

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Il/la sottoscritto/a

COGNOME | Russo |

NOME | Roberta |

Matricola di iscrizione al Dottorato | 1538180 |

Titolo della tesi:

| Mafie e imprese: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche |

Dottorato di ricerca in | Diritto dell'impresa |

Ciclo | XXVI |

Tutor del dottorando | Prof.ssa Ombretta Di Giovine |

Anno di discussione | 2014 |

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;

2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999, n. 224, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;

3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);

4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- tesi di dottorato: Mafie e imprese: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche;

- di: Russo Roberta;

- discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno: 2014;

- La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;

5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviate ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;

6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;

7a) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo.

Milano, 30 gennaio 2014

COGNOME

Russo

NOME

Roberta

CAPITOLO I

LE MISURE DI PREVENZIONE ANTIMAFIA APPLICABILI AGLI ENTI: TRA EVIDENZE EMPIRICHE E DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE

SEZIONE I

MAFIE E IMPRESE: UN' ANALISI EMPIRICA

1. Premessa	1
2. Mafie e mercato: linee generali	2
3. Mafie e imprese nel distretto Milanese	4
3.1 L'indagine empirica sulla mafia a Milano. Cenni introduttivi.....	5
3.2 La struttura della 'ndrangheta a Milano	7
3.3 Il radicamento nel territorio.....	8
3.4 Le attività della mafia a Milano	10
3.5 Il ruolo degli imprenditori	12
4. Conclusioni.....	14

SEZIONE II

DIRITTO PENALE ANTIMAFIA E DIRITTO PENALE DEGLI ENTI

1. Premessa	17
2. Primo sottosistema: misure di prevenzione antimafia e diritto emergenziale, simbolico e del nemico	20
2.1 Diritto penale simbolico	23
2.2 Diritto penale dell'emergenza	25
2.3 Diritto penale del nemico	29
2.4 Prime conclusioni sul diritto penale antimafia	37
3. Responsabilità e sanzioni a carico all'ente(-amico)	39
4. Sintesi (?).....	46

CAPITOLO II

QUALI MISURE DI PREVENZIONE APPLICABILI AGLI ENTI?

SEZIONE I

I SOGGETTI DESTINATARI

1. Premessa	55
2. Il sottosistema delle misure di prevenzioni antimafia. Cenni storici.....	58
2.1 Il sequestro e la confisca di prevenzione.....	62
3. La sospensione temporanea: i <i>precedenti</i>	67
3.1 La sospensione dell'amministrazione dei beni nella legge Reale	69

3.2 <i>Racketeering Influenced and Corruption Organizations Act</i> , sezioni 1961-1986, titolo 18 <i>United States Code</i>	73
4. La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, oggi "Amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche"	75
5. I soggetti destinatari dell'amministrazione giudiziaria	78
5.1 Gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa	80
5.1.1 Fattispecie penale e fattispecie preventiva: la posizione della dottrina e lo <i>standard</i> probatorio.....	81
a) <i>Il discrimen tra indizio e sospetto</i>	82
b) <i>Il discrimen tra indizio e prova</i>	84
5.1.2 Fattispecie penale e fattispecie preventiva: l'orientamento della giurisprudenza e la condotta del concorrente esterno	87
5.2 Il contributo agevolatore	93
5.2.1 L'imprenditore <i>acquiescente, resistente o cooperante</i>	95
5.2.2 Il concetto di agevolazione e la valutazione del profilo finalistico.....	96
5.2.3 Il concetto di agevolazione e lo scopo della misura.....	98
5.3 Il concetto di attività economica	99
5.3.1 La definizione civilistica di "attività economica"	99
5.3.2 L "attività economica" nel diritto penale	103
6. La <i>prevedibilità</i> della fattispecie preventiva	104
6.1 Il decreto "Royal s.r.l."	105
6.2 Il decreto "T.N.T."	106
6.3 Il decreto "B.N.L."	109
6.4 Alcune riflessioni sui decreti milanesi: l' <i>imprevedibilità</i> delle decisioni giudiziarie	110
6.5 Il decreto di sospensione temporanea nell'ambito del procedimento "Parco Sud"	114
6.6 Quali conseguenze?	115
7. Sulla confisca "delle attività economiche"	116
8. Spunti di riflessione dal passato	122
8.1 La tecnica di tipizzazione del RICO.....	122
8.2 Il progetto della Commissione Fiandaca	130
8.2.1 Il progetto "massimalista": le imprese destinatarie delle misure.....	131
8.2.2 (<i>segue</i>): le nuove misure	133
9. Una prima conclusione	136

SEZIONE II

NATURA E SCOPO DELLA AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA

1. Premessa	139
2. Brevi cenni sulla <i>vexata questio</i> della natura delle misure di prevenzione	140
3. Qualificazione al di là del <i>nomen</i> : l'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.....	147
3.1 Il concetto autonomo di pena nella giurisprudenza della CEDU	148
3.1.1 La riconducibilità alla condanna per un "reato"	150
3.1.2 Lo scopo e la gravità della sanzione	152

4. La natura delle misure di prevenzione e delle confische secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo	155
5. La natura della sospensione temporanea	165
5.1 La riconducibilità a un illecito penale dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica	165
5.2 La gravità (o severità) della amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche	169
5.2.1 Gli effetti limitativi	170
5.2.2 Gli effetti incapacitanti.....	173
5.3 Funzioni e scopi dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica.....	174
5.3.1 Lo scopo dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica	179
5.3.2 La funzione dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche	181
6. Conclusioni sulla natura dell'amministrazione giudiziaria	190
7. Conclusioni sullo scopo dell'amministrazione giudiziaria.....	191

CAPITOLO III

SPUNTI PER UNA RIFORMA DELL'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA DEI BENI CONNESSI AD ATTIVITÀ ECONOMICHE

SEZIONE I

L'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

1. Premessa	193
2. La disciplina della responsabilità degli enti	194
2.1 Natura e struttura della responsabilità degli enti	195
2.2 I modelli di organizzazione e gestione	199
2.2.1 Limiti ed aspetti problematici dei c.d. modelli organizzativi	204
2.3 I reati-presupposto	207
2.4 Le sanzioni. Il commissariamento giudiziale	211
2.4.1 Natura e funzioni delle sanzioni applicabili agli enti.....	211
2.4.2 Le sanzioni interdittive	213
2.4.3 Il commissariamento giudiziale	214
3. Il d.lgs. n. 231/2001 tra collaborazione e prevenzione speciale positiva. Un possibile sostituto dell'amministrazione giudiziaria?	218
4. Il rapporto tra d.lgs. n. 231/2001 e criminalità organizzata.....	220
5. Responsabilità degli enti e criminalità organizzata: le sentenze del Tribunale di Milano.....	226

INTERMEZZO

DIFFICILI RINUNCE. L'IMPRENDITORIA CONTIGUA E LA SANZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA

1. Premessa	233
2. L'imprenditoria <i>contigua</i>	233
3. Tra esigenze di tutela e bilanciamento dei diritti. La nuova era della sospensione dell'amministrazione dei beni	236
3.1 Il c.d. caso Ilva. Brevi note sulla vicenda.....	238
3.2 Dai controlli al commissariamento.....	240
3.3 Amministrazione giudiziaria e misure "Salva Ilva": elementi di divergenza. .	247
3.4 Amministrazione giudiziaria e misure "Salva Ilva": punti di contatto	251
4. Conclusioni.....	252

SEZIONE II

PROSPETTIVE DE JURE CONDENDO. SPUNTI PER UNA RIFORMA MINIMA E MASSIMA

1. Premessa	255
2. Una riforma minima. Vantaggi e punti critici	256
3. Una riforma <i>massima</i> da valutare con prudenza	261
3.1 "Il delitto-presupposto" dell'amministrazione giudiziaria	262
3.2 Le sanzioni a carico dell'ente: criteri di imputazione	267
3.3 Le diverse sanzioni applicabili agli enti	270
4. Spunti per una ricerca futura	271

BIBLIOGRAFIA	273
--------------------	-----

CAPITOLO I

LE MISURE DI PREVENZIONE ANTIMAFIA APPLICABILI AGLI ENTI: TRA EVIDENZE EMPIRICHE E

DIFFICOLTÀ INTERPRETATIVE

SEZIONE I

MAFIE E IMPRESE: UN' ANALISI EMPIRICA

«Io devo andare a lavorare in un determinato posto, so che lì ci sarà questo costo da pagare, affronto il problema, lo tratto, lo risolvo e poi ognuno per la sua strada».

Discussione dell'avv. Vinicio Nardo all'udienza dell'8 aprile 2010 – Procedimento “Cerberus”

Sommario: 1- Premessa. – 2. Mafie e mercato: linee generali. – 3. Mafie e imprese nel distretto milanese. – 3.1 L'indagine empirica sulla mafia a Milano. Cenni introduttivi. – 3.2 La struttura della 'ndrangheta a Milano. – 3.3 Il radicamento nel territorio. – 3.4 Le attività della mafia a Milano. – 3.5 Il ruolo degli imprenditori. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Nel corso della presente trattazione ci occuperemo degli strumenti preventivi antimafia applicabili agli enti e, più in particolare, dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche, ora prevista all'art. 34 d.lgs. n. 159 del 2011 (c.d. Codice antimafia). Quest'ultima, come avremo modo di osservare, è specificamente rivolta alle imprese che, sebbene estranee alle organizzazioni criminali, agevolano i membri della consorteria mafiosa.

Si tratta di una misura (per ora diciamo) preventiva del tutto peculiare, raramente applicata nel passato, la cui analisi si rende però necessaria alla luce di alcune recenti emergenze empiriche e stante le numerose difficoltà interpretative che la riguardano.

Dedicheremo questa prima sezione ad una breve ricognizione empirico-criminologica del fenomeno dell'infiltrazione mafiosa nei mercati. Tenteremo così di illustrare perché “il nuovo volto delle mafie” renda di allarmante attualità l'amministrazione giudiziaria, tanto da richiedere una più attenta riflessione, pressoché assente¹ tra i pur numerosi studi che si sono occupati di misure di prevenzione.

¹ Tra i pochissimi, v. A. MANGIONE *La “contiguità” alla mafia tra “prevenzione” e “repressione”*. *Tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 705 ss.; A. GIALANELLA,

2. Mafie e mercato: linee generali

I rapporti tra organizzazioni mafiose e, in generale, economia sono oggetto di analisi già da molto tempo.

In particolare, l'idea secondo cui il vero *core business* delle associazioni coinciderebbe con l'accumulazione del capitale, così come quella che, per contrastarle, sarebbe necessario colpirle proprio sul «piano della raccolta, disponibilità, gestione ed erogazione di risorse economiche»², si è nel tempo consolidata. Come è stato sostenuto, occorre intervenire sull'elemento patrimoniale che orienta le strutture criminali «secondo criteri di razionalità imprenditoriale, conferisce loro stabilità e determina, in particolare, quell'impulso al reinvestimento che costituisce al tempo stesso condizione di sviluppo e di sopravvivenza delle c.d. economie criminali»³.

La ricerca e l'accumulazione dei profitti della criminalità organizzata sono realizzate sia attraverso le attività tipicamente *mafiose* (come, ad esempio, l'estorsione), sia (soprattutto) grazie alla compenetrazione dei gruppi criminali nel tessuto originariamente legale del mercato. Il rapporto tra criminalità organizzata e imprese (originariamente) lecite, sebbene oggetto di approfondimento e analisi soltanto in tempi più recenti, non è affatto un fenomeno di nuova emergenza⁴. Le relazioni tra attività legali e criminalità organizzata sono piuttosto «un tratto distintivo delle loro [vale a dire, delle organizzazioni mafiose] capacità di affermarsi, compenetrarsi e mimetizzarsi all'interno della società»⁵.

Prevenzione patrimoniale e strategia dell'«actio in rem»: la pericolosità «in sé» della cosa, la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni e la ricchezza «contigua», in Riv. trim. dir. pen. ec., 2001, 281 ss.; C. VISCONTI, Contro le mafie non solo confisca ma anche «bonifiche» giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper), in penalecontemporaneo.it, 20 gennaio 2012.

² M. ARNONE, *Economie delle mafie: dinamiche economiche e di governace*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, 3, 7.

³ L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997, 5.

⁴ Il primo ad aver associato mafia ed economia (anche lecita) è stato P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, 1983. L'autore ha segnato il passaggio, nello studio delle organizzazioni mafiose, dall'approccio «culturalista» a quello «economicista». Per un'analisi delle differenti teorie, v. L. PAOLI, *Mafia e mutamenti di paradigma: atteggiamento, impresa o fratellanze multifunzionali e segrete?*, in *Polis*, 2001, 2, 341 ss. che critica però entrambi gli approcci, se intesi in senso assoluto.

⁵ O.F. ASSO, C. TRIGILIA, *Mafie ed economie locali. Obiettivi, risultati e interrogativi di una ricerca*, in AA.VV., *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, a cura di R. Sciarone, Roma, 2011, XV.

In definitiva, come è stato recentemente sostenuto, la rete dei rapporti delle mafie ha da sempre riguardato l'economia lecita che risulta per i membri delle associazioni criminali meno rischiosa e più redditizia⁶.

