

RIVISTA GIURIDICA DEL MEZZOGIORNO

Anno XXXV, 2021, Numero 1

Questo numero 7

LE MISURE A SOSTEGNO DELLA LOTTA ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

SAGGI

Giovanni Russo, *Le Mafie al tempo della Covid-19* 13

Giovanni Frazzica e Antonio La Spina, *Mafie, illegalità ed emergenza Coronavirus: rischi ed opportunità* 21

Giacomo Di Gennaro e Giovanni Pastore, *La crisi economica post-pandemia: alcuni indicatori di risk assessment strategico dell'operatività delle mafie* 39

Valentina Punzo e Attilio Scaglione, *L'efficacia delle politiche antiracket: un bilancio della legge 44/1999 a vent'anni dalla sua attuazione* 69

Pasquale Troncone, *La confisca del profitto da reato associativo. Un vasto territorio normativo privo di un ordine sistematico* 83

Pietro Paolo Guzzo, *Funzionari pubblici e 'ndrine imprenditrici nella ragnatela degli appalti autostradali in Calabria. Ipotesi, tipologie, scenari di ricerca sulle burocrazie 'ndranghetistiche tra sociologia dell'organizzazione e del diritto* 101

Roberta Aurilia e Federica Di Rienzo, *Riforma del Codice degli Appalti e lavori pubblici. Quali strade per contrastare l'infiltrazione delle mafie?* 127

La confisca del profitto da reato associativo. Un vasto territorio normativo privo di un ordine sistematico

di Pasquale Troncone

Sommario: 1. All'origine del fenomeno associativo illecito tra controllo del territorio e intimidazione. Il lento adeguamento della mafia alla struttura economica e sociale italiana. - 2. La finalità patrimoniale come carattere distintivo della mafia moderna e lo sviluppo degli interventi legislativi di contrasto. - 3. L'imprenditore mafioso e la mafia imprenditrice: terreni permeabili esposti al rischio di applicazioni con effetti indeterminabili delle misure patrimoniali. - 4. Il progetto di un ordine sistematico in materia di misure punitive patrimoniali. Alla ricerca di un profilo identitario della confisca. - 5. La politica criminale antimafia alla ricerca di razionalità punitiva sul terreno delle confische. La cornice delle garanzie della persona. Lo *standard* probatorio tra prova e sospetto, tra fatto e pericolosità.

1. All'origine del fenomeno associativo illecito tra controllo del territorio e intimidazione. Il lento adeguamento della mafia alla struttura economica e sociale italiana

Le forme di criminalità organizzata si sono sviluppate e hanno raggiunto una configurazione associativa dopo essere passate attraverso un percorso di tipo individuale, quando ad emergere era la figura del mafioso più che dell'intero gruppo di appartenenza e l'attenzione si appuntava sulle singole persone dalla condotta irregolare e socialmente pericolosa.

All'origine dello Stato unitario italiano che non aveva ancora costituito un ordinamento giuridico solido le diverse tradizioni locali segnalavano la presenza di persone e gruppi di individui dediti al crimine tenuti insieme da legami familiari, rapporti di lavoro o comuni valori che caratterizzavano il modo di essere di una persona. Esempi di briganti e malfattori si registravano al Nord dediti a grassazioni e sequestri, così come al Sud il mafioso veniva qualificato come tale per il suo spregiudicato atteggiamento di supremazia nei confronti dei suoi sodali la cui sottomissione riusciva ad ottenere attraverso l'uso disinvolto della violenza che l'ordine pubblico statale non riusciva a controllare, ma anzi talvolta se ne serviva per stabilire un equilibrio tra la

pubblica tranquillità avvertita dalla comunità e la sicurezza statale erogata alla collettività¹.

Il fenomeno criminale complessivo che successivamente assumerà la connotazione sociologica di mafia, camorra e 'ndrangheta origina e si sviluppa dunque intorno a soggetti che emergono per il proprio modo d'essere e costituiscono intorno a propositi e programmi di protezione la propria base sociale². Una vera e propria trasformazione da un'impostazione tipicamente criminologica ad una di tipo sociologico dove però il fattore mediatico del *boss* di turno connota anche la strategia criminale del momento³.

Questo passaggio di tipo operativo determina una decisa mutazione della fisionomia strutturale dell'esperienza criminale che inizia in questo modo a costituire un proprio capitale sociale⁴. L'esempio dei campieri è paradigmatico in questo senso: «I contadini promossi a «campieri» (specie di carabinieri del feudo alle dipendenze del barone) e da «campieri» a «gabellotti» (cioè affittuari delle terre), intimorendo i baroni, facendo loro dei prestiti con usure ingenti, derubandoli del reddito, riuscirono a impadronirsi della terra».

Il caso riportato costituirà un modello per la futura evoluzione delle associazioni criminali e, come si vedrà più avanti, in epoca moderna l'acquisizione dei patrimoni sarà costantemente compiuta attraverso forme prima di parassitismo aggressivo e poi con violenza estorsiva.

Questi gruppi che si aggregano intorno a scopi di arricchimento hanno la necessità di gestire interessi di carattere economico attraverso la costituzione di un patrimonio comune, continuamente alimentato dai proventi derivanti dalla commissione di reati predatori e finalizzati, oltre che al benessere personale, all'assistenza dei partecipi.

Proprio da questa prima fase di sviluppo si colgono quei caratteri che successivamente saranno rilevati e valorizzati dall'opera di ricostruzione giudiziaria e storica della giurisprudenza penale e costituiranno la base per l'attuale formulazione della norma che punisce l'associazione di tipo mafioso, l'art. 416-*bis* del codice

¹ L. Sciascia, *La storia della mafia*, Palermo, Barion, 2013, p. 8.

