

LE MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI E PATRIMONIALI NEL SISTEMA COSTITUZIONALE ^(*)

di Giovanni Grasso

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La legittimità costituzionale di un sistema di misure preventive. Spunti problematici. – 3. La sentenza De Tommaso: un «duro colpo» per il sistema delle misure preventive. – 4. Le reazioni della nostra giurisprudenza ai principi posti dalla sentenza. – 5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019. – 6. Il significato della sentenza costituzionale per il sistema preventivo: le questioni aperte. – 7. I problemi di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione fondate sulla pericolosità qualificata. – 8. Le prospettive in tema di confisca. – 9. La confisca in materia di lottizzazione abusiva: il difficile dialogo tra le Corti. – 10. Conclusioni.

1. Considerazioni introduttive.

Nel momento in cui si svolge il nostro seminario le misure di prevenzione (tanto personali quanto patrimoniali) vivono una evidente ambiguità.

Per un verso, esse incontrano nella prassi applicativa uno straordinario successo tanto da essere estese nella loro concreta operatività al di là del loro tradizionale ambito originario¹.

Per altro verso, la sentenza De Tommaso della Corte EDU, nonostante tutti i tentativi di circoscriverne il campo di applicazione o di neutralizzarne il significativo impatto, ha imposto una riflessione critica, che non è limitata ai tradizionali settori della dottrina da molto tempo critica nei confronti di uno strumento che nasce nell'Ottocento e che è il retaggio di vecchie misure di polizia (estrane ad un sistema di diritto penale liberale),² ma che ha coinvolto settori crescenti della giurisprudenza di legittimità e di merito che hanno investito la Corte costituzionale di numerose questioni di legittimità così da pervenire alla successiva sentenza n. 24/2019, e comunque hanno cercato di tassativizzare, per quanto possibile, l'ambito di applicazione di tali misure³.

^(*) Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione conclusiva presentata al seminario *“Le misure di prevenzione e le sanzioni patrimoniali: tensioni interpretative nel dialogo tra le Corti”*, svoltosi a Catania il 16 e 17 novembre 2018 ed organizzato dal Centro di diritto penale europeo di Catania ed è in corso di pubblicazione nel volume *“Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti Europee sull'ordinamento penale italiano”* a cura di G. Grasso, A. M. Maugeri e R. Sicurella

¹ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, [Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto](#), in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2015, p. 52.

² Così anche Corte Cost., 24 gennaio 2019, n. 24, § 11.1.

³ Cfr. *infra*, § 4.

Come meglio si dirà in appresso quello della Corte costituzionale costituisce per altro un risultato provvisorio che si rivela solo in parte appagante e appare bisognoso di ulteriori sviluppi.

1.1. Iniziando a considerare ora brevemente il fenomeno della crescente espansione del sistema delle misure di prevenzione – ripetutamente sottolineato dalla dottrina – si deve rilevare che, dopo la riforma del 1988, le figure di pericolosità generica – che ritroviamo ora nell’art. 1 d.lgs. 159/2011 – sono diventate «*nell’applicazione giurisprudenziale figure onnivore capaci di espandersi al di fuori dell’originaria cerchia criminologicamente connotata dei soggetti a marginalità sociale, così da essere applicate anche alla criminalità dei colletti bianchi*»⁴.

Con la riforma del 1988 si sono eliminate infatti alcune figure di pericolosità generica, che colpivano forme di emarginazione sociale e che apparivano il retaggio di concezioni ottocentesche; le misure di prevenzione sono divenute un moderno strumento di politica criminale, colpendo nuove forme di criminalità del profitto.

Questa trasfigurazione ha comportato in verità una profonda modifica dell’apparato preventivo.

La pericolosità diventa in effetti il presupposto per applicare le misure di prevenzione patrimoniali che assumono il ruolo di vero baricentro del sistema⁵.

Si tratta di una trasformazione che qualche autore saluta con favore (parlando di modernizzazione delle misure di prevenzione)⁶, ma non vi è dubbio che tali misure così strutturate possano diventare espressione di un diritto penale non più del fatto, ma dell’autore⁷.

Ora, il processo di tassativizzazione sviluppato dalla Corte regolatrice evita in parte questo problema⁸, ma non consente di nascondere le criticità del sistema.

1.2. Le misure di prevenzione, collegate alla pericolosità qualificata, hanno abbandonato il tradizionale ambito degli indiziati di appartenere alle associazioni mafiose per investire sempre nuovi settori.

Nel 1975 la categoria della pericolosità qualificata veniva estesa a gravi forme di criminalità sovversiva (per usare l’espressione impiegata da Menditto⁹), che ritroviamo ora, nelle lettere da d ad h dell’art. 4 del d. lg. 159/2011.

Di particolare rilievo l’applicazione delle misure di prevenzione agli indiziati del reato di intestazione fittizia (art. 12 quinquies d. l. 306/1992 convertito in legge con l. 356/1992) e dei reati elencati nell’art. 51 comma 3 bis c.p.p. (si tratta di una vasta serie di

⁴ M. PELISSERO, *La “fattispecie di pericolosità”: i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive. I destinatari della prevenzione praeter delictum; la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 145.

⁵ F. MENDITTO, [La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2017, p. 48.

⁶ Cfr. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, p. 71 ss.

⁷ Così M. PELISSERO, *op. ult. cit.*, p. 445.

⁸ Cfr. *infra*, § 4.2.

⁹ Così F. MENDITTO, *op. ult. cit.*, p. 82 ss.

reati collegati all'attività della criminalità organizzata che vanno dall'associazione per delinquere finalizzata alla tratta di esseri umani, ai reati commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis o per avvantaggiare le associazioni mafiose e al traffico illecito di rifiuti).

Si tratta di ipotesi che ritroviamo ora nella lettera b dell'art. 4 del l. d lg. 159/2011. A tali ipotesi la legge 161/2017 ha aggiunto anche il reato di cui all'art. 418 c.p.¹⁰

Di particolare importanza le ulteriori previsioni della legge 161/2017, che ha aggiunto le lettere i bis e i ter all'art. 4 del d. leg. 159/2011, prevedendo che le misure personali si potessero applicare, rispettivamente, anche agli indiziati del delitto di cui all'art. 640 bis c.p. e del delitto di associazione per delinquere volta a realizzare alcune figure di reati contro la p.a. e agli indiziati del delitto di stalking¹¹.

Una particolare disciplina è stata introdotta inoltre per prevenire la violenza negli stadi (art. 4 lett. i d. lg. 159/2011).

1.3. Per le misure patrimoniali un incentivo ad una loro crescente applicazione è costituito dal principio, introdotto dal d.l. 92/2008 (convertito nella legge 125/2008) e dalla legge 24/2009 e definitivamente consacrato nell'art. 18 d. lg. 159/2011, dell'*applicazione disgiunta* di misure personali e patrimoniali. L'autonomia dell'azione di prevenzione reale comporta che essa possa applicarsi anche nei casi in cui non possa essere applicata la misura personale, sul presupposto di un «*accertamento sia pure incidentale, della pericolosità del proposto*»¹², contribuendo così ad una espansione dell'area applicativa della misura patrimoniale.

Va inoltre rilevato che a partire dal d. l. 92/2008, esse risultano applicabili anche ai soggetti pericolosi, sulla base della c.d. pericolosità comune o generica¹³.

Per effetto della segnalata evoluzione le misure patrimoniali diventano così applicabili a molteplici forme di criminalità (anche per es. alle forme delittuose di evasione fiscale).

1.4. In questo quadro di espansione irrefrenabile dei destinatari e dell'area di applicazione delle misure di prevenzione non si nascondevano certo le criticità del sistema.

Le misure fondate sulla pericolosità generica avevano conosciuto un processo di evoluzione che ne aveva arricchito la cornice dei presupposti; non vi è dubbio però – e sul punto si ritornerà più avanti¹⁴ – che ben difficilmente in questa nuova ottica esse

¹⁰ Sul punto FR. SIRACUSANO, *La pericolosità qualificata: i destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, Relazione a questo seminario.

¹¹ Sull'estensione al reato di cui all'art. 416 bis volto a realizzare alcune figure di reato contro la p.a. v. C.G. PACI, *Le misure di prevenzione tra prassi applicativa ed esigenze della tassatività*, Relazione a questo seminario.

¹² F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia*, cit., p. 23.

¹³ Cfr., per tutti, F. MENDITTO, *Misure di prevenzione*, cit., p. 280. Da notare a questo proposito che una anticipazione si era avuta con l'art. 14 l. 55/1990 che aveva esteso le misure patrimoniali alle persone dedite ai traffici delittuosi che vivono col provento dei delitti specificamente indicati (sul punto v. F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia*, cit., p. 24).

¹⁴ Cfr. *infra* § 6.

possano essere ritenute una misura di carattere preventivo, costituendo piuttosto una misura di reazione ad una serie di reati accertati.

Le misure fondate sulla pericolosità qualificata, oltre ad essere basate su presupposti del tutto evanescenti, espressione più di uno stile di vita e di una contiguità ideologica o culturale alle associazioni criminali, costituivano comunque la reazione ad un reato solo “sospettato”.

Come sottolinea Pelissero, nella prassi applicativa «*il processo preventivo si sovrappone a quello penale o lo segue e nello stesso i procedimenti penali costituiscono gli elementi di fatto sui quali si fonda la prognosi di pericolosità anche se i due processi rimangono distinti*»¹⁵.

Sul punto si ritornerà *amplius* più avanti¹⁶.

2. La legittimità costituzionale di un sistema di misure preventive. Spunti problematici.

Prima di considerare gli effetti della sentenza De Tommaso sul sistema delle misure di prevenzione è necessario porsi un problema più generale: è legittimo concepire un sistema di misure variamente limitative della libertà personale e dei diritti patrimoniali al di fuori del campo della repressione penale?

Alla questione è stata data già negli anni '50 una risposta positiva dalla Corte Costituzionale, che è stata confermata da successivi arresti del giudice delle leggi e anche da una giurisprudenza consolidata della Corte EDU.

Secondo la Corte Costituzionale le misure di prevenzione «*sono informate al principio di prevenzione e di sicurezza sociale, per il quale l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire. È questa una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione*»¹⁷.

Questa conclusione sarà considerata nella presente relazione come un punto fermo che non verrà posto in discussione.

Ciò che si può e si deve mettere in discussione è però la legittimità di *questo* sistema di misure di prevenzione sotto un duplice profilo.

Si dovrà esaminare in primo luogo se esse nella loro puntuale configurazione e nella loro concreta applicazione non costituiscano uno strumento di reazione ad un reato già commesso (e quindi delle “pene”) che per una artificiosa «frode delle etichette» vengono sottratte allo statuto costituzionale e convenzionale delle pene.

Si dovrà in secondo luogo esaminare se esse rispettino comunque i principi costituzionali e convenzionali che debbono essere applicati a una limitazione delle

¹⁵ M. PELISSERO, *op. cit.*, p. 442 – 443.

¹⁶ Cfr. *infra* in particolare § 4, 6 e 7.

