

## RIPENSARE LE CONFISCHE (\*)

di Roberto Bartoli

(Professore ordinario di diritto penale, Università di Firenze)

Sommario: 1. “Piano dell’opera”. – 2. L’essenza della confisca come strumento “recuperatorio” a metà strada tra diritto affittivo e diritto riparatorio. – 2.1. Diritto affittivo e diritto riparatorio. – 2.2. Il diritto recuperatorio della confisca. – 2.3. I caratteri della confisca recuperatoria. – 4. La confisca punitiva e i suoi caratteri. – 5. Le confische c.d. estese. – 5.1. *L’actio in rem*. – 5.2. La confisca allargata con condanna. – 5.3. La confisca di prevenzione senza condanna. Dalla mera sproporzione alla pericolosità. – 5.3.1. Esclusione della natura preventiva. – 5.3.2. La natura recuperatoria. – 5.3.2.1. La fattispecie di pericolosità: dal giudizio monofasico a quello bifasico.

1. Muovendo dalla premessa, ormai assolutamente pacifica, che non si può più parlare di confisca ma di confische, questo mio contributo si articolerà in tre parti. La prima sarà dedicata alla natura “essenziale” della confisca, che definirò “recuperatoria”, differenziandola sia da quella affittiva (punitiva o preventiva) propria della penalità, sia da quella riparatoria, che caratterizza, invece, la dimensione civilistica.

La seconda parte avrà ad oggetto la confisca che assume natura “affittivo-punitiva”, mettendone in evidenza le peculiari caratteristiche strutturali, a cominciare dal *quantum* confiscato, che deve essere superiore rispetto al *quantum* di provento derivante dal reato, comportando così una decurtazione del patrimonio esistente prima della commissione del reato.

Infine, l’ultima parte verterà sulle confische c.d. estese, e cioè: su quella allargata, che si fonda su una sentenza di condanna o comunque su un accertamento di una responsabilità per un reato, ma prescinde da qualsiasi accertamento delle attività criminose dalle quali si ritiene derivante il bene confiscato; su quella senza condanna ovvero di prevenzione, che si basa su “indizi” a carico del proposto circa la commissione di reati dai quali deriverebbero i beni da confiscare; ed infine sull’*actio in rem*, che si fonda sull’accertamento di un reato e della derivazione del bene

---

\* È il testo scritto della relazione presentata al Convegno *Confiscation and asset freezing as a prism of transnational criminal law*, tenutosi nei giorni 10-11 marzo 2023, presso la Leuphana Universität Lüneburg.

confiscato dal reato accertato, ma per entrambi questi accertamenti si impiega uno *standard* probatorio non penalistico, bensì nella sostanza civilistico.

E dico subito quella che in merito a queste confische sarà la mia conclusione. Mentre la confisca allargata si colloca addirittura al di fuori della stessa logica sanzionatoria, perché non v'è alcun accertamento, nemmeno in forma semplificata, del fatto di reato o comunque di attività criminose da cui il bene confiscato avrebbe avuto origine; l'*actio in rem*, se ricostruita in modo rigoroso, si colloca, invece, in una logica recuperatoria/ripristinatoria, proprio perché richiede l'accertamento sia di un reato che della derivazione del bene da tale reato, ancorché con regole probatorie semplificate.

A metà strada – se così si può dire – sta la confisca di prevenzione, che se, da un lato, a differenza della confisca allargata, si basa sull'accertamento di un “qualcosa” (indizi di reato), dall'altro lato, però, a differenza dell'*actio in rem*, questo qualcosa non costituisce uno specifico reato, ma un'attività dai contorni molto più sfumati e generici: insomma, la stessa “fattispecie di pericolosità” risulta ancora in parte oscura.

Ecco che la natura della confisca di prevenzione finisce per dipendere da come si ricostruisce il giudizio di pericolosità. Dato per pacifico che il proposto non deve risultare pericoloso nel momento in cui si adotta il provvedimento ablativo (art. 18 Codice antimafia), ma al momento dell'acquisto del bene<sup>1</sup>, tema centrale diviene se ci si accontenti della qualifica di indiziato oppure anche di conferme della pericolosità derivante da ulteriori indizi. Ed infatti, se, come sembra avvenire in questa fase storica, ci si basa su giudizi monofasici di pericolosità ovvero “ci si accontenta” dell'accertamento che l'acquisto sia avvenuto da persona indiziata di reato (pericolosità = indizi di reato), tale confisca non solo risulta misura preventiva surrogatoria del diritto penale, ma finisce per essere anche assimilabile alla confisca allargata, perché nella sostanza continua a restare sconosciuto il reato o comunque l'attività da cui il bene ha avuto origine. Se, invece, in futuro, ci si baserà autenticamente su giudizi bifasici di pericolosità ovvero su acquisti compiuti quando il soggetto risultava anche in concreto pericoloso (pericolosità = indizi di reato comprovati da ulteriori indizi di reato), si verrà a delineare un accertamento molto più rigoroso e indicativo di attività criminose, che non si potrà considerare meramente indiziario e surrogatorio di quello punitivo e che senz'altro tende ad avvicinarsi a una logica recuperatoria.

---

<sup>1</sup> Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, Spinelli; C. cost. 24/2019.

2. Siamo vivendo una fase storica di enormi trasformazioni. Se, da un lato, si parla di crisi, dall'altro lato, si deve parlare pure di opportunità. Anche perché le trasformazioni della realtà fenomenologica e quindi della corrispondente dimensione giuridica sono così profonde che si pone la necessità di ripensare gli stessi paradigmi concettuali di categorie e istituti della penalità, nonché gli stessi statuti delle garanzie, potendo concedere anche flessibilizzazioni, ma con ragionevolezza e razionalità, vale a dire con equilibrio e coerenza.

In tema di confisca, le trasformazioni sono tali per cui, come accennato, non si parla più di confisca, ma di confische. Ed è proprio la presenza di tante tipologie di confisca che impone di ripensare la confisca andando anzitutto alla sua essenza.

Ebbene, a mio parere, la confisca, nella sua essenza, costituisce un paradigma a sé stante che chiamerei "recuperatorio" e che si colloca – per così dire – a metà strada tra il "diritto affittivo" e quello "riparatorio" o, meglio, si avvicina molto a quello riparatorio, ma presenta anche alcune caratteristiche simili a quello affittivo che impediscono di identificarlo interamente con quello recuperatorio.

2.1. Per "diritto affittivo" intendo il diritto che si basa su una sanzione che ha in sé un *quid pluris* rispetto alle conseguenze derivanti dall'illecito, *quid pluris* dal quale scaturisce nella sostanza quella sofferenza che per l'appunto contraddistingue il concetto di afflizione. All'interno del diritto affittivo si distinguono poi ulteriori paradigmi: quello della responsabilità e quello della pericolosità. Inoltre, all'interno di ciascuno di questi paradigmi si possono individuare paradigmi ulteriori: al paradigma della responsabilità appartengono, ad es., il diritto penale e il diritto punitivo amministrativo; nel paradigma della pericolosità si collocano le misure di sicurezza e le misure di prevenzione.

Punto centrale è: in cosa consiste questa afflizione? A volte, essa consiste in un *pati* che incide direttamente sui beni della persona e che quindi comporta un vero e proprio coinvolgimento personalistico: si pensi alla pena detentiva che limita la libertà personale e che può essere addirittura carceraria (qui l'afflizione tende a farsi massima) oppure alle prescrizioni delle misure di prevenzione personali che limitano la libertà di circolazione.

Altre volte l'afflizione deriva dalla disomogeneità che intercorre tra il contenuto dell'illecito e il contenuto della sanzione. In particolare, in quest'ultima prospettiva, a volte tale disomogeneità deriva dal beneficiario dell'oggetto della sanzione: si pensi alle sanzioni punitive che consistono nel pagamento di una somma di denaro allo Stato

(pena, sanzione punitiva amministrativa o sanzione punitiva civile). Altre volte la disomogeneità deriva da un *quid pluris* a carattere meramente quantitativo: si pensi a quando una condotta riparatoria assume contenuti che travalicano lo stesso danno.

Per “diritto riparatorio” intendo il diritto che è privo di siffatto *quid pluris* di sofferenza e si caratterizza quindi per una corrispondenza/omogeneità tra il contenuto dell’illecito e il contenuto della sanzione. Nel diritto riparatorio centrale diviene pertanto il concetto di danno e la sanzione riparatoria lo elimina, ripristinando la situazione precedente all’illecito. Ecco che la sanzione riparatoria mutua il proprio contenuto da quello dell’illecito ovvero dal danno. Il danno diviene centrale proprio perché costituisce la base dell’illecito e della sanzione: come l’illecito si basa sul danno, la sanzione riparatoria, dovendo eliminare il danno, non può che fare riferimento al danno stesso.

Per completezza, non possiamo non accennare alla circostanza che all’interno del concetto di danno dobbiamo ormai distinguere tra una dimensione privatistica e una pubblicistica: da un lato, infatti, vi sono danni e corrispondenti condotte riparatorie che attengono – per così dire – alla regolarità dei rapporti tra privati; dall’altro lato, vi sono danni che invece si producono nei confronti di interessi pubblico-collettivi, come ad es. nel caso dei danni ambientali e di quelli derivanti dall’evasione fiscale, e le corrispondenti condotte riparatorie non possono non assumere connotati pubblicistici.

2.2. Ciò premesso, a me pare che la confisca si collochi concettualmente, strutturalmente, fisiologicamente a metà strada tra il “diritto affittivo” e il “diritto riparatorio”<sup>2</sup>.

Ed infatti, essa ha una consistenza patrimoniale e quindi incide sulla sfera giuridica della persona, senza tuttavia coinvolgere i suoi beni personalistici: si tratta di un carattere che condivide sia con il diritto affittivo allorché aggredisce il patrimonio, sia con quello riparatorio. Torneremo sul punto.

Tuttavia, la confisca ha un contenuto omogeneo rispetto all’illecito ovvero mutua il proprio contenuto dal contenuto dell’illecito. Essa infatti neutralizza il provento, vale a dire un’utilità economicamente misurabile derivante dall’illecito e prodottasi nel

---

<sup>2</sup> In questa stessa prospettiva, cfr., all’interno di una produzione scientifica più che ventennale, A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 503 ss.; Id., *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in *questa Rivista*, 17.1.2023, 1 ss.; v. inoltre E. Nicosia, *La confisca, le confische*, Torino 2012, 141 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, Torino 2022, 187 ss.

patrimonio del reo, ricostituendo la situazione patrimoniale del reo nelle stesse condizioni in cui si trovava prima della realizzazione del reato. Sotto questo profilo, la confisca è differente quindi dal diritto affittivo e simile al diritto riparatorio. Tant'è vero che a volte il provento confiscabile può coincidere con il danno o comunque con una parte di esso: si pensi al provento che deriva dal furto o dalla truffa.

