precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale che vedeva le misure di prevenzione equiparate, in via sostanziale, alle misure di sicurezza, ne ha affermato per la prima volta la natura sanzionatoria, ritenendo, per l'effetto, applicabile il principio di irretroattività di cui all'art. 25 Cost. e 7 C.e.d.u. Sul punto, più approfonditamente, *infra*, § 2 ss.

compatibilità di tale decisione tanto con l'impianto normativo edificato dalle novelle del 2008 e del 2009, quanto con i più recenti approdi giurisprudenziali in punto di misure ablatorie patrimoniali, pare opportuno, per ragioni di chiarezza espositiva, richiamare, ancor più nella specie, i termini della *questio iuris* che la VI Sezione ha ritenuto di dover rimettere all'attenzione del Supremo Collegio nella sua massima composizione.

2. Orbene il *punctum dolens* riguardava il tema della retroattività delle innovazioni legislative apportate, per le misure di prevenzione patrimoniale di cui alla ricordata legge n. 575 del 1965, dagli artt. 10, co. 1, lett. c), n. 2 d.l. n. 92 del 2008 (conv. in legge n. 125 del 2008) e 22 co. 2, legge n. 94 del 2009, che – come noto – «hanno novellato il tenore dell'art 2-*bis*, co. 6-*bis* legge n. 575 del 1965, (...) definitivamente recidendo il rapporto di accessorietà necessaria tra misure di prevenzione personali e patrimoniali così da favorire l'irrogazione di queste ultime a prescindere dalla applicazione delle prime, a motivo della oramai esclusa indefettibilità del requisito della attualità della pericolosità sociale, rimasto imprescindibile solo per le misure personali».

Ebbene, giova ricordare che prima delle ora richiamate modifiche legislative «la giurisprudenza (...) era [sempre stata] consolidata nel ritenere la retroattività dei dati normativi afferenti il tema della prevenzione patrimoniale in ragione di una sostanziale equiparazione, quanto a contenuto ed effetti, della confisca *ex lege* n. 575 del 1965 alle misure di sicurezza *ex art. 240 cpv. c.p.*, con conseguente estensione alle prime del dato normativo dettato dall'art 200 c.p. per le seconde»<sup>2</sup>. Tale soluzione, invero, aveva trovato la sua più nota espressione nei principi dettati dalla sentenza delle Sezioni unite Simonelli «che, nel definire il tema legato alla possibilità di applicare la misura di prevenzione patrimoniale malgrado l'intervenuto decesso del proposto (situazione in precedenza non regolata, come oggi, da apposita previsione normativa) (aveva) escluso la natura meramente preventiva dell'intervento in questione (...) provvedendo a sussumerla piuttosto nell'ambito di un *tertium genus*, di una generica categoria di sanzioni amministrative parificabili – per contenuto ed effetti – alla misura di sicurezza di cui al ricordato art. 240 cpv. c.p.»<sup>3</sup>.

Nel citato arresto delle Sezioni unite, infatti, si era osservato come «la *ratio* sottesa ai provvedimenti in esame – adottabili nell'ambito del procedimento

<sup>2</sup> Così nell'ordinanza di rimessione, Cass., Sez. VI, 11 marzo 2014, Spinelli ed altro, in *questa Rivista* online, con nota di CISTERNA, *La confisca di prevenzione al test della verità: sanzione patrimoniale o solo misura di sicurezza?* e di VERGINE, *La nuova fisionomia delle misure di prevenzione reali: il nodo della retroattività al pettine delle Sezioni unite*.

<sup>3</sup> Ancora Cass., Sez. VI, 11 marzo 2014, Spinelli ed altro, cit.

di prevenzione - [dovesse essere] rintracciata nella esigenza di colpire beni e proventi di natura presuntivamente illeciti perché acquistati da soggetti socialmente pericolosi (...); *ratio* che, seppur con un ambito di estensione non identico, ben si ricollega(va) alle ipotesi previste dal citato art. 240, cpv., nn. 1 e 2, c.p. che, come è noto, prescindono dalla condanna - da un'affermazione di responsabilità accertata in sede penale - con la conseguente applicabilità anche nel caso di proscioglimento, quale che sia la formula (art. 205 c.p.)»<sup>4</sup>.

Sicché, proprio muovendo da tale equiparazione, nel tempo si era radicata l'idea della retroattività della disciplina normativa relativa alle misure di prevenzione patrimoniale; idea che, ad onor del vero, era stata poi pedissequamente ribadita - pur dopo l'entrata in vigore delle novelle normative in disamina ed anche in presenza della acquisita distinzione dei presupposti di applicazione delle misure personali e patrimoniali<sup>5</sup> - sino al deposito della ormai nota sentenza Occhipinti del 2013<sup>6</sup>, ove i giudici di legittimità, ispirati dai più recenti approdi sovranazionali in punto di tutela sostanziale dei diritti individuali, avevano, invece, scelto di sovvertire le sino ad allora consolidate sorti interpretative dell'art. 2-ter legge n. 575 del 1965, affermando, per la prima volta, la natura «oggettivamente sanzionatoria» della confisca di prevenzione e dunque l'applicabilità del principio di irretroattività.