¹⁷ Corte Cost. 5 maggio 1959, n. 27; sul punto v. anche le osservazioni di D. PULITANÒ, *Relazione di sintesi. Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. penale*, 2017, p. 638 ss.

libertà personale, che è comunque connaturata alle attuali misure di prevenzione personale o ad una ablazione patrimoniale (per le misure di prevenzione patrimoniali).

Sotto questo profilo si deve riconoscere che l'ultima sentenza della Corte Costituzionale, ponendosi nel solco della sentenza n.177/1980, i cui principi purtroppo sono stati abbandonati, nella sostanza, dalle sentenze successive, ha tracciato uno statuto costituzionale e convenzionale delle misure di prevenzione, i cui requisiti dovranno essere attentamente vagliati¹⁸.

3. La sentenza De Tommaso: un «duro colpo» per il sistema delle misure preventive.

In questo quadro, così brevemente riassunto, la sentenza De Tommaso sferra un "duro colpo" alla disciplina delle misure di prevenzione personali (secondo l'incisiva espressione utilizzata da Francesco Viganò¹⁹), fondate sulle fattispecie di pericolosità 'generica' e – come più ampiamente si dirà – anche per quelle di pericolosità 'qualificata' di cui alla legge n. 575/1965, oggi trasfusa nel d. lgs. n. 159/2011 (il c.d. codice antimafia). In particolare, la sentenza dichiara la disciplina italiana in contrasto con il disposto dell'art. 2 del Protocollo addizionale n. 4 della Convenzione per la salvaguardia per i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, reso esecutivo in Italia con d.p.r. 217/1982. Tale disposizione convenzionale riconosce la libertà di movimento della persona, tuttavia acconsente a limitazioni della libertà di circolazione soltanto se tali restrizioni siano espressamente «previste dalla legge e se costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui»²⁰.

3.1. Quanto al requisito della previsione per legge (*in accordance with law*), afferma la Corte che, secondo la sua giurisprudenza, è necessario individuare nell'ordinamento nazionale una base legale della restrizione, che tale base legale sia accessibile per l'interessato, e che infine sia tale da consentirgli di ragionevolmente prevedere la restrizione del diritto convenzionale in conseguenza della propria condotta. Ora, la Corte ritiene che perché sussista tale requisito non è sufficiente che la legge preveda una base legale, ma è necessario inoltre che tale base legale sia corroborata da altri due requisiti, e cioè l'accessibilità (*accessibility*) e la prevedibilità (*foreseeability*). Individuata la base legale di tali restrizioni nella legge n. 1423/1956, la Corte europea ritiene

¹⁸ L'importanza della sentenza n. 177/1980 della Corte Costituzionale è sottolineata anche dalla Corte Edu nella sentenza De Tommaso.

¹⁹ F. VIGANÒ, [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 3, p. 370. Sulla sentenza De Tommaso v. anche, tra gli altri, A.M. Maugeri, [Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 3, p. 15 ss.; V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Diritto penale e processo*, 2017, p. 1039 ss.; F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia*, cit., p. 1 ss.

²⁰ Corte Edu, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

soddisfatto il requisito dell'accessibilità, tuttavia ritiene violato quello della prevedibilità. In particolare, la Corte ritiene assolutamente necessario che la disposizione sia formulata con sufficiente precisione (*sufficient precision*), e cioè una precisione tale da permettere ai cittadini di poter regolare la loro condotta e cioè di poter valutare, sulla base delle circostanze del caso concreto, le conseguenze delle proprie azioni. La Corte stabilisce, pertanto, il principio secondo cui una disposizione soddisfa lo *standard* minimo di prevedibilità se costituisce una misura di protezione contro le interferenze e cioè contro le interpretazioni arbitrarie delle Pubbliche Autorità. Una legge che conferisce un potere discrezionale, infatti, deve sempre indicare la portata di tale potere e i limiti di tale discrezionalità.

La Corte Costituzionale italiana – come segnala la stessa Corte di Strasburgo – si era già espressa sul rispetto del principio di determinatezza di queste disposizioni: la sent. 177/1980 riteneva costituzionalmente illegittima solo una delle categorie di destinatari delle misure di prevenzione previste dall'art. 1 della l. 1423/1956 proprio a causa dell'eccessiva indeterminazione della disposizione (coloro che «*per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere*»), mentre lasciava in vita le altre categorie di destinatari. Ritiene al riguardo la Corte europea che le misure di prevenzione non potrebbero mai essere adottate sulla base di un mero sospetto, ma che necessitano di un oggettivo accertamento probatorio di elementi fattuali (*objective assessment of "factual evidence"*) che riveli il comportamento abituale, lo stile di vita o comportamenti esteriori che manifestino le sue tendenze a delinquere: in sostanza, tale pericolosità non deve essere valutata in astratto, ma sulla base di elementi concreti. Ciò nonostante – osserva però la Corte di Strasburgo – né la giurisprudenza ordinaria né la Corte Costituzionale hanno chiaramente identificato gli "elementi fattuali" né le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo. Pertanto la Corte europea ritiene che la legge in questione non contenga previsioni sufficientemente dettagliate su che tipo di condotta sia da considerare espressiva di pericolosità sociale²¹.

3.2. Le disposizioni della legge n. 1423/1956 sono state, inoltre, censurate anche sotto il diverso profilo della vaghezza ed imprecisione relativa al contenuto delle prescrizioni che devono essere imposte all'interessato (artt. 3 e 5 l. 1423/1956). Ad essere additate dalla Corte, in particolare, sono le prescrizioni – tutt'oggi vigenti – che imporrebbero ai soggetti di cui all'art. 1 di «*vivere onestamente*» e di «*rispettare le leggi*» (prescrizioni alle quali la legge allora vigente aggiungeva quella di «*non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta*»). La Corte Costituzionale, al contrario, con sentenza n. 232/2010 aveva ritenuto non violato il principio di legalità e non fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione (oggi trasfusa nell'art. 75 del codice antimafia) che sanziona penalmente l'inosservanza di tali obblighi inerenti appunto alla sorveglianza speciale. La Corte di Strasburgo segnala come il tentativo di lettura interpretativa della Consulta che fa salve tali disposizioni non possa essere

²¹ *Ibidem*, § 110 ss.

condiviso: mentre la Corte Costituzionale, infatti, faceva riferimento al parametro del «*dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale*», i giudici di Strasburgo, considerano tale parametro un «*illimitato richiamo all'intero ordinamento giuridico italiano*» che «*non fornisce alcuna chiarificazione sulle norme specifiche la cui inosservanza dovrebbe essere considerata quale ulteriore indicazione del pericolo per la società rappresentato dall'interessato*».

La Corte censura inoltre la prescrizione prevista dall'art. 5 della legge n. 1423/1975 che impedisce di «*partecipare a pubbliche riunioni*» (*public meetings*): al riguardo – sostiene la Corte – la legge non prevede alcun limite di spazio o di tempo a questa libertà fondamentale, la cui restrizione viene lasciata interamente alla discrezionalità del giudice.

La Corte rileva, infine, una evidente indeterminatezza anche nella più generica prescrizione prevista al quarto comma dell'art. 5 cit., secondo cui il giudice «*può imporre tutte quelle prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale; ed in particolare, il divieto di soggiorno in uno o più comuni, o in una o più Province*». Di tali prescrizioni, infatti, la legge non determina alcun contenuto specifico. La legge dunque lascerebbe ai giudici una discrezionalità eccessiva senza indicarne con sufficiente chiarezza l'ambito o le modalità di esercizio. Ne consegue che l'imposizione di misure preventive risulta non sufficientemente prevedibile né accompagnata da adeguate garanzie contri i numerosi possibili abusi.

3.3. La conclusione a cui perviene la Corte è inevitabile: la legge n. 1423/1956 risulta formulata in termini «*vaghi ed eccessivamente ampli. Né la categoria di persone a cui le misure di prevenzione erano applicabili, né il contenuto di alcune di queste misure erano definite dalla legge con precisione e chiarezza sufficienti. Conseguentemente, la legge non rispondeva ai requisiti di prevedibilità fissati dalla giurisprudenza della Corte*»²².

4. Le reazioni della nostra giurisprudenza ai principi posti dalla sentenza.

Si è immediatamente rilevato che la posizione della Corte Edu nella sentenza De Tommaso costituisce il «*punto fermo*» con cui necessariamente fare i conti anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale sui rapporti tra legislazione nazionale e CEDU²³.

E in effetti, come è stato correttamente rilevato, il giudizio della Corte di Strasburgo non riguarda una singola vicenda processuale, ma la legislazione italiana in materia di misure di prevenzione personali²⁴.

²² *Ibidem*, § 125.

²³ Così F. VIGANÒ, *op.cit.*, p. 377.

²⁴ F. VIGANÒ, *op.cit.*, p. 376 – 377.

4.1. In questo quadro alcuni giudici di merito hanno immediatamente sollevato una questione di legittimità costituzionale concernente la violazione dell'art. 117 della Costituzione in rapporto all'art. 2 Prot. 4 Cedu.

I giudici remittenti rilevano che, alla luce delle conclusioni della sentenza De Tommaso, alcune prescrizioni della disciplina in tema di misure di prevenzione si porrebbero in contrasto con la disciplina convenzionale per l'assenza dei requisiti di «chiarezza, precisione e completezza prescrittiva».

L'incompatibilità delle norme censurate con i parametri convenzionali evocati determinerebbe l'illegittimità costituzionale delle stesse per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., non sussistendo, a parere del giudice a quo, «alcuna via interpretativa per adeguare le disposizioni delle norme citate alla norma convenzionale, dovendo a tal fine il giudice comune procedere a una riformulazione complessiva delle disposizioni di legge in contestazione, riservata esclusivamente al Legislatore»²⁵.

Si tratta delle questioni che saranno giudicate dalla Corte Costituzionale con la sentenza 24/2019 su cui di ritornerà più avanti.

4.2. Una parte della giurisprudenza ha tentato di neutralizzare l'effetto dirompente della sentenza De Tommaso.

Si sottolineava in effetti che la sentenza della Corte Edu era stata certamente influenzata da considerazioni relative al caso concreto esaminato «nel quale la misura di prevenzione era stata applicata dai Giudici di merito sostanzialmente in relazione a tendenze criminali, non adeguatamente supportate dall'attribuzione di comportamenti specifici o di rilevanza penale»; un caso si rilevava «non rispondente ai canoni interpretativi progressivamente invalsi nella materia»²⁶.

Facendo riferimento poi ai principi posti dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 49/2015 si è cercato inoltre di negare il carattere di «giurisprudenza consolidata» alla sentenza della Grande Camera; un orientamento questo che, come rilevato, non tiene conto del richiamo operato proprio dalla Corte Costituzionale ai pronunciamenti della Grande Camera proprio per definire la nozione di giurisprudenza consolidata²⁷.

4.3. L'interpretazione prevalente nell'ambito soprattutto della giurisprudenza di legittimità ha correttamente operato un tentativo di tassativizzazione delle ipotesi di pericolosità generica in coerenza con le esigenze espresse dalla Corte Edu.