Un'analisi degli strumenti di contrasto (in chiave preventiva o repressiva) della c.d. zona di contiguità (nel settore imprenditoriale) si rende però ancora più utile in tempi recenti, essendo mutati i metodi di infiltrazione delle mafie nell'economia e quindi i rapporti che queste riescono a intessere con gli attori *sani* del mercato. Come è stato detto, «sono diventati molto più opachi e porosi i confini tra le relazioni legali e le relazioni illegali: non si tratta di una mera estensione dell'area dell'illecito nel lecito, quanto di una commistione tra le due aree tramite la formazione e la riproduzione di “alleanze nell'ombra”»⁷. Non è più (o non è sempre) la mafia a *fagocitare* le imprese ma vi è una collaborazione vantaggiosa per entrambe le parti dell'accordo che confonde i confini tra lecito e illecito, *sano e inquinato*.

Tra l'altro, la (nuova forma di) infiltrazione delle organizzazioni criminali nel mercato produce effetti sempre più gravi sull'economia, impedendone uno sviluppo autonomo e imponendone una regressione incapace di soddisfare le esigenze del commercio globale⁸. Nonostante le numerose analisi sul punto⁹, resta difficile individuare i precisi costi derivanti dal rapporto tra mafia e imprese¹⁰. Volendo qui provare a specificare alcune delle conseguenze più dannose, ci riferiamo soprattutto alle gravi distorsioni che la compenetrazione può creare nella concorrenza: l'imprenditore sano che non usufruisce di fondi illeciti non è in grado di competere; l'imprenditore mafioso o *contiguo* può al contrario imporre agli altri operatori economici l'uscita dal mercato, la vendita di quote societarie o una gestione subordinata che è controllata dall'esterno anche se formalmente lasciata nelle mani del soggetto non mafioso¹¹. Viene scoraggiata, nello stesso tempo, l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, anche stranieri.

⁶ O.F. ASSO, C. TRIGILIA, *Mafie ed economie locali*, cit., XVII, i quali osservano che le attività prettamente illegali sono caratterizzate da maggior rischio, incertezza, sfiducia ed elevati costi-opportunità.

⁷ O.F. ASSO, C. TRIGILIA, *Mafie ed economie locali*, cit., XVI.

⁸ Per una riflessione, pur limitata ai costi di Cosa Nostra e Camorra, v. A. LA SPINA, G. LO FORTE, *I costi dell'illegalità*, in *Riv. econ. Mezzogiorno*, 2006, 3/4, 509 ss.

⁹ Tra gli altri, v. D. MASCIANDARO, *Banche e riciclaggio. Analisi economica e regolamentazione*, Milano, 1994; ID., *Economia del riciclaggio e politica antiriciclaggio*, in *Giorn. econ. ann. econ.*, 1995, 54, 4-6, 211 ss.

¹⁰ In quest'analisi non consideriamo le conseguenze economiche che derivano dalle attività illecite delle mafie. Si pensi, ad esempio, ai costi che le imprese sopportano per soddisfare le richieste estorsive della consorteria. Sul punto, v. A. LA SPINA, A. SCAGLIONE, *I costi dell'illegalità*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2011, 1, 79 s.

¹¹ A. LA SPINA, A. SCAGLIONE, *I costi dell'illegalità*, cit., 80.

Alla luce del mutamento di relazioni e delle gravi conseguenze economiche che il fenomeno produce, è opportuno indirizzare l'analisi proprio alla c.d. "area grigia", di cui fanno parte soggetti diversi dai mafiosi e che rappresenta il «terreno dell'incontro, del dialogo e del confronto con soggetti apparentemente insospettabili, che fungono da intermediari, da broker e che introducono il rappresentante della criminalità organizzata nel mercato delle attività legali»¹². L'area grigia descrive sostanzialmente il magma tra legale e illegale nell'ambito del quale si pongono i più inafferrabili rapporti di complicità con la mafia¹³.

Volgendo lo sguardo a tale fenomeno, va tenuto ben presente, da una parte, che l'area grigia individua una zona dai confini incerti e sfuggenti¹⁴, difficili da decifrare e tradurre in termini giuridici; d'altra parte, che se «sociologicamente i fenomeni della criminalità economica e di quella mafiosa stanno diventando sempre più *contigui* fino a creare rapporti di simbiosi (...) sul piano giuridico la teoria del crimine economico e la teoria del crimine organizzato sono ancora mondi irrelati»¹⁵, espressione, come vedremo, di due diversi paradigmi¹⁶. Insomma, per il giurista, di fronte a una forma di criminalità che si pone al centro tra quella organizzata/mafiosa e quella prettamente economica, la difficoltà è doppia: ai *deficit* cognitivi si aggiungono problemi interpretativi e applicativi.

3. Mafie e imprese nel distretto Milanese

Alla luce delle difficoltà individuate, proveremo per prima cosa a fornire qualche dato conoscitivo sulla c.d. zona di contiguità, utilizzando i risultati emersi da una recente ricerca empirica (ancora in corso) che riguarda il fenomeno dell'infiltrazione delle mafie nel mercato, nei territori dell'*hinterland* milanese¹⁷. Come punto di riferimento ci serviremo però di alcuni criteri/fattori-guida individuati nell'ambito di un'altra ricerca, di poco antecedente, diretta dal sociologo Rocco Sciarrone¹⁸ e promossa dalla Fondazione Res di Palermo. Tale studio ha

¹² O.F. ASSO, C. TRIGILIA, *Mafie ed economie locali*, cit., XXIV.

¹³ R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, in AA.VV., *Alleanze nell'ombra*, cit., 11.

¹⁴ R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 11.

¹⁵ F.M. IACOVIELLO, *Concorso eventuale in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2082. Sul punto, v. anche A. CENTONZE, *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Milano, 2013, 152.

¹⁶ Sul punto, v. cap. I, sez. II.

¹⁷ Sull'importanza di guardare agli studi di taglio empirico «che guardano cioè ai rapporti tra organizzazioni criminali ed economia così come *di fatto* si manifestano», v. C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in *penale contemporaneo.it*, 7 gennaio 2014, 2.

¹⁸ Per una presentazione della ricerca, v. R. SCIARRONE, *Il piano della ricerca*, in AA.VV., *Alleanze nell'ombra*, cit., XXXI ss. L'indagine, pur tenendo presente i diversi elementi che caratterizzano le singole mafie tradizionali, cerca piuttosto di evidenziarne le dinamiche rispetto al radicamento territoriale.

analizzato i rapporti tra mafia e imprese nel Mezzogiorno e, in particolare, in specifiche aree della Sicilia, Campania e Calabria.

L'indagine di Sciarrone, pur tenendo presente i diversi elementi che caratterizzano le singole mafie tradizionali¹⁹, ha mostrato quanto, anche nelle zone del Sud Italia, la c.d. area grigia assuma rilevanza per la crescita e il mantenimento delle organizzazioni mafiose.

Faremo più volte riferimento agli esiti della ricerca sul Mezzogiorno in un'ottica di confronto, ma, come detto, ne mutueremo soprattutto alcuni concetti chiave per definire i rapporti tra le diverse organizzazioni mafiose, il territorio e il mercato.

Tali indici (anche definiti "fattori di contesto") sono: il «grado di dinamismo delle economie locali» (i contesti meno dinamici disincentiverebbero l'investimento mafioso); il controllo del territorio (il cui maggior grado favorirebbe l'infiltrazione); la rischiosità dei traffici illeciti; l'efficacia delle azioni di contrasto²⁰. A questi, secondo tale analisi, si aggiungerebbero i c.d. fattori di agenzia, vale a dire: la capacità dei mafiosi di intessere rapporti (non necessariamente di sudditanza); la disponibilità degli imprenditori a creare relazioni con le organizzazioni mafiose (un'autonoma collaborazione degli imprenditori originariamente sani); infine, la disponibilità delle componenti non imprenditoriali della società²¹.

Proveremo a valutare i diversi fattori nell'indagine milanese per saggiarne la portata euristica o i limiti, nella consapevolezza che i tentativi di catalogazione dei rapporti tra mafia e imprese, pur necessari, restano comunque difficilmente realizzabili.

3.1 L'indagine empirica sulla mafia a Milano. Cenni introduttivi

L'indagine empirica cui facciamo riferimento è attualmente in corso presso l'Università Commerciale "Luigi Bocconi" – Credi, diretta dal prof. Alessandri in collaborazione con l'Università di Palermo – DEMS²². Lo studio riveste una certa importanza proprio perché riguarda un'area geografica diversa da quella d'origine delle organizzazioni

¹⁹ Va peraltro prestata attenzione alle differenze che riguardano il contesto (sociale ed economico) dei differenti territori. Per un'analisi, v. S. BUSSO, L. STORTI, *I contesti ad alta densità mafiosa: un quadro socio-economico*, in AA.VV., *Alleanze nell'ombra*, cit., 67.

²⁰ O.F. ASSO, C. TRIGILIA, *Mafie ed economie locali*, cit., XVIII s.

²¹ O.F. ASSO, C. TRIGILIA, *Mafie ed economie locali*, cit., XX ss. A questi elementi gli autori aggiungono il c.d. costo morale, vale a dire il tipo di disapprovazione della società rispetto alla costruzione di rapporti (anche economici) con le mafie (XXVI ss.)

²² Alcuni primi esiti sono stati presentati da A. ALESSANDRI, *Intervento all'incontro "L'infiltrazione della criminalità organizzata nelle imprese del Nord"*, tenutosi presso l'Università Bocconi di Milano, l'11 ottobre 2013.

mafiose, concentrandosi infatti sul Nord Italia e, in particolare, sul territorio della città di Milano e zone limitrofe. Si tratta, come noto, di aree particolarmente dinamiche sotto il profilo economico che sono risultate al contempo “fortemente infiltrate” dalle mafie.

Sebbene già da tempo si discuta della penetrazione di alcune organizzazioni mafiose in nuove zone territoriali (in particolare quelle del Nord Italia), non vi erano finora studi che riuscissero a definire, con un approccio quantitativo, il radicamento e la presenza delle diverse mafie in tali aree. Alcune indagini, prettamente qualitative, sebbene dotate di una certa utilità, si limitavano infatti all’analisi di casi specifici, spesso assurti agli onori della cronaca²³.

La ricerca dell’Università Bocconi tenta al contrario di fornire una visione di insieme e quantitativa utilizzando, come strumento privilegiato, l’analisi dei procedimenti penali, in corso o archiviati presso i tribunali del distretto della Corte d’appello di Milano (nel periodo 2000-2010), nei quali è stato contestato il reato di associazione mafiosa (ai sensi dell’art. 416 *bis* c.p.). Il gruppo di ricerca ha inoltre attinto ai provvedimenti di prevenzione patrimoniale (definitivi ed emessi nel periodo 2000-2011 dal Tribunale di Milano, sezione Misure di Prevenzione) e ha arricchito l’indagine con alcune interviste somministrate agli studiosi del diritto penale antimafia e agli attori principali del mercato e dell’attività di contrasto al fenomeno mafioso²⁴.

L’analisi non si occupa (soltanto) del fenomeno delle *mafie* al Nord in generale ma (più specificatamente) di quell’area grigia, dei rapporti, cioè, tra organizzazioni mafiose e imprese che si spiegano secondo un ventaglio di ipotesi difficili da compendiare.

Sebbene gli esiti della ricerca non siano ancora definitivi e resi noti, proviamo, in base ai risultati finora emersi e discussi, ad evidenziare i tre profili più interessanti (mutuandoli dallo studio di Rocco Sciarrone), vale a dire: radicamento nel territorio, organizzazione e soprattutto, attività di interesse delle mafie al Nord. Come vedremo, da tali indici possono infatti desumersi anche i rapporti tra le consorterie e gli enti.

²³ V., tra gli ultimi, R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove. Radicamento ed espansione*, Roma, 2009; ID., *Mafie al Nord*, in *Il Mulino*, 2013, 5, 889 ss.; F. VARESE, *Mafie in movimento. Come il crimine organizzato conquista nuovi territori*, Milano, 2011. Tali indagini hanno però riguardato soprattutto alcune aree del Piemonte, nelle quali le organizzazioni mafiose (‘ndranghetiste e catanesi) sembrano insediate già da prima degli anni Ottanta. In tale zona l’attività di contrasto è stata però silente per più di un decennio. Nel 2011 un’importante indagine giudiziaria (c.d. Minotauro) ha portato all’arresto di 150 affiliati della ‘ndrangheta e ha fatto emergere un’area grigia «in cui si configurano rapporti di riconoscimento e scambio tra sfera criminale-mafiosa e sfera formalmente lecita dell’economia e della politica» R. SCIARRONE, *Mafie al Nord*, cit., 894. Si occupano invece più specificamente delle zone dell’*hinterland* milanese N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco. La ‘ndrangheta al Nord*, Milano, 2012.

²⁴ Gli esiti di questa seconda parte della ricerca sono ancora in fase di elaborazione.

Vale la pena di premettere che ognuno di questi elementi mostrerà una mafia dal duplice aspetto, che conserva alcune delle caratteristiche tradizionali della criminalità mafiosa e che svela, al contempo, un volto *nuovo*²⁵.