² Molto interessante la differenza tra i concetti di protezione ed estorsione in T.C. Schelling, *Economics and Criminal Enterprise*, in *Choice and Consequence*, Cambridge, Harvard University Press, 1984, p. 161.

³ Per la distinzione tra mafia come organizzazione e mafiosità come modo d'essere si rinvia a G. Falcone, *Cose di Cosa Nostra*, in collaborazione con M. Padovani, Milano, Rizzoli, 1991, p. 80.

⁴ A. La Spina, *Mafia, legalità debole e sviluppo del Mezzogiorno*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 33.

penale introdotto nel 1982, vale a dire quell'attività associata che esprime un forte potere di controllo del territorio e una rilevante capacità di intimidazione da cui trae fondamento la forza del vincolo associativo tra sodali.

La stabilità e lo sviluppo sul territorio del gruppo criminale rappresentano l'espressione dell'attività parassitaria che connota l'associazione criminale. Non esiste vincolo associativo di tipo mafioso se non esistono relazioni con le istituzioni, con la società di cui è parte e da cui trae linfa finanziaria attraverso una serie di condotte che si connotano per il ricorso alla violenza, alla prepotenza, alla sopraffazione, alla concorrenza di mercato vinta dalla intimidazione.

L'organizzazione criminale, dunque, si costituisce e vive in assoluta simbiosi con il potere economico ufficiale, di cui clona il modello operativo e da cui trae risorse economiche per diventare essa stessa un potere.

Questo sistema di clonazione progressiva porta l'associazione per delinquere ad assumere connotazioni specifiche, proprie di quella complessa tipologia di attività messa in campo, fino al punto da richiamare l'intervento normativo del legislatore che la individuerà come associazione qualificata e non più generica. In questo caso, infatti, la legislazione prende atto di un fenomeno che si è sviluppato fuori dalle istituzioni statali, fiancheggiandole e poi penetrandovi per ragioni di tipo economico e con scopi di accaparramento della ricchezza.

Il passaggio successivo a quello sociale, si è visto, è di tipo economico, dal momento che l'associazione clona anche il modello dell'iniziativa di impresa e se la prima figura ad emergere come occupazione di una posizione nuova per l'organizzazione criminale è quella del mafioso imprenditore, vale a dire di colui che con la violenza si appropria di attività di impresa di altri, successivamente si impone una nuova esigenza da parte dell'organizzazione, quella di strutturarsi essa stessa come impresa⁵.

Questo divenire nella vicenda di penetrazione imprenditoriale finisce per coincidere con l'avvio di una nuova impresa, sebbene costituita con capitali illeciti e la presenza di una compagine sociale e di un *management* immune però da precedenti criminali; oppure

⁵ R. Catanzaro, *Il delitto come impresa. Storia sociale della mafia*, Milano, Rizzoli, 1991. P. Arlacchi, *La mafia imprenditrice* (1992), Milano, Il Saggiatore, 2010. N. Dalla Chiesa, *L'impresa mafiosa. Tra capitalismo violento e controllo sociale*, Milano, Cavallotti University Press, 2012. E. Fantò, *L'impresa a partecipazione mafiosa. Economia legale ed economia criminale*, Bari, Edizioni Dedalo, 1999.

attraverso la violenta acquisizione di quote di capitale intestate a prestanomi sottraendo l'impresa ai legittimi titolari⁶.

L'associazione criminale che assume le vesti di soggetto imprenditore a questo punto non si troverà ad operare inserendosi di volta in volta nel mercato o assumendo contatti con la PA, ma alla stregua di un qualsiasi soggetto giuridico sarà in grado di entrare al pari degli altri imprenditori nel mercato confondendosi con essi e confondendo il patrimonio illecito proveniente da altre attività con quello che ha acquisito attraverso il profitto da attività lecite.

La confusione dei patrimoni a questo punto pone una questione giuridica che diventa centrale nella lotta al contrasto al profitto realizzato dall'imprenditoria mafiosa.

Il carattere normativo e giuridico al momento dell'applicazione di istituti sanzionatori troverà un terreno difficile da dissodare, perché sarà opera complessa distinguere il profitto proveniente da attività lecite dal profitto generato da attività illecite; così come sarà difficile qualificare il profitto illecito derivante da attività legale, perché originariamente discendente da acquisizioni illecite di patrimoni. Si perderanno le tracce della ricchezza sospetta in diretta relazione con l'intensità dell'attività imprenditoriale e finanziaria svolta, in cui il sistema del continuo reinvestimento disperderà i marcatori genetici del patrimonio derivante da reato.

La trasformazione sociale ed economica che ha subito l'associazione criminale ha fatto in questo modo registrare uno slittamento dei piani di controllo, da quello dove l'arricchimento avveniva con vittime individuali a quello dove l'arricchimento avviene nel mercato con una complessità aziendale. La vera differenza in quest'ultimo caso è stabilita dalle modalità della condotta imprenditoriale. L'impresa criminale farà ricorso alla violenza ma anche a strumenti corruttivi e dissuasivi nei confronti dei concorrenti.