Si tratta di un *modus procedendi* che sembra pienamente coerente con il sistema dei rapporti tra CEDU e legislazione interna: la questione legittimità costituzionale deve essere sollevata solo se il conflitto tra norme interne e norme della Convenzione non risulta «risolvibile in via interpretativa» perché «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale entro i limiti nei quali ciò sia permesso

²⁵ Corte Appello Napoli, ord. 15 marzo 2017, n. 154.

²⁶ Così Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2017, n. 2385.

²⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *op.cit.*, p. 377.

dai testi delle norme»²⁸. A questo riguardo la Corte costituzionale, con una importante sentenza proprio in materia di confisca, ha rilevato che «in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne e una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa», giacché soltanto «ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge»²⁹.

Ora, le posizioni assunte dalla Corte regolatrice appaiono di estremo interesse (anche se a mio giudizio, mettono in risalto le contraddizioni insite nello strumento preventivo). Ad esempio si è sottolineato come «Ultimamente questa Corte, proprio al fine di elidere le critiche di genericità ed indeterminatezza ed evitare una pronuncia di incostituzionalità delle norme in materia di prevenzione personale e patrimoniale, ha proceduto ad un'interpretazione del diritto interno convenzionalmente e costituzionalmente conforme al dettato dell'art. 2 Protocollo 4 addizionale della Convenzione ed ha sottolineato l'importanza della componente ricostruttiva del giudizio di prevenzione tesa a rappresentare l'apprezzamento di fatti idonei (o meno) a garantire l'iscrizione del soggetto proposto in una delle categorie tipizzate di soggetti a pericolosità generica», precisando che il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione non viene ritenuto colpevole o non colpevole in ordine alla realizzazione di un fatto specifico «ma viene ritenuto pericoloso o non pericoloso in rapporto al suo precedente agire per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza elevate ad indice rivelatore della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale e costituzionale o dell'ordine economico e ciò in ragione delle disposizioni di legge che qualificano le diverse categorie di pericolosità»³⁰.

In questa prospettiva si valorizza quella che è stata chiamata la componente ricostruttiva del giudizio di pericolosità che è stata posta in luce dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza Mondini.

Secondo tale ultima sentenza «Il giudizio di pericolosità espresso in sede di prevenzione va scisso – nelle sue componenti logiche – in una prima fase di tipo “constatativo” rapportata alla importazione di dati cognitivi idonei a rappresentare l'avvenuta condotta contraria alle ordinarie regole di convivenza tenuta – in passato – dal soggetto proposto (tra cui, ovviamente, ben possono rientrare i pregiudizi penali derivanti dall'accertamento di fatti costituenti reato) cui si unisce una seconda fase di tipo essenzialmente prognostico, per sua natura alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come “probabile” il ripetersi di condotte antisociali, inquadrate nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge»³¹.

²⁸ C. Cost. 22 ottobre 2007, n. 348.

²⁹ C. Cost. 16 luglio 2009, n. 239. Su tale interpretazione con riguardo alle ipotesi di confisca ci permettiamo di rinviare a G. GRASSO, *Commento all'art. 240*, in M. Romano, G. Grasso e T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano 2012, p. 439.

³⁰ Così Cass., Sez. II, 1 marzo 2018, n. 30974.

³¹ Così Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641.

Di tale fase constatativa si enfatizza la aderenza della dimensione probatoria di essa ai «*contenuti tipici della fattispecie astratta*» che viene significativamente arricchita in via interpretativa³².

In questa prospettiva, come viene posto in luce dalla Corte Costituzionale, i risultati sono particolarmente significativi con riguardo all'art. 4 lett. b d. lg. 259/2011.

Si è così richiesto un complesso di requisiti che certamente contribuiscono ad escludere la vaghezza di contorni della decisione legale richiedendo:

«a) *la realizzazione di attività delittuose (trattasi di termine inequivoco) non episodica ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto;*

b) *la realizzazione di attività delittuose che oltre ad avere la caratteristica che precede siano produttive di reddito illecito (il provento);*

c) *la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare»³³.*

Tali indicazioni consentono di «*determinare la esclusione dal settore in esame di quelle condotte che pur potendo percepirsi come manifestazione di pericolosità risultino estranee al "perimetro descrittivo" di cui al D. Lgs. n. 159 del 2011, attuali artt. 1 e 4*»³⁴.

5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019.

Chiamata a pronunciarsi sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dopo la sentenza De Tommaso la Corte Costituzionale procede ad una approfondita ricostruzione del sistema delle misure di prevenzione a seguito dei numerosi interventi del legislatore nel corso degli anni.

Secondo la Corte «*la formulazione delle disposizioni censurate rappresenta il lascito, mai sostanzialmente modificato nell'arco di più di un secolo, di una produzione normativa ottocentesca che, nell'ambito della legislazione di polizia, aveva quali propri destinatari soggetti posti ai margini della società – vagabondi, oziosi, sospettati per furti di campagna – che venivano attinti da misure limitative della libertà personale o di circolazione, applicate direttamente dall'autorità di pubblica sicurezza*»³⁵.

Ciò non esclude però che tale sistema non risulti essere in contrasto con la Costituzione, perché secondo la Corte «*le misure di prevenzione personale hanno una chiara finalità preventiva anziché punitiva, mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto*».

Secondo la Corte in effetti «*L'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per*

³² Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ C. Cost., 24 gennaio 2019, cit., § 11.1.

il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato»³⁶.

Ma la Corte rileva che, come essa ha sottolineato sin dalle sue prime sentenze, le misure di prevenzione personali anche se non hanno natura penale comportano pur sempre una restrizione della libertà personale che ne impone la sottoposizione ad un insieme di garanzie che la Corte nella sentenza in esame si propone di definire.

Secondo la Corte lo statuto costituzionale delle misure di prevenzione comporta un livello di garanzie che risulta addirittura superiore a quello riconosciuto dalla giurisprudenza europea: «*La riconduzione delle misure in parola all'alveo dell'art. 13 Cost. comporta, infatti, che alle garanzie (richieste anche nel quadro convenzionale) a) di una idonea base legale delle misure in questione e*

b) della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia c) della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU» (più ricco quadro costituzionale del quadro convenzionale)³⁷.

Con riguardo alle questioni prospettate la Corte muove dalla premessa che, come già ricordato nel paragrafo precedente, la giurisprudenza di legittimità, anche prima della sentenza De Tommaso, ma soprattutto successivamente, aveva compiuto un notevole sforzo volto a conferire in via ermeneutica maggiore precisione alle due fattispecie di pericolosità generica prese in considerazione nelle questioni di legittimità costituzionali.

Le questioni di legittimità costituzionale prospettate «*devono, allora, assumere a proprio oggetto le disposizioni censurate nella lettura fornite dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, al fine di verificare se tale interpretazione – sviluppata in epoca in larga misura successiva alla sentenza della Corte EDU De Tommaso – ne garantisca ora un'applicazione prevedibile da parte dei consociati*».

Importante sotto questo profilo la considerazione che l'esistenza di interpretazioni costanti non valga a «*colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale*» (la Corte richiama a questo proposito la sentenza n. 327/2008). In materia penale è indispensabile l'esistenza di un «*diritto scritto di produzione legislativa*» «*rispetto al quale "l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo"*».

È vero però – aggiunge la Corte – che «*allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base*

³⁶ *Ibidem*, § 9.7.1.

³⁷ *Ibidem*, § 9.7.3; sul punto v. anche C.G. PACI, *op. loc. cit.*

dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione»³⁸.

La conclusione, secondo cui debba essere ammesso un più ampio margine di manovra quando non siano in gioco norme propriamente penali, può essere condivisa.

Non sembra che invece si possa escludere, anche in materia penale, un intervento giurisprudenziale in chiave tassativizzante (scegliendo ad esempio tra più possibili interpretazioni).

È invece da condividere che una interpretazione giurisprudenziale costante, che renda la disposizione (e il suo significato) prevedibile, non vale a neutralizzare la carenza di precisione iniziale, il cui significato è stato posto in luce dalla sentenza 115/ del 2018.

Più in generale è vero (e ho avuto già occasione di affermarlo) che interpretazioni consolidate non valgono a giustificare precedenti violazioni del principio di legalità (ad es. interpretazioni analogiche)³⁹.

Per quanto riguarda il rispetto del principio di determinatezza io credo però che si debba riconoscere che una limitata carenza di precisione può essere sanata da successive interpretazioni.

Ciò non è possibile invece se la disposizione in esame costituisca un «guscio vuoto» bisognoso di arricchimenti contenutistici⁴⁰.

Sulla base di questa premessa la Corte è in grado di dare una risposta ai quesiti prospettati dai giudici a *quibus*.

Con specifico riferimento alle disposizioni relative a «*coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*» la Corte Costituzionale ha avuto cura di puntualizzare che «*alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza De Tommaso, risulti oggi possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011, sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali «casi» – oltre che in quali «modi» – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca. La locuzione “coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose” è oggi suscettibile, infatti, di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli “titoli” di reato, quanto di specifiche “categorie” di reato.*

Tale interpretazione della fattispecie permette di ritenere soddisfatta l'esigenza – sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato

³⁸ *Ibidem*, § 12.

³⁹ Cfr. G. GRASSO, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza: la sfida della legalità*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G. L. Gatta, Milano, I, p. 62.

⁴⁰ Ancora attuali le considerazioni di H.P. LEMMEL, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, Berlin, 1970, p. 181-182.

l'attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte – di individuazione dei “tipi di comportamento” (“types of behaviour”) assunti a presupposto della misura.

Le “categorie di delitto” che possono essere assunte a presupposto della misura sono in effetti suscettibili di trovare concretizzazione nel caso di specie esaminato dal giudice in virtù del triplice requisito – da provarsi sulla base di precisi “elementi di fatto”, di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione (art. 13, secondo comma, Cost.) – per cui deve trattarsi di a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca – l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito.

Ai fini dell'applicazione della misura personale della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, al riscontro processuale di tali requisiti dovrà naturalmente aggiungersi la valutazione dell'effettiva pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011»⁴¹.

La conclusione deve essere diversa con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 1, n. 1 legge 1423/1956 poi confluita nell'art. 1 lett. a d. lgs 159/2011. Secondo la Corte «appare invece affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza De Tommaso. Alla giurisprudenza, infatti, non è stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile ex ante per l'interessato, il disposto normativo in esame.

Invero... sul punto convivono tutt'oggi due contrapposti indirizzi interpretativi, che definiscono in modo differente il concetto di “traffici delittuosi”. Da un lato, ad esempio, la sentenza della Corte di cassazione, n. 11846 del 2018, fa riferimento a “qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]”, ricomprendendovi anche attività “che si caratterizzano per la spoliazione, l'approfittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili”. Dall'altro, e sempre a guisa d'esempio, la pronuncia della Corte di cassazione, n. 53003 del 2017, si riferisce al “commercio illecito di beni tanto materiali [...] quanto immateriali [...] o addirittura concernente esseri viventi (umani [...] ed animali [...]), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite [...], ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento”, osservando ulteriormente che “nel senso comune della lingua italiana [...] trafficare significa in primo luogo commerciare, poi anche darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile, e infine, in ambito marinaresco, maneggiare, ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento”.