3.2 La struttura della 'ndrangheta a Milano

L'indagine ha anzitutto confermato la pervasiva presenza delle mafie nel territorio del distretto milanese²⁶. L'organizzazione più presente nella zona esaminata è la 'ndrangheta²⁷. Si tratta di quello che un sociologo definirebbe "trapianto"²⁸ della mafia calabrese²⁹. Alcuni degli esponenti della 'ndrangheta hanno infatti (secondo quanto si legge in alcune delle sentenze più importanti) colonizzato la regione Lombardia, dando vita a una struttura (dal nome evocativo, "La Lombardia") in comunicazione con la cosca del meridione ma al contempo dotata di una sua autonomia³⁰. L'associazione si divide in "locali" (che si riferiscono a singole aree territoriali), con "doti"³¹ e soggetti "apicali"³². Sono frequentemente pianificati *summit*³³ per assegnare ai singoli membri o, più in generale, ai "locali" le attività da svolgere. Si tratta, insomma, di una struttura ramificata ed organizzata.

Guardando alla fisionomia della consorteria, si evince immediatamente una certa analogia con quelle del Mezzogiorno. Anche il gruppo criminale presente nel Nord Italia (come quelli operanti al Sud) sembra caratterizzato da una particolare chiusura, verso

²⁵ Come avremo modo di osservare, il "volto nuovo" sembra caratterizzare anche le organizzazioni mafiose presenti nei territori d'origine.

²⁶ Nel periodo di riferimento, sono stati analizzati 62 procedimenti in cui è stato contestato il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., per un totale di 1325 indagati, di cui solo 565 per altri reati.

²⁷ Sulle possibili ragioni che hanno condotto all'insediamento della 'ndrangheta in Lombardia, v. N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco*, cit., 22 ss. Nell'indagine sulle mafie nel distretto milanese, è emersa anche una certa presenza di Cosa Nostra, della Camorra e della Sacra Corona Unita. Si tratta però di pochi procedimenti che non riescono a fornire un quadro (anche soltanto minimo) circa la presenza di queste organizzazioni mafiose nel territorio. È il caso di ricordare infine che, in 7 dei procedimenti analizzati, vi è la cooperazione tra associazioni mafiose diverse, anche straniere.

²⁸ F. VARESE, *Mafie in movimento*, cit., 10 s. Parlano invece di "colonizzazione", per "gemmazione e cooptazione", N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco*, cit., 12 ss.

²⁹ V. anche A. LA SPINA, *La sociologia del fenomeno mafioso dopo il 2006*, in A. LA SPINA, A. DINO, M. SANTORO, R. SCIARRONE, *L'analisi sociologica della mafia oggi*, in *Rass. it. sociol.*, 2009, 2, 205.

³⁰ V., soprattutto, App. Milano, 23 aprile 2013, Albanese e altri, inedita, 190 ss. e 361 dove si legge che in Lombardia vi sarebbe addirittura un autonomo "Crimine" (per il quale si intendete la struttura di governo al di sopra dei tre mandamenti in cui è divisa la Calabria e di tutti i locali sparsi per il mondo).

³¹ Le doti sono i "gradi" o i valori attribuiti agli affiliati. Per una ricognizione v. App. Milano, 23 aprile 2013, cit., 364.

³² I "locali" lombardi, esattamente come quelli calabresi, si dividono in due "società" contrapposte: una "maggiore" e una "minore". Al vertice di ogni locale, vi sono i "capi locali", affiancati dai "capi-società" e dai "mastri-giornata" che danno ai primi le informazioni più importanti. V. App. Milano, 23 aprile 2013, cit., 193 e 344 ss.

³³ Alle riunioni, che si tengono in luoghi segreti, partecipano soltanto coloro che hanno ruoli importanti all'interno dei singoli "locali".

l'interno, e una certa apertura, verso l'esterno. Un atteggiamento di "auto-protezione" per affrontare gli attacchi di altri avversari ma, al contempo, una predisposizione alla collaborazione con gli attori principali della società e del mercato³⁴.

Circa un decennio fa una sociologa aveva osservato la difficoltà per le cosche di affermarsi in vere e proprie "imprese criminali", a causa del particolare «apparato di legittimazione mafioso» (fatto di riti, simboli e norme). Si era detto, ad esempio, che la circostanza che potessero "affiliarsi" alla consorterìa soltanto gli «individui che già conoscono e, sia pur in maniera vaga, sottoscrivono i valori veicolati»³⁵ dai gruppi impediva alle organizzazioni di entrare nei traffici criminali a livello mondiale³⁶.

Nelle mafie presenti in Lombardia (ma un po' in tutto il "sistema mafioso italiano"³⁷), la situazione è fortemente mutata.

È vero che, da una parte, i soggetti affiliati (specie quelli che rivestono posizioni di comando) continuano a essere molto spesso membri della stessa famiglia o comunque legati da vincoli familiari. D'altra parte, come vedremo di qui a poco, l'associazione mafiosa si apre nella sua rete di rapporti a soggetti differenti (anche non calabresi) specie se imprenditori, che in alcuni casi entrano addirittura a far parte della consorterìa, condividendone metodo e scopi (senza tuttavia aderire ai "valori della famiglia criminale")³⁸.

Proprio quest'apertura ha creato le basi per una mafia capace di agire in settori economici, leciti e illeciti, in alcuni casi di interesse mondiale.

3.3 Il radicamento nel territorio

Definite, per brevissimi cenni, le linee organizzative della 'ndrangheta a Milano, è opportuno soffermarsi sulla sua presenza e sul suo radicamento nel territorio.

In passato, valutando i limiti più importanti delle organizzazioni mafiose, si era detto che esse non erano in grado di fondare strutture di *enterprise syndicate*, idonee cioè ad agire su grandi mercati internazionali, ma utilizzavano piuttosto il c.d. *power syndicate*³⁹ e si

³⁴ In riferimento alle associazioni nel Mezzogiorno, v. R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 19.

³⁵ L. PAOLI, *Mafie e mutamenti di paradigma*, cit., 355.

³⁶ L. PAOLI, *La mafia è sconfitta?*, in *Il Mulino*, 2001, 50, 3, 477 ss.

³⁷ Sulla crisi annunciata delle mafie, derivante da questo limite, v. *infra*.

³⁸ Sul punto, v. anche N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco*, cit., 123.

³⁹ Questi due concetti sono stati individuati da A. BLOCK, *East Side West Side. Organizing Crime in New York 1930-1950*, Cardiff, 1980, in part. 129. Utilizza le due categorie per un'analisi della fisionomia e soprattutto dei costi delle mafie A. ASMUNDO, *Indicatori e costi della criminalità mafiosa*, in AA.VV., *Alleanze nell'ombra*, cit., 49 ss.

occupavano di quelle attività economiche strettamente legate al controllo del territorio⁴⁰. Ciò era stato avvertito come uno dei maggiori limiti alla internazionalizzazione e alla crescita degli affari mafiosi⁴¹. Più di un decennio fa Letizia Paoli aveva però osservato che le organizzazioni mafiose stavano progressivamente perdendo tale controllo e ciò aveva causato una fase di crisi dei gruppi criminali⁴².

Le indagini più recenti mostrano uno scenario molto differente. Anzitutto, nei territori del Mezzogiorno il c.d. capitale sociale, strettamente legato al radicamento nel territorio, sembra, stabilmente, il punto di forza delle organizzazioni⁴³.

Ancora più interessanti sono tuttavia i dati che emergono dalla ricerca dell'Università Bocconi. I diversi procedimenti analizzati (peraltro non contemporanei ma riguardanti il periodo 2000-2010) mostrano una realtà non omogenea che varia frequentemente per singola area geografica: ogni locale è infatti *radicato* in misura diversa. Ciò nonostante e ad un primo sguardo, ci sembra che le organizzazioni mafiose del Nord Italia continuino ad esercitare un certo controllo, il quale assume tuttavia una fisionomia differente⁴⁴. Esso non si estrinseca sull'intera società ma condiziona, in misura a volte relevantissima, singoli settori d'attività economica: chi opera nell'ambito del movimento-terra, conosce i "calabresi" e sa "come comportarsi"; le imprese edilizie riconoscono le "richieste della mafia".

La rete di relazioni e fiducia⁴⁵ riguarda quindi soprattutto (ma non soltanto) il mondo imprenditoriale e gli specifici settori di impresa⁴⁶. Tali rapporti procurano vantaggi alle

⁴⁰ L. PAOLI, *Mafie e mutamenti di paradigma*, cit., 358.

⁴¹ L. PAOLI, *La mafia è sconfitta?*, cit., 480.

⁴² L. PAOLI, *Mafie e mutamenti di paradigma*, cit., 359.

⁴³ R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 6 ss. V. anche A. ASMUNDO, *Indicatori e costi*, cit., 49 ss. che analizza il *power syndicate* e l'*enterprise syndicate* nelle differenti aree geografiche del Mezzogiorno.

⁴⁴ Differente anche da quello del mezzogiorno. Stando all'analisi di R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 2, nonostante il braccio armato di alcune organizzazioni (come Cosa Nostra) sia stato indebolito dall'azione di contrasto della magistratura, esse continuano ad esercitare un rilevante controllo del territorio. Le zone in cui c'è maggiore radicamento sono anche quelle in cui c'è più infiltrazione nel settore pubblico ed imprenditoriale. Si osserva insomma un sistema mafioso che riesce a convogliare la capacità di intimidazione, l'uso della violenza e la tendenza a creare una rete di rapporti con diverse sfere della società, basate su un metodo collusivo. L'autore precisa che le cosche più abili nel tessere relazioni di questo tipo sono quelle delle zone di Palermo, Trapani, Caserta e del versante tirrenico della Calabria.

⁴⁵ Si tratta del c.d. capitale sociale della mafia. Sul punto, v. R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 9 ss. che osserva come, nelle aree del Mezzogiorno, le organizzazioni mafiose detengono un rilevante capitale sociale che è rivolto a favorire gli imprenditori che si trovano nella c.d. area grigia proprio perché, nonostante l'indebolimento del braccio armato, è rimasta immutata la c.d. *intelligenza* della mafia. Su questo punto, v. A. BOLZONI, *L'"intelligenza collettiva" di Cosa nostra. La nuova frontiera dei mafiosi senza padrini*, in *La Repubblica*, 7 dicembre 2009, 10.

⁴⁶ Di avviso parzialmente diverso, N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco*, cit., 226 ss.

organizzazioni mafiose così come a coloro che si pongono in una zona di contiguità tra lecito e illecito⁴⁷.

È tuttavia il caso di ricordare che vi sono al contempo numerosi enti che *subiscono* la struttura di relazioni e vengono così estromessi dal mercato. La mafia al Nord si manifesta infatti alle imprese con volti differenti: da una parte si avvale dei *tipici* metodi mafiosi (sono usuali atti di intimidazione attraverso danneggiamenti e incendi), dall'altra, utilizza strumenti leciti, presentando offerte nel mercato molto più vantaggiose e allettanti di quelle che possono proporre gli operatori sani.

Insomma, in alcuni casi le mafie *fagocitano* le imprese sane, ottenendone la gestione e la proprietà attraverso metodi violenti o sistemi di prestiti usurari; altre volte monopolizzano interi settori merceologici o ottengono singoli appalti semplicemente ricorrendo a metodi leciti (ma pur sempre a fondi illeciti).

3.4 Le attività della mafia a Milano

Anche volgendo lo sguardo alle attività poste in essere dalla Mafie in Lombardia, si possono osservare le due diverse facce delle consorterie.

Da una parte, i gruppi mafiosi continuano ad occuparsi di attività illegali, tra le quali, principalmente, traffici di sostanze stupefacenti, estorsioni, prestiti usurari, ricettazione, riciclaggio, corruzione e produzione e distribuzione di falsi⁴⁸. Le associazioni sono tuttavia impegnate anche in numerose attività lecite, come: edilizia e appalti, movimento terra, servizi e forniture, beni immobili, trasporti, infrastrutture, scommesse e sale gioco, ristorazione, rifiuti e demolizioni⁴⁹.

Nel contesto lecito, la mafia agisce sia nel settore pubblico sia in quello privato. Nell'ambito del primo, utilizza specialmente lo strumento dell'appalto e del sub-appalto. In entrambi i casi, i rapporti tra cosca e imprenditori assumono tuttavia varie fisionomie:

⁴⁷ Anche nel Mezzogiorno accade spesso che gli imprenditori *collusi* sono quelli che ricavano maggiori vantaggi dalla cooperazione. Insomma, «reciprocità, interazione ed estensione dello scambio creano equilibri cooperativi che tendono a essere ricorsivi e a stabilizzarsi nel tempo», R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 17.

⁴⁸ Come evidenzia R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 27 ss. queste stesse attività (alle quali si aggiungono però le truffe e le frodi finanziarie) sarebbero poste in essere anche dalle organizzazioni mafiose nel Mezzogiorno. In particolare, nel Sud Italia, il traffico di sostanze stupefacenti viene posto in essere soprattutto alla zona di Reggio Calabria e Napoli; la produzione e distribuzione del falso in aree vicino a Napoli. Nei procedimenti milanesi vi sono anche casi di operazioni fraudolente societarie e fiscali volte ad occultare la reale gestione societaria, evitare dichiarazioni di fallimento o mascherare fondi illeciti.