Tuttavia, la confisca non prende in considerazione il danno, le conseguenze negative che si producono nella sfera giuridica del danneggiato/vittima<sup>3</sup>, ma prende in considerazione il provento ovvero le conseguenze positive che si sono prodotte nella sfera giuridica dell'autore<sup>4</sup>, e in questo la confisca, proprio perché non attiene al danno e va oltre lo stesso, risulta differente dal diritto riparatorio. Non solo, ma la confisca risulta per certi aspetti simile al diritto affittivo in virtù di alcuni suoi connotati – per così dire – pubblicistici<sup>5</sup>: da un lato, in assenza di un danneggiato, il titolo – se così si può dire – per apprendere il bene non può che appartenere allo Stato, anche perché il titolare del provento da reato non può invocare l'applicazione delle garanzie proprietarie visto che il suo arricchimento deriva per l'appunto dal reato e quindi non è meritevole di tutela; dall'altro lato, l'effetto finale di mera decurtazione patrimoniale si ottiene attraverso l'esercizio di un potere autoritativo/coercitivo a carattere pubblicistico.

Da altra prospettiva, si potrebbe dire che le conseguenze/effetti patrimoniali derivanti dal reato possono riguardare la sfera giuridico-patrimoniale sia della vittima/danneggiato, sia dell'autore<sup>6</sup>: nella prima ipotesi si tratta di danni e quindi le conseguenze sanzionatorie aventi carattere riparatorio hanno come beneficiario il soggetto che ha subito il danno; nella seconda si tratta di utilità e quindi le conseguenze sanzionatorie aventi carattere recuperatorio hanno come beneficiario lo Stato.

---

<sup>3</sup> F. Mazzacupa, *Le pene nascoste*, Torino 2017, 194.

<sup>4</sup> S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture*, Milano 2022, 366 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 193.

<sup>5</sup> A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 195, la quale precisa che «la confisca non può essere considerata alla stregua di rimedi civilistici, che rispondono sempre all'esigenza di definire conflitti tra soggetti privati e si inseriscono, quindi, nel quadro di un rapporto giuridico paritario tra le parti: lo strumento ablatorio, invece, dà sempre luogo a un'incidenza unilaterale dello Stato nel diritto di proprietà dei destinatari del provvedimento ed è quindi espressione di un potere pubblicistico». In argomento, con riferimento alla confisca preventiva, v. anche F. Mazzacupa, *Le pene nascoste*, cit., 194; D. Bianchi, "Psicanalisi" della c.d. confisca di prevenzione e prospettive di razionalizzazione ermeneutica, in *Dir. pen. proc.* 2018, 1469 ss.; A.M. Dell'Osso, *Sulla confisca di prevenzione come istituto di diritto privato: spunti critici*, *ivi*, 2019, 1006.

<sup>6</sup> S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 366 ss.

Insomma, il risultato finale della confisca è simile a quello riparatorio, perché neutralizza ed elimina le conseguenze economiche derivanti dall'illecito ovvero ricostituisce la situazione precedente all'illecito, senza comportare una decurtazione del patrimonio esistente prima della realizzazione del reato ovvero riportando il patrimonio allo stesso livello. Tuttavia, l'oggetto della neutralizzazione non è il danno della vittima/danneggiato, ma l'arricchimento dell'autore, potendo quest'ultimo sussistere anche in assenza del primo: oggetto che, proprio perché va al di là del danno, potrebbe essere ricondotto al diritto affittivo, in virtù di una sorta di *quid pluris* rispetto al danno, ma che tuttavia non si può qualificare come affittivo, proprio perché comunque connesso al reato e ripristinante lo *status quo ante*. Infine, non solo destinatario della confisca è lo Stato, ma è lo Stato che, con i suoi poteri autoritativi/coercitivi, si attiva unilateralmente, risultando in questo simile al diritto affittivo.

Ecco che la confisca può essere ricondotta a un diritto che per l'appunto potremmo definire "recuperatorio": non solo l'utilità si produce in capo all'autore, ma soprattutto non può che essere lo Stato il soggetto beneficiario e legittimato a recuperare l'utilità derivante dal reato.

Da qui l'idea centrale secondo cui "il reato non paga", vale a dire il crimine non può creare ricchezza nella sfera giuridica dell'autore. Con tre conseguenze assai significative che meriterebbero molta attenzione. Anzitutto, la giustificazione dell'ingerenza pubblica nella sfera dell'autore del reato che beneficia dell'incremento patrimoniale, a ben vedere, non necessita di particolari giustificazioni: il tema è non solo e non tanto che il reato non può costituire un valido titolo di acquisto della proprietà, ma anche, e più semplicemente, che le conseguenze positive derivanti dal reato nella sfera giuridica dell'autore non possono che essere neutralizzate. Insomma, da un punto di vista sanzionatorio è del tutto irrazionale che un soggetto venga punito per un reato, senza neutralizzare i vantaggi economici provenienti dal reato.

Ecco che, in secondo luogo, rigore vorrebbe che non dovrebbe esserci risposta al reato senza la confisca recuperatoria, costituendo quest'ultima – per così dire – la risposta sanzionatoria statale minima e imprescindibile, anche in un'ottica di sussidiarietà e di *ultima ratio*: preliminarmente si eliminano gli arricchimenti che conseguono dal reato e poi si punisce.

Infine, tema centrale diviene l'accertamento del reato e della derivazione del bene dal reato, ponendosi la seguente questione ancor più centrale: posto che deve esserci un accertamento, se e quanto è possibile flessibilizzarlo sul piano probatorio?

Conclusivamente, si deve osservare come attraverso una comparazione con tutte le altre sanzioni afflittive che hanno carattere patrimoniale, la confisca sia simile alle sanzioni pecuniarie afflittive e forse, con maggior precisione, più alla sanzione punitiva amministrativa che alla pena pecuniaria. Certo, dal punto di vista dell'autorità, la confisca è nella sostanza analoga alla pena pecuniaria; ma dal punto di vista del contenuto afflittivo e delle regole di accertamento, la confisca è analoga alla sanzione punitiva amministrativa.

Ed infatti, sotto il primo profilo del contenuto afflittivo, mentre la pena pecuniaria può comportare un coinvolgimento della persona là dove il condannato non adempia, la sanzione amministrativa invece non può comportare il coinvolgimento della persona: differenza cruciale per distinguere il diritto penale da quello amministrativo. Ebbene, in caso di mancata esecuzione della confisca, quest'ultima non si può "convertire" in misure che incidono sulla persona (avremo però modo di tornare sul punto). D'altra parte, la confisca si differenzia anche dalla sanzione punitiva amministrativa, perché mentre quest'ultima ha un *quid pluris* punitivo disomogeneo rispetto al contenuto dell'illecito, la confisca invece ha nella sua essenza un contenuto che viene mutuato da quello dell'illecito.

Sotto il secondo profilo delle regole di accertamento, mentre la pena pecuniaria necessita di una condanna, la sanzione amministrativa necessita comunque di un accertamento della responsabilità. E come vedremo, anche per la confisca "recuperatoria" non è necessaria una condanna, essendo sufficiente un accertamento di responsabilità.

2.3. La confisca riconducibile a una funzione recuperatoria presenta alcuni caratteri costitutivi.

1) Anzitutto, il provento deve derivare dal fatto di reato ovvero deve sussistere un nesso di derivazione causale tra reato e provento. Non è necessario un nesso di pertinenzialità ovvero una immedesimazione materiale, vale a dire che le cose confiscate coincidano in termini di identità qualitativa, prima ancora che quantitativa, con quelle che costituiscono l'utilità prodottasi nel patrimonio dell'autore. Più semplicemente, si può ritenere necessaria e sufficiente la derivazione causale.

Da qui tre conseguenze di enorme rilevanza sul piano pratico-applicativo. A) La prima: occorre superare, allineandosi così alla prospettiva europea, la distinzione, ancora tutta italiana, tra prezzo, prodotto e profitto. Si tratta, infatti, di una distinzione che non solo comporta conseguenze di disciplina non del tutto razionali (si pensi alla

obbligatorietà o discrezionalità applicativa prevista dal nostro ordinamento a seconda del tipo di provento), ma che ha generato anche problematiche interpretative caratterizzate da vera e propria superfetazione. Ma soprattutto si tratta di una distinzione che in una prospettiva recuperatoria non ha alcun senso: prezzo, prodotto e profitto sono infatti tutti proventi ovvero utilità derivanti dalla realizzazione di un reato, che differiscono in ragione della diversa tipologia di reato e della modalità – per così dire – causale con la quale si produce l'arricchimento, ma si tratta sempre e comunque di utilità/proventi che a seguito e in connessione al reato si vengono a produrre nella sfera giuridica dell'autore. Altra cosa, invece, sono le cose c.d. illecite, la cui stessa detenzione costituisce reato, nonché le cose strumentali al reato: si tratta di altre tipologie di confisca di cui non ci occupiamo in questa sede, rispetto alle quali è sufficiente osservare come le prime siano – per così dire – intrinsecamente illecite, mentre le seconde sono suscettibili di una valutazione di pericolosità soggettivo-relazionale<sup>7</sup>.

B) La seconda conseguenza è che si deve superare anche l'idea che la confisca per equivalente ovvero di valore costituisca una sanzione afflittivo-punitiva<sup>8</sup>. Se, da un lato, è vero che la confisca per equivalente rompe il nesso di pertinenzialità sul piano qualitativo, per cui, invece di andare a confiscare le esatte cose che sono entrate nella sfera giuridica dell'autore, se ne vanno a confiscare altre, tuttavia, dall'altro lato, è anche vero che le cose confiscate hanno lo stesso valore del provento, con la conseguenza che questa rottura non incide sull'essenza recuperatoria della confisca. Insomma, potremmo dire che con la confisca per equivalente salta la corrispondenza in termini qualitativi, ma non quantitativi. Ma la circostanza che salti la pertinenzialità ovvero l'identità qualitativa non comporta afflittività: se infatti il *quantum* per equivalente confiscato resta identico al *quantum* del provento derivante dal reato, non è riscontrabile alcun *quid pluris* dal quale ricavare l'afflittività. Certo, l'autore finisce per subire una sorta di coercizione nel momento in cui non è messo nella condizione di scegliere i beni di cui sarà privato, ma si tratta di un meccanismo di chiusura, simile nella sostanza all'esecuzione forzata per il debito civile, derivante dalla impossibilità di apprendere i beni direttamente derivanti dal reato: tant'è vero che si tende a

---

<sup>7</sup> Cfr. per tutti A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 139 s.