2. La finalità patrimoniale come carattere distintivo della mafia moderna e lo sviluppo degli interventi legislativi di contrasto

Se all'origine del fenomeno criminale poteva essere individuato il movente creativo nel prestigio che una singola persona godeva e che riusciva a coagulare intorno a sé interessi diversi, da quello di porsi come giudice delle controversie sul territorio, distributore delle atti-

⁶ R. Sciarrone e L. Storti, *Le mafie nell'economia legale. Scambi, collusioni, azioni di contrasto*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 65.

vità di lavoro e di gestore di risorse accumulate illecitamente, l'imporsi del modello capitalista tipico dell'ordinamento statale spinge le organizzazioni criminali a strutturarsi come entità economiche.

Il fine di ricchezza e di gestione di ingenti capitali illeciti ancor più lucrosamente lievitati dal traffico di sostanze stupefacenti o dal sistema degli appalti pubblici con la sistematica corruzione di agenti della Pubblica Amministrazione connota i moderni assetti della criminalità organizzata.

Il transito culturale registrato dal riconoscimento delle qualità criminali di un singolo soggetto alla stabilizzazione di esperienze tipiche dell'impresa criminale traccia il solco di iniziative di contrasto che si propongono in primo luogo di combattere la mafia e le organizzazioni che seguono il medesimo modello come fenomeno di economia criminale moderna. Abbandonando la frammentazione delle iniziative criminali, il crimine organizzato segue il medesimo passaggio verso la globalizzazione della propria iniziativa imprenditoriale.

L'efficacia delle misure giuridiche di contrasto si adegueranno a questa mutazione della natura della criminalità associativa, perché a un certo punto i presidi di controllo non riusciranno più ad arginare il fenomeno delinquenziale e si comprenderà che occorre colpire e sottrarre i patrimoni per realizzare una lotta efficace al crimine organizzato. Cosicché accanto alla tradizionale risposta sanzionatoria che il codice penale destina a queste forme di reato con la pena del carcere si affiancherà una sanzione molto più efficace, quella patrimoniale.

La sanzione patrimoniale, che trova il suo archetipo nella misura di sicurezza della confisca, non colpirà più la pericolosità sociale del soggetto, ma colpirà direttamente il patrimonio – lecito o illecito; proprio o di terzi –, sottraendolo definitivamente come forma sanzionatoria piuttosto che preventiva. Questi effetti dirompenti non rimangono senza conseguenze sul piano del rispetto dei principi generali della materia penale, soprattutto rispetto al principio di irretroattività. Il divieto di applicare la pena a fatti antecedenti alla realizzazione dell'illecito riguarda certamente la pena ma non le misure di sicurezza di cui la confisca è l'antecedente storico.

In origine il contrasto venne affidato alle misure di polizia che con il passaggio degli ordinamenti e la stabilizzazione delle discipline normative gestita dal Prefetto assumeranno la configurazione giuridica delle misure di prevenzione⁷.

⁷ I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, Giuffrè, 1975. L. Lacchè, *Uno «sguardo fugace». Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2017, p. 413.

Progressivamente l'impianto normativo delle misure di prevenzione sfocerà nel testo della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, per poi trovare un punto di approdo definitivo, secondo la cornice culturale del tempo e le strategie di contrasto alla nebulosa mafiosa non del tutto distinta, nella legge 31 maggio 1965⁸, n. 575.

Occorre precisare che gli interventi di polizia vedevano come momento centrale dell'intervento repressivo l'applicazione di misure personali, quelle che attribuivano uno stigma alla persona, prescindendo dal suo patrimonio o da quei beni intestati a terzi, poiché il maggiore peso alle misure economiche sarà assegnato dalla legislazione successiva, secondo il *leit motiv* che bisogna seguire le tracce del denaro.

Il mutamento di orizzonte normativo, infatti, trova il suo epigono nella legge Rognoni-La Torre che con la disciplina dell'art. 14 della legge 13 settembre 1982, n. 646, inseriva l'art. 2-ter alla legge 31 maggio 1965, n. 575, e introduceva una fattispecie di confisca non più caratterizzata da uno specifico vincolo di pertinenzialità di un bene rispetto ad un fatto di reato, come la misura di sicurezza patrimoniale ideata nel 1930 e prevista dall'art. 240 c.p., ma una forma nuova di confisca c.d. allargata in quanto potenzialmente applicabile all'intero patrimonio di un soggetto, senza alcuna distinzione sulla provenienza originaria dei beni⁹. Non è più la persona ad essere qualificata come socialmente pericolosa, ma da questo momento in poi i suoi beni saranno ritenuti pericolosi per il loro potenziale uso destinato alla commissione di altri reati¹⁰.

Questo evidente mutamento di orizzonte che sposta la risposta repressiva dalla libertà della persona al suo patrimonio, aperta con le misure di prevenzione patrimoniali, finisce anche per potenziare la repressione patrimoniale di tutta la materia penale, intervenendo

⁸ M. Pavarini, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27.12.1956, n. 1423 e 31.5.1965 n. 575*, in F. Bricola, M. Pavarini, L. Stortoni et al., *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno di Alghero, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 283 ss. E. Gallo, *Misure di prevenzione*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXII, Roma, Ist. Enc. It. Treccani, 1990, pp. 1 ss. G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VIII, Torino, UTET, 1994, pp. 108 ss.

⁹ G. Fiandaca, *Prime ipotesi applicative della confisca dei patrimoni mafiosi*, in «Foro It.», II, 1983, p. 529. A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, CEDAM, 2001. A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, Pisa University Press, 2019.

¹⁰ V. Maiello, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzioni ed armi*, a cura di V. Maiello, Torino, Giappichelli, 2015, p. 299. G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in «Dig. disc. pen.», Torino, 1994, p. 108.

sulle misure di sicurezza e introducendo una pena patrimoniale che si affianca alla pena personale¹¹.