⁴⁹ A queste, nel Mezzogiorno, si aggiungono quelle del settore agroalimentare e dell'energia rinnovabile R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 27 ss.

co gestione di società, con diverse partecipazioni; intermediazione finanziaria in favore dell'organizzazione; assicurazione del lavoro ai compartecipi in tutti i cantieri, anche attraverso ditte con soci prestanome dell'organizzazione; emissione di fatture oggettivamente inesistenti per attribuire liquidità all'associazione⁵⁰.

È il caso di osservare che, nonostante in molti sostengano e sottolineino la forte professionalizzazione e internazionalizzazione delle attività economiche delle mafie⁵¹, dalle più recenti ricerche empiriche (condotte sul Nord come sul Sud Italia) risulterebbe al contrario che le stesse continuano ad agire in ambiti che non necessitano di complesse competenze.

Un particolare caso è quello del settore finanziario. Sebbene si parli infatti di un'*infiltrazione* delle mafie in tali mercati, nell'indagine dell'Università Bocconi (che pure si occupa di territori in cui l'attività finanziaria assume una certa rilevanza) non emergono numerosi coinvolgimenti della criminalità organizzata nel mercato dei titoli⁵².

Al di là della rara presenza della mafia in tale settore, dai risultati della ricerca emerge chiaramente che le organizzazioni mafiose si dedicano ad attività lecite e illecite in misura pressoché analoga⁵³, in un contesto di forte dinamismo economico ma di minore radicamento nel territorio (pervasivo soltanto in singoli settori economici o in aree delimitate).

Sull'efficacia dell'attività di contrasto i dati sono ancora in fase di elaborazione. A un primo sguardo (è tutto ancora da verificare) sembrerebbe che l'autorità giudiziaria intervenga in misura massiccia in sede penale, ma non sia in grado di incidere in misura idonea sul ruolo fondamentale che è svolto dai singoli imprenditori, anche per l'assenza di strumenti in grado di contrastare la c.d. contiguità mafiosa (torneremo sul punto).

⁵⁰ Qualche cenno già in R. RUSSO, *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, in *Arch. pen.*, 2012, 120.

⁵¹ A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 320; I. BOCCASSINI, *Intervento all'incontro "L'infiltrazione della criminalità organizzata nelle imprese del Nord Italia"*, tenutosi presso l'Università Commerciale "Luigi Bocconi", l'11 ottobre 2013. Sul punto v. le osservazioni critiche di R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 30.

⁵² Anche l'indagine di Rocco Sciarrone ha evidenziato come questo settore resti fuori dai campi privilegiati delle organizzazioni mafiose. Le (poche) operazioni sui mercati dei titoli, se compiute da mafiosi, sono spesso grossolane e non sofisticate. Sembrerebbe che quando il capitale illecito delle organizzazioni criminali viene introdotto nei mercati finanziari, ciò avviene attraverso la necessaria partecipazione di soggetti estranei, R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 30. L'autore precisa però che ciò potrebbe anche derivare da un deficit cognitivo dell'autorità giudiziaria in materia finanziaria. Sul punto, v. anche A. DINO, *Gli ultimi padrini. Indagine sul governo di Cosa nostra*, Roma-Bari, 2011, 215. Insiste invece sulla finanziarizzazione della mafia I. BOCCASSINI, *Intervento*, cit.

⁵³ È il caso di ricordare che, secondo R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 34, negli ultimi anni le attività "legali" (nel Mezzogiorno) risultano per gli associati più vantaggiose di quelle illegali, specie nei contesti in cui le organizzazioni riescono ad ottenere il denaro destinato alla spesa pubblica. Il dato sembra confermato anche nelle zone del Nord Italia, sebbene il traffico di sostanze stupefacenti continui ad essere una delle attività più redditizie e diffuse. V. anche N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco*, cit., 117 ss.

3.5 Il ruolo degli imprenditori

Dopo aver analizzato i volti della criminalità organizzata in Lombardia, è il caso di soffermarsi su uno dei più importati “fattori di agenzia”, vale a dire sul comportamento dei singoli imprenditori. Questi ultimi sembrano sempre più inclini, in un contesto di crisi economica, ad accordarsi e ad accettare (se non addirittura a proporre) accordi collusivi con le cosche mafiose. Dall’indagine empirica emerge infatti che se c’è una parte di imprese che agisce lecitamente secondo le regole di mercato, «c’è [anche] una schiera di altri imprenditori che cerca scorciatoie, che è disponibile a imboccare la via bassa degli accordi collusivi e degli scambi occulti, non disdegnando di entrare in contatto e in affari anche con soggetti criminali, cercando di utilizzare l’alleanza con la mafia come un perverso vantaggio competitivo»⁵⁴.

I rapporti tra la consorzeria e la singola impresa (o il singolo imprenditore) sono nondimeno variegati e difficili da definire e catalogare. Potremmo provare ad utilizzare a tal fine la tripartizione “*complicità, collusione, compenetrazione*” elaborata dal già più volte citato Rocco Sciarrone nella sua recente analisi⁵⁵.

Secondo il sociologo, sarebbero “complici” le imprese “forti” o i gruppi multinazionali capaci di trovare con i mafiosi un accordo contingente e condizionale; “collusi” gli enti che operano in settori molto redditizi, coinvolgono una diversificata rete di imprenditori e hanno rapporti con la mafia dotati di una certa stabilità; “compenetrati” gli imprenditori che instaurano relazioni di fedeltà con la consorzeria, entrando addirittura a far parte dell’associazione. Le tre ipotesi rappresentano un sistema che non descrive una “mera infiltrazione”, ma «rapporti di scambio estremamente vantaggiosi per gli attori “esterni”»⁵⁶.

Dall’analisi dei procedimenti milanesi emergono relazioni astrattamente riconducibili alle categorie appena elencate⁵⁷, ma numerosi casi restano difficili da identificare.

⁵⁴ R. SCIARRONE, *Mafie al Nord*, cit., 896 s.

⁵⁵ R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell’area grigia*, cit., 35 ss. Parlano invece di *ritiro, interlocuzione e collusione* N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco*, cit., 191 ss. Sui diversi modelli concettuali elaborati nel tempo, vedi la rassegna di N. DALLA CHIESA, *L’impresa mafiosa*, Milano, 2012.

⁵⁶ R. SCIARRONE, *All’ombra delle mafie. L’area grigia di cosa nostra, ‘ndrangheta e camorra*, in *Il Mulino*, 2011, 3, 397.

⁵⁷ Ipotesi di imprese *colluse* vi sono soprattutto nei settori dell’edilizia e in quello immobiliare. Nel Mezzogiorno, secondo l’indagine empirica di Sciarrone, questo tipo di rapporto è ravvisabile anche nel caso della gestione dei rifiuti nella provincia di Caserta. R. SCIARRONE, *All’ombra delle mafie*, cit., 402. Esempi di *compenetrazione* sono, invece, quelli della Royal s.r.l. (su cui torneremo) o dell’imprenditore Maurizio Luraghi, nel famoso procedimento Cerberus (su quest’ultimo v. anche l’analisi di N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco*, cit., 182 e 185 ss). Nel Mezzogiorno una forma di *compenetrazione* si può ravvisare nella figura dell’architetto palermitano Giuseppe Liga, diventato consulente finanziario della cosca dei Lo Piccolo e che ha assunto, in seguito all’arresto dei vertici della consorzeria, la reggenza del mandamento di San Lorenzo-Tomaso

Secondo l'impostazione dall'autorità giudiziaria, il rapporto che si configura più frequentemente è quello della c.d. *compenetrazione*: su 164 imprenditori indagati nei diversi procedimenti⁵⁸, 126 sono stati considerati dagli organi giudiziari "membri della consorzeria"; tra questi, 112 con il ruolo di partecipe e 12 con (addirittura) ruoli di comando⁵⁹. Soltanto 38 imprenditori sono stati quindi giudicati estranei all'associazione mafiosa e imputati per reati differenti. Questi risultati potrebbero indurci a pensare che la c.d. area grigia si sia assottigliata e vada tendenzialmente a coincidere con la categoria più grave. Le imprese, nel Nord Italia, sembrerebbero preferire entrare a far parte della consorzeria piuttosto che rimanere nella c.d. zona di contiguità.

A una conclusione simile vanno però opposte alcune osservazioni critiche. La scelta, di politica giudiziaria, di considerare gli imprenditori veri e propri "affiliati" può dipendere (come vedremo) non soltanto dal dato fattuale ma soprattutto da alcune difficoltà tecnico-interpretative e dall'assenza nel panorama del diritto penale antimafia di strumenti idonei a contrastare il fenomeno (*lato sensu*) collusivo. Quando, nel prosieguo, osserveremo alcuni casi particolari, noteremo quanto il quadro dei rapporti risulti più variegato e complesso, non potendosi affatto limitare alla mera compenetrazione.

Tra l'altro, come abbiamo detto, nell'analisi delle relazioni tra criminalità organizzata e società si deve necessariamente tenere conto dei molteplici casi in cui le imprese sono sottoposte all'attività di intimidazione mafiosa (sebbene raramente tali enti si siano poi costituiti parte civile nei procedimenti penali)⁶⁰. Si tratta delle imprese *fagocitate* progressivamente dalle mafie o che ne subiscono le richieste estorsive o usuraie. L'indagine della c.d. area grigia non può prescindere quindi dal delineare le imprese *vittime* e tracciare un confine con le altre.

Infine, vale la pena di osservare che, a differenza di quanto accade nel Mezzogiorno⁶¹, e fatta eccezione per alcuni settori particolarmente *inquinati*, nei territori del distretto milanese

Natale. ID., *All'ombra delle mafie*, cit., 404. Più difficilmente individuabili sono i casi, nell'indagine sul distretto Milanese, di mera *complicità* che riguardano imprese multinazionali. Nel Mezzogiorno, questo tipo di rapporto è ravvisabile negli appalti per i lavori di ammodernamento della Salerno Reggio Calabria e delle energie rinnovabili. ID., *All'ombra delle mafie*, cit., 402.

⁵⁸ Per un totale di 1325 indagati nel periodo di riferimento (2000-2010).

⁵⁹ Due posizioni non sono ricostruibili.

⁶⁰ Alcuni imprenditori sono costretti a spostare la propria attività in zone o aree differenti, dove non vi è il controllo della mafia. Sul punto, N. DALLA CHIESA, M. PANZARASA, *Buccinasco*, cit., 192. Sui possibili costi che una condotta simile comporta, R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., 84.

⁶¹ R. SCIARRONE, *All'ombra delle mafie*, cit., 398.

le imprese non vedono il rapporto con la mafia come l'unico modo per sopravvivere nel mercato. Si registra una maggiore resistenza all'infiltrazione della criminalità organizzata⁶².

Insomma, stante la difficoltà di ricorrere a rigide categorie per definire un fenomeno così variegato, indubabilmente il nesso tra le consorterie e gli enti è strettissimo (non soltanto nel Nord Italia) ma assume le forme più diverse che vanno dalla compenetrazione, fino a ipotesi di vittimizzazione o resistenza.

4. Conclusioni

Alla luce del quadro brevemente delineato, ci sembra di poter concludere che nei luoghi in cui sono (più o meno) radicate le mafie, le relazioni con gli attori sani del mercato siano fondamentali. «La forza della mafia sta *fuori* dalla mafia»⁶³.

L'importanza dei rapporti tra criminalità organizzata e imprese è peraltro «destinata a crescere nel futuro in presenza di sistemi economici che diventano sempre più relazionali e che risultano sempre più caratterizzati da una moltiplicazione e sofisticazione delle forme contrattuali»⁶⁴.

Alla base della rete dei rapporti non vi è peraltro soltanto uno scambio di protezione-estorsione, ma anche diverse forme di cooperazione e collusione volte a *inquinare* il mercato⁶⁵. Nella rete di relazioni, vi sono legami di compenetrazione ma soprattutto legami che potremo definire deboli (o *laschi*), più difficili da individuare e contrastare⁶⁶. Si è visto, infatti, come tra gli strumenti di contrasto i maggiori *deficit* si colgano proprio con riferimento alle relazioni più esterne e indeterminate.

In una situazione simile, ci sembra che il compito improcrastinabile dell'interprete del diritto sia quello di riflettere sugli strumenti in grado di intervenire nella c.d. area grigia⁶⁷, e in particolare su quelle misure che colpiscono le imprese che, sebbene estranee

⁶² V. anche P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice*, II ed., Milano, 2010, 10.

⁶³ N. DALLA CHIESA, *La convergenza. Mafia e politica nella Seconda Repubblica*, Milano, 2010, 17.

⁶⁴ O.F. ASSO, C. TRIGILIA, *Mafie ed economie locali*, cit., XXIII

⁶⁵ Già sul punto, R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., e ID, *Mafia and Civil society: Economic-criminal Collusion and territorial Control in Calabria*, in AA.VV., *Organized Crime and States. The Hidden Face of Politics*, a cura di L. Briquet, G. Favel-Garrigues, New York, 2010.

⁶⁶ R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari nell'area grigia*, cit., 8. Sui legami deboli, vale al pena di riportare le parole di G. BONAZZI, *Storia del pensiero organizzativo*, Bologna, 1995, 392 secondo il quale «debole suggerisce l'idea che la connessione possa facilmente spezzarsi (...) l'aggettivo lasco (...) denota invece un nodo non stretto, che lascia gioco alle corde che lo compongono o che vi scorrono dentro, ma tale nodo non è affatto debole né sul punto di sciogliersi».