<sup>8</sup> Idea consolidata sia nella giurisprudenza costituzionale che in quella di legittimità: sotto il primo profilo, cfr. C. cost. 97/2009; C. cost., ord. 301/2009; C. cost. 68/2017; C. cost. 223/2018; C. cost. 112/2019; nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, Gubert; Cass. S.U. 21.7.2015 n. 31617, Lucci. In senso critico, v. per tutti F. Mucciarelli, *Art. 240*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio e G. Varraso, Milano 2023, in corso di pubblicazione, 33 ss. (del dattiloscritto).



concepire la confisca per equivalente proprio in termini di sussidiarietà rispetto a quella diretta.

Senza considerare la colossale contraddizione che si viene a generare sul piano sistematico allorché si ritiene che una determinata confisca diretta non sia punitiva (la giurisprudenza costituzionale, com'è noto e come vedremo, qualifica addirittura come ripristinatoria la confisca di prevenzione), mentre poi la corrispondente confisca per equivalente si qualifica come punitiva, rispetto alla quale dovrebbe così risultare necessaria una sentenza di condanna. Dovendoci oltretutto domandare se abbia senso parlare di confisca per equivalente allorché si tratta di confische estese caratterizzate dalla mancanza di una derivazione causale del bene dal reato, visto che non si possono nemmeno considerare confische dirette da contrapporre a quella per equivalente. Insomma, francamente, il caos sembra regnare sovrano.

Ecco che, a nostro avviso, la circostanza che vengano aggrediti beni diversi da quelli conseguenti dal reato non incide sulla natura della confisca. Con una duplice conseguenza: da un lato, la confisca per equivalente altro non è che una modalità di apprensione dei beni<sup>9</sup>; dall'altro lato, e conseguentemente, la natura della confisca per equivalente che viene in gioco dipende dalla natura della confisca diretta che viene poi realizzata con la modalità per equivalente: se la confisca diretta ha natura "recuperatoria", la confisca per equivalente sarà recuperatoria; se invece la confisca diretta ha carattere punitivo, la confisca per equivalente sarà punitiva.

Vero tutto questo, si deve anche osservare come la recente riforma Cartabia abbia inserito un nuovo comma *1-bis* all'art. 86 disp. att. c.p.p., secondo cui «qualora sia stata disposta una confisca per equivalente di beni non sottoposti a sequestro o, comunque, non specificamente individuati nel provvedimento che dispone la confisca, l'esecuzione si svolge con le modalità previste per l'esecuzione delle pene pecuniarie». Ebbene, poiché il mancato pagamento colpevole della pena pecuniaria comporta la sua conversione nel lavoro di pubblica utilità sostitutivo ovvero, se il condannato si oppone, nella detenzione domiciliare sostitutiva, come è stato affermato «una simile disciplina rappresenta una chiara presa di posizione del legislatore a favore della natura punitiva di tale forma di confisca»<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> In questo senso già A.M. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2007, 489 ss.; nonché E. Nicosia, *La confisca, le confische*, cit., 151 ss.; e da ultimo A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 202.

<sup>10</sup> A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile*, cit., 18.

A nostro avviso, si tratta di un'enorme alterazione del sistema senz'altro irragionevole, epilogo della scelta errata a monte di qualificare la confisca per equivalente come confisca punitiva; un autentico di troppo che potrebbe portare a sollevare una questione di legittimità costituzionale rispetto alla nuova norma introdotta, questione che sarebbe destinata a porre al centro proprio il tema della natura della confisca per equivalente.

C) Terza e ultima conseguenza è che, a maggior ragione, deve essere superata l'idea che la confisca di denaro è sempre una confisca diretta<sup>11</sup>, addirittura anche nell'ipotesi in cui sia fornita la prova della lecita provenienza di quella specifica giacenza<sup>12</sup>. Si tratta di una conclusione alla quale è giunta la giurisprudenza, ma che, ancora una volta, costituisce più una superfetazione strumentale che una conseguenza caratterizzata da coerenza funzionale<sup>13</sup>. In particolare, l'identificazione della confisca di denaro con la confisca diretta sembra derivare dal fatto che la confisca per equivalente sia qualificata come punitiva, con la conseguenza che, al fine di evitare che la confisca di denaro sia sempre qualificata per equivalente in virtù dell'impossibilità di recuperare le esatte banconote trasferite nel patrimonio (banconote oltretutto inesistenti negli scambi diretti su conti correnti), si è finito per concludere che la confisca di denaro sia sempre una confisca diretta e quindi non per equivalente. Tuttavia, a rigore, si dovrebbe giungere alla conclusione contraria, per cui la confisca di denaro in realtà è sempre una confisca per equivalente, che però, come abbiamo visto, non si dovrebbe qualificare come confisca punitiva.

2) In secondo luogo, la quantificazione del provento deve essere compiuta in termini di perfetta corrispondenza tra *quantum* incamerato nel patrimonio dell'autore e *quantum* confiscato: insomma, il provento si calcola al netto delle spese. Inoltre, è del tutto ragionevole attribuire rilevanza ai proventi c.d. mediati, frutto cioè dell'impiego/investimento di quelli immediati. Ciò detto, sono tuttavia ancora molte le ipotesi in cui la giurisprudenza trasforma confische che dovrebbero avere natura recuperatoria in confische a carattere punitivo<sup>14</sup>: si pensi nella corruzione alla confisca della tangente (prezzo) che tuttavia non è mai entrata nel patrimonio del pubblico ufficiale oppure a quella ai danni del corruttore, sia che questi abbia effettivamente pagato o soltanto promesso detta tangente.

---

<sup>11</sup> Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, Gubert; Cass. S.U. 21.7.2015 n. 31617, Lucci.

<sup>12</sup> Cass. S.U. 27.5.2021 n. 42415, Coppola.

<sup>13</sup> In argomento, cfr. ancora F. Mucciarelli, *Art. 240, cit.*, 48 ss. (del dattiloscritto).

<sup>14</sup> Istruttiva e inquietante la rassegna di A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile, cit.*, 9.

3) In terzo luogo, la confisca recuperatoria, se, da un lato, non necessita di una sentenza di condanna, dall'altro lato, richiede un accertamento del reato e della responsabilità dell'autore: se, infatti, tale accertamento mancasse, non si potrebbe stabilire il nesso di derivazione tra il reato e il provento. Insomma, la derivazione causale da un qualcosa si può ricavare soltanto da un qualcosa che è stato accertato, con la conseguenza che se l'accertamento manca, manca la base per poi accertare l'ulteriore derivazione causale. Con la conseguenza che la regola sancita nell'art. 578-bis c.p.p., secondo cui «il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato», dovrebbe essere riferita soprattutto proprio alla confisca recuperatoria.

4) Ed ancora, da monitorare con estremo rigore qualsiasi duplicazione sanzionatoria che incide sulla sfera patrimoniale dell'autore. Ed infatti, là dove si operi secondo le caratteristiche che abbiamo appena enunciato, è indubbio che si sia in presenza di una confisca per l'appunto recuperatoria, ma là dove alla confisca si aggiungano altre conseguenze sanzionatorie a carattere patrimoniale, occorre compiere verifiche sulle varie tipologie sanzionatorie. Così, ad esempio, se si confisca il provento del furto e al contempo si richiede la riparazione del danno, la dinamica sanzionatoria che si viene a creare nel complesso è tale per cui, in virtù dell'aggiunta alla riparazione della confisca, quest'ultima finisce per esprimere un *quid pluris* a carattere afflittivo. Detto in altri termini, quando l'effetto ablativo del provento è raggiunto mediante condotte riparatorie, si deve ritenere che un'ablazione ulteriore assuma i connotati di un *quid pluris* afflittivo. Ed ancora, si pensi all'ipotesi in cui alla confisca, in assenza di riparazione del danno, si aggiunge una pena pecuniaria: quest'ultima ha senz'altro carattere afflittivo, mentre la confisca mantiene la sua funzione recuperatoria.

Anche da quanto abbiamo appena detto, si deve ricavare un'importante conseguenza sul piano pratico applicativo. Nel momento in cui la confisca è concepita in termini recuperatori e v'è un danno da risarcire, l'ordinamento deve dare la precedenza alla riparazione del danno, perché se lo Stato acquisisse un bene lasciando in essere il danno alla persona offesa/danneggiata, finirebbe per commettere un vero e proprio abuso, una prevaricazione. Stesso principio, forse addirittura a maggior ragione, dovrebbe valere in presenza di un fallimento<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> In argomento cfr. Cass. S.U 17.3.2015, n. 11170, Uniland; Cass. S.U 13.11.2019, n. 45936, Fallimento Mantova Petroli.

5) Infine, si deve ritenere che, in una prospettiva recuperatoria, si possano colpire soggetti terzi nel cui patrimonio è presente il provento, anche se estranei alla realizzazione del reato: se da un lato è indispensabile che si accerti la responsabilità di chi ha commesso il reato al fine di individuare il nesso di derivazione e qualificare un provento come confiscabile, dall'altro lato, si può prescindere dalla responsabilità penale dell'arricchito "finale" (salve le norme a tutela dei terzi acquirenti in buona fede). In termini corrispondenti, occorre stare attenti a che, nelle ipotesi di concorso di persone, la confisca recuperatoria non sia trasformata in una confisca afflittivo-punitiva<sup>16</sup>.

Ebbene, quali le conseguenze sul piano dello statuto delle garanzie rispetto alla confisca recuperatoria? Non deve stupire se il paradigma recuperatorio della confisca viene attratto nelle garanzie civilistiche, per la semplice ragione che proprio il carattere recuperatorio rende la confisca molto simile alla riparazione del danno.