Si era trattato, invero, di un cambio di rotta che aveva rappresentato una svolta fondamentale rispetto ad un granitico orientamento della Suprema Corte - facendo, per il vero, ben sperare per una risoluzione europeisticamente orientata della ormai quasi ventennale *querelle* in ordine alla natura delle misure patrimoniali<sup>7</sup> - ma che, però, viste le dirompenti conseguenze che

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, 3609 con nota di MOLINARI, *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem*.

<sup>5</sup> Si vedano Cass., Sez. II, 31.1.2005, P.g. in proc. Bruno e altri, in *Mass. Uff.*, n. 231873; Id., Sez. II, 14 marzo 2012, Costa e altri, *ivi*, n. 252829.

<sup>6</sup> Cass., Sez. V, 25 marzo 2013, Occhipinti, in *Mass. Uff.*, n. 255043.

<sup>7</sup> In dottrina, infatti, da tempo si invocava il riconoscimento della natura sanzionatoria della confisca di prevenzione. Si veda ad esempio MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. In legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2008, ove si è affermato che la confisca antimafia rappresenta «uno strumento punitivo basato sul sospetto che nei confronti del singolo individuo può rivelarsi come una sorta di pena sommaria, applicata al di fuori dei principi fondamentali dell'ordinamento penale, dal principio di legalità al principio di personalità della pena». COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 86; BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, atti del IX Convegno "Enrico De Nicola", Milano, 1975, 59 ss.; GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, *Appendice di aggiornamento*, Roma, 1996, 15; STORTONI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Le misure di prevenzione. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, 371 ss.; RUSSO, *La gestione dei patrimoni sequestrati e la tutela dei terzi nel sistema della l. n. 646 del*

avrebbe comportato sul fronte degli interventi ablatori destinati a reprimere il fenomeno della criminalità organizzata, era stato immediatamente riportato nei più rigidi confini tracciati dalla giurisprudenza a partire dal 1996.

Ed infatti, con la nota sentenza Ferrara del maggio 2013<sup>8</sup>, la prima Sezione, chiamata di nuovo ad esprimersi sulla questione, aveva ribadito, senza mezzi termini, la natura della confisca di prevenzione quale sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza di cui all'art. 240, co. 2, c.p., aprendo così la strada alla definitiva sottoscrizione, ora in commento, della lettura interpretativa offerta *ab immemorabili* dal Supremo Consesso<sup>9</sup>.

---

1982, in *Fall.*, 1985, 1009; AGUGLIA, *La legge La Torre alla verifica della Corte Costituzionale*, in *Dir. fall.*, 1986, II, 447 ss.; MANGANO, *La confisca nella legislazione antimafia e i diritti dei terzi*, in *Ind. pen.*, 1987, 653; BARGI, *L'accertamento della pericolosità nelle misure di prevenzione*, Napoli, 1988, 21 ss.; LAUDATI, *La criminalità economica e le prime applicazioni giurisprudenziali degli art. 12-quinquies e sexies della legge 356/92, relazione al 4° Congresso nazionale Associazione Internazionale De Droit Penal*, in *Riv. pen. dell'ec.*, 1994, 327; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, 202; MARUCCI, *Le misure giurisdizionali di prevenzione penale e l'appartenenza ad associazioni mafiose*, in *Giur. it.*, 1971, II, c. 105; CELENTANO, *La nuova ipotesi particolare di confisca obbligatoria*, in *Riv. pen. dell'ec.*, 1994, 109, che parla di finalità sanzionatoria di un arricchimento illecito.; ID. *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, cit., 481; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale - Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna, 2007, 170 - 192 ss.; MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale "in trasformazione"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 805.

<sup>8</sup> Cass., Sez. I, 23 settembre 2013, Ferrara, in *Mass. Uff.*, n. 256141.