Simili genericissime (e tra loro tutt'altro che congruenti) definizioni di un termine geneticamente vago come quello di «traffici delittuosi», non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura: esigenza, questa, sul cui

⁴¹ *Ibidem*, § 12.2.

rispetto ha richiamato non solo la Corte EDU nella sentenza *De Tommaso*, ma anche – e assai prima – questa stessa Corte nella sentenza n. 177 del 1980.

Né siffatte nozioni di “traffici delittuosi”, dichiaratamente non circoscritte a delitti produttivi di profitto, potrebbero mai legittimare dal punto di vista costituzionale misure ablative di beni posseduti dal soggetto che risulti avere commesso in passato tali delitti, difettando in tal caso il fondamento stesso di quella presunzione di ragionevole origine criminosa dei beni, che si è visto costituire la ratio di tali misure».

In definitiva «la descrizione normativa in questione, anche se considerata alla luce della giurisprudenza che ha tentato sinora di precisarne l’ambito applicativo, non soddisfa le esigenze di precisione imposte tanto dall’art 13 Cost., quanto, in riferimento all’art. 117, comma primo, Cost., dall’art. 2 del Prot. n. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall’art. 42 Cost. e, in riferimento all’art. 117, comma primo, Cost., dall’art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca»⁴².

E la Corte ha concluso dichiarando «l’illegittimità costituzionale (...) di tutte le disposizioni cui si riferiscono le questioni ritenute ammissibili (indicate al precedente punto 7), nella parte in cui consentono di applicare le misure di prevenzione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati nell’art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956, poi confluito nell’art. 1, lettera a), del d. lgs. n. 159 del 2011 (“coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi”))» (v. Corte Cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 24).

6. Il significato della sentenza costituzionale per il sistema preventivo: le questioni aperte.

La conclusione cui perviene la Corte contribuisce a una importante riformulazione del sistema delle misure di prevenzione.

L’ipotesi di pericolosità generica di cui alla lett. a dell’art. 1 d. lgs. 159/2011 è stata eliminata con la dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Quella di cui alla lett. b è stata mantenuta nel sistema, ma con la lettura tassativizzante che ne ha dato la Corte di cassazione nelle sue più recenti pronunce.

Come la Corte di Cassazione ha successivamente rilevato la sentenza in essere costituisce, con riguardo all’ipotesi di cui alla lettera b, una sentenza interpretativa di rigetto che vincola l’interprete ad una certa scelta ermeneutica, l’unica costituzionalmente e convenzionalmente conforme⁴³.

Il risultato nella prassi è ancora più interessante e significativo tenendo conto della circostanza che nella pratica applicazione le ipotesi di cui alla lett. a e b venivano assai spesso contestate congiuntamente; il proposto sarebbe un soggetto dedito a traffici delittuosi che vive dei proventi dei delitti. Ciò ha condotto alcune sentenze della Corte

⁴² *Ibidem*, § 12.3.

⁴³ Cass., Sez. I, 5 marzo 2019, n. 14629.

regolatrice ad un annullamento con rinvio proprio per valutare se si giustifichi un inquadramento del proposto nell'ipotesi di cui alla lett. b, nella visione tassativizzante offerta dalla Corte Costituzionale in coerenza con l'orientamento ormai consolidato della Corte regolatrice⁴⁴; d'altro canto, come è stato correttamente rilevato, le condotte espresse dalla Corte regolatrice per conferire piena tassatività alle previsioni normative costituiscono «*un limite invalicabile nella applicazione corretta degli istituti, il cui superamento è motivo di annullamento delle decisioni di merito*»⁴⁵.

6.1. Si è rilevato nel precedente paragrafo come la lettura offerta dalla giurisprudenza della Corte regolatrice e consacrata ora dalla Corte Costituzionale nella sua recente decisione in relazione alla lett. b dell'art. 1 d. lg. 159/2011 costituisce una importante riformulazione del sistema delle misure di prevenzione che non costituiscono più, come per il passato, espressione di un diritto penale dell'autore.

Sono delle condotte delittuose pienamente accertate quelle che costituiscono la base per applicare le misure di prevenzione (fondate sulla pericolosità generica).

In quest'ottica però le misure di prevenzione non rappresentano più una misura *praeter delictum*; esse sono misure *post delictum*; anzi fanno seguito all'accertamento di una *pluralità di delitti*.

Vi è da chiedersi allora se esse siano davvero espressione di un diritto preventivo e non costituiscano piuttosto una reazione al reato nascondendo così una evidente *frode delle etichette*.

Come espressione di una reazione al reato esse costituiscono una componente del diritto punitivo che deve essere sottoposta alle garanzie costituzionali e convenzionali della *matière pénale*.

Se, come dice Raffaello Magi (uno dei magistrati che più hanno contribuito a questa evoluzione), vi è stata una mutazione genetica dell'intero settore, trasformando le misure di prevenzione «*da pene del sospetto a strumento di verifica giurisdizionale incidentale – ma necessaria – di comportamenti illeciti già realizzati in chiave di esame soggettivo di connotati di pericolosità reiterativa*»; se le misure di prevenzione hanno una «*funzione marcatamente specialistica e, infine, anticipatoria di forme di contenimento della pericolosità sociale apprezzate in sede giurisdizionale sulla base di indicatori non dissimili – anche in caso di pericolosità generica – da quelli che il legislatore considera in fattispecie incriminatrici di parte speciale*»⁴⁶ si capisce come la differenza rispetto alle normali reazioni al reato (*id est*: alle pene) sfumi fin quasi a scomparire.

Si tratta di «pene» di cui si enfatizza la funzione preventiva, ma come la Corte Edu ci ha insegnato nel caso Welch più di vent'anni fa «*in effetti gli obiettivi della prevenzione e della riparazione si conciliano con quello della repressione e possono essere considerati come elementi costitutivi della nozione stessa di pena*»⁴⁷.

⁴⁴ Cass., Sez. I, 5 marzo 2019, cit.; Cass., Sez., I, 1 aprile 2019; n. 27691; Cass. Sez. II, 16 aprile 2019, n. 27263.

⁴⁵ Cass., Sez., I, 1 aprile 2019, cit.

⁴⁶ Così R. MAGI, [Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità. Le misure di prevenzione a metà del guado?](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, fasc. 3, p. 145.

⁴⁷ Corte Edu, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, § 30.

Mi sembra allora che la giustificata esigenza di garantire uno statuto costituzionale delle misure di prevenzione (per lo meno di quelle fondate sulla pericolosità generica) ne metta in discussione la natura, evidenziando ancora di più il carattere sostanzialmente repressivo di tali misure che non possono essere sottratte a *tutte* le garanzie proprie del sistema penale.

7. I problemi di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione fondate sulla pericolosità qualificata.

Ma il problema di un possibile contrasto con il principio di legalità si pone in effetti anche per la c.d. pericolosità qualificata (che pure non era stata considerata dalla sentenza De Tommaso).

Subito dopo la pronuncia della sentenza De Tommaso una parte della dottrina aveva segnalato che la carenza di tassatività, lamentata dalla Corte Edu con riguardo alle ipotesi di pericolosità generica (che venivano in considerazione nel caso all'esame della Corte), emergeva anche – e si potrebbe dire *a fortiori* – per le ipotesi di pericolosità qualificata⁴⁸. Si era così rilevato che *«la difficoltà di conciliare con il principio di tassatività l'accertamento della categoria dei destinatari, e quindi la valutazione di pericolosità sociale, si presenta anche in relazione alle fattispecie a pericolosità qualificata, fermo restando che, come sopra esaminato, in tale ipotesi il legislatore indica il reato in relazione al quale sviluppare il giudizio prognostico»*⁴⁹.

La giurisprudenza precedente aveva in effetti esteso la nozione di *«appartenenza all'associazione mafiosa»* sino a ricomprendere non solo le ipotesi di concorso esterno, ma anche *«ogni comportamento che, pur non integrando gli estremi del reato di partecipazione ad associazione mafiosa, sia funzionale agli interessi dei poteri criminali e nel contempo denoti la pericolosità sociale specifica che sottende al trattamento prevenzionale, costituendo una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa»*⁵⁰.

È evidente che in tal modo si richiede la formulazione di un giudizio che ha una componente empirico – criminologica.

Come è stato successivamente rilevato dalla stessa Corte Regolatrice si veniva a valorizzare *«una atipica e sfuggente constatazione di un sottostante terreno favorevole permeato di cultura mafiosa»*⁵¹.

In questa prospettiva diviene rilevante anche soltanto l'esistenza *«di un contesto di relazioni e legami qualificanti»* con esponenti di famiglia mafiosa⁵². Si richiede cioè la *«esistenza di dati indicativi di una relazione»* tra il sodalizio criminale e il soggetto proposto,

⁴⁸ A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione*, cit., p. 15.

⁴⁹ A.M. MAUGERI, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁰ Cass. Sez. VI, 29 gennaio 2014, n. 9747.

⁵¹ Cass., Sez. I, ord. 10 ottobre 2017, n. 48441. In termini analoghi v. FR. SIRACUSANO, *op. loc. cit.*

⁵² Così Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2014, cit.

relazione che può cogliersi anche soltanto in termini di «*coincidenza di interessi limitata a determinati settori di intervento*»⁵³.

Si è inoltre rilevato che risulta «*rimesso alla mera discrezionalità giudiziaria la determinazione del livello indiziario sufficiente a ritenere soddisfatta per lo meno la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale*»⁵⁴.

È evidente quindi che quel deficit di tassatività lamentato dalla sentenza De Tommaso con riguardo alla pericolosità generica sussiste anche (e si potrebbe dire *a fortiori*) con riguardo alla pericolosità qualificata.

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dinanzi alla Corte di Cassazione che aveva per altro risposto sulla base di una duplice argomentazione.

Per un verso si è cercato di minimizzare il significato della sentenza De Tommaso sottolineando che essa «*ha un ambito specifico, è intervenuta rispetto ad una fattispecie peculiare*»⁵⁵.

Per altro verso si è rilevato che «*quanto alla assunta vaghezza del concetto di appartenenza ed alla soglia di rilevanza indiziaria, anche in questa materia si registra nella giurisprudenza di legittimità una tendenza ad interpretare alcune disposizioni ed alcuni istituti in modo conforme ai principi di tassatività e prevedibilità*»⁵⁶.

Se la prima argomentazione è ora discutibile e non corrisponde certo al contenuto della sentenza De Tommaso che, come è stato correttamente rilevato da autorevole dottrina, concerne in definitiva tutte le misure di prevenzione fondate sulla pericolosità generica⁵⁷, la seconda pone in luce correttamente che la giurisprudenza di legittimità post De Tommaso ha iniziato un percorso volto a conferire maggiore determinatezza alla nozione di appartenenza.