D'altra parte, non si può dimenticare che, a differenza delle conseguenze riparatorie, quelle recuperatorie hanno come attore e beneficiario lo Stato. Con la conseguenza che, parimenti, non deve meravigliare se viene richiesto il requisito dell'accertamento della responsabilità, dal quale dipende poi quello della derivazione causale, requisito per certi aspetti riconducibile alla logica punitiva. Ecco che la confisca anche se recuperatoria deve essere monitorata, perché è applicata direttamente dallo Stato e il suo impiego può trasformare problematiche autoritative in problematiche autoritarie.

4. Tracciata l'essenza della confisca in termini "recuperatori", la grande questione che si pone è se la confisca, che di per sé è recuperatoria, possa trasformarsi in una confisca afflittivo-punitiva. La risposta non può che essere assolutamente positiva, e quando ciò si verifica si passa dall'idea che "il reato non paga" a quella che "il reato costa".

Punto nodale diviene l'individuazione delle conseguenze che si producono sul piano strutturale allorquando la confisca si trasforma da recuperatoria ad afflittivo-punitiva, anche perché mutando il paradigma, muta anche lo statuto delle garanzie.

1) Ebbene, anzitutto, resta, potremmo dire a maggior ragione, la derivazione causale dal reato, nel senso che il provento deve derivare dal reato che è stato commesso.

Si tratta di un punto estremamente delicato, al quale si deve dedicare la massima attenzione, sotto un duplice profilo. Da un lato, se saltasse la derivazione causale, si andrebbe senz'altro oltre e fuori lo stesso concetto di confisca, potendosi parlare di

---

<sup>16</sup> In argomento cfr. ancora l'inquietante rassegna di A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile*, 7 ss.

sanzione pecuniaria punitiva *tout court*. Avremo modo di tornare su questo aspetto quando affronteremo il tema delle confische estese e in particolare della confisca allargata con condanna, dove, a ben vedere, a saltare è addirittura lo stesso accertamento di un'attività illecita, venendo così meno la stessa natura sanzionatoria come risposta a un illecito. Al momento interessa osservare come il *quid pluris* della confisca punitiva debba innestarsi sul *quantum* di provento derivante dal reato ovvero al *quantum* di derivazione dal reato si aggiunge un *quantum* autonomo e indipendente.

Dall'altro lato, nel momento in cui si va ad apprendere un qualcosa che supera il provento causalmente derivato dal reato, va da sé che, per il *quantum* che si aggiunge, non ha più senso parlare di derivazione causale proprio perché sussiste un *quid pluris* punitivo. Tale *quantum* tuttavia si aggancia pur sempre ai guadagni eziologicamente legati all'illecito; si può dire che il totale confiscato comprende sia la porzione di effettiva derivazione criminosa (la confisca recuperatoria) sia il *surplus* in chiave punitiva, che finisce per connotare l'intera misura ablativa.

2) In secondo luogo, è in riferimento al *quantum* di provento da confiscare che si determina la differenza fondamentale tra natura recuperatoria e natura afflittivo-punitiva, perché al *quantum* del provento derivante dal reato si aggiunge un *quantum* di provento che non è più derivante dal reato e in questo *quid pluris* sta l'afflittività che determina la natura punitiva. In particolare, il *quid pluris* si può avere sia nell'ipotesi in cui il *quantum* che viene confiscato supera il *quantum* del provento derivante dal reato, sia nell'ipotesi in cui il provento viene neutralizzato mediante il risarcimento del danno e, ciò nonostante, si confiscano altri beni.

Altra questione ancora è come qualificare la confisca del risparmio di spesa, se in termini recuperatori oppure in termini punitivi<sup>17</sup>. Ed infatti, se si fa leva sulla circostanza che il *quantum* di risparmio di spesa avrebbe dovuto essere corrisposto allo Stato, non si può che ricondurre la confisca alla logica recuperatoria. Ma se si fa leva sull'ammontare del patrimonio esistente prima e dopo la realizzazione del reato, essendo tale patrimonio rimasto invariato, si tenderà a concepire la decurtazione del patrimonio in termini punitivi.

Tuttavia, a ben vedere, occorre compiere una fondamentale distinzione. Da un lato, vi sono risparmi di spesa che sono il frutto della realizzazione di un reato caratterizzato da un mancato esborso, come nel caso dei reati tributari. Qui risulta preferibile

---

<sup>17</sup> Sul tema cfr. M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2015, 1675 ss.; C. Piergallini, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, *ivi*, 2014, 1009 s.; V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, *ivi*, 2015, 745 ss.

qualificare la confisca come recuperatoria, anche perché, alla fine, ancora una volta, il diverso modo di “manifestarsi” della confisca è dovuto soltanto al particolare modo di manifestarsi del reato, per cui se in prospettiva recuperatoria l'*adprehensio* di un illecito incremento patrimoniale (beneficio aggiunto di natura economica) mira a ricondurre il responsabile del reato nella situazione antecedente alla sua commissione, *mutatis mutandis*, a fronte di un mancato esborso, l'intervento ablatorio dovrebbe servire a condurre il reo nella situazione fattuale in cui si sarebbe venuto a trovare in assenza dell'illecito, privandolo di utilità equivalenti ai risparmi conseguiti durante il periodo di colpevole inerzia. Dall'altro lato, vi sono risparmi di spesa che sono sì il frutto di un mancato esborso, che tuttavia non costituiscono di per sé reato e non sono collegabili ad un reato nemmeno in termini di prezzo: così, ad esempio, il risparmio di spesa che, con riferimento ai delitti colposi, viene giustamente considerato un vantaggio per l'ente ex art. 5 d.lgs. 231/2001, non può essere considerato un'utilità confiscabile, perché tale utilità non consegue dal reato, ma si colloca cronologicamente addirittura prima della realizzazione del reato.

3) Sul fronte dell'accertamento, la natura afflittivo-punitiva esige un accertamento pieno del reato e della responsabilità ovvero un accertamento identico a quello che si richiede allorquando vengono in gioco le pene: insomma, la confisca punitiva non può che conseguire da una “vera e propria” sentenza di condanna.

4) Per quanto riguarda il cumulo sanzionatorio, è ben possibile che si vengano a creare sovrapposizioni, ma il *quantum* complessivo deve avvenire all'interno di un limite di proporzione. Così, ad esempio, nulla toglie che alla pena pecuniaria si possa poi sommare anche una confisca punitiva, ma il risultato complessivo deve essere tale da non risultare eccessivamente sproporzionato<sup>18</sup>. La somma della pena pecuniaria con il *quid pluris* di confisca punitiva non deve quindi risultare esorbitante, mentre si deve ritenere del tutto legittima là dove per l'appunto proporzionata: con la conseguenza che dichiarare illegittima un'intera confisca punitiva per il solo fatto che si sovrappone alla pena pecuniaria sarebbe a sua volta irragionevole, posto che si farebbe venire meno anche la confisca nella sua dimensione recuperatoria.

5) Infine, va da sé che non si possono colpire i terzi, poiché altrimenti si concretizzerebbe una ipotesi di responsabilità per fatto altrui.

Se quanto detto fino a qui ha una sua plausibilità, si deve osservare come la confisca recuperatoria e quella punitiva si differenzino per la presenza di un *quid pluris* nella

---

<sup>18</sup> Cfr. C. cost. 112/2019.

seconda, mancante invece nella prima. Con la conseguenza che se, da un lato, entrambe si basano su un nesso di derivazione tra reato e provento, nonché su un accertamento del fatto di reato ovvero della responsabilità, dall'altro lato differiscono per la circostanza che la confisca punitiva necessita anche di una sentenza di condanna.

5. Ed eccoci al tema dei temi: la natura giuridica delle confische c.d. estese. Come accennato all'inizio, si possono distinguere tre tipologie di confische estese.

Anzitutto, v'è la confisca c.d. allargata, che nell'ordinamento italiano è disciplinata dall'art. 240-bis c.p., i cui tratti salienti possono essere così sintetizzati: occorre una sentenza di condanna per determinati reati; inoltre è necessario che il condannato abbia la disponibilità di beni il cui valore risulta sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o comunque all'attività economica svolta.

In secondo luogo, v'è la confisca senza condanna o di prevenzione, che nell'ordinamento italiano è disciplinata dall'art. 24 Codice antimafia, senza dubbio assimilabile alla confisca allargata, ma che, a ben vedere, presenta ancora tratti differenzianti significativi, a cominciare dalla circostanza che si compie – per così dire – un accertamento di un qualcosa di “genericamente” illecito/criminoso al quale è legato il bene confiscato, accertamento che invece risulta completamente assente nella confisca allargata.

Infine, v'è l'*actio in rem*, assente nell'ordinamento italiano, che, al pari della confisca di prevenzione, prescinde da una condanna ovvero si muove su binari processuali distinti rispetto a quello penale, ma che, a differenza sia della confisca allargata sia di quella di prevenzione, si basa su un vero e proprio accertamento di un reato, come anche sulla prova di derivazione del bene dal reato, con la particolarità che tali accertamenti si basano su *standard* probatori civilistici. Si potrebbe parlare di una sorta di illecito aquiliano del provento, con la caratteristica, a dire il vero funzionalmente inevitabile, che l'illecito, essendo riconducibile a un reato, risulta fortemente tipizzato.

Ebbene, in premessa si deve affrontare il problema se queste confische si possano trattare assieme oppure si debbano considerare partitamente. Posto infatti che tratto comune è la mancanza di un accertamento pieno del fatto di reato, della sua responsabilità e della derivazione illecita del bene, ci si deve domandare se tuttavia non prevalgano differenze strutturali che impongono di affrontarle separatamente. Ed infatti, a volte si distingue tra confisca allargata, da un lato, e confisca senza condanna e *actio in rem*, dall'altro lato, adottando come criterio non solo – e non tanto – la

presenza o meno di una condanna, quanto piuttosto la circostanza se trovino applicazione in un processo penale oppure all'interno di un procedimento distinto e autonomo rispetto a quello penale. In questa stessa prospettiva, altre volte, in termini – per così dire – di variante, si valorizza la circostanza che mentre nella confisca allargata non si dà la prova dell'attività illecita, nella confisca senza condanna e nell'*actio in rem* si dà invece una “una qualche prova”, ancorché semplificata.

Più spesso si distingue tra confisca allargata e senza condanna, da un lato, e *actio in rem*, dall'altro: mentre l'*actio in rem* si basa sull'accertamento di un reato, ancorché mediante standard probatori semplificati, nelle prime, invece, si farebbe riferimento a una generica attività illecita realizzata dal soggetto.