<sup>9</sup> Nella specie si è rilevato che il venir meno del requisito della attualità della pericolosità sociale non ha modificato la natura della confisca di prevenzione. Dall'ordinanza di rimessione si legge che «se, si sostiene, non può negarsi che l'art. 200 c.p. implica - come affermato anni addietro dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 19 del 1974 (le cui statuizioni sono state ribadite dall'ordinanza n. 392 del 1987) - la correlazione delle "misure di sicurezza alla pericolosità, che è situazione, per sua natura, attuale", per altro verso occorre "porre mente ad un dato normativo di non secondaria importanza, ossia che la disposizione dell'art. 200 c.p. trova applicazione in materia di misure di sicurezza patrimoniali, cui sono assimilate a tal fine le misure di prevenzione patrimoniali, non già in via diretta, ma per effetto del richiamo operato dall'art. 236 c.p., che ha cura di selezionare con puntualità le disposizioni applicabili anche alle misure patrimoniali, ovviamente sul presupposto implicito ma in equivoco, che la diversità strutturale tra i due tipi di misure impedirebbe la naturale estensione di disciplina dettata espressamente per le prime. Ciò vale, per quel che qui interessa, per la disposizione di cui all'art. 200 c.p., co. 1, che per la riferibilità diretta alle misure di sicurezza personali implica la situazione di pericolosità, necessariamente attuale - secondo quanto precisato dalla giurisprudenza costituzionale - se afferisce alla persona. Non si può, infatti, definire una pericolosità personale che non sia attuale, essendo irragionevole ipotizzare che ad una persona non più pericolosa si possano applicare misure di sicurezza personali. Diverse valutazioni devono invece farsi per le misure patrimoniali, perché, rispetto ai beni, di pericolosità può dirsi in modo non sovrapponibile. Non ha significato rispetto ad una *res*, in special modo per quelle la cui pericolosità sia collegata alle modalità di acquisizione alla titolarità di un soggetto e quindi alla loro origine patrimoniale, l'assunto che la pericolosità debba essere per necessità attuale, perché la strutturale staticità dei beni non consente evoluzioni apprezzabili sul piano del giudizio di pericolosità che non siano talmente radicali da identificarsi con l'evento ablatorio, costituito appunto dalla confisca, e quindi con la rottura del nesso originario di illecita acquisizione al patrimonio».

3. Ebbene, tanto premesso, non può prescindersi dal rilevare come la decisione delle Sezioni unite di avallare un orientamento, indiscutibilmente ben consolidato, ma euristicamente poco assestato, possa oggi – e cioè già prima di conoscerne le motivazioni – prestare il fianco a fondate e policrome osservazioni critiche; e ciò, invero sotto una molteplicità di aspetti, tra cui, certamente, la razionalità del sistema.

D'altra parte è innegabile, che la più volte affermata equiparabilità tra misure di sicurezza e misure di prevenzione sia derivata, in tutte le pronunce poc'anzi ricordate, dalla presa d'atto della natura e della funzione delle seconde, da applicarsi non già quale diretta conseguenza di un determinato fatto, ma bensì avuto riguardo alla condotta di vita del proposto, tale da farne desumere quella attuale pericolosità sociale che è pacificamente il fondamento per dare corso a misure di sicurezza, ex art. 202 c.p.

Viene con sé, dunque, che laddove quel giudizio di attuale pericolosità sociale venga a mancare, e laddove la misura di prevenzione (patrimoniale) possa essere disposta anche prescindendo da una tale verifica, un tale percorso argomentativo finisca, indubbiamente, per incontrare sul piano razionale un limite esegetico non facilmente valicabile.

Se infatti non è più richiesto – come in effetti dopo le novelle del 2008/2009 non è più richiesto – che il proposto in sede di procedimento di prevenzione debba essere persona socialmente ed attualmente pericolosa, non sembra verosimile che la giurisprudenza continui a ricavare regole formali per la disciplina di quel procedimento proprio da una norma che fonda la sua ragion d'essere su quell'indefettibile presupposto<sup>10</sup>.

Come correttamente rilevato anche nella sentenza Occhipinti, invero, è il requisito dell'attualità della pericolosità sociale che nel tempo ha permesso alla giurisprudenza, sino all'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009, l'equiparazione delle misure di sicurezza e di prevenzione ai fini dell'applicabilità alle seconde della disciplina dell'art. 200 c.p. Così come è sulla base del requisito dell'attualità della pericolosità sociale che l'art. 200 c.p. ha negli anni superato il vaglio della Corte costituzionale<sup>11</sup> e, soprattutto, della Corte europea.

4. Non può dimenticarsi, infatti, che la Corte di Strasburgo ha da sempre negato la natura sanzionatoria della confisca in parola, proprio fondando tale

---

<sup>10</sup> Sul punto BALSAMO, LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Milano, 2013, 312 e ss.

<sup>11</sup> Si vedano Corte cost., nn. 19 del 1974 e (ord) 392 del 1987.

giudizio sul riconoscimento della natura preventiva, basata sul giudizio di pericolosità sociale. A partire, infatti, dal caso *Labita c. Italia*<sup>12</sup> i giudici di Strasburgo avevano riconosciuto la compatibilità con la C.e.d.u. delle misure *de quo* solo perché le stesse, *illo tempore*, trovano fondamento su una valutazione di pericolosità sociale del destinatario, così considerando non in contrasto con i principi della Convenzione il fatto che tali misure fossero «applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna, poiché tend(evano) ad impedire il compimento di atti criminali».