Si è così segnalato che per effetto della sentenza della Corte Edu veniva a configurarsi un vero e proprio obbligo per l'interprete e che, conseguentemente, non potevano essere accettate delle impostazioni che fondavano la nozione di appartenenza su elementi di carattere sociologico quali la vicinanza o la contiguità all'associazione mafiosa.

Nella nozione di appartenenza dovevano esser ricondotti tutti quei comportamenti in cui si esprime un «*contributo fattivo alle attività e allo sviluppo di un sodalizio criminoso*»: si richiede quindi «*l'apprezzamento di una situazione di contiguità all'associazione stessa che risulti funzionale agli interessi della struttura criminale*»⁵⁸.

Si segnalava in queste ultime sentenze come non fosse più ammissibile il ricorso «*ad approcci interpretativi tesi a degradarne il significato in termini di mera "contiguità ideologica", comunanza di "cultura mafiosa" o riconosciuta "frequentazione" con soggetti coinvolti nel sodalizio*»⁵⁹.

⁵³ Cass., Sez. I, 4 aprile 2014, n. 51076.

⁵⁴ A.M. MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 16.

⁵⁵ Cass., Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 51366.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 376 – 377.

⁵⁸ Così, da ultimo, Cass., Sez. II, 22 marzo 2019, n. 27855; ma vedi già Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, n. 54119.

⁵⁹ Cfr. anche Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, cit.

Ora utilizzando i criteri decisori impiegati dalla Corte Costituzionale nella sentenza 24/2019 (v. in particolare § 12.1) si tratta di valutare se questa lettura (almeno in apparenza) tassativizzante sia in grado di garantire «sufficiente precisione» al precetto preventivo.

Da questo punto di vista mi pare che i risultati non siano appaganti sotto un duplice profilo.

Sia il criterio del “contributo fattivo” all’attività dell’associazione, sia quello della «contiguità all’associazione che risulti funzionale agli interessi della struttura criminale» risultano assolutamente vaghi e generici.

Si tratta di nozioni che fanno riferimento a comportamenti suscettibili di avvantaggiare l’associazione criminale, ma che non raggiungono neppure la soglia minima costituita dal concorso esterno.

La stessa Corte regolatrice ha avuto modo di precisare che, così interpretata la nozione di appartenenza, l’ampiezza di tale nozione «comporta che in tale ambito possano rientrare condotte tra loro molto diverse e che finiscono con il rappresentare tale legame in termini più o meno intensi»⁶⁰.

Non risulta in definitiva “prevedibile” quale sia il comportamento sussumibile in tale indefinita nozione. Ma se tali considerazioni dimostrano che con riguardo alla nozione di appartenenza è incerto lo stesso oggetto della valutazione (quali siano i comportamenti sussumibili), le considerazioni in tema di indizio prima richiamate dimostrano che è incerto lo stesso *criterio di valutazione* (quali siano gli indizi che possono essere considerati a tale riguardo sufficienti); in definitiva non si capisce quale sia il livello indiziario richiesto. Una questione aggravata dalla scelta delle tipologia di indizi: la giurisprudenza ha ritenuto a questo riguardo sufficienti «il tenore di vita, la frequentazione con pregiudicati e mafiosi, i precedenti penali e le altre concrete manifestazioni comportamentali contrastanti con la sicurezza pubblica»⁶¹.

Proprio sul richiamo a semplici indizi autorevole dottrina ha fondato un giudizio senza appello «la determinatezza della fattispecie (e verificabilità dei fatti) potrebbe essere assicurata da una tipizzazione di atti specifici. Se invece la stessa base della prognosi di pericolosità è costruita in chiave indiziaria (per così dire trasfigurata in ‘fattispecie di sospetto’) la tipicità della fattispecie si dissolve, in una sorta di regresso ad infinitum»⁶².

Il richiamo a meri indizi trasforma la fattispecie di pericolosità – nella sua componente constatativa – in una *fattispecie di sospetto*. Si conferma così la valutazione di Paulo Pinto de Albuquerque quando afferma che *le misure di prevenzione sono nient’altro che un «“second class” criminal punishment, “penalties based on suspicion” (pene del sospetto)*»⁶³.

È difficile non dare ragione a Ceresa-Gastaldo quando afferma che «un enunciato del tipo: sono limitate le libertà di chiunque sia indiziato del reato di tipo A o B, non è altro che

⁶⁰ Cass., Sez. I, ord. 10 ottobre 2017, cit.

⁶¹ Cass., Sez. I, 29 gennaio 2014, n. 974.

⁶² D. PULITANÒ, *Relazione di sintesi*, cit., p. 641.

⁶³ Così Corte Edu, 23 febbraio 2017, cit., *Partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque*, § 4.

una norma che sottintende un fatto illecito, senza esigerne l'accertamento, sanzionando non la condotta criminosa, ma la mera sua apparenza»⁶⁴.

In conclusione anche il giudizio sulle misure fondate sulla pericolosità qualificata non può dunque essere positivo.

8. Le prospettive in tema di confisca.

Poche battute sulla misura di prevenzione patrimoniale della confisca. Mi sembra che sia difficile negare che essa costituisca una *reazione al reato*.

Se, per usare le parole del giudice Matscher, nella sua *opinion dissidente* nel caso Öztürk, la natura di un istituto giuridico è funzione della disciplina che lo caratterizza secondo la pertinente legislazione⁶⁵, è difficile negare che la disciplina della confisca di prevenzione sia del tutto assimilabile a quella delle ordinarie forme di confisca, definite nel codice penale quali «*misure di sicurezza*», con una etichetta che è stata da lungo tempo oggetto di critiche da parte delle dottrine penalistiche.

Si è rilevato al riguardo che, le ipotesi di confisca previste nell'art. 240 c.p. e nella legislazione speciale costituiscono un «reticolo di meccanismi sanzionatori» che presentano una diversità di funzione e di scopo⁶⁶. Si tratta di un dato posto in luce già negli anni 60 dalla C. Costituzionale, che avvertiva che «*la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica*» e che «*il suo contenuto ... è sempre la ... privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa*», con l'effetto che viene in rilievo «*non una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge*»⁶⁷; un dato, questo, riconosciuto oggi anche Corte regolatrice nel caso Impregilo, là dove afferma che «*...sulla base della tracciata evoluzione normativa, appare assai arduo oggi catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole per esempio riconoscere, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo. Con il termine "confisca", in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablative di natura diversa, a seconda del contesto normativa*

⁶⁴ Così M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale*, cit., p. 50. Aggiunge ancora CERESA-GASTALDO, *op. cit.*, p. 4 che «*il consentire la compressione delle libertà dell'individuo non a fronte di condotte contrarie alla legge, ma in presenza di indicatori (per lo più presunti) di pericolosità sociale del destinatario della misura, è la negazione stessa dei fondamenti dello Stato liberale*».

⁶⁵ Corte Edu, sentenza 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, *opinion dissidente del giudice Matscher*, § 2.

⁶⁶ Cfr. A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27, co. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di V. BRANCA, *Rapporti civili*, art. 27-28, 1991, p. 137; Id., *Confisca nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, III, 1989, p. 49; B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, 1940, p. 282; v. anche F. VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, I, p. 418. Con riguardo alla disciplina del Codice Zanardelli, v. C. CIVOLI, *Confisca (diritto penale)*, in *Digesto italiano*, VIII, 1986, p. 893.

⁶⁷ Corte Costituzionale, 9 giugno 1961, n. 29; Id., 16 giugno 1964, n. 46.

*in cui lo stesso termine viene utilizzato»*⁶⁸. Si è al riguardo rilevato che il tentativo del legislatore di ricondurre a unità una serie di ipotesi così differenti aveva forse l'obiettivo (e conseguiva comunque il risultato) di consentire l'applicazione della disciplina normativa delle misure di sicurezza che risultava (e risulta) meno garantista di quella della pena (si pensi alla fondamentale questione della applicazione retroattiva della disposizione)⁶⁹.

Il dibattito sulla natura giuridica della confisca ha ricevuto un significativo contributo dalla discussione in ordine all'inquadramento della confisca per equivalente, collegato soprattutto alla questione relativa all'applicazione a tale forma di confisca dell'art. 200 c.p.

In ordine alla natura giuridica della confisca per equivalente si è esattamente rilevato che *«la fungibilità dei beni ricavati dal reato con una somma monetaria di pari valore sgombera la scena della confisca da qualunque residua inclinazione ad accedere alla nozione di pericolosità delle cose, che si trasferirebbe al reo»*⁷⁰. È chiaro allora che non è in alcun modo possibile l'inquadramento della confisca per equivalente tra le misure di sicurezza. Anche la Suprema Corte ha riconosciuto che la misura assume un *«carattere prevalentemente sanzionatorio»* e costituisce una *«vera e propria sanzione»*⁷¹; ne derivano, come si è già rilevato, puntuali conseguenze in termini di applicabilità dell'art. 200 c.p., escludendo così ogni applicazione retroattiva. Si tratta d'altro canto di considerazioni che non possono essere confinate alla misura della confisca per equivalente ma che rifluiscono sulla confisca dei proventi del reato, perché la confisca per equivalente allarga l'area dei beni aggredibili, ma possiede una funzione anche sanzionatoria) che non è diversa da quella della confisca diretta dei beni cui essa si sostituisce.

Ulteriori spunti di riflessione in relazione alla natura giuridica della confisca possono trarsi dall'inserimento di tale misura nell'ambito delle sanzioni applicabili agli enti sulla base del d.lg. 231/2001. Come si è già osservato, la disciplina della responsabilità da reato degli enti non prevede alcuna differenza di regolamentazione tra la confisca (che viene applicata anche nella forma per equivalente) e le altre sanzioni, con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 3 d. lg. 231 cit., viene esclusa ogni applicazione retroattiva di tale misura. È chiaro che la confisca presenta in tale ambito una evidente *«natura punitiva»* al pari delle altre sanzioni, sicché risulta ancora più sorprendente postularne una diversità di natura (e definirla una *«misura di sicurezza»*) nell'ambito proprio del codice penale e delle leggi penali speciali.

In definitiva, le segnalate vicende normative e giurisprudenziali, relative alla confisca per equivalente e alla confisca prevista come sanzione per gli enti, come pure l'evoluzione giurisprudenziale con riguardo alla confisca in materia di lottizzazione abusiva (su cui v. infra §9) confermano la conclusione secondo la quale la considerazione

⁶⁸ Così Cass., Sez. Unite, 27 marzo 2008, n. 266549, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, p. 1082 ss.

⁶⁹ Cfr. G. GRASSO, *Commento all'art. 240 c.p.*, in M. Romano, G. Grasso e T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, 2011, p. 608 – 609.

⁷⁰ Così A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in A.A.V.V., *Studi Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C. E. Paliero, III, 2006, p. 2108; E. DOLCINI – G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, 2001, p. 652.

⁷¹ Così, rispettivamente, Cass., Sez. Unite, 25 ottobre 2005, n. 40936; Id. Sez. Unite, 27 marzo 2008, cit.

della confisca quale misura di sicurezza sia assolutamente insostenibile e costituisca un autentico «reliquo storico»⁷².