A me pare che, proprio sulla base dell'accertamento o meno di fatti di reato, risulta più opportuno continuare a distinguere e differenziare tutte e tre queste ipotesi. In particolare, piuttosto agevole connotare l'*actio in rem*, che, come abbiamo visto, si basa su un accertamento di un fatto di reato e della derivazione del bene da tale reato, ancorché attraverso regole probatorie più flessibili, nella sostanza civilistiche.

Più complesso, invece il discorso per la confisca allargata e per quella senza condanna. Da un lato, risulta ormai diffusa l'idea che confisca allargata e confisca di prevenzione senza condanna siano nella sostanza assimilabili<sup>19</sup>. Dall'altro lato, però, nonostante che la mancanza di un accertamento di un reato le avvicini, queste si basano su presupposti applicativi molto diversi, perché, mentre nella confisca allargata manca del tutto un accertamento delle attività illecite alle quali sarebbe connesso il bene confiscato, nella confisca senza condanna, invece, un qualche accertamento – per così dire – è presente.

Più in dettaglio, ad accomunarle vi sarebbero i seguenti caratteri. Anzitutto, obiettivo di entrambe è l'eliminazione dal circuito economico dei beni di origine criminale. Inoltre, entrambe presentano il carattere della definitività. Ed ancora, in entrambe le ipotesi presupposto identico è la sproporzione tra il reddito dichiarato o l'attività economica lecita e il patrimonio effettivo, nonché l'inversione dell'onere della prova per vincere la presunzione, dovendosi osservare come i due “paletti” di maggior

---

<sup>19</sup> In questo senso, cfr. C. cost. 24/2019. Nella scienza giuridica, A.M. Maugeri-P. Pinto de Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria* (Corte cost. n. 24/2019), in *Sistema penale*, 29.11.2019, 50 ss.; A.M. Maugeri, *Un ulteriore sforzo della Suprema corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata*, *ivi*, 22.4.2020, 207 ss.; M. Di Lello Finuoli, *La confisca ante delictum e il principio di proporzionalità*, Torino, 2021, 297 ss.; S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, *cit.*, 119 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, *cit.*, 235 ss.



garanzia stabiliti per la confisca di prevenzione siano stati progressivamente estesi anche alla confisca allargata: il carattere sproporzionato del bene deve essere valutato in relazione ad ogni singolo bene al momento dell'acquisto<sup>20</sup>; deve sussistere una correlazione/ragionevolezza temporale tra l'acquisto del bene e la pericolosità o la commissione del reato oggetto di condanna<sup>21</sup> (paletto che, in verità, come vedremo, presenta differenze).

A dire il vero, permarrebbero ancora alcune significative differenze. Anzitutto, mentre la confisca allargata presuppone una sentenza condanna, quella di prevenzione prescinde da tale provvedimento, con conseguenze quindi anche sul piano processuale. Inoltre, mentre la confisca allargata conosce la sola ipotesi per sproporzione, quella senza condanna può essere disposta anche nei confronti di beni che risultino essere frutto di attività *illicite* o ne costituiscano il reimpiego. Infine, soltanto la confisca di prevenzione è soggetta a revocazione.

D'altra parte, si deve riconoscere che siffatte differenze non sono poi così rilevanti. In particolare, per quanto riguarda la prima, dalla prospettiva della confisca allargata, si osserva come la condanna o, meglio, il reato per il quale si è condannati non costituisca altro che mera occasione per applicare la confisca, non essendoci alcun nesso tra tale reato e i beni confiscati. Dalla prospettiva della confisca senza condanna, si mette in evidenza come presupposto per applicare tale confisca è l'appartenenza del proposto a una delle categorie soggettive indicate dagli artt. 1, 4 e 16 del codice antimafia, che tuttavia si deduce da condanne o comunque accertamenti pregressi, vale a dire da «un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sentenza di condanna oppure da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto»<sup>22</sup>. Insomma, anche ai fini della confisca di prevenzione, punto di partenza, se così si può dire, è un provvedimento analogo a quello della confisca allargata.

Per quanto riguarda la seconda differenza, e cioè la previsione di una seconda ipotesi di sproporzione, non v'è alcun dubbio che avrebbe enorme rilevanza, perché, con

---

<sup>20</sup> Con riferimento alla confisca di prevenzione, cfr. Cass. 6.10.1999 n. 803. Con riferimento alla confisca allargata, cfr. Cass. S.U. 19.1.2004 n. 920, Montella: «i termini di raffronto dello squilibrio oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, non vanno fissati nel reddito o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta volta acquisiti»; C. cost. 33/2019.

<sup>21</sup> Con riferimento alla confisca di prevenzione, cfr. Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, Spinelli. Con riferimento alla confisca allargata, cfr. C. cost. 33/2018.

<sup>22</sup> C. cost. 24/2019.

riferimento alla confisca di prevenzione senza condanna, finirebbe per essere prevista un'ipotesi che richiede la prova dell'origine illecita del bene. Tuttavia, si osserva come la giurisprudenza si assesti nel senso di non esigere la prova di tale derivazione<sup>23</sup>.

Vero tutto questo, si deve tuttavia osservare come confisca allargata e confisca senza condanna continuino a presentare differenze su un aspetto fondamentale, sul quale avremo modo di soffermarci a lungo in seguito, e cioè in ordine all'accertamento del reato o comunque dell'attività illecita criminosa alla quale dovrebbe essere connesso il bene confiscato: ed infatti, mentre nella confisca allargata, alla fin fine, non esiste alcun accertamento e quindi nessun rapporto tra attività illecite e beni confiscati, per cui le attività illecite da cui dovrebbe derivare l'evento risultano – per così dire – nella sostanza totalmente sconosciute, nella confisca senza condanna invece alcune attività vengono accertate, anche se, a ben vedere, non è ancora del tutto chiaro in cosa tale accertamento debba consistere. E una conferma di questa diversità sembra provenire proprio dalla disciplina della revocazione<sup>24</sup>, la quale conferma come la confisca di prevenzione si basi comunque su un qualche accertamento, oltretutto suscettibile di essere smentito.

Insomma, come vedremo, se, da un lato, la confisca di prevenzione è assimilabile a quella allargata, tendendo verso l'illegittimità, dall'altro lato, su un piano di equilibrio realistico, è possibile distinguere la confisca di prevenzione da quella allargata potenziando al massimo l'accertamento che la caratterizza.

5.1. Più in dettaglio, riguardo all'*actio in rem*, proprio in virtù della presenza di un accertamento di un fatto di reato, si può riconoscere che essa abbia, quanto meno sulla carta, natura recuperatoria, risultando tuttavia indispensabile verificare come si operi in concreto<sup>25</sup>.

Ed infatti, è indubbio che l'*actio in rem* si basi su un accertamento di un reato e della derivazione del bene dal reato, consentendo così un accertamento più rigoroso della provenienza illecita dei beni confiscati, con importanti conseguenze anche sul piano della proporzione, visto che il *quantum* confiscato, dovendo provenire per l'appunto dal reato, risulta comunque sufficientemente determinato: insomma, l'*actio in rem* non

---

<sup>23</sup> Cfr. S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 113, con richiami alla giurisprudenza.

<sup>24</sup> Cfr. tuttavia sapientemente A. Mangione, *La "situazione spirituale" della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 615 ss.;

<sup>25</sup> In argomento, v. per tutti S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 259 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 282 ss.

può di per sé estendersi all'intero patrimonio, a meno che non sia provato che l'intero patrimonio è frutto di reati.

Tuttavia, è altrettanto indubbio che la flessibilizzazione dello *standard* probatorio può portare a semplificazioni eccessive che rischiano di porre nel nulla un autentico accertamento del reato e della provenienza illecita.

Ecco che, come vedremo meglio in seguito, punto davvero nodale è non solo e non tanto la regola del convincimento del giudice (meglio richiedere che il giudice sia “*fully convinced*” che “*satisfied*”), quanto piuttosto il ruolo giocato dalla sproporzione tra il patrimonio che si ritiene lecito e quello illecito<sup>26</sup>, per cui, se si ritiene che ai fini dell'accertamento del reato sia sufficiente la sproporzione rispetto al reddito lecito, si finisce per prescindere da un vero e proprio accertamento, con la conseguenza che non si può nemmeno parlare di una natura punitiva, ma piuttosto di una conseguenza negativa che si colloca nella sostanza al di fuori di una logica autenticamente sanzionatoria basata sulla correlazione illecito-sanzione. Se invece la sproporzione viene considerata una sorta di mero indice della provenienza illecita, che deve essere corroborato da altri (ampia disponibilità di denaro contante e modalità di conservazione; esiti di indagini relative al fatto di reato che ha dato origine al procedimento, etc.), si viene a configurare una vera e propria *actio in rem*, che nella sostanza prescinde dalla responsabilità penale di un soggetto, ma non da un accertamento, ancorché semplificato, del fatto di reato<sup>27</sup>.

Da ultimo, non si può fare a meno di osservare come, a nostro avviso, la presenza di un'*actio in rem* all'interno di un ordinamento sia destinata a porre delicati problemi rispetto al principio del *ne bis in idem*, allorquando la risposta penale si basi su sanzioni a contenuto patrimoniale. Non tanto nell'ipotesi in cui sia iniziato prima il procedimento penale e poi si giunga all'*actio in rem*, visto che qui il rapporto potrebbe essere pensato addirittura in termini surrogatori, ma soprattutto nell'ipotesi in cui sia compiuta l'*actio in rem* e successivamente venga attivato il penale, perché se è vero che l'*actio* ha natura recuperatoria, tuttavia è anche vero che si procede per lo stesso fatto,

---

<sup>26</sup> Cfr. ampiamente S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 297 s., per quanto riguarda la disciplina statunitense e A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione*, cit., 289 s., per quanto riguarda la disciplina tedesca.

<sup>27</sup> In questa prospettiva, cfr. S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 391 ss. Al modello *actio in rem* sembra ispirarsi anche la Direttiva 2014/42/UE, dove all'art. 5 si prevede che la sproporzione tra il valore dei beni e i redditi legittimi del condannato costituisca uno dei “fatti specifici” e degli “elementi di prova” dai quali il giudice può trarre la convinzione che i beni da confiscare “derivino da condotte criminose”. Sul punto v. anche A.M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca di strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”*, in *Dir. pen. cont.*, 19.9.2014.

in virtù della circostanza che l'illecito che attiva l'*actio* è in realtà un illecito tipizzato come reato.