In buona sostanza, quelle che si qualificano come misure preventive, come prevenzione in senso stretto o misure di sicurezza codicistiche, per il loro carattere di intensa afflittività e per il fatto di incidere su beni fondamentali della persona svolgono una vera e propria funzione sanzionatoria¹².

Un esempio ultimo che può illuminare il percorso fortemente afflittivo intrapreso con iniziative sanzionatorie improprie è offerto dalla c.d. «interdittiva antimafia», misura amministrativa per cui il Prefetto può assumere iniziative di blocco della funzionalità di un'impresa, non sempre bilanciando con attenzione l'esigenza di contrasto ai fenomeni mafiosi che emergono nel mondo delle aziende del nostro paese e i principi costituzionali che regolano la libertà d'impresa, la proprietà privata e il diritto al lavoro.

L'interdittiva antimafia tende a colpire quelle imprese al cui interno ci sono soggetti con rapporti di parentela o contigui a persone che risultano legate alla criminalità organizzata qualificata e che tali legami potrebbero condizionare in concreto l'attività d'impresa. Sul tema è intervenuto confermando l'assunto normativo il Consiglio di Stato Sent. n. 5196 del 25 agosto 2020, mentre con una importante pronuncia è stata ritenuta costituzionalmente legittima la disciplina che ha introdotto l'interdittiva antimafia dalla Corte cost. Sent. n. 57 del 29 gennaio 2020.

L'esistenza di un livello di doppia legalità è tuttavia tollerato e, anzi, giustificato dal sistema perché è l'unica possibilità dell'ordinamento giuridico di articolare un incisivo ed efficace intervento di contrasto alla criminalità economica moderna e alle realtà associative che generano profitto¹³.

¹¹ P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in «Enc. del dir.», XXVI, 1976, p. 646. T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, Pisa University Press, 2014, p. 197.

¹² M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, Giappichelli, 2008.

¹³ Ci sia consentito rinviare a P. Troncone, *Origine ed evoluzione delle misure preventive antimafia*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, a cura di G. Amarelli e S. Sticchi Damiani, Torino, Giappichelli, 2019. F. Menditto, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto della criminalità «da profitto» (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2 febbraio 2015. C. Cupelli e G. De Santis, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'illegalità economica*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, Giappichelli, 2017.

3. *L'imprenditore mafioso e la mafia imprenditrice: terreni permeabili esposti al rischio di applicazioni con effetti indeterminabili delle misure patrimoniali*

Sebbene sia ormai un dato acquisito alle statistiche giudiziarie e agli organi di polizia che la mafia (o meglio le mafie), e naturalmente gli altri aggregati associativi che utilizzano i medesimi mezzi per imporsi, ha pervaso in maniera decisa il tessuto connettivo del mondo delle imprese del nostro paese, allungando l'ombra delle proprie attività anche sul terreno transnazionale, spesso si corre il rischio di generalizzare la qualificazione di impresa mafiosa con la sovrapposibilità della struttura imprenditoriale con la struttura associativa illecita.

L'attuale sviluppo della politica giudiziaria consegna alla giurisprudenza anche il riconoscimento di aggregazioni criminali cui si assegna la qualifica di mafia pur essendo state costituite e operando al di fuori dei territori classici segnati da tradizioni mafiose¹⁴.

Occorre decisamente sventare questo rischio sia che si tratti di applicare una misura di prevenzione patrimoniale sia sussumere sotto la previsione dell'art. 416-*bis* c.p. il fatto concreto punendolo con la pena detentiva e con la misura di sicurezza patrimoniale della confisca.

Va posto in premessa che la struttura associativa è quella tipica entità deputata a svolgere attività di impresa e la cui peculiarità risiede proprio nella molteplicità di uomini e di mezzi destinati a fare fronte alla produzione di beni o alla prestazione di servizi. Avere individuato all'interno di essa il ricorso al metodo mafioso o la contiguità di soggetti che operano al suo interno e sono legati alla criminalità organizzata può comportare una eccessiva portata estensiva della categoria dell'impresa mafiosa e con essa quella delle misure patrimoniali di contrasto, compromettendo irrimediabilmente anche parti sane dell'impresa e il lavoro delle maestranze.

Non sono mancati in giurisprudenza iniziative tese a ridimensionare l'applicazione della confisca allargata, calibrandola sui criteri di proporzione, sventando l'adozione di misure patrimoniali ablatorie totalitarie dell'impresa, e soprattutto facendo riemergere come

¹⁴ M. Massari, *Gli insediamenti mafiosi nelle aree «non tradizionali»*, in «Quaderni di sociologia», 1998, p. 5. A. Bondi, *Mafia in Riviera 'Ndrangheta, Camorra, Cosa nostra: origine e radicamenti della mafia italiana*, in «Studi urb.», 2017, p. 313. G. Amarelli e C. Visconti, *Da «mafia capitale» a «capitale corrotta». La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*, in www.sistemapenale.it.

fondamentale il ruolo della pericolosità sociale come fondamento della misura patrimoniale.

Il tema è comune alla misura di prevenzione antimafia fondata sul sospetto dell'esercizio dell'impresa mafiosa e alla responsabilità penale per il delitto dell'art. 416-*bis* c.p. e della conseguente applicazione della confisca allargata come misura di sicurezza, dove in entrambi i casi si rivela un potenziale punitivo privo di argini oggettivi.