Ebbene, tale orientamento era stato poi ribadito anche nelle più recenti pronunce *Madonia c. Italia*<sup>13</sup> e *Riela c. Italia*<sup>14</sup>, laddove la Corte, nel ricordare come le misure preventive non fossero di fatto destinate a reprimere un'infrazione, ma si comminassero sulla base di indici che denotano la propensione a delinquere, aveva rilevato come l'autonomia del procedimento preventivo rispetto a quello penale si fondasse, effettivamente, proprio sul fatto che il primo non presupponeva una pronuncia di colpevolezza – ma solo una dichiarazione preliminare di pericolosità sociale basata sul sospetto dell'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso del soggetto colpito – ed *a fortiori* sul fatto che lo stesso era subordinato all'applicazione di una misura preventiva personale.

Evidente, allora, è come anche in una prospettiva prettamente europeistica, venendo meno il presupposto della pericolosità sociale – presupposto cui la Corte ha da sempre subordinato la conformità delle misure in parola con i principi della Convenzione – debba, per l'effetto, venire meno anche la possibilità di considerare oggi ancora inapplicabile il principio di irretroattività sancito tanto dall'art. 25 Cost., quanto dall'art. 7 C.e.d.u.

E ciò, invero, ancor più qualora come punto di riferimento non si prenda più soltanto l'ordinamento interno, ma anche – in un'ottica europeisticamente orientata – i parametri cui i giudici di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Engel c. Olanda*, hanno nel tempo subordinato il riconoscimento della natura penale delle sanzioni non così qualificate dagli ordinamenti nazionali (segnatamente: il presupposto; la natura e lo scopo della missione in causa; le

---

<sup>12</sup> Corte eur. dir. uomo, Gr. Cam., 1 marzo - 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*. Nello stesso senso *Id.*, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1994, Série A, vol. 281; *Id.*, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*; *Id.*, 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*; *Id.*, Sez. II, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*.

<sup>13</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*.

<sup>14</sup> Corte eur. dei dir. dell'uomo, 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*.

procedure legate alla sua adozione e alla sua esecuzione; la sua gravità<sup>15</sup>).

Del resto, non deve dimenticarsi che è stata proprio la Corte costituzionale in una pronuncia del 2010, ad osservare come dal «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», derivi «la necessità a fronte di ogni reazione ad un fatto criminoso che il legislatore qualifichi in termini di misura di sicurezza, di un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti»<sup>16</sup>.

E allora, proprio abbracciando tale sostanzialistico approccio e dunque facendo riferimento ai criteri elaborati dai giudici europei, deve osservarsi:

a) che a seguito della novella legislativa del 2009 – che, come già ampiamente illustrato, ha previsto la possibilità di applicare misure di prevenzione patrimoniali indipendentemente dalla verifica dell'attuale pericolosità sociale del preposto – il fondamento di detta misura è divenuto, non già il pericolo della commissione di altri delitti (che dovrebbe, appunto, essere il presupposto di ogni misura di prevenzione), ma bensì il mero sospetto dell'appartenenza ad un'associazione mafiosa o dello svolgimento di una condotta penalmente rilevante da parte del sottoposto – e quindi, in sostanza, la commissione di reati penalmente sanzionabili che, però, non riescono a provare<sup>17</sup>.

b) che la natura e lo scopo della confisca sono stati nel corso degli anni ogget-

<sup>15</sup> In tal senso, specificamente, Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito e Id., 30 agosto 2007, Sud Fondi c. Italia.

<sup>16</sup> Corte cost., n. 196 del 2010.

<sup>17</sup> In tal senso si esprime MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) ove afferma che «il suo presupposto è la consumazione di precedenti attività criminose dalle quali derivano i beni da confiscare, e dato che la fattispecie consente di confiscare tali beni senza dover provare il nesso causale con un determinato reato in un regolare processo, se ne può dedurre che il suo scopo non sia quello di prevenire la commissione di futuri reati, ma piuttosto quello di sottrarre i beni di provenienza illecita sulla base di meri elementi indiziari e, quindi, di sanzionare dei reati, dei quali non si riescono a fornire le prove, per lo meno nella forma minima della sottrazione del profitto, affidando alla prevenzione una funzione (afflittiva) che non le spetta». Nello stesso senso SCARPINATO, *Le indagini patrimoniali*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di Cassano, Roma, 2009, 247 ss., il quale afferma che il procedimento di prevenzione patrimoniale «ha cessato da tempo di essere un sistema autonomo per divenire un sistema di supporto a quello della repressione penale con il quale interagisce continuamente sul piano dell'aggressione ai patrimoni illegali e della risposta all'imprenditorialità criminale»; «l'accertamento della pericolosità del prevenuto, [...] non è più disancorata dalla commissione di reati – pericolosità *ante o praeter delictum*, intesa come generica propensione soggettiva a commettere futuri reati – ma, al contrario, saldamente ancorata a condotte storicamente definite ed integranti specifiche fattispecie di reato». Sui rapporti tra procedimento di prevenzione e procedimento penale v. anche NOCETI, PIERSONI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011, 83 ss.