5.2. Venendo alla confisca allargata, da sempre essa risulta sganciata da qualsiasi accertamento in merito alla pericolosità sia personale del condannato che reale del bene confiscato, con la conseguenza che non si può considerare avente natura preventiva. Tant'è vero che la giurisprudenza, da sempre, parla di una misura di sicurezza atipica.

Piuttosto di recente si è valorizzata soprattutto la sua natura recuperatoria. Ed infatti, riferendosi sia alla confisca di prevenzione che a quella allargata, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che «in presenza di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato attraverso una condotta illecita – presunzione a sua volta fondata sul puntuale riscontro, da parte del giudice, dei requisiti dettati dalla normativa in esame –, o a fortiori in presenza di prove dirette di tale origine illecita, il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere. In assenza di connotati afflittivi ulteriori, 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»<sup>28</sup>.

Tuttavia, a noi pare che la confisca allargata non possa essere ricondotta a quello che abbiamo definito il paradigma recuperatorio, all'interno del quale, al di là delle espressioni linguistiche impiegate e di alcune differenze concettuali, si può ricomprendere anche quello riparativo.

La ragione è molto semplice: prima ancora che mancare l'accertamento dell'origine illecita del bene, manca del tutto qualsiasi conoscenza del fatto o comunque dell'attività illecita da cui il bene dovrebbe aver avuto origine<sup>29</sup>: insomma, manca anche il minimo accertamento di un'attività illecita e conseguentemente qualsiasi

---

<sup>28</sup> C. cost. 24/2019.

<sup>29</sup> Per un'ampia ricostruzione sul punto, v. ampiamente A.M. Maugeri, *Confisca "allargata"*, in *Misure di prevenzione nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano 2016, 63 ss.

nesso intercorrente tra tale attività e i beni confiscati, ancorché accertati con uno *standard* probatorio semplificato.

Sul punto si deve provare a fare la massima chiarezza, sciogliendo quello che a noi pare un autentico equivoco di fondo concernente “l’origine illecita del bene da confiscare”.

Una volta venuta meno la pericolosità e riconosciuto che la meccanica “preventiva” in realtà guarda al passato, a noi pare che, a rigore, *l’accertamento dell’origine illecita del bene da confiscare* si dovrebbe comporre di due momenti. Da un lato, v’è l’accertamento dell’attività illecita, dalla quale – per così dire – ha inizio tutto: ancorché in forma semplificata, non si può non accertare una attività illecita alla quale riconnettere i proventi che si andranno a confiscare. Dall’altro lato, occorre accertare la derivazione del bene dal reato/attività illecite accertate, ancorché in forma semplificata, ovvero deve sussistere una connessione tra attività illecite e bene confiscato: si può richiedere la prova della derivazione causale oppure un’origine illecita anche con prove semplificate o addirittura presunzioni relative: fatto sta che una connessione tra l’attività illecita e il bene deve essere accertata.

Si tratta di due momenti che devono essere tenuti logicamente e cronologicamente distinti, nel senso che soltanto se c’è un accertamento di un qualcosa di illecito/criminoso, si può poi accertare la connessione del bene a tale reato. Anche perché, ed ecco il punto, la stessa presunzione di *provenienza illecita del bene* ha senso proprio se questi due momenti si tengono disgiunti per cui, se a un accertamento di una qualcosa di illecito si sommano poi anche beni sproporzionati, è plausibile presumere che i beni sproporzionati siano di provenienza illecita.

E si badi. Non si tratta solo e semplicemente di ritenere che «l’ablazione patrimoniale si giustifica se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, in quantità ragionevolmente congruente rispetto al valore dei beni che s’intendono confiscare»<sup>30</sup>: tale precisazione opera – per così dire – a valle, e cioè in termini di proporzionalità quantitativa e in ordine al rapporto tra il bene e l’attività illecita presupposto.

Piuttosto, si tratta di richiedere un accertamento dell’attività illecita ancorché attraverso *standard* probatori attenuati: in questa prospettiva si opera a monte in termini di proporzionalità qualitativa, sembrando essere proprio questa la strada tracciata sia dall’art. 5 della Direttiva 2014/42/UE, secondo cui la sproporzione tra il

---

<sup>30</sup> C. cost. 24/2019. Valorizza tale requisito S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 407 ss.

valore dei beni e i redditi legittimi del condannato costituisce uno dei “fatti specifici” e degli “elementi di prova” dai quali il giudice può trarre la convinzione che i beni da confiscare “derivino da condotte criminose”, sia dalla giurisprudenza della Corte EDU<sup>31</sup>.

In particolare, riguardo alla confisca allargata, la completa assenza di un accertamento di attività illecite alle quali riconnettere poi la provenienza illecita dei beni da confiscare si ricava non soltanto dal testo legislativo, ma anche dal diritto vivente.

Sotto il primo profilo, l'art. 240-bis c.p. dispone che «nei casi di condanna [...] è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito»: insomma è sufficiente la qualità di condannato e la sproporzione.

Sotto il secondo profilo, dopo aver ribadito che l'art. 240-bis c.p. «riconnette, dunque, a due elementi – la qualità di condannato per determinati reati e la sproporzione del patrimonio di cui il condannato dispone, anche indirettamente, rispetto al suo reddito o alla sua attività economica – la presunzione che il patrimonio stesso derivi da attività criminose che non è stato possibile accertare», la Corte costituzionale ha precisato che «la sproporzione tra il valore dei beni e i redditi legittimi del condannato [...] vale [...] da sola a fondare la misura ablativa in esame, allorché il condannato non giustifichi la provenienza dei beni, [ed ecco il punto] senza che occorra alcuna ulteriore dimostrazione della loro origine delittuosa [corsivi nostri]»<sup>32</sup>.

Ancora più a fondo si deve osservare poi come, nonostante l'assenza di un accertamento di attività illecite, si sia provveduto ad elaborare il correttivo della “ragionevolezza temporale”: «il momento di acquisizione del bene non dovrebbe

---

<sup>31</sup> Cfr. per tutte C. eur., 8.10.2019, *Balsamo c. San Marino*, § 92; C. eur., 12.5.2015, *Gogitidze e altri c. Georgia*, § 105: «the Court observed that “common European and even universal legal standards can be said to exist which encourage, firstly, the confiscation of property linked to serious criminal offences such as corruption, money laundering, drug offences and so on, without the prior existence of a criminal conviction. Secondly, the onus of proving the lawful origin of the property presumed to have been wrongfully acquired may legitimately be shifted onto the respondents in such non-criminal proceedings for confiscation, including civil proceedings in rem. Thirdly, confiscation measures may be applied not only to the direct proceeds of crime but also to property, including any incomes and other indirect benefits, obtained by converting or transforming the direct proceeds of crime or intermingling them with other, possibly lawful, assets. Finally, confiscation measures may be applied not only to persons directly suspected of criminal offences but also to any third parties which hold ownership rights without the requisite bona fide with a view to disguising their wrongful role in amassing the wealth in question».

<sup>32</sup> C. cost. 33/2018; nonché Cass. S.U. 25.2.2021 n. 27421, *Crostella*.

risultare, cioè, talmente lontano dall'epoca di realizzazione del "reato spia" da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna»<sup>33</sup>.

Tuttavia, si tratta di un correttivo che, per stessa ammissione della Corte costituzionale, è orientato più ad agevolare la prova contraria da parte del condannato che ad accertare un minimo di attività illecita alla quale connettere il bene. Ed infatti, la vicinanza temporale dell'acquisto al reato-spia in verità nulla dice sul piano del collegamento del bene confiscato al reato per il quale si è stati condannati, tant'è vero che la tendenza è a confiscare anche beni acquisiti assai prima della commissione del reato spia<sup>34</sup>. Inoltre, dal solo reato-spia non si può ricavare l'indizio di ulteriori attività criminali alle quali connettere il provento.

Con la conseguenza finale che nella confisca allargata manca totalmente un accertamento di qualsiasi attività illecita alla quale connettere il bene confiscato ovvero il bene si considera di origine illecita in virtù della mera sproporzione.

Se tutto questo è vero, non si può che escludere la natura recuperatoria della confisca allargata. E quindi di cosa si tratta? Verrebbe da dire che si sia in presenza di una confisca punitiva. Tuttavia, a ben vedere, il quadro risulta, a nostro avviso, ancora più complesso. Ed infatti, non solo non si tratta di vere e proprie confische punitive, ma non si può nemmeno parlare di vere e proprie sanzioni punitive: ed infatti, nel momento in cui salta qualsiasi accertamento di attività illecita, non è più possibile parlare nemmeno di sanzione, per la semplice ragione che manca l'accertamento di una "qualcosa" di illecito al quale rispondere.

Ecco che, a rigore, non si può che giungere alla conclusione di una illegittimità *tout court* della confisca allargata. Certo si tratta di una soluzione che non può che lasciare perplessi da un punto di vista della politica criminale, ma non è possibile che, in ragione dell'esistenza di uno strumento ritenuto fondamentale per la lotta alla criminalità organizzata, si debba affermare la sua legittimità nonostante la palese violazione di principi di garanzia.

---

<sup>33</sup> C. cost 33/2018; C. cost 24/2019.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. 13.3.2023, n. 10684, Del Gaudio, con nota di S. Finocchiaro, *Confisca allargata e ragionevolezza temporale nei delitti contro la pubblica amministrazione: note a margine di una pronuncia della Cassazione*, in *Sistema penale*, 5 maggio 2023.

5.3. Per quanto riguarda la confisca di prevenzione, pacifica è l'idea che, a differenza di quanto accade per la confisca allargata, risulta insufficiente il mero requisito della sproporzione<sup>35</sup>. A dire il vero, vi sono tutt'ora orientamenti giurisprudenziali orientati a far giocare al requisito della sproporzione un duplice ruolo, quello di "prova" della attività illecita e quello di "prova" della connessione del bene confiscato alla attività illecita: da un lato, la sproporzione sarebbe indice dell'attività illecita, per cui dalla sproporzione si ricaverebbe la realizzazione di condotte criminose; e, dall'altro lato, sarebbe indice della connessione del bene alla attività illecita, per cui i beni sproporzionati di cui non si è in grado di dimostrare la provenienza lecita si devono considerare di provenienza illecita.