8.1. In questo dibattito si inserisce il recente intervento della Corte Costituzionale. La Corte, dopo aver sottolineato l'importanza delle recenti riforme che hanno reso autonoma l'applicazione delle misure patrimoniali rispetto all'applicazione della misura di prevenzione personale, ha sottolineato come il sequestro e la confisca di prevenzione «condividono, a ben guardare, la medesima finalità sottesa alla confisca cosiddetta "allargata", originariamente prevista dall'art. 12-sexies del decreto legge 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e oggi confluita nell'art. 240-bis del codice penale»⁷³.

Secondo la Corte «la confisca "di prevenzione" e la confisca "allargata" (e i sequestri che, rispettivamente, ne anticipano gli affetti) costituiscono dunque altrettante species di un unico genus, che questa Corte ... ha identificato nella «confisca dei beni di sospetta origine illecita» – ossia accertata mediante uno schema legale di carattere presuntivo –, la quale rappresenta uno strumento di contrasto alla criminalità lucrogenetica ormai largamente diffuso in sede internazionale.»

Proseguendo il suo ragionamento la Corte rileva che «l'ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina – come ben evidenziato dalla recente pronuncia, già menzionata, delle sezioni unite della Corte di cassazione – un vizio genetico nella costituzione dallo stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità, risultando «sin troppo ovvio che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta solo all'indeclinabile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell'ordinamento giuridico. Non può, dunque, ritenersi compatibile con quella funzione l'acquisizione di beni contra legem, sicché nei confronti dell'ordinamento statale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità» (Cass., sez. un., n. 4880 del 2015)»⁷⁴.

In definitiva «la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene. Quest'ultimo potrà, così, essere sottratto al circuito criminale, ed essere invece destinato – quanto meno ove non sia possibile restituirlo a un precedente titolare, che ne fosse stato illegittimamente spogliato a finalità di pubblico interesse, come quelle istituzionalmente perseguite dall'Agenzia nazionale dei beni confiscati».

La confisca di prevenzione non avrebbe quindi un carattere punitivo ma piuttosto riparatorio o ripristinatorio.

Per altro asseriva la Corte che tali misure pur non avendo carattere penale, incidono pesantemente sui diritti costituzionalmente tutelati (quali il diritto di proprietà e il diritto di iniziativa economica) sicché la Corte ritiene opportuno sviluppare e

⁷² Ci permettiamo di rinviare a G. GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 613-614.

⁷³ C. Cost. 27 febbraio 2019, n. 24, § 10.3.

⁷⁴ *Ibidem*, § 10.4.1.

ricostruire gli elementi di uno statuto costituzionale delle misure di prevenzione patrimoniali costituiti da:

a) la previsione di tali misure deve avvenire «*attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della “base legale” della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 prot. addiz. CEDU);*

b) *l’essere la restrizione “necessaria” rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell’ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell’individuo, alla luce dell’art. 3 Costi.;*

nonché c) *la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificatamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni “giusto” processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo “volet civil”), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.), di colui nei cui confronti la misura richiesta»⁷⁵.*

8.2. Non si può negare l’interesse che presenta la ricostruzione operata dalla Corte costituzionale.

Osserva correttamente Epidendio «*ci troviamo di fronte a una vera e propria riconfigurazione di sistema della lettura costituzionale delle misure di prevenzione di cui non sembra ancora esservi larga coscienza e le cui implicazioni finali in termini applicativi risultano ben lungi dall’essere ancora chiare*»⁷⁶.

Essa però costituisce a ben vedere il tentativo di legittimare ancora ciò che non può e non deve essere legittimato e giustificato: il deficit di garanzia della regolamentazione delle misure di prevenzione patrimoniale sul piano sostanziale (ad es. la loro applicazione retroattiva) e sul piano processuale (le vistose differenze con la regolamentazione del processo penale).

In effetti non si può negare che le misure in questione non siano solo reazioni alla “sospetta” illecita acquisizione del bene.

Esse possono essere applicate solo nei confronti di soggetti che possono essere definiti come «*pericolosi*» nel periodo coevo all’acquisizione patrimoniale.

Ora, con riguardo alla pericolosità generica si è visto come essa presupponga (nella residua ipotesi di cui alla lett. b art. 1 d.l. lg. 159/2011) una serie di requisiti tra cui spicca anche la accertata commissione di una pluralità di delitti, tali da poter concludere che le misure di prevenzione patrimoniali costituiscono nella sostanza una reazione al reato di cui enfatizza il carattere preventivo.

Più ampie sono le questioni sollevate dalle misure fondate sulla pericolosità qualificata (v. *retro* §7).

⁷⁵ *Ibidem*, § 10.4.3.

⁷⁶ T. EPIDENDIO, *La lettura costituzionale delle misure di prevenzione nel quadro della tutela dei diritti*, Relazione a questo seminario.

A questo proposito al fine di definire lo statuto giuridico delle misure patrimoniali è necessario richiamare il dato enfatizzato anche dal giudice delle leggi che l'aerea dei beni confiscabili deve essere circoscritta « *a quelli acquistati in un arco temporale ragionevolmente correlato a quello in cui il soggetto risulta essere stato impegnato in attività connesse*».

Non si può quindi dire che la finalità dell'ablazione patrimoniale sia assolutamente indipendente dalla commissione di un reato (o addirittura di più reati), sicché esse manterrebbero un carattere ripristinatorio; essa in effetti mantiene il suo carattere di reazione ad un reato realizzato o a più reati realizzati (misure di prevenzione fondate sulla pericolosità generica) o soltanto ipotizzati o sospettati (misure fondate sulla pericolosità qualificata).

Sottrarre le misure di prevenzione patrimoniale allo statuto della pena (o comunque della sanzione punitiva) significa quindi incorrere in una pesante, evidente ed eclatante «*frode delle etichette*».

9. La confisca in materia di lottizzazione abusiva: il difficile dialogo tra le Corti.

Una parte di questo seminario è stata dedicata alla questione della confisca in materia di lottizzazione abusiva, una questione che ha visto l'incidenza di diverse sentenze della Corte Edu (da ultimo nel caso G.I.E.M. s.r.l. ed altri c. Italia) della Corte Costituzionale e della Corte regolatrice.

Riassumiamo i termini della vicenda.

Secondo l'*orientamento giurisprudenziale* che si era affermato in passato, la confisca in questione costituiva una «sanzione amministrativa» e essa doveva «essere obbligatoriamente applicata dal giudice penale che accerta la sussistenza di una *lottizzazione abusiva*, indipendentemente da una pronuncia di condanna, eccettuata esclusivamente l'ipotesi di assoluzione perché il fatto non sussiste»⁷⁷. Si trattava anche qui di una evidente «*frode delle etichette*», che sottraeva una misura sanzionatoria dai pesanti contenuti afflittivi alle regole proprie della sanzione penale; solo il successivo intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo ha indotto la giurisprudenza della Corte regolatrice a modificare un orientamento ormai consolidatosi⁷⁸; per la Corte europea, facendo applicazione dei tradizionali criteri interpretativi utilizzati al riguardo, la confisca in materia di lottizzazione abusiva presenta una evidente *natura penale* e deve essere considerata una «*pena*» ai sensi dell'art. 7 della Convenzione Europea⁷⁹.

Nella successiva sentenza di merito la Corte Edu aggiunge inoltre che l'applicazione di tale sanzione (di natura penale), anche in caso di assoluzione per la presenza di un errore scusabile sul divieto, contrasta con l'art. 7 della Convenzione Europea. Secondo la Corte le esigenze specifiche proprie del principio di legalità in

⁷⁷ Così Cass., Sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472; Id., Sez. III, 26 aprile 2007, n. 19732; Id., Sez. III, 21 novembre 2007, n. 9982.

⁷⁸ G. GRASSO, *Commento*, cit., p. 631 – 632.

⁷⁹ Corte Edu, *Decisione sulla ricevibilità nel caso Sudfondi c. Italia*, 30 agosto 2007.

materia penale richiedono che venga garantita la conoscibilità della legge penale⁸⁰. Sulla base di tali principi la Corte giunge ad affermare la violazione dell'art. 7 della Convenzione europea, dovendo riconoscersi a una confisca applicata in presenza di un errore scusabile sulla legge penale il carattere di *sanzione «arbitraria»*.

Dopo la decisione della Corte Edu nel caso Sudfondi la Corte regolatrice ha modificato la propria giurisprudenza, richiamando in particolare i parametri indicati dalla Corte Costituzionale in relazione ai rapporti tra diritto interno e principi della Convenzione Europea⁸¹. Del resto proprio con riguardo alla confisca in materia di lottizzazione abusiva la Corte Costituzionale aveva indicato la strada di una interpretazione adeguatrice che escludesse ogni profilo di contrasto con le previsioni convenzionali⁸². Sulla base di tali principi la Corte di cassazione ha affermato che l'applicazione della confisca nel caso in cui non si pervenga a una sentenza di condanna (ad es. perché il reato è estinto per prescrizione) richiede che si accerti la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva nei suoi estremi oggettivi e soggettivi⁸³. Sviluppando tali considerazioni, la Corte regolatrice ha posto un ulteriore principio di diritto: *«nell'ipotesi di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, il giudice, per disporre legittimamente la confisca, deve svolgere tutti gli accertamenti necessari per la configurazione sia della oggettiva esistenza di una illecita vicenda lottizzatoria sia di una partecipazione, quanto meno colpevole, alla stessa, dei soggetti nei confronti dei quali la sanzione venga adottata»*⁸⁴. Del resto, le Sezioni Unite avevano in precedenza rilevato che l'estinzione del reato non impedisce che al giudice possano essere riconosciuti ampi poteri di accertamento al fine di determinare se sussistono i presupposti della confisca⁸⁵.

Eguale da escludere è che la confisca possa essere disposta nei confronti di terzi «estranei alla commissione del reato dei quali sia stata accertata la buona fede»⁸⁶.

Sulla base di tali principi è da rilevare che la giurisprudenza italiana, pur non rinunciando alla qualifica di «sanzione amministrativa» riconosciuta alla confisca in questione, la applica solo in presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi tali da consentire di pervenire a una affermazione di responsabilità (anche se per ragioni esterne al reato, ad es. il decorso del tempo, non si perviene ad una condanna), si era rilevato che in tal modo si realizzava una sostanziale concordanza con la giurisprudenza della Corte europea⁸⁷.

Questa conclusione sembra debba essere posta in discussione alla luce della successiva sentenza Varvara della Corte Edu secondo la quale *«la sanzione penale inflitta al ricorrente, quando il reato era estinto e la sua responsabilità non era stata accertata con una sentenza di condanna, contrasta con il principio di legalità che l'articolo 7 della Convenzione*

⁸⁰ Corte Edu, 20 gennaio 2009, *Sudfondi c. Italia*.

⁸¹ Cfr. Cass. Sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188.

⁸² Così Corte Cost., 23 giugno 2009, n. 239.

⁸³ Cass., Sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865.

⁸⁴ Così Cass., Sez. III, 30 aprile 2009, cit.

⁸⁵ Cass. Sez. Unite, 10 luglio 2008, n. 38834.