to di confuse e mai definite oscillazioni interpretative da parte della giurisprudenza la quale, pur avendoli da sempre ricondotti nell'ambito della disciplina relativa alle misure di sicurezza, di fatto ne ha spesso riconosciuto una componente afflittivo-sanzionatoria.

Si prendano, ad esempio, le Sezioni unite Simonelli<sup>18</sup> - baluardo, come si è visto, dell'indirizzo interpretativo più restrittivo - in cui, però, il Supremo Consesso aveva rilevato come «la devoluzione allo Stato dei beni confiscati, prevista dalla l. 4 agosto 1989, n. 282 e le finalità indiscutibilmente "ablativo" dei corrispondenti provvedimenti, non consentono (...) di qualificare gli stessi, in senso tecnico/giuridico, quali misure di prevenzione, aggiunte a quelle, specificamente previste, quali "personali": e ciò al di là delle formali espressioni adoperate dal legislatore» posto che ad avviso del Collegio, si trattava «di improprietà lessicali, rispetto all'effettivo contenuto normativo, non idonee come tali a modificare la natura del provvedimento di confisca - di carattere sicuramente "ablatorio" - in una "misura di prevenzione" in senso tecnico ed a "condizionare" pertanto l'interprete», proprio perché la "*ratio*" posta alla base delle specifiche disposizioni in materia, è diretta «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».

Oppure la successiva sentenza Auddino<sup>19</sup>, ove la Corte, chiaramente, aveva affermato come la confisca in parola non dovesse essere considerata «un provvedimento di prevenzione, in senso stretto, ma piuttosto (una) sanzione amministrativa di carattere ablatorio», che assumeva «natura di sanzione patrimoniale (...) in risposta ad una acquisizione illecita di beni»; o ancora ulteriori e significativi arresti del 2008, ove il Supremo Consesso, senza mezzi termini, aveva riconosciuto alla confisca preventiva una natura, oltre che formalmente e sostanzialmente afflittiva, anche «dissuasiva, con la preminente funzione di togliere dalla circolazione perversa il bene che (...) è pervenuto nel patrimonio in modo perverso<sup>20</sup>».

c) Che, con riferimento alla procedure legate all'adozione e all'esecuzione della misura, a seguito della giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione, la confisca oggi in esame si applica, incontrovertibilmente, con una procedura strutturalmente modellata su quella del giudizio penale (seppur

<sup>18</sup> Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, cit.

<sup>19</sup> Cass., Sez. un., 8 gennaio 2007, Auddino, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1297.

<sup>20</sup> Cass., Sez. II, 8 aprile 2008, Failla e altro, in *Mass. Uff.*, n. 240501; nello stesso senso Id., Sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, *ivi*, n. 226491; Id., Sez. II, 28 marzo 1996, Olivieri, *ivi*, n. 205272; Id., Sez. I, 21 gennaio 1991, Piromalli, in *Cass. pen.*, 1992, 299.



paradossalmente con meno garanzie) che prevede lo svolgimento di indagini preliminari, l'iniziativa della pubblica accusa, la celebrazione di un'udienza di fronte ad un giudice, la necessaria partecipazione del difensore e del pubblico ministero, l'emanazione di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, nonché la possibilità di impugnazione di fronte ad organi superiori, quali la Corte d'Appello e la Corte di cassazione.

d) che, infine, con riguardo alla gravità della sanzione, è pacifica giurisprudenza della Corte costituzionale quella secondo cui la confisca di prevenzione sia una misura idonea «ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, co. 1, Cost.), e il patrimonio (quest'ultimo, tra l'altro, aggredito in modo normalmente massiccio e in componenti di particolare rilievo ...), nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente "inabilitanti" previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione»<sup>21</sup> – ben potendo, difatti, la stessa essere irrogata – sempre in maniera definitiva – anche su tutto il patrimonio del preposto ed anche quando i beni siano formalmente intestati ad altri soggetti.