Tuttavia, il primo passaggio finisce per comportare un vero e proprio salto logico: ritenere che una sproporzione tra il bene dell'interessato ed il suo reddito legittimo possa rientrare di per sé tra i fatti idonei ad indurre l'autorità giudiziaria a ritenere che siano stati commessi reati non regge secondo *l'id quod plerumque accidit*, poiché la sproporzione di per sé nulla dice circa la possibile realizzazione di reati: la sproporzione può dire in ordine alla possibile derivazione del patrimonio da attività illecite, ma non dice in merito ad attività criminali.

E una volta che salta il "sospetto" di reato, la sproporzione, proprio in quanto disconnessa da un qualcosa di criminale che la giustifica, non è più in grado di legittimare la stessa presunzione di illiceità del bene: la sproporzione è infatti qualità che attiene al bene e alla sua provenienza illecita, ma per operare, oltretutto in termini presuntivi con conseguente inversione dell'onere della prova, necessita di qualcosa in più che sta oltre e prima dello stesso bene e cioè quanto meno di un sospetto di reato.

Insomma, impostare il giudizio sulla sola sproporzione rischia di girare a vuoto, per la mancanza di una connessione del patrimonio con un reato quanto meno sospettato, mentre è proprio quanto meno il sospetto di reato, unito alla sproporzione, che rendono plausibile la presunzione di provenienza illecita, ancorché relativa.

Ecco che rispetto alla confisca di prevenzione, sempre a differenza di quanto accade per la confisca allargata, acquista rilievo fondamentale il concetto di pericolosità.

Sul punto occorre muovere dalla circostanza che la misura patrimoniale può essere applicata non solo disgiuntamente dalla misura di prevenzione personale, ma anche «indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro

---

<sup>35</sup> Cfr. per tutte Cass. 21.9.2017 n. 53003, D'alessandro.



applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione» (art. 2-bis, comma 6-bis, Codice antimafia).

D'altra parte, il legislatore non si è spinto fino al punto di sganciare del tutto la confisca dal requisito della pericolosità, limitandosi invece a escludere che questo debba essere accertato "al momento della richiesta". Tant'è vero che la giurisprudenza ha continuato a subordinare la confisca alla necessità di accertare incidentalmente la pericolosità sociale del proposto<sup>36</sup>: insomma, per questa via, la confisca si può applicare a soggetti che, pur essendo stati pericolosi in passato, non lo sono al momento del procedimento di prevenzione, richiedendosi che la pericolosità sussista al momento dell'acquisto dei beni.

Ecco che diviene fondamentale comprendere cosa s'intenda per pericolosità al momento dell'acquisto dei beni, aprendosi due alternative: una concezione preventiva, che guarda al futuro, per cui la pericolosità indica la probabilità che siano commessi nuovi reati e la confisca serve a neutralizzare tale pericolo; e una invece recuperatoria, che guarda al passato, per cui la pericolosità indica una connessione tra attività illecite e incrementi patrimoniali e la confisca serve per eliminare dal circuito lecito siffatti beni presunti illeciti.

5.3.1. Stando al diritto vigente/vivente, v'è ormai totale condivisione nel ritenere che essa non abbia natura preventiva<sup>37</sup>. Ed infatti, come visto, dopo che con le riforme del 2008 e del 2009 l'applicazione è stata disgiunta dalla pericolosità soggettiva, e dopo che le Sezioni Unite hanno fatto leva sull'intrinseca pericolosità della cosa ricavata dalla correlazione temporale tra l'acquisto della cosa e la qualifica soggettiva del proposto come pericoloso, tale confisca prescinde, in verità, da una reale valutazione di pericolosità sia soggettiva che oggettiva.

In particolare, attraverso una motivazione per la verità non priva di contraddizioni e con qualche passaggio un po' oscuro, la giurisprudenza di legittimità si è spinta a parlare di pericolosità intrinseca della cosa allorquando sia stata acquistata da un soggetto che risulta pericoloso: «nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità della loro acquisizione ovvero

---

<sup>36</sup> Cass. S.U. 26.6.2014, n. 4880, Spinelli.

<sup>37</sup> In argomento, cfr. per una sintesi A.M. Maugeri, *Voce confische: definizioni, questioni problematiche e prospettive*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2022, 442 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, *Studi in onore di Emilio Dolcini*, Tomo II, Milano, 2018, 892 ss.; S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 345 ss.; A. Costantini, *La confisca nel diritto di prevenzione*, cit., 133 ss. e 183 ss.

a particolari caratteristiche strutturali degli stessi, quanto piuttosto alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera *eo ipso* sul bene acquistato, ma ancora una volta non già in dimensione statica, ovverosia per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica, fondata sull'assioma dell'oggettiva pericolosità del mantenimento di cose, illecitamente acquistate, in mani di chi sia ritenuto appartenere – o sia appartenuto – ad una delle categorie soggettive previste dal legislatore»<sup>38</sup>.

Insomma, da un lato, la pericolosità soggettiva al momento dell'acquisto conferisce pericolosità alla cosa; dall'altro lato, il mantenimento della cosa illecitamente acquistata nelle mani di chi è stato ritenuto pericoloso, conferirebbe pericolosità oggettiva alla cosa.

Tuttavia, l'argomentare finisce per presentarsi come un mero artificio retorico: non soltanto perché la cosa di per sé non si può mai considerare pericolosa; ma anche perché «una misura che mira alla prevenzione di nuovi reati non può, logicamente, fondarsi sulla prova di una pericolosità [sia essa personale o reale, aggiungiamo noi] passata, oggi non più attuale. In una tale situazione, non c'è proprio più nulla da prevenire»<sup>39</sup>. Insomma, la confisca di prevenzione, avendo ad oggetto beni acquistati a distanza di anni e ancora presenti nel patrimonio, guarda al passato, piuttosto che al futuro.

Non ci pare quindi eccessivo affermare che proprio la sentenza Spinelli, espressione del massimo tentativo di ricostruire le confische estese in chiave preventiva, costituisca la pietra tombale calata su qualsiasi possibilità di una siffatta ricostruzione preventiva, proiettando così la confisca totalmente nel passato.

5.3.2. Posto che non ha natura preventiva, parte della giurisprudenza costituzionale e della scienza giuridica hanno ricondotto la confisca di prevenzione a una *ratio* recuperatoria/riparativa, valorizzando proprio il requisito della correlazione temporale: l'acquisto del bene deve essere avvenuto nel momento in cui si ritiene che il soggetto fosse pericoloso. Sul piano giurisprudenziale, non si può che rinviare alla sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019, già citata quando abbiamo parlato della confisca allargata.

---

<sup>38</sup> Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, Spinelli.

<sup>39</sup> F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale*, cit., 895.

Da parte della scienza giuridica si è precisato che «la “pericolosità sociale” del proposto al momento dell’acquisizione del bene, come richiedono ora le Sezioni Unite in Spinelli, altro non significa se non dimostrare – sulla base dei consueti “indizi”, ancorché gravi precisi e concordanti – la commissione in quel momento da parte di costui di attività criminose. E l’accertamento della sproporzione del bene rispetto alle capacità reddituali legittime del proposto, combinato con l’impossibilità di costui di giustificare l’origine lecita, altro non è se non uno schema presuntivo basato su una presunzione relativa (vincibile da prova contraria dell’interessato) per dimostrare che il bene derivi da attività illecita [...] Lo schema essenziale delle misure è, dunque, sovrapponibile a quello delle confische civili o *in rem*»<sup>40</sup>.

Insomma, il correttivo interpretativo della correlazione temporale, più che riconnettere la confisca di prevenzione alla natura preventiva, consentirebbe di rafforzare l’accertamento della provenienza illecita del bene, e più precisamente il collegamento tra attività illecite e il bene confiscato, anche perché la mancanza di una siffatta correlazione finirebbe per svuotare di contenuto la presunzione di origine illecita.

Una concezione del genere fa virare definitivamente la confisca di prevenzione verso il passato e fa della pericolosità una sorta di “fattispecie di pericolosità”, dovendosi tuttavia verificare se attraverso tale presupposto si sia in grado di determinare un accertamento della attività illecita che consenta di ricondurre la confisca a una logica recuperatoria.

Punto centrale diviene allora, ancora una volta, stabilire cosa s’intenda per pericolosità al momento dell’acquisto del bene, nella consapevolezza che tale pericolosità attiene al passato, e se tale pericolosità sia sufficiente a determinare un accertamento e un nesso tra attività criminose e i beni che si confiscano. E qui il discorso tende a farsi davvero complesso, anche perché destinato a intrecciarsi con le problematiche di valutazione della pericolosità in generale.

Semplificando al massimo il discorso, a me pare che si possano delineare due diversi orientamenti. Da un lato, si può ritenere che sia sufficiente accertare che l’acquisto sia avvenuto in presenza di indizi di reato, vale a dire in presenza di provvedimenti collocati anche in un passato molto remoto, dai quali si possa ricavare che il soggetto sia stato “fondatamente” sospettato di aver commesso reati (torneremo a breve su questo concetto). In questa prospettiva, il giudizio di pericolosità assume una struttura

---

<sup>40</sup> F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale*, cit., 908 s.

monofasica, per cui si risulta “patrimonialmente pericolosi” là dove sussistono “fondati” indizi di reato ricavabili da determinati provvedimenti.

Dall’altro lato, si può ritenere invece che, oltre a “primi” indizi di reato, sia necessario accertare anche altri indizi di reato, che si collocano successivamente ai primi. In questa prospettiva, il giudizio di pericolosità assume struttura bifasica, per cui si è pericolosi quando i primi indizi di reato risultano confermati da ulteriori e successivi indizi di reato.

Le differenze tra questi due giudizi non attengono soltanto all’aspetto strutturale e, come vedremo a breve, ai principi, ma comportano anche alcuni effetti pratici, visto che se si adotta la prima soluzione, assumeranno rilevanza tutti gli acquisti realizzati in concomitanza e dopo il primo sospetto, mentre se si adotta il giudizio bifasico lo spazio temporale si restringe agli acquisti realizzati in presenza e successivamente ai secondi indizi.

Pacifico sul punto che, per quanto riguarda gli indizi di reato, quale che sia la soluzione che si adotta, non ci si possa accontentare della mera qualifica formale di indiziato ovvero della sussistenza nel passato di provvedimenti a carico del soggetto, mentre occorre andare a scandagliare – per così dire – la fondatezza di tali indizi. Insomma, la qualifica di indiziato non si deve concepire in termini formali, come derivante cioè dalla mera esistenza di un provvedimento giudiziario collocabile anche in un passato piuttosto remoto, ma in senso sostanziale, vale a dire come reale ed effettiva sussistenza di elementi di fatto capaci di fornire un contenuto concreto.