⁶⁷ R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari*, cit., 45. L'autore sottolinea l'inefficacia a tal fine del certificato antimafia e, al contrario, l'utilità della tracciabilità dei flussi finanziari.

all'organizzazione mafiosa, la agevolano e traggono vantaggi da tali rapporti⁶⁸. Tra queste, come vedremo, potrebbe rivestire un ruolo sempre più rilevante proprio la misura dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche.

⁶⁸ Sull'importanza della prospettiva del vantaggio, su cui torneremo, v. G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Torino, 2010, 211.

Tesi di dottorato "Mafia e imprese: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche"
di RUSSO ROBERTA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2014

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

SEZIONE II

DIRITTO PENALE ANTIMAFIA E DIRITTO PENALE DEGLI ENTI

*“La legge penale rappresenta un costante sforzo
per preservare valori sociali importanti da danni seri
e per realizzare ciò non arbitrariamente, ma alla stregua di metodi
razionali orientati dall’individuazione di giusti scopi”*

J. Hall, *General Principles of criminal Law*, Indianapolis, 1947, 1

Sommario: 1. Premessa. – 2. Primo sottosistema: misure di prevenzione antimafia e diritto emergenziale, simbolico e del nemico. - 2.1 Diritto penale simbolico. – 2.2 Diritto penale dell’emergenza. – 2.3 Diritto penale del nemico. – 2.4 Prima conclusioni sul diritto penale antimafia. - 3. Responsabilità e sanzioni a carico dell’ente(-amico). – 4. Sintesi (?)

1. Premessa

Come abbiamo visto, il fenomeno mafioso è sempre più strettamente collegato all’economia. Si assiste infatti all’infiltrazione della criminalità organizzata in territori diversi da quelli d’origine e in strutture economiche e società geneticamente lecite.

La distinzione cui siamo stati per lungo tempo abituati tra criminalità economica, intesa come l’insieme di attività illecite commesse da società nell’ambito dello svolgimento delle proprie attività imprenditoriali, ed economia criminale tende quindi a sbiadire¹. Da ciò deriva l’esigenza di utilizzare alcuni degli strumenti antimafia (in particolare, le misure di prevenzione) non più (o non soltanto) nei confronti delle persone fisiche ma (anche) nei confronti delle entità economiche organizzate (*rectius*: delle imprese). Proprio per questo ci occuperemo delle “misure di prevenzione patrimoniali, antimafia applicabili agli enti”.

Le ragioni per le quali riteniamo necessario un approfondimento di tali strumenti non sono soltanto di tipo empirico ma riguardano anche il piano teorico-intepretativo. Parlare di misure *preater delictum* applicabili agli enti può creare infatti molteplici dubbi e difficoltà, fin dalla fase di inquadramento generale.

¹ V. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 464.

Ciò non dipende soltanto dal fatto che il sistema delle misure di prevenzione costituisce un settore (diremo sottosistema) tipico del solo nostro ordinamento e difficile da comprendere fuori da un'ottica di mera funzionalità allo scopo, ma soprattutto dal fatto che l'analisi è complicata dalla qualità del destinatario che tali misure selezionano: l'ente. Trattando infatti del tema che ci occupa, vengono immediatamente alla mente due settori del diritto penale, oggetto entrambi di ampia riflessione, ma per lungo tempo tenuti distinti.

Da una parte, vi è la disciplina antimafia che, dall'intervento Rognoni-La Torre² in poi, sembra caratterizzata da una sua autonomia e una sua *fisionomia* e che si sostanzia in particolare (come si può osservare leggendo l'attuale formulazione del c.d. Codice Antimafia³) nella previsione di una serie di misure di prevenzione, applicabili *ante o praeter delictum* agli indiziati di appartenere ad un'associazione mafiosa. Si tratta, cioè, di strumenti utilizzabili in assenza della commissione di un delitto e in presenza, come vedremo, di un reato soltanto annunciato ma non provato. Tali misure, derogatorie rispetto ad altri strumenti del diritto penale, sono state inquadrare nell'ambito delle categorie del diritto penale simbolico ed emergenziale. Ancora più frequentemente, la disciplina delle misure di prevenzioni antimafia è stata considerata espressione tipica del c.d. "diritto penale del nemico".

Dall'altra parte, vi è la disciplina che applica sanzioni, e quindi responsabilizza gli enti, soggetti sconosciuti nell'ordinamento penale fino al d.lgs. n. 231/2001, il cui perno essenziale coincide con il rimprovero della società (o associazione etc.) per la c.d. colpa d'organizzazione. Si è detto che tale materia costituisce un esempio di "privatizzazione" del diritto penale⁴, il quale *chiama in soccorso* lo stesso destinatario del suo intervento, per assicurare maggiore efficacia.

Si è parlato, affrontando i diversi temi, di sotto-sistemi, perché i due impianti legislativi sono edificati su regole dotate di una propria autonomia, ma soprattutto perché nell'ambito del relativo spazio di disciplina alcuni rilevanti limiti garantistici subiscono una torsione o una rilettura.

² La legge n. 646 del 13 settembre 1982, nota come legge "Rognoni-La Torre", ha introdotto per la prima volta nel codice penale il reato di "associazione di tipo mafioso" (art. 416 *bis* c.p.) e la conseguente previsione di misure patrimoniali applicabili all'accumulazione illecita di capitali.

³ D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010 n. 135".

⁴ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, 120.

La prima difficoltà interpretativa nasce, quindi, proprio dalla difficile conciliabilità, almeno *prima facie*, di due sottosistemi che sembrano guardare a fenomeni così differenti.

Ciò nondimeno, seguendo un'interpretazione⁵, i campi individuati, pur apparentemente diversi, potrebbero essere accumulati dal fatto di porsi entrambi a tutela del c.d. diritto alla sicurezza. Ci si muoverebbe in entrambi i casi nell'ambito di una minaccia legale che ha «come obiettivo l'implementazione della sicurezza»⁶ e che ha come presupposto essenziale il *rischio*⁷. Sia infatti nella disciplina delle misure di prevenzione antimafia sia nella responsabilità degli enti, varrebbero le riflessioni della Scuola di Francoforte, le cui conclusioni più rilevanti possono essere sintetizzate nelle seguenti parole: «il paradigma preventivo inserisce il diritto penale in un sistema di produzione e conservazione della sicurezza, rendendolo così uno strumento di lotta ai problemi e di dominio dei rischi. Questa funzionalizzazione sfuma i confini ed elimina le differenze tra colpevolezza e pericolosità e tra il diritto sostanziale e quello processuale. Il sistema penale acquista in termini di disponibilità per la politica interna e di forze d'azione»⁸.

Le riflessioni qui soltanto accennate trovano il minimo comune denominatore tra disciplina preventiva antimafia e responsabilizzazione e punizione degli enti (ossia tra il diritto penale che alcuni definiscono “del nemico” e quello che noi qui chiamiamo “delle società”⁹) nel trinomio rischio-prevenzione-sicurezza. Ciò nondimeno, esse restano su un piano tutto sommato astratto che, alla luce dei problemi empirici di cui si è detto, non possiamo ritenere completamente soddisfacente.

Né ci giova la definizione di Günther Jakobs che, nel suo celebre saggio del 2003, indicava il nemico, in senso molto lato, come «un individuo che, in modo non soltanto occasionale, nel suo comportamento (delitti sessuali...), nella sua vita professionale (criminalità economica...) o, principalmente, attraverso l'inserimento in una organizzazione (terrorismo, criminalità organizzata...), e pertanto in modo presumibilmente duraturo, si è allontanato dal diritto»¹⁰. Tutti coloro che non si lasciano costringere alla condizione di

⁵ Ci si riferisce alle riflessioni, che pure non trattano specificamente della criminalità organizzata, di M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss.

⁶ M. DONINI, *Sicurezza*, cit., 3565. Il corsivo è nostro.

⁷ Sul concetto di rischio in ambito penale, v. ora per tutti C. PIERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010 e bibliografia ivi citata. V. anche *infra*.

⁸ W. HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*, in *StV*, 2006, 322.

⁹ Il richiamo è alla distinzione di Jakobs tra diritto penale del nemico e diritto penale del cittadino. Sul punto, v. *infra*.

¹⁰ G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, in A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (Hrsg.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der*

cittadino dovrebbero infatti essere considerati nemici, specie se riuniti in una stabile organizzazione. Accumunare i destinatari delle misure di prevenzione e le società ritenute responsabili nella categoria del “nemico” porta con sé il rischio di rendere tale concetto omnicomprensivo e, quindi, non più selettivo.

Vaglieremo queste due tesi, che trovano punti di avvicinamento tra i due sotto-sistemi in esame nella tutela della sicurezza, il primo, e nella prevenzione (*rectius*: lotta al nemico), il secondo, ma lo faremo analizzando più a fondo i campi entro i quali ci muoviamo. Soltanto alla fine di tale digressione potremo riprendere in mano le conclusioni sincretiche che abbiamo qui soltanto *buttato sul tappeto*, per valutare se e quali siano i punti di contatto tra le due discipline.

In buona sostanza, vogliamo comprendere quanto i due sistemi siano avvicinabili per *ratio*, identità e *modus* d’azione proprio perché le misure che ci occupano e in generale gli interventi che dovrebbero agire *ante delictum* sull’impresa sana ma infiltrata dalla mafia sembrano porsi proprio in un indefinito punto di intersezione tra i due sistemi.

Per fare ciò, dovremo necessariamente intrattenerci un po’ più a lungo sui due campi, i quali sono entrambi dotati di ampia autonomia ma sono caratterizzati, al contempo, da ineliminabili divergenze.

Precisiamo fin da ora che i punti di antitesi riguardano non già la prospettiva assiologica del diritto penale, ma piuttosto quella teleologico-funzionale¹¹. Più che una differenza di categorie osserveremo infatti una differenza di scopi i quali interessano ovviamente non soltanto il piano interpretativo (e cercheremo qui di saggiarne i profili essenziali) ma soprattutto quello applicativo.

2. Primo sottosistema: misure di prevenzione antimafia e diritto emergenziale, simbolico e del nemico

Cerchiamo quindi i *punti di intersezione tra i due insiemi*, nell’ambito dei quali dovrebbero trovarsi le misure preventive che si applicano agli enti, analizzando distintamente i due settori.

Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, München, Beck, 2000, 52. Vedremo, in seguito, come Jakobs abbia in verità formulato definizioni non sempre coincidenti di *nemico*.

¹¹ Sul punto, v. C.E. PALIERO, *Consensus sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 852.

Esaminando il primo sotto-sistema, è il caso, anzitutto, di chiarire alcune categorizzazioni, trattate diffusamente dalla dottrina, sulle quali si rischia però di fare confusione. Cercheremo pertanto, come prima cosa, di definire e differenziare (per quanto possibile) gli ambiti del c.d. diritto penale emergenziale, simbolico e del nemico, sempre avendo come referente la legislazione antimafia, e, più in particolare, la disciplina riguardante le misure di prevenzione.

Dobbiamo però ricordare, prima di procedere oltre, che tale normativa è si riferisce a un *fenomeno* (piuttosto che a un *fatto*) il quale è peraltro caratterizzato da una complessità tale da risultare difficilmente inquadrabile nelle maglie del diritto positivo. Proprio tale caratteristica del fenomeno produce quella che un autore definisce «paradossale ambiguità»: se il referente empirico è assai variegato e difficilmente schematizzabile, il tipo di intervento di controllo e di neutralizzazione è semplificativo, sia sul piano della tecnica descrittiva delle fattispecie, sia attraverso la diluizione delle garanzie fondamentali¹². Ciò potrebbe creare il secondo paradosso: la semplificazione genera un sottosistema caotico che «problematizza sul piano dogmatico e sistematico dei principi costituzionali ‘l’universo di senso’ del discorso penale»¹³.

Come è stato correttamente sostenuto, le misure di prevenzione antimafia costituiscono la cartina di tornasole di tale paradosso, lontane dal diritto penale classico e dallo Stato di diritto. In esse il rapporto tra dogmatica e politica criminale¹⁴ si esaurisce con assoluto predominio della seconda¹⁵.

Ebbene, in tale contesto si sviluppa la disciplina antimafia: considerando le organizzazioni mafiose come vero e proprio “contropotere”¹⁶ e giustificando così la specialità dell’approccio politico-criminale, delle soluzioni normative e giurisprudenziali e della tipologia delle risposte. Ci troviamo nell’ambito di quella esperienza italiana (ma non soltanto) definita dell’emergenza che diventa endemica.

¹² A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 529-539.

¹³ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit. 531.

¹⁴ Sul punto v., tra gli altri, F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *In tema di rapporti fra politica criminale e dogmatica: sviluppi e prospettive della dottrina del reato*, in *Arch. pen.*, 1975, 27 ss.; G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1964, 463 ss.; D. PULITANÒ, *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1209 ss. Nella dottrina straniera, v., tra gli altri, M. DELMAS-MARTY, *Modèles e mouvements de la politique criminelle*, Paris, 1983.

¹⁵ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit. 533. L’autore osserva come tale situazione possa ritrovarsi anche nell’ambito della disciplina comunitaria e come la “politica criminale europea” possa acuire la limitazione delle garanzie.

¹⁶ Di tale avviso R. SCARPINATO, *La mafia dei mandanti*, in *Micromega*, 1996, 4, 17 ss.