E allora, se questi, come pacificamente riconosciuto, sono gli indici in base ai quali deve determinarsi la natura penale di una sanzione e se la confisca di prevenzione, così come rimodulata dal d.l. n. 92 del 2008 (conv. con la legge n. 125 del 2008) e dalla legge n. 94 del 2009, sembra rispondere a ciascuno di essi con una disciplina che davvero poco si differenzia da quella delle sanzioni penali in senso stretto, pare davvero arduo, ancora oggi, riuscire a relegare detta misura negli stretti confini di *tertium genus* equiparabile, per contenuto ed effetti, alle misure di sicurezza<sup>22</sup> – negando, peraltro, l'applicabilità del

<sup>21</sup> Corte cost., n. 93 del 2010.

<sup>22</sup> A significativo conforto di una tale affermazione, sta, invero, la dottrina più sensibile al tema, che, già in tempi non sospetti, aveva avuto modo di rilevare come «la confisca di prevenzione meriterebbe di essere considerata sanzione penale ai sensi degli stessi Engel criteria: a) il suo presupposto – a fortiori alla luce della recente legislazione – non è la pericolosità attuale del soggetto, bensì l'origine illecita del patrimonio, indiziata dall'appartenenza del suo titolare effettivo a sodalizi mafiosi, ovvero dalla ritenuta (su base indiziaria) commissione da parte sua di determinati reati (natura dell'infrazione); b) la misura viene applicata in via definitiva (natura della sanzione) e può colpire l'intero patrimonio dell'indiziato (severità della sanzione)» (Così MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, 43 ss.; allo stesso modo MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, cit., asserisce che «non solo la valutazione di compatibilità con le garanzie convenzionali della confisca misura di prevenzione da parte della Corte EDU si fondava su un presupposto, la valutazione di pericolosità sociale attuale, ormai non indispensabile, ma in realtà si ritiene di poter affermare che anche prima delle recenti riforme sarebbe stato possibile per la Corte europea giungere a conclusioni diverse se avesse applicato rigorosamente i suoi criteri sostanziali, al di là della qualifica formale della confisca in esame come "misura di prevenzione"; le conclusioni della Corte EDU in ma-

principio di irretroattività.

Se, infatti, è piuttosto pacifico che l'art. 7 per la C.e.d.u., così come l'art. 25 Cost. per il nostro ordinamento<sup>23</sup>, costituisce un «elemento fondamentale della preminenza del diritto» cui è affidato il compito di garantire «un'effettiva tutela da azioni penali, da condanne e da sanzioni arbitrarie»<sup>24</sup>, viene da sé che, soprattutto a fronte di una misura, come la confisca di prevenzione, in grado di limitare fortemente le libertà personali, la stessa non possa subire estemporanee deroghe *politically correct*, ma debba necessariamente essere graniticamente riaffermata a presidio di quegli ineludibili principi di legalità e di giustizia che fanno da sfondo alla C.e.d.u., e ancor prima all'ordinamento nazionale<sup>25</sup>.

Assumere il contrario invero, significherebbe consegnare nelle mani dello Stato uno strumento che, svincolato dall'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale e da un accertamento processuale di responsabilità, diverrebbe un mezzo attraverso cui punire reati che non si riescono a provare, paradossalmente in grado – in via di fatto – di comportare conseguenze ablatore anche più afflittive di talune pene qualificate come tali dalla legislazione interna – e in punto di diritto – di sottrarsi a quelle forme di controllo che l'ordinamento ha previsto proprio al fine di scongiurare surrettizi aggiramenti delle garanzie individuali.

---

teria – a parte le ultime riflessioni originate dalla questione della mancanza di udienza pubblica – si pongono in contrasto con le sue stesse elaborazioni sul concetto autonomo di “materia penale” per evidenti ragioni di politica criminale. La confisca misura di prevenzione assume – e assumeva anche prima delle recenti riforme – carattere punitivo se si considera che il suo presupposto non è il pericolo della futura commissione di delitti, ma il sospetto dell'appartenenza ad un'associazione mafiosa o dello svolgimento di una condotta penalmente rilevante, anche passata, quindi, di reati che non si riescono a provare (natura dell'infrazione); che la misura non viene disapplicata con il cessare della presunta pericolosità dell'indiziato, ma è una misura definitiva, applicabile anche in caso di morte del soggetto – prima in base a certi orientamenti giurisprudenziali, ora in base all'espresso dettato legislativo (art. 2-bis, c. 6-bis, l. n. 575 del 1965, ora art. 18, co. 2 e 3, cod. antimafia) – o del venir meno della sua pericolosità o addirittura anche in mancanza di attualità della pericolosità (art. 2-bis, c. 6-bis, l. n. 575 del 1965, ora art. 18, co. 2 e 3, cod. antimafia) (natura della sanzione); che può colpire tutto il patrimonio, anche se formalmente intestato ad altri soggetti, purché nella disponibilità di fatto dell'indiziato (severità della sanzione)».