L'azione di contrasto al profitto illecito che andava a inquadrarsi nel concetto di impresa mafiosa ha nel corso del tempo registrato una eccessiva disinvoltura applicativa, privata di qualsiasi forma di bilanciamento con diritti fondamentali della persona e dell'impresa ma soprattutto per la scarsa affidabilità probatoria degli elementi in base ai quali fondare la certezza del reato associativo.

I punti di riferimento della valutazione probatoria cui non è possibile sfuggire per una legittima adozione della confisca sono appuntati sulla pericolosità della persona, quella del suo patrimonio e soprattutto sulla certezza che il patrimonio va considerato illecito. Tutto questo può accadere a causa della sua originaria provenienza o per essere stato costituito da profitti derivanti da reato, risultando sproporzionato rispetto alla reale produttività dell'impresa, anche se occorre impedire, come già detto, la confisca generalizzata dei beni che fanno capo all'impresa.

Il nodo da sciogliere non è di rapida soluzione per effetto della confusione degli elementi patrimoniali in cui confluiscono beni e ricchezze derivanti da apporti di natura diversa. Tuttavia, afferma con forza la giurisprudenza di legittimità nel 2013 che apre un nuovo e diverso orientamento, tale accertamento va compiuto al fine di evitare applicazioni meramente presuntive della complessa disciplina repressiva, con grave rischio di compromettere diritti fondamentali, anche alla luce della disciplina convenzionale¹⁵.

Del resto, il primo segnale del nuovo corso di politica criminale nel settore delle misure di prevenzione soprattutto patrimoniali è stato aperto del c.d. Codice antimafia adottato con il decreto legislativo n. 156 del 6 settembre 2011 che ha razionalizzato, aggiornandole, le iniziative di prevenzione ed ha dettato nuovi criteri di equilibrio e di orientamento¹⁶. Per cui ritorna ancora una volta

¹⁵ A.M. Maugeri, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, nota a Cass., Sez. V, Sent. n. 12493 del 17 dicembre 2013, imp. Cinà, in «Dir. pen. contemp. – Riv. trimestr.», p. 337.

¹⁶ A. Mangione, *Le misure di prevenzione nel nuovo «Codice Antimafia» (d.lgs. n. 159/2011)*, in B. Romano, G. Tinebra (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organiz-*

risalire al principio di diritto affermato da Cass. n. 1493/2013 che: «Occorre, quindi, in questa seconda ipotesi, che l'imprenditore abbia, quantomeno, sfruttato la sua qualità mafiosa per crearsi condizioni di favore, ponendo in essere una qualsiasi delle attività idonee ad imporre, illecitamente, l'impresa sul mercato (sviamento della concorrenza, acquisizione di beni strumentali o di consumo a prezzi ingiustificatamente vantaggiosi, controllo mafioso della manodopera, ecc. ecc), perché solo in questo caso può dirsi – stando al dettato normativo – che l'incremento patrimoniale è «frutto di attività illecite»¹⁷.

L'orizzonte applicativo determinato dal proliferare delle ipotesi di confisca e la loro disinvolta prassi applicativa attesta una decisa svolta che ha subito il diritto penale in un sistema capitalistico, svolta che pone al centro dell'intervento punitivo non più la pena, circoscritta nel suo potenziale afflittivo e nel suo contesto di garanzie rafforzate nel tempo, ma una misura che colpisce il patrimonio, anche se in realtà colpisce la libertà della persona di gestire il suo patrimonio, secondo uno statuto molto meno garantito e capace di una flessibilità applicativa non comune¹⁸. Del resto, il continuo ricorso a ipotesi legislative sempre nuove e specifiche di confisca e il loro avanzare verso un territorio dove non occorrerà più provare la responsabilità penale del fatto, sono anche il portato di una deriva della pena carceraria, un depotenziamento dell'istituto punitivo derivante da scelte diversive e deflative della sanzione detentiva.

Il criterio efficientista ha trovato in questo ruolo vicario dell'istituto della misura ablativa del patrimonio la leva più flessibile ed efficace per raggiungere obiettivi sanzionatori che il sistema non era più in grado di garantire.

4. *Il progetto di un ordine sistematico in materia di misure punitive patrimoniali. Alla ricerca di un profilo identitario della confisca*

Il tema della confisca, si è detto, ha ormai raggiunto la consistenza quantitativa di un vasto territorio normativo che alimenta

zata, Milano, Giuffrè, 2013, p. 226. A. Balsamo e C. Maltese, *Il Codice antimafia*, Officina del diritto, Milano, Giuffrè, 2011.

¹⁷ Sul punto si veda M. Gambardella, *Modelli di responsabilità e pene per l'ente*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2018 p. 115.

¹⁸ V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», fasc. 3, 2015, p. 1259.

continuamente nuove ipotesi speciali di confisca, ciascuna di esse aggregata all'appendice punitiva di singole ipotesi di reato¹⁹. Ne esistono svariate e multiformi, per contenuti, natura e dinamiche applicative, sia nel corpo del codice penale che nella legislazione penale speciale, ma anche nella disciplina del d.lgs. n. 231/2001 destinata a punire con la sanzione amministrativa la persona giuridica che si trova ad essere giudicata con il suo rappresentante legale per la commissione di un reato²⁰.

La confisca origina dal tessuto delle previsioni incriminatrici appartenenti ai reati contro il patrimonio e viene considerata come lo strumento più duttile per punire la criminalità da profitto, ma in realtà allarga il proprio raggio di azione anche ad altri settori del diritto penale, come quello dei reati informatici o della tutela della riservatezza della persona.