Anche la storia delle misure di prevenzione ci porta a tale conclusione: dagli editti cinquecenteschi alla legislazione sabauda e fino alle leggi del 1956, 1965, 1975 e 1982¹⁷, esse sono state sempre basate su una logica del sospetto e neppure il passaggio dallo Stato di polizia allo Stato di diritto ha potuto scalfirne la *ratio* da sempre riducibile alla ragion di Stato¹⁸. Le misure di prevenzione, inoltre, hanno di fatto materializzato nel nostro diritto penale il modello del tipo d'autore, fin dalle aree di emarginati cui era diretto l'impianto originario delle misure, tra cui oziosi, vagabondi e mendicanti (l. 26 febbraio 1952), passando per le figure del terrorismo politico e dell'emergenza mafiosa, fino ai fenomeni di violenza commessi in ambito sportivo e a quelli migratori¹⁹. Si tratta quindi di un diritto orientato alla neutralizzazione di soggetti particolarmente etichettati²⁰. Proprio per tali caratteristiche, le misure di prevenzione costituiscono la sanzione più problematica che un ordinamento che voglia rispettare i principi garantistici possa prevedere²¹.

A questa modalità di intervento è stata spesso associata, come si è detto prima, un'etichetta differente: diritto penale del simbolo, dell'emergenza o del nemico. Cercheremo di muoverci tra queste categorie che inquadrano il particolare sottosistema da cui partiamo. Vedremo come esse siano in alcuni casi coincidenti o, in altri, strettamente correlate o addirittura dipendenti.

La nostra analisi sarà necessariamente troppo breve, se si valuta la vastità del tema e, nello stesso tempo, troppo ampia se si considera che questo è soltanto un punto di inizio. Cercheremo di trovare un giusto *modus* in base alle finalità di ricerca che ci proponiamo: conoscere il profilo essenziale del sottosistema delle misure di prevenzione antimafia, passando per le varie categorie entro le quali sono state inquadrare, per valutare se ci siano punti in comune con gli strumenti sì preventivi, e definiti contro la mafia, ma applicabili alle

¹⁷ Per una breve panoramica sull'evoluzione legislativa della materia delle misure di prevenzione v. Cap. II.

¹⁸ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 539, il quale ricorda che la ragion di Stato sarebbe chiave di legittimazione politica della sovranità, qualunque sia il regime in atto, e che la *salus rei publicae* quale *suprema lex* sia sempre stata il comune denominatore della filosofia politica dal cinquecento fino ad oggi, accumulando pensatori di diversa matrice storica e ideologica, quali Macchiavelli, Bodin, Botero, Kant, Hegel, Carl Schmitt, Trotzky, Lenin e Lukàcs.

¹⁹ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit. 540.

²⁰ Un autore, trattando del diritto penale del nemico differenziato à la *Donini*, sottolinea come l'adozione, anche soltanto parziale, di un diritto penale volto alla neutralizzazione può avvenire soltanto ove si ammetta la divisione in sotto-sistemi e si affidi soltanto ad alcuni di questi la funzione più estrema. A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, R. Orlandi, Bologna, 2007, 285.

²¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 75.

imprese e alle società, tra cui, in particolare, l'amministrazione giudiziaria delle attività economiche.

2.1 Diritto penale simbolico

Il diritto penale simbolico (che decidiamo di menzionare per primo, perché risulta la categoria dai contorni più sfumati) non costituisce un sistema o sottosistema autonomo e risulta trasversale all'intero diritto penale. Ne tracciamo, anche se per brevissimi cenni e rinviando ai testi che più approfonditamente ne hanno trattato, le linee essenziali. Ricordiamo anzitutto che con tale espressione si usa intendere soltanto l'aspetto patologico dell'incontro tra consenso e norma, che costituisce però elemento necessario anche nella fisiologia del diritto penale, nella comunicazione con la società²². Il ruolo dell'agire comunicativo nella legislazione risale alla teorizzazione di Habermas, che rilevò come talvolta il diritto si ritiri in un *sistema autopoietico* che, divenuto autonomo, non può intrattenere nessuno scambio diretto con i propri ambienti, interni alla società, né può esercitare su loro un'influenza regolatoria²³. In modo assai suggestivo, Habermas parlava di *disincantamento sociologico del diritto*²⁴ ed evidenziava la necessità che invece il diritto recuperasse tale momento relazionale. Nel sistema del diritto penale, questo insegnamento si traduce nell'inadeguatezza del diritto di regolare il mondo esterno, finendo per alimentare un sistema chiuso in se stesso e incapace di dialogare con la realtà²⁵.

Nonostante il carattere simbolico sia connaturato alla legislazione, in molti ne evidenziano però, specie nell'ambito del diritto penale, l'accezione negativa. È stato ad esempio sostenuto che la funzione simbolica del diritto penale consiste nel tentativo di mostrare come imprescindibile l'intervento penalistico, con ciò acuendo (e non mitigando) il sentimento di insicurezza dei consociati²⁶.

Solo in questo modo si potrebbe scoraggiare la possibilità di utilizzare strumenti extrapenalistici o addirittura extragiuridici e invocare l'uso necessitato della reazione punitiva. Quest'ultima sarebbe peraltro, ai servizi della logica del simbolo, stravolta nel suo ordinario *modus operandi* e si concentrerebbe sull'individuazione di particolari tipi d'autore (i

²² Per un'analisi del rapporto tra norma e consenso v. C.E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., 850 ss.

²³ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria del diritto e della democrazia* (1992), trad. it., Napoli, 1996, 60 ss.

²⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 55.

²⁵ V. V. PATALANO, *Diritto Penale e Criminologia. Alle origine della "questione criminale"*, Napoli, 2006, 28.

²⁶ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 54.

nemici, vedremo dopo) piuttosto che sul fatto. Si potrebbe sintetizzare, con le parole di Sergio Moccia, che nel diritto penale simbolico «le risposte ufficiali (...) sono state di tipo emergenziale, di mero ordine pubblico, tendenti a contrastare, e spesso neppure efficacemente, i sintomi del malessere, senza preoccuparsi neppure di ipotizzare un'azione di tipo strutturale. E l'emergenzialismo ha generato l'uso simbolico del diritto penale per presunte esigenze di politica criminale dell'efficienza, che ha finito per soppiantare la ricerca di ben più efficienti soluzioni di politica sociale generale»²⁷.

Ne deriva che il diritto penale si trasforma in «una partita le cui mosse sono connotate da significati simbolici esasperati (e che) genera, a rotazione, lo sconforto della sconfitta – lo riviviamo negli anni delle stragi – ma anche l'entusiasmo della riscossa, il rilassamento della tregua, la prospettiva, talora illusoria, della pace, l'inquietudine per il sospetto che questa possa essere il frutto avvelenato di una scellerata contrattazione»²⁸.

Secondo un altro autore, la legislazione simbolica sarebbe tuttavia parte essenziale della tutela penale e potrebbe a sua volta differenziarsi in *simbolica in senso stretto ed espressiva*²⁹.

Nella prima categoria rientrerebbe quel tipo di legislazione prodotta «a scopo meramente placativo»³⁰. Il fine delle norme sarebbe quello di dare messaggi rassicuranti sull'effettività della tutela del diritto nella consapevolezza della sua ineffettività. Il legislatore, in altre parole, sceglie lo strumento (penale) da un orizzonte di valori marcatamente aprioristico, dissolvendo però nell'irrelevante le conseguenze della sua scelta³¹. Il metodo prescelto è quello assiologico-deduttivo, tipico della *Begriffsjurisprudenz*³². Questo tipo di legislazione avrebbe un carattere *difensivo*: sarebbe un tentativo di far apparire effettivo ciò

²⁷ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 54.

²⁸ M. PAPA, *Prefazione*, in R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto. Aspetti storici, culturali, evoluzione normativa*, Milano, 2007, V.

²⁹ C.E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., 858. Secondo l'autore, la tutela penale potrebbe essere oltre che simbolica ed espressiva anche strumentale. Su quest'ultimo punto, v. H. CREMER-SCHAFFER, H. STEINERT, *Symbolische und instrumentelle Funktionen des Strafrechts*, in *NKP*, 1983, 27 s.; J. DRIENDL, *Zur Notwendigkeit und Möglichkeit einer Strafgesetz- gebungswissenschaft in der Gegenwart*, Tübingen, 1983, 38 s.

³⁰ C.E. PALIERO, *Consenso sociale*, cit., 858. Il corsivo è nostro.

³¹ C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, Napoli, 2011, 467, n. 143.

³² Cfr. M. PORZIO, *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica*, Napoli, 1962, 263 s.

che non si può o non si vuole rendere tale³³. E, sempre secondo tale teoria, questo tipo di diritto simbolico non creerebbe, tutto sommato, «vittime della politica criminale»³⁴.

Nella seconda categoria rientrerebbe invece quel tipo di legislazione penale che viene varata al solo fine di esprimere e affermare un certo valore o una certa ideologia, portando con sé un effetto *distorsivo-strumentale*. A differenza della prima, questo tipo di legislazione sarebbe al contrario criminogena, sia perché direttamente e funzionalmente stigmatizzante sia perché produrrebbe ulteriori processi di criminalizzazione secondaria³⁵.

Alla luce delle varie considerazioni svolte sul punto e nonostante le diverse accezioni attribuite al carattere simbolico della norma, possiamo ritenere che la disciplina antimafia non ne sia priva. Ciò si può desumere già osservando la copiosità della produzione normativa in materia³⁶ e, da un punto di vista qualitativo, dal fatto che molte sono le norme *di principio* o che hanno un carattere soltanto rassicurante. La maggior parte di esse (perfino quelle che regolano la materia delle misure di prevenzione) sembrerebbe piuttosto volta a far apparire effettiva una tutela che non riesce ad esserlo. Le norme che si trovano nella disciplina antimafia (parafrasando una critica di Stortoni³⁷) agiscono senza curare la malattia che può invece, nel silenzio di sintomatologia avvertita dalla collettività, espandersi grandemente.

2.2 Diritto penale dell'emergenza

Assai frequentemente la disciplina antimafia è stata considerata espressione del diritto penale d'emergenza.

Lo strumento dell'emergenza ha storicamente legittimato in chiave politico-criminale una «macchina di diritto "speciale"»³⁸. Tale legislazione ha infatti comportato generalmente nel diritto penale sacrifici per le garanzie e per quelli che, seppur *ante-litteram*, potevano essere considerati diritti fondamentali; essa ha inoltre formato, in alcuni casi, ipotesi di

³³ C.E. PALIERO, *Consensus sociale*, cit., 891.

³⁴ L'espressione è di H. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Zum Verhältnis von Kriminologie und Kriminalpolitik*, in R. HAUSER, J. Rehberg, G. Stratenwerth (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Noll*, Zürich, 1984, 153, cit., in C.E. PALIERO, *Consensus sociale*, cit., 892.

³⁵ C.E. PALIERO, *Consensus sociale*, cit., 892.

³⁶ Lo ravvisava, già in tempi meno recenti, L. STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione d'emergenza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, 39.

³⁷ L. STORTONI, *Criminalità organizzata*, cit., 50.

³⁸ L'espressione è della notissima prefazione di Baratta (S. BARATTA, *Prefazione* al volume di S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit., XV).

“sistemi penali speciali”, che si differenzierebbero dai sottosistemi, poiché soltanto questi ultimi e non già i primi appartenerebbero alla fisiologia del diritto penale³⁹.

Proviamo, anche in questo caso, a delineare il *volto* di tale categoria, facendo riferimento alle tesi della dottrina che se ne è occupata più a lungo.

La prima posizione da prendere in considerazione è quella, critica, di Luigi Ferrajoli, secondo cui il diritto penale dell'emergenza, in quanto *eccezionale*, sarebbe perfino *eccezione* ai principi costituzionali⁴⁰. Si tratterebbe, secondo l'autore, di una risposta a fenomeni di straordinaria gravità, ma comunque fuori-legge⁴¹, in un'ottica sostanzialmente funzionalistica, che l'autore riassume nel machiavelliano “il fine giustifica i mezzi”.

La legislazione d'eccezione o d'emergenza avrebbe permesso il cristallizzarsi di nuovi sotto-sistemi «come giustificazione politica della rottura, o se si preferisce del cambiamento, delle regole del gioco che nello stato di diritto disciplinano la funzione penale»⁴². Questo *modus operandi* avrebbe segnato il passaggio dalla ragion giuridica alla ragion di Stato.

Il processo si sarebbe svolto per oltre un trentennio, passando attraverso fasi successive. La legislazione antimafia (che maggiormente ci interessa) sarebbe collocabile nella terza⁴³, nell'ambito di un diritto penale differenziato⁴⁴ che avrebbe esteso la prassi antiterroristica anche al settore della criminalità organizzata mafiosa. Le caratteristiche di questo momento della legislazione penale d'emergenza sono quelle che ritroveremo più volte nel prosieguo: la soggettivazione del diritto penale per tipo d'autore; la crescita della

³⁹ Sul punto, v. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, in *Cass. pen.*, 2006, 760. Sui sottosistemi nella legislazione speciale, v. G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137 ss.; ID., *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Atti del convegno di Modena del 15 dicembre 2001, a cura di M. Donini, Milano, 2003, 1 ss.; G. LOSAPPIO, *Il sottosistema nel diritto penale. Definizione e ridefinizione*, in *Ind. Pen.*, 2005, 7 ss.