⁸⁶ Così Cass., Sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741.

⁸⁷ Ci permettiamo di rinviare a G. GRASSO, *op. ult. cit.*, p. 632-633.

impone di rispettare. La sanzione controversa non è quindi prevista dalla legge ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione ed è arbitraria»⁸⁸.

La Corte Edu sembra richiedere (almeno in apparenza) non solo una sostanziale affermazione di responsabilità, ma una vera e propria sentenza di condanna.

La questione è stata sottoposta al giudizio della Corte Costituzionale da due diverse e divergenti ordinanze⁸⁹.

Secondo la Corte di cassazione, alla luce della menzionata sentenza della Corte Edu, non sarebbe possibile applicare la confisca in mancanza di una sentenza di condanna e, di conseguenza essa ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 DPR in quanto tale assetto «*determinerebbe una forma di iperprotezione del diritto di proprietà, nonostante il bene abusivo non assolva ad una funzione di utilità sociale (artt. 41 e 42 Cost.), con il sacrificio di principi costituzionali di rango costituzionalmente superiore, ovvero del diritto a sviluppare la personalità umana in un ambiente salubre (artt. 2, 9 e 32 Cost.)*»⁹⁰.

Il Tribunale di Teramo ha sollevato questioni di legittimità costituzionale perché procedendo nei confronti di un soggetto, la cui responsabilità sarebbe stata dimostrata nel corso del dibattimento ed essendo maturati i termini di prescrizione, sulla base del «*diritto vivente*» avrebbe dovuto procedere alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati, pur in mancanza di una sentenza di condanna, ponendosi così in contrasto con la giurisprudenza della Corte Edu nel caso Varvara⁹¹.

La Corte Costituzionale, con la importante sentenza n. 49/2015 dichiara inammissibili entrambe le questioni⁹².

La Corte si pone preliminarmente il problema della vincolatività delle sentenze della Corte Edu che non siano «*espressione di una giurisprudenza consolidata nell'ambito della giurisprudenza europea*».

Secondo la Corte «*È... solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*»⁹³.

Si tratta di una questione che non può essere ulteriormente esaminata in questa sede, senza omettere di osservare che la Corte Costituzionale ritiene necessario un dialogo tra Corte europea e «*tutti i giudici che devono applicare la Cedu ivi compresa la Corte Costituzionale*»; aggiunge ancora la Corte a questo riguardo che si «*tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 della Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in*

⁸⁸ Corte Edu, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*.

⁸⁹ A. GALLUCCIO, [Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica](#), in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2018, p. 222.

⁹⁰ Così Cass., Sez. III, ord. 20 maggio 2014 (r.o. n. 209/2014).

⁹¹ Trib. Teramo, ord. 17 gennaio 2014, n. 101.

⁹² Corte Cost., 26 marzo 2015, n. 49.

⁹³ *Ibidem*, § 7.

un’ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l’impostazione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidati e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali»⁹⁴.

Nel caso di specie il dialogo si è rivelato particolarmente fruttuoso come risulta dalla successiva sentenza della Corte europea nel caso G.I.E.M., che recepisce alcuni degli spunti offerti dalla Corte Costituzionale.

La Corte costituzionale può pervenire ad una pronuncia di inammissibilità della questione prospettata dai giudici remittenti principalmente perché ritiene inesatta l’interpretazione della sentenza Varvara da cui essi muovono. La Corte rileva che l’orientamento giurisprudenziale precedente alla decisione Sudfondi è stato modificato, stabilendo che la confisca in essere « può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti».

Aggiunge ancora la Corte che «l’accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo condannato l’imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l’autore del fatto, ovvero il terzo di mala fede acquirente del bene (sentenze n. 239 del 2009 e n. 85 del 2008). ... Resta il fatto che, di per sé, non è escluso che il proscioglimento per prescrizione possa accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato (misura, quest’ultima, che il giudice penale è tenuto a disporre con la sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva ai sensi dell’art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001)».

È chiaro allora che «La questione da risolvere, secondo i criteri appena enunciati dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, consiste allora nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di “condanna”, abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell’art. 7 della CEDU, vale a dire l’accertamento della responsabilità»⁹⁵.

La Corte opta decisamente per questa seconda alternativa interpretativa che risulta coerente con l’impostazione adottata dalla Corte regolatrice (all’indomani della sentenza Sudfondi) e sulla quale ci si è prima soffermati.

Secondo la Corte Costituzionale « nell’ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest’ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica»⁹⁶.

Dopo la presa di posizione della Corte Costituzionale, volta, come la stessa sentenza affermava esplicitamente, ad aprire un dialogo con la Corte Edu era atteso il nuovo pronunciamento della Corte Europea, che interviene con la sentenza G.I.E.M. ed altri contro Italia⁹⁷.

⁹⁴ *Ibidem*, § 7.

⁹⁵ *Ibidem*, § 6.2.

⁹⁶ *Ibidem*, § 6.2.

⁹⁷ Corte Edu, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia*.

La Corte Edu, nella sua più ampia composizione, ribadisce la riconducibilità alla nozione di “pena” ex art. 7 CEDU della confisca in esame sulla base della specifica criteriologia sviluppata dalla giurisprudenza europea (da segnalare che la sentenza richiamata a questo riguardo è opportunamente la sentenza Welch).

La Corte ribadisce che l’inflizione di tale sanzione penale implica necessariamente una componente di natura psicologica.

Proprio perché la *prevedibilità* della sanzione da infliggere è una componente essenziale del principio di legalità, ne segue che deve sussistere necessariamente un *legame strettissimo tra legalità e colpevolezza*.

In questo quadro il richiamo operato dalla sentenza Varvara all’ammissibilità di ipotesi di responsabilità obiettiva viene fortemente ridimensionato.

Osserva la Corte che la «*presunzione di colpevolezza*» in cui si tradurrebbero i casi di responsabilità oggettiva deve ammettere una prova contraria; una violazione della Convenzione sussiste invece «*quando una presunzione ha l’effetto di privare una persona di qualsiasi possibilità di discolarsi rispetto ai fatti di cui è accusata, privandola così del beneficio dell’articolo 6 § 2 della Convenzione (si veda, tra altre, Salabiaku c. Francia, 7 ottobre 1988, §§ 27-28, serie A n. 141 A, Janosevic c. Svezia, n. 34619/97, § 68, CEDU 2002 VII, e Klouvi c. Francia, n. 30754/03, § 48, 30 giugno 2011)*»⁹⁸.

Come è stato esattamente rilevato «*Le presunzioni di colpevolezza nelle quali si risolvono, sul versante processuale, i casi responsabilità oggettiva – eccezionalmente ammessi dalla Convenzione – devono, in sostanza, ammettere prova contraria e consentire al soggetto agente di esercitare il proprio diritto di difesa*»⁹⁹.

Ciò che può essere ammesso, in definitiva, è solo un’*inversione dell’onere della prova*. Questo è il risultato cui la Corte perviene attraverso una lettura coordinata degli art. 6, § 2 e 7 della Convenzione europea.

In relazione alla confisca la Corte Edu sottolinea che proprio per effetto della giurisprudenza della Corte Edu i giudici italiani hanno modificato la propria impostazione per quanto riguarda due aspetti importanti: «*Primariamente, anche in caso di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione, la confisca può essere attuata solo se è dimostrato che il reato è costituito per quanto riguarda sia il suo elemento oggettivo che il suo elemento soggettivo. In secondo luogo, a partire dalla sentenza Sud Fondi S.r.l. e altri, i tribunali interni si sono astenuti dall’imporre tale provvedimento di confisca a terzi in buona fede*»¹⁰⁰.

Per quanto riguarda il potenziale punto di contrasto tra giurisprudenza costituzionale italiana e giurisprudenza europea la Corte Edu accoglie l’impostazione della Corte Costituzionale, come era in effetti prevedibile tenendo conto della attenzione prestata da sempre dalla Corte europea alla *sostanza* dei fenomeni giuridici. È vero – osserva la Corte – che la dichiarazione di responsabilità è spesso racchiusa in una sentenza di condanna, ma non è necessario che un provvedimento di confisca sia contenuto in una sentenza di condanna: «*la Corte deve assicurarsi che la dichiarazione di*

⁹⁸ *Ibidem*, § 243.

⁹⁹ Così A. GALLUCCIO, *op. cit.*, p. 225.

¹⁰⁰ Corte Edu, 28 giugno 2018, cit., § 245.

responsabilità penale rispetti le tutele di cui all'articolo 7 e derivi da un procedimento che soddisfi le esigenze dell'articolo 6»¹⁰¹.

In definitiva « la Corte ritiene che, qualora i tribunali investiti constatino che sussistono tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva pur pervenendo a un non luogo a procedere, soltanto a causa della prescrizione, tali constatazioni, in sostanza, costituiscono una condanna nel senso dell'articolo 7, che in questo caso non è violato».

Se su questo profilo la sentenza della Corte Edu recepisce l'impostazione dei giudici italiani (che per altro avevano modificato la propria giurisprudenza proprio per effetto della giurisprudenza europea), la sentenza G.I.E.M. risulta fortemente innovativa su un altro specifico profilo.

I beni oggetto dei fatti di lottizzazione abusiva appartenenti alle società ricorrenti (che non avevano in alcun modo partecipato al procedimento penale) erano stati in effetti confiscati, a seguito del procedimento penale che era stato condotto nei confronti dei loro rappresentanti legali (questo ultimo profilo è addirittura assente nei confronti della società G.I.E.M.).

Il fondamento del provvedimento dell'Autorità giudiziaria deve essere ravvisato in quel consolidato orientamento giurisprudenziale, formatosi già prima dell'entrata in vigore del d.lg. 231/200, che considera non estranea al reato la persona giuridica nel cui interesse il reato è stato commesso dal suo legale rappresentante¹⁰².

A sostegno di una tale conclusione si era rilevato in passato che la persona giuridica può compiere «attività di concorso o altrimenti connesse, ancorché si tratti di persona non punibile perché priva di responsabilità penale»¹⁰³. Più di recente si è sostenuto che «quando l'attività illecita viene posta in essere da una persona giuridica attraverso i propri organi rappresentativi, mentre a costoro farà capo la responsabilità penale per i singoli fatti di reato, ogni altra conseguenza patrimoniale non potrà che ricadere sull'ente esponenziale in nome e per conto del quale la persona fisica abbia agito, con esclusione della sola ipotesi di avvenuta rottura del rapporto organico per avere, l'imputato colpevole, agito di propria, esclusiva iniziativa»¹⁰⁴.

La dottrina largamente prevalente aveva ritenuto assolutamente non condivisibile una tale impostazione.

Prima dell'entrata in vigore del d.lg. 231/2001 si era sostenuto che se si esclude una responsabilità penale della persona giuridica, non si vede a quale titolo se ne possa ammettere un'attività penalmente rilevante, anche al solo fine di fondare una sua «non estraneità» al reato¹⁰⁵.

Ma anche dopo la configurazione, nel nostro sistema, di una responsabilità da reato delle persone giuridiche, si deve comunque riconoscere che l'orientamento qui criticato viene ad ammettere una sottoposizione della persona giuridica a una sanzione

¹⁰¹ *Ibidem*, § 252.