Questa è la ragione per cui la precisa natura di questo istituto sfugge alle coordinate delle categorie classiche e allo stesso tempo si presenta morfologicamente complessa per le scelte di politica criminale che di volta in volta si individuano alla sua base. Resta fermo il dato che da misura patrimoniale tipica di un diritto penale della prevenzione è invece divenuta una sanzione (pena) patrimoniale, destinata a punire il delitto commesso, in evidente incoerenza con i principi che regolano lo statuto costituzionale della pena.

Questi approdi che in giurisprudenza hanno ormai raggiunto stabilità granitiche sono anche il portato dell'introduzione nel nostro sistema legislativo di scelte dettate dagli statuti convenzionali europei e sovranazionali, dove la confisca è inquadrata secondo un ordine qualificativo completamente diverso²¹.

Accanto alla confisca derivante dalla condanna, sempre di più viene riconosciuta una forma di confisca applicata indipendentemente dalla condanna, indipendentemente dalla responsabilità del fatto reato, con la progressiva edificazione di uno statuto normativo non sempre in linea con i principi costituzionali²².

¹⁹ D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, Bononia University Press, 2007.

²⁰ D. Fondaroli, *La poliedrica natura della confisca*, in «Arch.pen.», 2019.

²¹ A. Alberico, *Il recepimento della Direttiva 2014/42/UE in tema di confisca*, in «Studium iuris», n. 4, 2017, p. 414.

²² A.M. Maugeri, *La confisca urbanistica alla ricerca di un difficile equilibrio tra le esigenze dell'efficienza e i principi della materia penale*, in www.archiviopenale.it, 23 settembre 2020.

Tradizionalmente la confisca poneva nelle sue premesse applicative l'irrinunciabile nesso di pertinenzialità ossia di derivazione della cosa dal reato commesso che, oltre a stabilirne la diretta conseguenza dalla commissione del reato, trovava ragione nella necessità di sottrarre definitivamente il bene per non consentire la commissione di successivi reati²³.

Il nesso di pertinenzialità qualificava come illecito un bene entrato a far parte del patrimonio del possessore a seguito della commissione di un delitto e il suo potenziale riutilizzo fondava le ragioni ablative di un bene che era esso stesso da ritenere pericoloso.

Accanto alla ricerca dei contenuti di politica criminale il tema della confisca pone questioni di ordine giuridico su cui mancano ancora risposte a profili controversi, soprattutto per il sostrato probatorio su cui fondare la misura ablativa, considerando le due sponde estreme entro le quali si muove: responsabilità del fatto; pericolosità sociale (del soggetto o del bene).

La confisca appartiene indifferentemente a diversi campi legislativi e in questa sua multiforme veste, vale a dire come misura patrimoniale di prevenzione, misura di sicurezza, pena patrimoniale, sono stati via via messi a punto i caratteri probatori per sostenerne l'applicabilità.

Si tratta naturalmente di una scala eterogenea dove compaiono la prova, l'indizio, il sospetto.

Resta fermo il fatto che il quadro operativo dell'intervento penale abbraccia in questo modo interventi di tipo preventivo utili ad anticipare la commissione di un reato, in presenza di indici di fondata pericolosità, e interventi repressivi a valle della commissione di un reato o anche quando il reato non è stato consumato o il soggetto non è punibile. Dunque, un composito quadro operativo che offre alle forze di polizia e al giudice la possibilità di intervenire in maniera mirata ed efficace.

Il nuovo assetto del Codice antimafia ha perimetrato le ipotesi di pericolosità c.d. generica (e già nella qualifica si annida la prima insidia), stabilite all'art. 1, da quella di pericolosità c.d. specifica, fissate con l'art. 4, devolvendo le prime all'attività di contrasto svolta sul territorio dal Questore mentre le seconde all'Autorità Giudiziaria.

²³ In Cass., Sez. V, Sent. n. 12493 del 17 dicembre 2013 cit.

I presidi normativi su cui occorre riflettere per cercare una sistematica alla materia delle confische parte, dunque, dal Codice antimafia per poi appuntare l'interesse sulle due disposizioni che hanno conferito una sorta di coerenza alle varie discipline delle confische nel tentativo di ricostruire un profilo identitario all'istituto, gli artt. 240 e 240-*bis* c.p.

La prima disposizione «Confisca» nasce con il codice penale del 1930 e originariamente disciplinava soltanto la confisca come misura di sicurezza obbligatoria o facoltativa, laddove era lo stesso legislatore a concedere potere discrezionale al giudice. In questo caso lo strumento ablatorio colpisce il profitto, il prodotto e il mezzo per commettere il reato, dove il vincolo di pertinenzialità o di derivazione fa da presupposto applicativo irrinunciabile alla norma. Questa norma nel corso del tempo ha subito una decisa lievitazione disciplinare, con l'introduzione di altre ipotesi e nuovi presupposti applicativi.

La disposizione dell'art. 240-*bis* c.p. «Confisca in casi particolari» invece viene inserito nel 2018 per cercare di offrire una disciplina coerente a diverse forme di confisca che erano disperse nella legislazione penale e non rispondevano a un ordine sistematico. Questa particolare forma di confisca ingloba in sé sia l'ipotesi della confisca allargata o per equivalente sia la confisca per sproporzione. La prima investe l'arricchimento da reati da profitto in cui viene colpito il valore economico equivalente a quello illecitamente conseguito; mentre nel secondo caso viene disposta la sottrazione definitiva di quei beni che appaiono nel loro valore sproporzionati all'effettiva ricchezza lecita prodotta dal soggetto.

In entrambi i casi l'assenza di un nesso di pertinenzialità di quello specifico bene porta a ritenere che si tratti di una vera e propria pena del tutto priva di quella censura che intende colpire il «bene» per diretta derivazione dal «fatto» reato.