<sup>23</sup> Sul punto PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2003, 120 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2010, 822; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto penale*, Milano, 2012, 73 ss.; ID., *Corso di Diritto penale*, Milano, 2001, 259; PALAZZO, *Corso di Diritto Penale, Parte Generale*, IV, Torino, 2011, 580; PATRONO, *Art. 200*, in *Comm. breve c.p.*, a cura di Crespi, Forti, Zuccalà, V, Padova, 2008, 570 ss.; VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XI, Torino, 1965, 503.

<sup>24</sup> Corte eur. dir. uomo, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia.

<sup>25</sup> Non è un caso, infatti, che il legislatore tedesco già da 2004, abbia scelto di sottoporre al principio di irretroattività la misura dell'*Erweiterter Verfall*, che, come la confisca di prevenzione, è destinata a colpire i profitti di origine sospetta.

L'art. 7 della Convenzione, d'altronde, sancisce il divieto di irretroattività della legge penale tanto nel senso di impedire la punibilità di fatti che, al momento della loro commissione, non erano previsti come reato, quanto nel senso di escludere l'applicazione di sanzioni più gravi di quelle che sarebbero state comminate al tempo in cui il reato è stato commesso, con il precipuo scopo di garantire l'effettiva della tutela dei diritti individuali e, segnatamente, che il reo al momento della commissione dell'illecito, possa aver «gli occhi aperti in relazione alle possibili conseguenze che possono derivarne»<sup>26</sup>.

E allora, viene da sé che uno strumento ablatorio definitivo e sostanziale, quale è, oggi, l'art. 2-ter legge n. 575 del 1965, escluso dal novero delle sanzioni penali, e privato, per l'effetto, di qualsivoglia limitazione temporale, finisca, *de facto et de iure*, per comportare gravi torsioni tanto dell'esigenza di calcolabilità delle conseguenze giuridiche della propria condotta, quanto, invero, del diritto – ineludibile – di autodeterminazione individuale.

Il che, ovviamente, in un ordinamento votato alla massima tutela dei diritti fondamentali, non pare granché tollerabile.

5. Senza dimenticare, poi, gli ulteriori ma non meno rilevanti, effetti che la decisione delle Sezioni unite finirà per generare sul piano della coerenza interna dell'ordinamento<sup>27</sup>.

Per un verso, infatti, si continuerà ad avallare l'assurdità per cui, a partire dal 2009, il principio di irretroattività *ex art. 25 Cost.* si potrà applicare alla confisca per equivalente *ex art. 2-ter, co. 10, legge n. 575 del 1965* e non alla confisca misura di prevenzione, che, come ampiamente argomentato, assume, ancor più, i connotati di una vera e propria sanzione penale<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Così Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito.

<sup>27</sup> Per quanto concerne il problema del *dies a quo* rispetto al quale dovrà avvenire il computo della retroattività della misura (problema che non si tratterà in questa sede) si rimanda interamente a CISTERNA, *La confisca di prevenzione al test della verità: sanzione patrimoniale o solo misura di sicurezza?*, cit., nonché a MAUGERI, *Le Sezioni unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della "correlazione temporale"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>28</sup> Non deve dimenticarsi, infatti, che la confisca di valore rappresenta esclusivamente uno strumento per garantire in forma diversa (per equivalente) l'applicazione efficace della confisca del profitto e che, quindi, dovrebbe mutuare la stessa natura della confisca base; dovrebbe assumere carattere punitivo nella stessa misura in cui l'assume la confisca base. Ed invece, paradossalmente l'ordinamento ha scelto di attribuire detto carattere punitivo alla confisca del profitto accertato, che, come noto, non sottrae un bene legittimamente detenuto dal reo e non limita il suo diritto di proprietà, e di lasciare, invece, la confisca di prevenzione nelle mani dello Stato quale ultimo *escamotage* per sottrarsi alla prova del nesso causale tra il profitto e il reato o come vera e propria pena patrimoniale nei confronti di illeciti che non si riescono a provare. In questi termini MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, cit. Sul

E per altro verso, si proseguirà nel ratificare l'invalsa prassi ampiamente diffusa nelle aule di giustizia che vede il momento valutativo del giudice della prevenzione relegare i principi di oralità, immediatezza e contraddittorio nella formazione della prova al di sotto di un mero affastellamento di vuote presunzioni normative<sup>29</sup>.

In effetti, il meccanismo decisionale che generalmente muove il procedimento di prevenzione consiste, spesso, in un percorso di accertamento accognitivo, in cui il presupposto indiziario che dovrebbe fungere da piattaforma per il giudizio prognostico si risolve quasi sempre aprioristicamente nella prognosi medesima, ed in cui l'attribuzione al preposto dell'onere di una *probatio* quasi diabolica, lo priva contestualmente della effettiva possibilità di contraddire sulla stessa.