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2007, 867.

⁴¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 870.

⁴² L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 844.

⁴³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 845.

⁴⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit. 857. L'autore ritiene che la legislazione d'emergenza non possa essere considerata un tutt'uno indifferenziato e la divide pertanto in tre fasi: la prima sarebbe quella del diritto speciale di polizia (dal 1974 al 1978) con leggi che non avevano nulla a che fare con i fenomeni del terrorismo o della criminalità organizzata, né incidavano significativamente sul tessuto delle garanzie del diritto penale. Si tratta di strumenti attribuiti alle forze di polizia e leggi sull'ordine pubblico che creano la differenziazione tra il sotto-sistema ordinario e giudiziario e quello speciale e amministrativo o di polizia: l'uno retributivo e *post delictum* e l'altro *ante delictum* e riservato agli interventi della ragion di Stato. La seconda fase sarebbe stata quella di un diritto penale politico speciale, con l'attribuzione di un peso particolare, per la lotta contro il terrorismo, agli organi giudiziari. La terza sarebbe infine quello dedicato alla criminalità organizzata.

discrezionalità giudiziale nella fase *ante delictum o post iudicium* e un sottostante fine di neutralizzazione del reo⁴⁵.

In posizione antitetica si osserva peraltro che la ricostruzione di Ferrajoli presupporrebbe una Costituzione che non ammette emergenze. Sarebbe come se i principi imponessero di essere attuati sempre e comunque in un solo modo e come se dalla Costituzione potesse derivare soltanto un solo codice penale e di procedura penale⁴⁶. Seguendo tale impostazione, nel momento in cui si considera l'emergenza fuori dal diritto, si toglie al giurista (lasciando così aperto il campo al solo politico) il ruolo di verificarlo. Al contrario, l'eccezione o l'emergenza, facendo parte del "mondo dei fatti", rientrerebbe necessariamente anche nello spazio di interesse del diritto.

Per tale motivo, Donini suggerisce anzitutto che siano ammessi spazi legittimi di eccezione (di lotta), rifiutando le deroghe del tutto illegittime (v. *infra*), e propone una costituzionalizzazione dell'emergenza: ipotizza cioè la costituzionalizzazione di un diritto penale eccezionale, rivolto all'autore e orientato alla neutralizzazione⁴⁷.

Al di là delle diverse opinioni, è il caso di notare come lo *status* emergenziale sia valso nella storia a giustificare politicamente momenti di rottura con gli assunti liberali e a permettere la creazione di uno stato d'eccezione⁴⁸ (qualunque sia, filosoficamente, il significato che vi si voglia attribuire). Il problema maggiore nasce però dal fatto che un tale diritto dovrebbe inquadrare le singole emergenze come spazi interni al diritto penale normale, ma con esso conviventi. Al contrario, il legislatore italiano sembra interpretare l'emergenza come uno *status perenne* che in qualche modo fa parte della normalità del sistema, così creando una vera e propria *categoria dell'emergenza*. Tale situazione, a meno che non si voglia aderire alle teorie di Schmitt, che cerca di iscrivere lo stato di eccezione mediatamente in un contesto giuridico⁴⁹, ci sembra inaccettabile soprattutto da un punto di vista di politica criminale, oltre che contraddittorio da un punto di vista logico.

Ciò non di meno, comunque si voglia qualificare tale diritto e nonostante le critiche che si possono proporre ad un sistema strutturato dell'emergenza, il *modus* d'intervento di

⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 858.

⁴⁶ M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006, 75, nonché in AA.VV., *Delitto politico*, cit., 176.

⁴⁷ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., 774.

⁴⁸ M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, trad. it., Milano, 1992, 153; su alcune delle diverse tesi sullo Stato di eccezione, v. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Torino, 2003, in part. 42 s e 66.

⁴⁹ C. SCHMITT, *Die Diktature*, Munchen-Leipzig, 1921, *passim*.

tipo emergenziale, come è sostenuto da più voci e già da molto tempo⁵⁰, si va sempre più consolidando a livello legislativo e, pur avendo origini assai risalenti, è sempre più attuale e collegato alla lotta di alcune forme di criminalità, ritenute particolarmente dannose. Si pensi, soprattutto (e non a caso) alla criminalità economica o a quella organizzata. Proprio quest'ultima rappresenterebbe, secondo l'opinione di molti, la tipica espressione di normativa emergenziale, intesa ovviamente in un'accezione critica, che unisce a una situazione di crisi (di fatto) congiunturale, carenze e disfunzionalità di tipo sostanziale, coincidenti per lo più con il panpenalismo⁵¹. La normativa della criminalità mafiosa si caratterizza infatti per approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, caduta in termini di garanzia e, come abbiamo visto prima, simbolismo⁵². Ci basti pensare che dopo quasi un centinaio di provvedimenti legislativi (per lo più di modifica), la compilazione di un Codice antimafia, che riordinasse, e in parte innovasse, tutta la materia di contrasto alle mafie, è risultato compito assai arduo e l'esito cui si è giunti (il D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 156) sembra fallimentare.

Oltre al profilo della difficile compilazione sistematica delle norme, molte sono ancora le caratteristiche che fanno della disciplina antimafia una tipica legislazione d'emergenza, soprattutto con riferimento alla possibile compatibilità con una politica criminale efficiente e razionale e con il rispetto dei limiti garantistici. Basta volgere lo sguardo alle disposizioni più importanti, per osservare interventi basati sul deciso (quanto inutile?) aumento del rigore sanzionatorio, sull'introduzione di fattispecie associative, sull'utilizzo delle misure di prevenzione, sull'abbassamento delle garanzie giurisdizionali, sulla revisione di forme di carcere duro e, infine, sul c.d. pentitismo.

Si tratta di risposte, così sono state definite, di «mero ordine pubblico»⁵³.

Tra le norme che caratterizzano maggiormente questo diritto penale emergenziale troviamo proprio le c.d. misure di prevenzione che, come abbiamo già detto, costituiscono le sanzioni (intese *lato sensu*) più problematiche del nostro ordinamento, perché maggiormente lesive dei principi garantistici che sono propri di un sistema penale democratico⁵⁴.

⁵⁰ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 1 s.

⁵¹ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 8.

⁵² S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 53.

⁵³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 54.

⁵⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 818. Vale la pena di osservare come l'autore, che critica aspramente le misure di prevenzione, consideri però positivamente quelle patrimoniali, poiché esse non inciderebbero sulla libertà personale e sarebbe realmente efficaci. Il fatto che l'autore minimizzi il ruolo del patrimonio tra diritti dei consociati è fortemente legato al clima economico e soprattutto politico in cui Ferrajoli scrive. Di diverso avviso è invece Stortoni (*Criminalità organizzata*, cit., 45), secondo cui sia le misure di prevenzione patrimoniali sia le decadenze da licenza, concessioni e pubblici appalti sarebbero particolarmente

Tali misure sono infatti fondate (ma su questo torneremo⁵⁵) su indizi di pericolosità assai sfumati. Si tratterebbe addirittura di fattispecie indiziarie o di sospetto che sostituiscono di fatto le fattispecie incriminatrici vere e proprie, tendenzialmente più difficili da provare in giudizio⁵⁶. Le misure di prevenzione sarebbero generalmente collocabili in quello che un autore definisce come sotto-sistema penale di polizia, collocabile ai margini del diritto penale e di quello amministrativo e si porrebbero in deroga ai principi liberalgarantistici fondamentali proprio per contrastare *l'emergenza criminalità organizzata*⁵⁷.

Si può ammettere o respingere l'idea che il diritto dell'emergenza costituisca un sistema dotato di una sua *stabile* autonomia, ma non può negarsi che le misure di prevenzione abbiano molte delle caratteristiche che abbiamo provato a descrivere e che sono tipiche della legislazione emergenziale, tra cui soprattutto l'attenzione posta sull'autore piuttosto che sul fatto, l'anticipazione della tutela e il fine, sotteso alle norme, di neutralizzare il *nemico*.

2.3 Diritto penale del nemico

Traceremo i confini della categoria del diritto penale del nemico, ricostruendola anche in questo caso attraverso alcune delle più importanti teorie succedutesi nel tempo.

È il caso di precisare però che utilizzeremo in tale analisi un'ottica analitico-descrittiva, di mera (per quanto possibile) ricostruzione, rinviando ad altra sede considerazioni critiche.

Il c.d. diritto penale del nemico è stato oggetto di interpretazioni differenti. Da alcuni è stato considerato come un binario parallelo al diritto penale (con il quale non si incontrerebbe mai)⁵⁸, come un sistema da tenere separato ma da considerare legittimo⁵⁹; da altri, al contrario, è stato ritenuto come un insieme di leggi eccezionali che non possono essere rilette in una logica di sistema, se non nell'ambito di uno stato di eccezione⁶⁰.

esemplificative di un diritto penale d'eccezione funzionalmente indirizzato a fare il vuoto intorno al "presunto" mafioso.

⁵⁵ V. cap. II.

⁵⁶ Questo è l'avviso di S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 77, che sembra confermato dagli esiti della ricerca empirica i cui tratti essenziali sono stati delineati nella sezione precedente. Si può osservare infatti che una grande parte dei procedimenti penali per 416 *bis* c.p. abbiano come esito processuale un decreto di archiviazione per manifesta infondatezza. Dietro tale formula processuale c'è il più delle volte un compendio probatorio inidoneo a fondare una sentenza di condanna o anche il solo rinvio a giudizio. Sul punto, v. anche G. FIANDACA, *Le misure di prevenzione cambiano trucco (ma non volto)*, in *Legisl. pen.*, 1989, 24.

⁵⁷ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 796.

⁵⁸ S. SANCHEZ, *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2° ed., 2001, 163 ss.

⁵⁹ G. JAKOBS, *Derecho penal del enemigo*, cit., 47-55 (ma su questo torneremo).

⁶⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 858 ss.

Non è mancato infine chi l'ha considerato un oggetto non già dell'interpretazione giuridica penalistica, bensì una modalità di intervento del legislatore che dipende soltanto dall'indirizzo di politica criminale prescelto o prevalente⁶¹.

Ci concentreremo però soltanto su alcune delle tesi prospettate in dottrina, lasciando maggiore spazio proprio a quelle che hanno utilizzato come esempi paradigmatici del diritto penale del nemico la disciplina antimafia e le misure di prevenzione.

L'elaborazione moderna del diritto penale del nemico si deve, come noto, a Günter Jakobs il quale, negli anni '80, lo ha identificato come diritto penale avente ad oggetto qualcosa di diverso della persona fisica. Jakobs si è rifatto alle concezioni filosofiche di Rousseau o Fichte, secondo le quali la rottura del patto sociale, posta in essere con il delitto, farebbe perdere al cittadino il suo *status*, rendendolo puramente "nemico". L'autore tedesco ha però richiamato soprattutto le posizioni di Hobbes⁶² e Kant che, con un approccio più mite, negando la qualificazione di persona solo a coloro che abbiano commesso alto tradimento o minaccia costante alla sicurezza⁶³. Il nemico, secondo Jakobs, sarebbe «chi si costituisce parte di strutture criminali consolidate, di modo che la speranza di potere trovare un *modus vivendi* comune nonostante singoli episodi delittuosi si riduce a pura illusione, ad aspettativa infinitamente controfattuale»⁶⁴. Il nemico non avrebbe un rapporto reciproco con la società civile e con questa avrebbe soltanto «una relazione non giuridica»⁶⁵.

Il diritto penale del cittadino sarebbe quindi affatto differente da quello del nemico. Soltanto il primo sarebbe applicabile al delinquente "normale", il quale rimarrebbe valido destinatario della norma e cui spetterebbe la tutela di tutte le garanzie fondamentali. Solo per

⁶¹ Molteplici sono coloro che sostengono tale tesi. Tra gli altri, v. L. GRACIA MARTÌN, *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "derecho penal del enemigo"*, in *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2005, 1 ss. e 42 s.; F. MUNOZ CONDE, *El nuevo derecho penal autoritario. Consideraciones sobre el llamado "derecho penal del enemigo"*, in AA.VV., *La influencia nacional ciencia penal alemana en Iberoamérica*, coord. Ontiveros Alonso-Pelàez Ferrusca, I, Instituto nacional de ciencias penales, Mexico, 2003, 117 ss.; C. PRITWITZ, *Derecho penal del enemigo: yanàlisis crítico o programa del derecho penal?*, in AA.VV., *La política criminal en europa*, a cura di Mir Puig-Corcoy Bidasolo, Barcelona, 2004, 117 s..

⁶² T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it., Roma-Bari, 1974, I, 279 s. Secondo il filosofo, la pena rivolta al delinquente andrebbe distinta dall'atto di ostilità indirizzato al nemico. Il criminale, anche quando si sottrae alla legge, non nega l'autorità e il contratto sociale; in nemico rifiuta invece il potere sovrano e la sua legittimazione a punire.

⁶³ G. JAKOBS, *Derecho penal de ciudadano y derecho penal del enemigo*, in AA.VV., *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la esclusión*, a cura di L. Cancio-Meliá, G. Jara Diéz, Madrid, Buenos Aires, 2006, 26 ss.