L'estrema varietà dei casi di confisca lascia indifferenti se si considera il compimento di un singolo reato cui è legata l'ipotesi speciale di confisca. Il problema si presenta più complesso quando un soggetto viene imputato di una serie diversa di reati da profitto e per effetto della disciplina che regola il concorso di reati si trovano a concorrere anche le diverse ipotesi di confisca che li accompagnano.

Purtroppo, non esiste una norma di carattere generale che possa governare l'applicazione congiunta di confische che si sovrappongono e si differenziano. Sarebbe auspicabile, più che elaborare un catalogo per genere, introdurre nel codice una norma regolatoria

che stabilisca i criteri di prevalenza tra le diverse ipotesi applicabili e stabilisse una volta per tutte i criteri di salvaguardia dei diritti dei terzi estranei coinvolti. Occorrerebbe a tale ultimo proposito prevedere una disciplina come quella introdotta con il Codice antimafia al Titolo IV dove si prevede la possibilità da parte dei terzi di dimostrare e difendere la proprietà dei propri beni accidentalmente rinvenuti nella detenzione del proposto.

Una comune disciplina giustificerebbe anche una forma di applicazione garantita della misura perché in linea di coerenza con i presupposti e le finalità, oltre a soddisfare, almeno nel minimo, quelle esigenze rieducative costituzionali che devono essere il patrimonio di valore di tutto l'apparato sanzionatorio²⁴.

5. *La politica criminale antimafia alla ricerca di razionalità punitiva sul terreno delle confische. La cornice delle garanzie della persona. Lo «standard» probatorio tra prova e sospetto, tra fatto e pericolosità*

A ben vedere il tema della diversa natura delle misure patrimoniali, declinate al plurale, vista la pluralità di ipotesi, incrocia il tema probatorio su cui fondare le ragioni del provvedimento sanzionatorio ablativo.

In questo settore convivono livelli diversi di garanzia processuale che non forniscono le necessarie certezze all'iniziativa sanzionatoria, poiché vi si ritrova il concetto di pericolosità insieme alla responsabilità penale del fatto; il sospetto, le presunzioni con l'indizio e la prova della illiceità del possesso. Una eterogeneità concettuale che non sempre conduce ad una coerenza sistematica e, in fondo, al rispetto dei principi di salvaguardia dei diritti fondamentali della persona²⁵. È pur vero che l'attuale giudizio di prevenzione, pur non essendo dotato di quelle garanzie che appartengono al giudizio di cognizione penale, ha raggiunto livelli tali in cui è possibile riconoscere il rispetto del principio costituzionale del «giusto processo». Dal provvedimento prefettizio e tutta la pletora di atti amministrativi che governava l'applicazione delle misure di prevenzione personali e reali si è giunti all'approdo di un procedimento giurisdizionale garantito per il soggetto proposto

²⁴ S. Moccia, *Da Kant al binario unico*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2019, p. 533.

²⁵ F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 70

cui è riconosciuto il più ampio esercizio del diritto di difesa e la possibilità di fornire prova contraria a quanto gli viene contestato, sempre però secondo l'inversione dell'onere della prova.

Se il fondamento probatorio costituisce ancora un *vulnus* nel quadro delle misure (o pene) preventive, le diverse ipotesi di confisca aprono il varco a riflessioni sulla loro concreta e armonica applicabilità.

Occorre, infatti, osservare la dinamica normativa che accompagna il delitto di associazione a delinquere qualificata dove è prevista una specifica ipotesi di confisca con le altre ipotesi di confisca che si legano alle ipotesi dei reati scopo commessi dall'associazione criminale.

In questo caso, non solo si registra un deciso aumento del carico sanzionatorio per il convergere di situazioni afflittive che risalgono a ipotesi sanzionatorie diverse dalla pena detentiva e pecuniaria, per quanto nasce un problema di concorso materiale tra le confische, tutte apparentemente applicabili a quello stesso fatto non esistendo una norma di carattere generale che ne disciplini la contemporanea inflizione.

L'ipotesi di cui si discute è quella prevista al comma 7 dell'art. 416-*bis* c.p.: «Nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego»²⁶. Peraltro, la Suprema Corte di Cassazione, in particolare, ne ha ribadito la natura strettamente pertinenziale affermando che la confisca di cui all'art. 416-*bis*, c. 7: «Non concerne tutti i beni comunque acquistati dai singoli associati in un determinato periodo, ma va riferita esclusivamente ai beni che servirono o furono destinati a commettere il reato ed a quelli che ne costituiscono prezzo, prodotto, profitto o che ne costituiscono l'impiego»²⁷.

La generica indicazione contenuta nella norma ai beni legati da vincolo di derivazione dal reato commesso deve essere ponderata alle conseguenze dei reati commessi dagli associati e ascritti alla stessa associazione, nella piena consapevolezza che vi sono discipline e implicazioni diverse che a volte collidono o non sono tra

²⁶ G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, III ed. aggiornata, Milano, Giuffrè, 2015, p. 561.

²⁷ R. Piccirillo, *Art. 416 bis – Ipotesi speciali di confisca, Titolo XIX Mafia*, in R. Tartaglia (a cura di), *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, Roma, Nel Diritto editore, 2012, p. 686.

loro in perfetta armonia e che possono generare nella fase della decisione giudiziale fondate perplessità e tensioni esegetiche.