¹⁰² Cass., Sez. VI, 8 giugno 2000, n. 2643; Id., Sez. III, 29 marzo 2001, n. 17349; Id., Sez. III, 3 dicembre 2003, n. 299.

¹⁰³ Così Cass., 18 luglio 1992, cit.

¹⁰⁴ Così Cass., Sez. III, 3 dicembre 2003, cit.; Id., Sez. III, 29 marzo 2001, cit.

¹⁰⁵ A. ALESSANDRI, *Confisca*, cit., p. 55.

penale *al di fuori dei casi previsti dal d.lg. 231/2001*; un risultato questo che, anche se comprensibile da un punto di vista politico criminale, appare fortemente discutibile¹⁰⁶.

Alla luce di questa impostazione della dottrina non si può che salutare con favore la presa di posizione della Corte europea.

Secondo la Corte europea che richiama sul punto le conclusioni cui era pervenuta nella sentenza Varvara secondo cui «una conseguenza di fondamentale importanza deriva dal principio di legalità nel diritto penale: il divieto di punire una persona se il reato è stato commesso da un'altra».

Una conclusione che la Corte aveva già derivato dall'art. 6 § 2, ma che deve essere posta in collegamento anche con l'art. 7 della Convenzione europea,

In definitiva secondo la Corte «una confisca applicata, come nel presente caso, a persone fisiche o giuridiche che non sono parti in causa è incompatibile con l'art. 7»¹⁰⁷.

La Corte esamina pure l'obiezione del Governo italiano secondo cui le società ricorrenti erano – almeno in alcuni casi – in mala fede rilevando «che nulla negli elementi acquisiti alla causa fa pensare che la proprietà dei beni sia stata trasferita alle società ricorrenti dai loro rappresentanti legali (si veda, in tal senso, l'articolo 6 della direttiva 2014/42, paragrafo 152, supra)»¹⁰⁸.

Una conclusione quest'ultima che sembra aprire la strada alla prova della «mala fede» della persona giuridica che non abbia partecipato al processo.

Una tale conclusione si scontra però, per un verso, con la circostanza che la persona giuridica *de qua* non partecipando al processo non ha alcuna possibilità di difendersi e, per altro verso, con la circostanza che dopo l'introduzione della responsabilità da reato degli enti, lo strumento per imporre una responsabilità penale è quello del procedimento *ex d. lg. 231/2001*.

La Corte rileva per altro conseguentemente anche una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, in quanto i provvedimenti ablativi risultavano non proporzionati rispetto allo scopo perseguito.

Di particolare interesse, invece, la conclusione che nei confronti del signor Gironda (per il quale non era stata accertata una violazione dell'art. 7 CEDU proprio perché vi era stato un puntuale accertamento della responsabilità sul piano oggettivo e soggettivo) la Corte ravvisa una violazione dell'art. 6 § 2, ma sulla base delle peculiarità del caso concreto: la confisca non era stata disposta dal giudice di merito che in appello aveva assolto l'imputato, ma dalla Corte di cassazione, che ha dichiarato il reato estinto per prescrizione. Come è stato rilevato, secondo la Corte «il verdetto di colpevolezza susseguente ad un'assoluzione con formula piena, in un contesto nel quale il reato è estinto e, dunque, non può esservi istruzione probatoria, costituisce una violazione del diritto di difesa dell'imputato ed è, pertanto, incompatibile con l'art. 6.2 della Convenzione»¹⁰⁹.

Si tratta di un profilo specificamente criticato nell'opinione parzialmente concordante e particolarmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque che vi

¹⁰⁶ G. GRASSO, *Commento*, cit., p. 621.

¹⁰⁷ Corte Edu, 28 giugno 2018, cit., § 274.

¹⁰⁸ *Ibidem*, §273.

¹⁰⁹ A. GALLUCCIO, *op. cit.*, p. 228.

coglie «una deplorabile confusione tra le garanzie procedurali dell'art. 6 e le garanzie materiali dell'art. 7»¹¹⁰.

10. Conclusioni.

Il giudizio sul sistema delle misure di prevenzione, quale risulta dopo la ultima riforma legislativa, gli interventi della Corte Costituzionale, e i tentativi di tassativizzazione della Corte regolatrice, deve essere in definitiva severamente negativo.

Proprio i tentativi di salvaguardare uno statuto convenzionale e costituzionale di garanzia ne evidenzia e ne enfatizza i difetti.

Le misure di prevenzione fondate sulla pericolosità generica sono nient'altro che una reazione al reato (o ai reati) precedenti.

Quelle fondate sulla pericolosità qualificata, oltre a risentire di un deficit di tassatività, costituiscono delle pene del sospetto, reazioni di un reato immaginato ma non provato; in particolare quelle nei confronti degli indiziati di appartenenza alle organizzazioni mafiose sono delle misure basate su indizi (non prove) di un contributo ad una organizzazione criminale che, anche se fosse interamente provato, non potrebbe costituire un reato perché non raggiungerebbe la *soglia del concorso esterno*¹¹¹.

Questi difetti si riflettono in misura accresciuta sulle misure patrimoniali che rappresentano l'elemento più significativo del sistema, la vera ragione della conservazione di questa complessa impalcatura.

10.1. Ma io credo che non ci si possa limitare a questo giudizio demolitorio. Bisogna tenere conto del monito di Thomas Weigend : «quando la dottrina ripiega su posizioni critiche contro un'ipotetica "illiceità" della legislazione o della giurisprudenza, la dogmatica mantiene sì la propria purezza, ma finisce col cedere ad attitudini nostalgiche condannandosi a una sterile protesta»¹¹².

Non dobbiamo quindi limitarci ad una protesta, che potrebbe risultare del tutto sterile, ma proporre comunque dei miglioramenti del sistema che sono certamente possibili, al fine di correggere, almeno in parte, i difetti, senza rinunciare ad una proposta di riforma più radicale, che potrà risultare forse utile nel momento in cui una politica criminale giustizialista cederà auspicabilmente il campo ad una maggiore attenzione per il rispetto della *rule of law* e dei principi propri di uno Stato di diritto.

10.2. Tre profili a questo riguardo mi sembrano importanti.

10.2.1. Sul piano processuale alcune riforme sono state suggerite:

¹¹⁰ Corte Edu, 28 giugno 2018, cit., *Partly concurring, partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque*, § 61.

¹¹¹ È un dato messo opportunamente in luce da D. PULITANÒ, *op. cit.*, p.

¹¹² T. WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, p. 78.

- anzitutto garantire sempre la presenza del difensore del proposto o dei terzi interessati, pienamente giustificata dall'entità della posta in gioco¹¹³;
- in secondo luogo svincolare il ricorso per cassazione contro la decisione d'appello dai limiti attualmente vigenti (il ricorso è limitato solo alla violazione di legge) consentendo un controllo sulla completezza e adeguatezza della motivazione. In questo momento di fatto il controllo della motivazione è affidato solo all'interpretazione che viene data alla nozione di motivazione inesistente o apparente¹¹⁴.
- garantire infine la partecipazione del difensore alla camera di consiglio di discussione del ricorso in cassazione.

10.2.2. Occorre garantire la tutela del diritto della proprietà e del diritto di iniziativa economica del proposto per la misura patrimoniale, sottoposto al sequestro dei beni.

Come è noto, nella maggior parte dei casi, in ipotesi di rigetto della misura patrimoniale, viene restituito un bene che ha perduto molto del suo valore o un'azienda che non esiste più.

Il sistema non consente né un adeguato risarcimento né un indennizzo per la perdita di valore del bene.

Per la normativa esistente il proposto è il figlio di un dio minore per cui non debbono valere le garanzie proprie di uno stato di diritto.

A mio giudizio occorre procedere in una triplice direzione:

- eliminare la barbara limitazione di responsabilità dell'amministratore giudiziario e dei suoi coadiutori che, ai sensi dell'art. 35 bis d.lg 159/2011, rispondono solo per dolo o colpa grave (un invito quindi all'incuria e alla negligenza);
- prevedere che sia richiesto il parere della difesa del proposto sulle iniziative economiche più significative e comunque su quelle di natura straordinaria; nel nostro Paese ciò sembra addirittura impensabile ma è quello che avviene in altri ordinamenti per i beni sottoposti a sequestro.
- garantire una riparazione per l'ingiusto sequestro (a somiglianza della riparazione per ingiusta detenzione) in caso di revoca del sequestro precedentemente disposto.

10.2.3. Sul piano sostanziale è chiaro che non può rinunciarsi al rispetto del principio di irretroattività che comunque deve applicarsi in relazione a tutti quegli istituti, che, al di là delle più o meno fantasiose etichette che il legislatore è capace di immaginare, comportano una limitazione dei diritti fondamentali.

In una prospettiva più generale è necessario ricondurre la disciplina delle misure di prevenzione alla *matière pénale* così da consentire l'applicazione delle necessarie garanzie al di là delle etichette utilizzate (senza vergogna) dal legislatore nazionale.

¹¹³ F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia*, cit., p. 19.

¹¹⁴ Secondo la recente sentenza Cass., Sez. I, 6 dicembre 2019, Fichera, sussiste il vizio di inesistenza della motivazione quando il giudice di merito ha eluso «il compito di dare conto della ricorrenza di un presupposto di legge per l'adozione della misura di prevenzione».

10.3. In questo quadro si potrebbe pensare ad una diversa regolamentazione degli strumenti di repressione della criminalità dal profitto che faccia perno sulla confisca ex art. 240 bis c.p. che dovrebbe opportunamente diventare strumento di applicazione generale dopo una opportuna rimodulazione che faccia perno sui seguenti punti¹¹⁵:

- 1) deve essere mantenuta la necessità della condanna per un delitto;
- 2) deve richiedersi inoltre che si tratti di un delitto che sia espressione di una accumulazione patrimoniale illecita;
- 3) deve richiedersi ancora l'elemento della sproporzione tra reddito e patrimonio, che deve essere dimostrata senza alcuna inversione dell'onere della prova (dichiarata o mascherata);
- 4) deve sussistere infine l'elemento della connessione temporale, così come richiesto dalla giurisprudenza più recente in materia di misure di prevenzione.

Pur senza nascondersi le criticità della proposta essa presenterebbe il vantaggio, rispetto all'attuale sistema delle misure di prevenzione patrimoniali, di ancorare la confisca *de qua* alla condanna per un delitto espressione di una criminalità del profitto e alla accertata dimostrazione di un arricchimento patrimoniale ingiustificato in un quadro temporale significativamente corrispondente a quello del reato considerato.

Si eviterebbe, così, con un tale sistema, una duplicazione dei meccanismi di sequestro e confisca che rappresenta una delle maggiori incongruenze dell'attuale sistema.

In un tale modello non esisterebbero più le misure di prevenzione, ma non si rinunzierebbe ad una efficace repressione degli arricchimenti patrimoniali collegati ad atti delittuosi.

¹¹⁵ In un'analogia prospettiva F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia*, cit., p. 47 ss.