Un meccanismo decisionale, insomma, che si ispira ad una mera logica del sospetto; che per contrastare la presunzione posta a fondamento della richiesta applicativa del sequestro (e della successiva confisca) non ammette, di norma, la prova orale sotto giuramento; ed in cui il canone di giudizio previsto dall'art. 533 c.p.p. paradossalmente si inverte nel senso che la misura patrimoniale della confisca di prevenzione *deve* essere in ogni caso disposta a meno che la prova della lecita provenienza dei beni non sia fornita al di là di ogni ragionevole dubbio.

E ciò a fronte, invero, di una consolidata giurisprudenza nazionale che, invece, ha osservato come «il procedimento di prevenzione, pur mantenendo le proprie peculiari connotazioni, è pervenuto ad una compiuta giurisdizionalizzazione e ad una piena assimilazione al processo ordinario di cognizione, essendo caratterizzato, al pari di quest'ultimo, dai principi coessenziali al giusto

---

punto, ampiamente, anche Cass., Sez. V, 25 marzo 2013, Occhipinti, cit.

<sup>29</sup> Si afferma con fermezza in dottrina che «lungo un orizzonte segnato dalla presa d'atto che l'ipotesi cognitiva cui tende la misura di prevenzione sia comunque un fatto di reato (ancorché indiziariamente definito), nonché tenendo nel giusto conto la gravità e l'irreparabilità del pregiudizio giuridico, etico e sociale che si infligge alla persona con l'applicazione della misura, si apprezza la indefettibilità costitutiva di un irrobustimento qualitativo della piattaforma epistemologica del giudizio: e dunque delle garanzie e dei presidi che informano l'iter attraverso il quale giungere alla sua irrogazione.

Se onestà intellettuale impone allora di prendere atto – e sul serio – della natura 'penale' della misura di prevenzione, altrettanta onestà deve declinarsi sul piano delle conseguenze: le corde dell'art. 111 Cost. hanno tutto il diritto di vibrare anche sul terreno del procedimento di prevenzione. E da qui recuperare la centralità del contraddittorio sulla prova e per la prova». Così MANGIONE, *Dal giusto processo al giusto procedimento di prevenzione: problemi vecchi e questioni nuove nei profili di costituzionalità delle misure di prevenzione antimafia*, in [www.associazionemagistrati.it](http://www.associazionemagistrati.it). Sulla problematicità del procedimento di prevenzione si veda anche CISTERNA, *L'azione di prevenzione giusto processo e regole acquisizione probatoria*, in questa Rivista online e GIUNCHEDI, *La prova della pericolosità nel procedimento di prevenzione*, *ivi*, nonché, con particolare riferimento ai profili delle impugnazioni, BENE, *Questioni aperte in tema di impugnazioni nel procedimento di prevenzione*, *ivi*.

processo, identificati dal novellato art. 111 Cost. nella presenza di un giudice terzo e imparziale e nel contraddittorio delle parti in posizione di parità»<sup>30</sup>, nonché di una giurisprudenza sovranazionale che non più di un paio di mesi fa, nel caso *Grande Stevens c. Italia*, ha ritenuto addirittura «scioccante (...) la totale assenza di esame in contraddittorio degli elementi di prova confutati e relativi a fatti cruciali, nel contesto di un'udienza in tribunale».

L'auspicio, dunque, è che le Sezioni Unite, almeno sotto questo profilo, provvedano a recuperare quella spinta garantista impressa, per un attimo, dalle ali meno conservatrici del Supremo Collegio, ma smarrita, quasi immediatamente, tra le maglie di un impenetrabile formalismo giuridico.

6. Ebbene, stando così le cose, non v'è dubbio che della natura sanzionatoria della confisca di prevenzione si sentirà ancora parlare. E ciò non solo perché, in punto di diritto, una presa di posizione come quella delle Sezioni unite non sarà probabilmente in grado di sopire una volta per tutte il fervido dibattito che da anni gravita intorno al carattere proteiforme della misura, ma soprattutto perché, in punto di fatto, finirà per generare, come si è visto, conseguenze dirompenti tanto sul piano processuale, quanto, soprattutto, su quello sostanziale dei diritti dei preposti che, alla luce delle più recenti tendenze evolutive provenienti da Strasburgo, non saranno, di qui a poco, presumibilmente più tollerate.

**BEATRICE BERARDI**

---

<sup>30</sup> Così Cass., Sez. II, 11 novembre 2009, Di Paola, in *Mass. UII*, n. 245169. Sulla problematicità del procedimento di prevenzione in relazione all'art. 111 Cost. MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di Cassano, cit., 20 ss.; si veda anche ASTARITA, *La prevenzione patrimoniale - presupposti e tipologia della misure applicabili*, in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, cit., 387 ss.

ARCHIVIO PENALE 2014, n. 3