Possiamo indicare come ipotesi paradigmatiche di reati scopo dell'associazione quella del delitto di usura dell'art. 644 c.p., comma VII, quella del delitto di contraffazione dell'art. 474-*bis* c.p. e quella stabilita con l'art. 648-*quater* c.p. annessa al delitto di riciclaggio.

Si tratta di ipotesi delittuose che vedono la sovrapposizione della confisca diretta alla confisca per equivalente (entrambe misure di sicurezza); il concorso tra la misura ablativa e il risarcimento del danno alle vittime; in ultimo l'aggressione a patrimoni in possesso di terzi o che i terzi possono rivendicare.

Il nodo da sciogliere è quello relativo alla prevalenza di una disciplina o di una prescrizione rispetto alle altre, considerato che tutte le ipotesi di confisca sono immediatamente e direttamente applicabili. Ciò può accadere senza alcun dubbio quando sia pronunciata condanna per il delitto di associazione per delinquere qualificata per tutti i tre delitti sopra indicati, che rappresentano le classiche ipotesi di reati fine commessi dagli associati. Ebbene, le quattro ipotesi di confisca potrebbero essere adottate contemporaneamente, trasformando il previo sequestro dei beni in misura ablativa definitiva.

La questione giuridica si pone allorché appare prevalente l'applicazione della confisca diretta, inserita nell'art. 416-*bis* c.p., sulle altre ipotesi relative ai reati fine concorrenti con il più ampio reato associativo.

Il punto merita però una precisazione ulteriore. Per il rigore che la confisca esprime in dottrina si ritiene che questo ulteriore carico sanzionatorio, derivante da una finalità squisitamente general-preventiva (negativa) della pena in questa materia, possa essere riconosciuto alla confisca non la natura di misura di sicurezza ma addirittura di pena accessoria²⁸.

Sul terreno di politica criminale la confisca di cui si discute deve essere considerata per finalità e contenuto la medesima di quella prevista nel Codice antimafia, cosicché la fattispecie penale da questo punto di vista viene esattamente a coincidere con la fattispecie preventiva.

In ultimo va aggiunto che se il delitto associativo qualificato è commesso nell'ambito della gestione di un'impresa, per effetto

²⁸ E. Nicosia, *La confisca, le confische. Funzioni politici-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo applicativi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 4.

della espressa previsione dell'art. 24-ter d.lgs. n. 231/2001, il giudice sarà chiamato ad applicare anche la speciale ipotesi di confisca prevista nell'ambito della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche.

Per ritornare a quanto sopra prospettato occorre considerare che la disciplina del reato continuato, art. 81, comma 2, c.p., che lega i diversi reati contestati deve tenere conto che la pena più grave è quella del reato associativo, per cui l'applicazione dell'unica pena finale dovrebbe comportare anche l'applicazione prevalente della confisca annessa a questo delitto (si tenga conto della natura di pena accessoria).

Vi è però da considerare che allorché non si possa rinvenire il profitto o il prodotto del reato (confisca diretta) le altre ipotesi di reato, come l'usura e il riciclaggio, impongono di far scattare la confisca per equivalente e comunque ottenere la misura ablativa sul medesimo valore, sebbene composto da altri beni, di quel profitto illecito derivante dalla commissione dei reati che non si è rintracciato.

Ma non basta. Occorre inoltre tenere nel debito conto in fatto che se scatta la confisca per equivalente dell'usura questa stessa norma prevede che venga prima soddisfatto il risarcimento del danno alla parte civile costituita, per poi successivamente destinare il residuo al patrimonio dello Stato. Questo vuol dire che il criterio di prevalenza individuato prima sulla base della gravità del reato e della corrispettiva pena, viene eluso da una disciplina del tutto diversa che tutela in primo luogo la vittima del reato, conseguenza che invece non esiste nel reato associativo.

Sotto altro profilo, anche la tutela del terzo estraneo è diversamente regolata dalle ipotesi di confisca, poiché, ad esempio, se il reato fine dell'associazione qualificata è la contraffazione, l'art. 474-bis c.p., che comunque riveste i caratteri della norma speciale, impone che la confisca dei beni del terzo estraneo possa avvenire soltanto se egli non è in grado di provare di aver svolto una puntuale vigilanza per impedire la commissione del reato. Questo obbligo di garanzia dell'ordinamento che grava sul terzo non è previsto in alcuna altra ipotesi di confisca.

La complessa vicenda normativa esaminata non capita in maniera occasionale all'attenzione della giurisprudenza. Spesso negli ultimi anni quando si tratta di giudicare e punire fatti associativi qualificati da un complicato puzzle da ricomporre, tenendo conto non solo della posizione e dei diritti patrimoniali degli imputati ma anche di quelli dei terzi estranei, talvolta numerosi, che si trovano coinvolti nelle vicende economiche e finanziarie svolte dall'artico-

lazione associativa, questi trovano il limite in un'ampia disciplina frastagliata ed incoerente.

I continui e convulsi interventi legislativi hanno in questo modo articolato un quadro normativo del tutto eterogeneo, per cui non è possibile dedurre un comune profilo identitario e un'unità sistematica.

I difetti da correggere nel composito ed ampio distretto normativo investono da un lato la necessità di armonizzare le diverse confische stabilendo delle norme di orientamento di carattere generale che sanciscano criteri di prevalenza applicativa; dall'altro l'esigenza di assegnare un profilo identitario unico alle confische, chiarendone natura giuridica e regolando le conseguenze ulteriori dei provvedimenti ablativi come il destino dei beni appartenenti a soggetti terzi estranei ai reati commessi e il previo risarcimento delle vittime come esigenza primaria della legalità costituzionale.