Questo aspetto è stato chiarito una volta per tutte dalla giurisprudenza costituzionale già nelle sentenze n. 23/1964 e n. 177/1980, le quali hanno per l’appunto ritenuto insufficiente la qualità – per così dire – formale di indiziati, richiedendo piuttosto il vaglio dei comportamenti oggetto dei provvedimenti: insomma occorre andare a scandagliare, attraverso un potere di autonoma valutazione, una certa fondatezza di quei comportamenti, di quelle condotte, di quei fatti oggetto dei provvedimenti.

Ponendosi poi il problema di quali siano le “fonti di conoscenza” del giudice della prevenzione: ecco che una sentenza definitiva di condanna non pone problemi, mentre al contrario una sentenza irrevocabile di assoluzione in quanto negazione penale di un fatto impedisce di sussumerlo come elemento indiziante; diversamente, suddetto potere di autonoma valutazione permane anche nell’ipotesi di emissione di una

sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione, purché il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza<sup>41</sup>.

Inoltre, si deve considerare altrettanto pacifico che la seconda fase del giudizio bifasico non può coincidere con la valutazione autonoma della “fondatezza” degli indizi derivanti dai primi provvedimenti. A ben vedere, non mancano sentenze in cui si parla di giudizio bifasico, concependo la seconda fase “solo e semplicemente” come la sostanzializzazione degli indizi<sup>42</sup>, ma la verifica della fondatezza degli indizi attiene sempre al primo momento – per così dire – constatativo.

5.3.2.1. Tutto ciò premesso, a nostro avviso, la soluzione basata sull'accertamento monofasico non può essere accolta per le seguenti ragioni. Anzitutto, il sistema preventivo finirebbe per diventare surrogatorio rispetto a quello punitivo, per cui, se, da un lato, non si è giunti a provare la responsabilità di un soggetto per un determinato fatto, dall'altro lato, sulla base di meri indizi, si arrivano ad applicare comunque le misure di prevenzione che sono senz'altro sanzioni afflittive<sup>43</sup>.

In secondo luogo, e conseguentemente, costruire il sistema preventivo in termini surrogatori pone problemi di rispetto anche del principio del *ne bis in idem*, per cui, da un lato, si è attivato un determinato procedimento per un determinato fatto, e, dall'altro lato, nonostante il “fallimento” di tale procedimento, se ne attiva un secondo avente ad oggetto lo stesso fatto.

Inoltre, si deve ritenere impossibile formulare giudizi di pericolosità in termini monofasici essendo indispensabile una struttura bifasica<sup>44</sup>. Ed infatti un giudizio di pericolosità necessita fisiologicamente, strutturalmente di due passaggi, perché è attraverso questi due passaggi che si delinea “la retta” lungo la quale si proietta in senso prognostico la pericolosità: insomma, il vero indice rivelatore di pericolosità non può radicarsi su un solo comportamento, ma occorre un secondo comportamento relazionale ad altri precedenti, e ciò in quanto la stessa prognosi è possibile solo se

---

<sup>41</sup> V. per tutte Cass. 19.1.2018 n. 11846, Carnovale; Cass. 8.10.2019 n. 48090, Ruggeri.

<sup>42</sup> In questa prospettiva sembra collocarsi Cass. 24.3.2015 n. 31209, Scagliarini.

<sup>43</sup> In argomento, cfr. per tutti R. Orlandi, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, Milano 2016, 15 ss.; F. Caprioli, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale*, cit., 57 s. Dalla prospettiva sostanzialistica, cfr. A. Mangione, *La “situazione spirituale” della confisca di prevenzione*, cit., 615 ss.; F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *disCrimen*, 12.9.2018, 5 ss.

<sup>44</sup> V. per tutti T. Padovani, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, Milano, 1990, 313 ss.

basata su un parametro preesistente. A volte si parla anche del carattere “temporale” della misura.

Ed ancora, questo ancoraggio alla pericolosità ricostruita in termini bifasici risulta indispensabile proprio perché dà luogo a quel minimo di accertamento di un’attività criminosa che giustifica l’adozione di strumenti sanzionatori. Ed infatti, ricostruire in termini monofasici, sulla base di un mero sospetto di reato, implica che non vi sia un accertamento sufficiente, con la conseguenza che la confisca di prevenzione finisce per avvicinarsi a quella allargata. Ricostruire in termini bifasici implica invece che vi sia un accertamento assai più consistente, con la conseguenza che la confisca di prevenzione si avvicina all’*actio in rem*.

Infine, non si può fare a meno di osservare come un giudizio bifasico sia già adottato per le misure di prevenzioni personali<sup>45</sup>. In particolare, il primo momento constatativo consiste nella individuazione di precedenti giudiziari, ancorché sostanzializzati mediante una valutazione autonoma, dovendosi ribadire che questa valutazione autonoma non è la seconda fase a carattere prognostico. Si aggiunge poi una seconda fase che consiste nell’accertamento di comportamenti diversi ed ulteriori, oltretutto successivi a quelli contenuti nei provvedimenti che danno luogo al primo passaggio constatativo (v. anche art. 6.1. Codice antimafia).

Sia consentito indugiare ancora un poco su questo aspetto relativo alle misure di prevenzione personali. A ben vedere, che ci fosse la necessità di riscontri ulteriori e successivi era da sempre chiaro riguardo alla pericolosità generica caratterizzata dalla abitudine, che quindi imponeva l’accertamento sempre in termini indiziati di comportamenti distribuiti all’interno di un arco temporale e confermativi della pericolosità<sup>46</sup>. Con riferimento alla pericolosità qualificata, ed in particolare all’ipotesi delle organizzazioni criminali mafiose, dopo un primo orientamento che nella sostanza si accontentava soltanto del giudizio constatativo, v’è stata un’estensione temporale attraverso la valorizzazione della stabilità del vincolo associativo, rispetto al quale si possono misurare i comportamenti del proposto che si snodano nel tempo<sup>47</sup>. Ecco che quindi risulta ormai superata la differenziazione tra pericolosità generica e pericolosità qualificata, per cui mentre ai fini di quest’ultima sarebbe sufficiente la qualità di essere indiziati di uno dei reati contemplati nell’art. 4, ai fini della prima sarebbe necessario invece un accertamento di più comportamenti.

---

<sup>45</sup> V. per tutte Cass. S.U. 4.1.2018 n. 111, Gattuso. Nello stesso senso già Cass. 5.6.2014 n. 23641 Mondini.

<sup>46</sup> In questa prospettiva Cass. 5.6.2014 n. 23641, Mondini.

<sup>47</sup> V. per tutte Cass. S.U. 4.1.2018 n. 111, Gattuso.

Preferibile quindi la soluzione che anche rispetto alla confisca di prevenzione concepisce il giudizio di pericolosità in termini bifasici, articolandolo nei due momenti constatativo e valutativo.

Tre ultimi chiarimenti. Anzitutto, ritenere che per la confisca di prevenzione debba esserci un secondo momento confermativo della pericolosità non significa contraddire quanto disposto dall'art. 18 circa l'indipendenza della confisca dalla pericolosità sociale del proposto al momento della richiesta provvedimento. Ed infatti, ritenere necessaria una conferma della pericolosità non significa ritenere che la pericolosità debba sussistere al momento dell'adozione del provvedimento, ben potendo sussistere anche in un momento precedente.

Ecco che, mentre rispetto alle misure di prevenzione personali il secondo momento deve essere prossimo all'adozione del provvedimento; rispetto alle misure di prevenzione patrimoniali, l'acquisto deve essere avvenuto dopo il secondo momento, il quale si può trovare anche a distanza rispetto al momento dell'adozione del provvedimento.

Insomma, si possono distinguere tre momenti: il primo momento dove si sospetta di un reato; il secondo momento confermativo di sospetti e quindi esprime la pericolosità; il terzo momento in cui si adotta il provvedimento: mentre nelle misure di prevenzione personali il secondo momento deve essere prossimo al terzo, potendosi parlare anche di attualità della pericolosità, nella confisca, invece, il secondo momento può essere distante dal terzo.

In secondo luogo, si deve osservare come anche il giudizio di pericolosità bifasico relativo alle misure di prevenzione non sia esente da criticità, per la semplice ragione che i "due punti" dai quali passa la "retta della pericolosità" sono meramente indiziari, vale a dire comunque ben poca cosa. Anche perché gli altri giudizi di pericolosità come quelli relativi alla recidiva oppure all'imputabile, si basano su due punti che consistono in accertamenti pieni addirittura passati in giudicato. Con la conseguenza che, se ci dovessimo attenere con rigore ai nostri principi costituzionali, si dovrebbe concludere che la confisca di prevenzione, mancando un accertamento giurisdizionale, si basa su un accertamento comunque insufficiente. E seguendo questa strada, che al momento ci sembra realisticamente impercorribile, si dovrebbe giungere con coerenza alla conclusione dell'intera illegittimità del sistema preventivo<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Sia consentito rinviare a R. Bartoli, *Misure di prevenzione costituzionalmente legittime soltanto per le organizzazioni criminali*, in *Sistema penale*, 19 settembre 2022.

Infine, non possiamo non soffermarci sulla circostanza che attualmente le confische estese aggrediscono beni che risultano addirittura leciti, visto che per provento o reimpiego dell'evasione fiscale si intende non tanto l'importo corrispondente all'imposta evasa, ma addirittura l'intero reddito imponibile, al lordo della imposta dovuta e quindi comprensivo anche del lavoro nero<sup>49</sup>. Si tratta di una previsione che non può essere condivisa, perché, quale che sia il modo in cui si concepisce la confisca, in termini recuperatori o preventivi, fatto sta che la confisca si trasforma non solo in termini punitivi, ma, là dove manca un minimo accertamento, come nell'ipotesi della confisca allargata, costituisce una vera e propria apprensione ancora più illegittima<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Con riferimento alla confisca di prevenzione, cfr. Cass. S.U. 29.7.2014, n. 33451, Repaci. Con riferimento alla confisca allargata, cfr. l. n. 161/2017, che ha inserito, oltre che nell'art. 24 Codice antimafia, anche nell'art. 12-sexies (oggi confluito nell'art. 240-bis c.p.), la seguente disposizione: «in ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale».

<sup>50</sup> In argomento, cfr. ampiamente S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione*, cit., 135 s., il quale giustamente parla di ricadute dogmatiche dirompenti.