⁶⁴ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, (trad. id. a cura di L. Cornacchia), in AA.VV., *Delitto politico*, cit., 117.

⁶⁵ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 118.

il cittadino la pena manterrebbe la sua vigenza tipica e sarebbe applicata secondo un processo dialogico.

Il nemico, al contrario, non dovrebbe essere trattato come persona, se non a costo di mettere a rischio il diritto alla sicurezza di tutti i cittadini⁶⁶. Conseguentemente, il diritto penale in questo caso dovrebbe porre in essere contro colui che si pone fuori dalla società una vera e propria guerra. La pena (ed è questo il profilo che maggiormente ci interessa) dovrebbe svolgere soltanto la funzione di eliminazione di un pericolo, non potendo il nemico avere la capacità cognitiva per comprendere e riconoscere l'ordinamento⁶⁷. Ciò nonostante, il diritto penale del nemico resterebbe, secondo Jakobs, comunque *diritto* perché vincolerebbe i cittadini tra loro, ma soprattutto obbligherebbe lo Stato e i suoi funzionari alla lotta dell'*extraneus*⁶⁸.

L'autore indica tra i caratteri distintivi del sistema da lui concettualizzato elementi che riteniamo si possano ritrovare nella disciplina delle misure di prevenzione: l'intervento del potere statale in un momento precedente alla commissione del fatto delittuoso e l'utilizzo di strumenti ulteriori ed aggiuntivi alla pena, tali da approntare "un apparato di sicurezza"⁶⁹. Un diritto di sicurezza che l'ordinamento statale predispose con la forza del diritto penale.

Nei campi (tra cui quello della criminalità organizzata) in cui ritroviamo le caratteristiche dell'intervento statale delineate da Jakobs, il diritto penale assume una fisionomia completamente differente, tanto che - come vedremo - qualcuno parla di nuovo paradigma punitivo⁷⁰. Esso infatti non è più neanche astrattamente posto, come da tradizione illuministica, a tutela di (pur non ben definiti) beni giuridici e a garanzia dei cittadini nei confronti del potere statale, bensì è predisposto alla *lotta* a difesa dello stesso Stato, delle istituzioni e, soltanto in fine, dei consociati⁷¹.

Come noto, le critiche alla teoria di Jakobs sono state molteplici⁷².

Tra le riflessioni sul c.d. il diritto penale del nemico, è il caso di ricordare quella di Massimo Donini, il cui merito sta nel non aver semplicemente criticato la tesi dell'autore tedesco, ma di aver negato la possibilità di una categorizzazione ben delimitata, pur

⁶⁶ G. JAKOBS, *Derecho penal de ciudadano*, cit., 47.

⁶⁷ G. JAKOBS, *Derecho penal de ciudadano*, cit., 23 s., 35 s., 42, 42 s., 47 s., 44 s.

⁶⁸ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit., 119.

⁶⁹ G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico?*, cit. 120.

⁷⁰ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 12.

⁷¹ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., 736.

⁷² Per alcune delle critiche più rilevanti, v. AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007.

ammettendo l'esistenza di spazi di disciplina differenti dal diritto penale classico⁷³. In linea generale, secondo l'autore, il diritto penale del nemico rappresenterebbe una concezione strumentale del diritto penale stesso, ben lontana dalle teorie relative della pena, in quanto la norma verrebbe posta per scopi diversi ed estranei alla mera protezione del bene giuridico. Il fine, più ampio, sarebbe infatti quello di *vincere contro un fenomeno* dannoso o pericoloso. Il diritto (esattamente come, d'altronde, sostiene Jakobs) sarebbe quello degli organi di polizia e in generale degli organi pubblici, mentre il trasgressore, avversario che rappresenta solo incidentalmente il fenomeno che si combatte, sarebbe unicamente destinatario di un'azione di contrasto.

Donini distingue inoltre tra diritto penale del nemico e diritto penale di lotta⁷⁴.

Soltanto nel primo, secondo l'autore, verrebbero del tutto derogate le garanzie fondamentali. Il diritto penale del nemico sarebbe da considerare quindi fuori dal diritto stesso, a differenza di quello di lotta che, garantendo alcuni diritti fondamentali, risulterebbe legittimo.

L'autore arriva a questa conclusione poiché ritiene che il diritto penale sia naturalmente anche "di lotta" (o violenza, per dirla à la Benjamin)⁷⁵ e proprio dall'esigenza di arginare la potestà punitiva altrimenti illimitata, sarebbe poi nato il garantismo⁷⁶. Alla luce di tali osservazioni, conclude che normalmente il diritto penale può, senza "snaturarsi", trattare il reo, in alcune fasi del suo intervento, come nemico, lottando contro di esso⁷⁷.

Pur confutando la tesi di Jakobs, Donini ammette in definitiva che ci siano singoli momenti di lotta (vale a dire di contrasto) nell'ordinamento, tant'è che, nell'individuare la

⁷³ «Non cade nella "trappola" chi se ne occupa da giurista: è tempo di farlo, invece, anche se non è questa la vocazione "costruttiva" della scienza alla quale abbiamo pensato in tante occasioni, dovendosi preferire al riguardo un ruolo di controllo critico e di delimitazione costituzionale della materia» M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 132.

⁷⁴ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 131.

⁷⁵ Dello stesso avviso, G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico. Una teorizzazione da evitare, una realtà da non rimuovere*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 179 che definisce il diritto punitivo «congenitamente belligerante» e osserva, aderendo alla tesi di E. CANETTI, *Massa e potere*, trad. it., Milano, 1981, 360, come «la punizione rechi insé la memoria della guerra». *Contra*, E.R. ZAFFARONI, *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires, 2006, 119 s., 129 ss., secondo il quale il diritto penale può esistere soltanto come diritto penale di garanzia, mentre le logiche di contrasto sarebbero proprio di uno stato di polizia e non di diritto.

⁷⁶ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 140.

⁷⁷ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 147.

pena giusta, si riferisce non soltanto alla proporzione e alle finalità preventive (positive), ma ritiene che essa debba anche essere in grado di neutralizzare il soggetto pericoloso⁷⁸.

In sostanza, secondo l'autore esisterebbero forme legittime (o parzialmente legittime) di diritto penale di lotta, dove prevalgono le accezioni negative delle funzioni specialpreventive e generalpreventive della pena: neutralizzazione e deterrenza in virtù della difesa sociale. Si tratterebbe: a) delle ipotesi classiche di applicazione delle misure di sicurezza; b) dei fenomeni legati a emergenze storicamente e geograficamente circoscritte, e c) della criminalità di guerra⁷⁹.

D'altra parte, sempre secondo tale impostazione, esisterebbero nell'ordinamento zone (di disciplina, si intende) totalmente illegittime, di diritto penale del nemico, facilmente riconoscibili, ad esempio, nella normativa del carcere di Guantanamo o dei *lager* nazisti. In questi casi, sebbene i presunti nemici vengano neutralizzati con strumenti definiti di diritto penale, l'autore nega si tratti di diritto poiché l'etichettamento di "nemico" non è legato alla commissione di uno specifico reato, i controlli giurisdizionali sono assenti e vi è l'utilizzo di strumenti di tortura⁸⁰.

In definitiva, si potrebbe parlare di un diritto legittimo laddove l'accezione di rieducazione, anche se marginalizzata dal prevalere dalle funzioni di neutralizzazione della pena, rimanga anche in minima parte vigente. Si tratterebbe di diritto penale del nemico laddove, al contrario, la finalità sia soltanto quella di esclusione e vengano permanentemente violate le garanzie fondamentali dell'individuo⁸¹. «Se si considera un soggetto solo in quanto pericoloso, egli resta una persona finché le misure che gli si applicano mirano a recuperare la socializzazione e quindi hanno un contenuto dialogico, terapeutico, ovvero educativo o rispettoso del senso di umanità»⁸². Il diritto penale del nemico non dovrebbe essere neppure concettualizzato essendo non-diritto, ma mera violenza.

⁷⁸ Sul ruolo della neutralizzazione tra le funzioni della pena, v. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale: tra democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 268 s. n. 69, 275-277; ID., *"Fatto" e "autore" nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitalia e Franz von Liszt redivivi*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 1525 ss.

⁷⁹ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 150.

⁸⁰ Sull'utilizzo di torture blande (*rectius*: "mandato di tortura") v. le riflessioni provocatorie di A.M. DERSHOWITZ, *Why terrorism works*, trad. it., *Terrorismo*, Roma, 2003, 125-155. L'utilizzo dello strumento di tortura per salvare innocenti è stata proposta da J. BENTHAM, *On Torture*, 1778, non pubblicato, cit. in W.L. TWINING, P.E. MORGANI, *The utilitarian Justification of torture: Denial, Desert and disinformation*, in *Punishment and Society*, 2000, 2, 181 ss. Per una panoramica sull'utilizzo moderno della tortura e per alcune riflessioni a margine v. M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 159 ss.

⁸¹ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 164 s.

⁸² M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 753.

L'autore nega però che tali etichette possano essere attribuite a interi edifici normativi, dovendosi ricercare il legittimo diritto penale di lotta, da una parte, e l'illegittimo diritto penale del nemico, dall'altra, nell'analisi dei singoli istituti e, a volte, delle singole norme, secondo una logica *fuzzy*.

Volgendo adesso lo sguardo alla materia della criminalità organizzata, seguendo questa impostazione, essa rientrerebbe nell'ambito del diritto penale di lotta specie laddove si ponga in risalto il carattere funzionale di tale diritto, nell'ambito del quale «la legge applicata dal giudice guarda al futuro e al presente più che al passato»⁸³.

Tale intervento legittimo del legislatore penale si trasformerebbe tuttavia in diritto penale del nemico in alcune scelte processuali, nell'ambito delle quali vi sarebbe la violazione di norme costituzionali e di diritti fondamentali, al fine di contrastare (*rectius*: neutralizzare) più efficacemente l'autore, prescindendo da ogni considerazione per il fatto⁸⁴. La valenza bellica del processo farebbe quindi della normativa sulla criminalità organizzata lo strumento privilegiato di forme di diritto penale del nemico, molto più del diritto penale sostanziale che è di questo servente⁸⁵.

Il problema, però, che è posto in luce da Donini e che secondo noi coglie nel segno, è che nella disciplina contro la criminalità organizzata il diritto penale di lotta rischia di passare da diritto dell'emergenza a tratto saliente, perfino nella legislazione comunitaria. Esso quindi si sta normalizzando⁸⁶. La lotta non è più negli scopi e negli intenti delle leggi ma nelle stesse norme regolatrici. Il lessico di lotta pervade sempre più il diritto penale nel suo complesso rendendo difficile distinguere le aree in cui le garanzie subiscono un bilanciamento in negativo.

Proprio per tale motivo, anche il diritto sostanziale è stato contagiato dalla "patologia" di illegittimità, specie nella creazione di fattispecie associative⁸⁷ o in altre forme di punizione

⁸³ L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di stato e Stato di diritto*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 2000, 1984, 52. L'autore evidenzia tuttavia come le manifestazioni del diritto penale del nemico siano ravvisabili soprattutto nella materia processuale.

⁸⁴ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 152. L'autore si riferisce, anzitutto e in via generale, alla perdita di terzietà del giudice che si realizza nel momento in cui anch'esso assume un ruolo di contrasto ad un fenomeno (ruolo che invece è giusto che sia ricoperto dal pubblico ministero). Gli esempi però sono ancora molteplici, specie nella legislazione moderna: si pensi all'introduzione, in materia antiterrorismo e antimafia, del sistema delle intercettazioni ambientali, finalizzate alla mera prevenzione di reati, *preater delictum* (art. 225 dis. att. c.p.p. riformato dalla l. 15 dicembre 2001, n. 438, di conversione del d.l. 18 ottobre 2001, n. 374), e ove manca il controllo giurisdizionale.

⁸⁵ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 172.

⁸⁶ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 141.

⁸⁷ Cfr. AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali a materiale probatorio*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò, E. Melchionda, Padova, 2005.

anticipata di condotte soltanto pericolose. Tali interventi servono, secondo Donini, a punire e neutralizzare l'autore, in un'ottica ancora processual-servente⁸⁸, essendo il fine primario quello di attivare gli strumenti processuali prima della commissione di qualsiasi reato(scopo).

Dovremmo a questo punto chiederci come potrebbero essere inquadrare le misure di prevenzione secondo le categorie di Donini. Tali misure si attuano senza le garanzie della prova (la loro applicazione si basa, al contrario, sul mero sospetto di un futuro reato) e sono predisposte per ottenere la neutralizzazione del soggetto appartenente all'associazione mafiosa. A seconda che vi si riconosca però un sostrato comunque dialogico, essere potranno rientrare nel "legittimo" diritto penale di lotta o in quello illegittimo "del nemico".

Al di là delle difficili differenziazioni e dei ancora più complessi tentativi di inquadramento, anche seguendo l'impostazione di Donini⁸⁹, possiamo però concludere che le misure di prevenzione antimafia sono strumenti peculiari che derogano al diritto penale classico, perché in esso prevalgono le fuzioni specialpreventiva e generalpreventiva della pena, non già nelle accezioni positive di risocializzazione e orientamento culturale, bensì nel loro corrispondente significato negativo di neutralizzazione e deterrenza.

Volendo qui terminare la veloce carrellata sulle considerazioni in tema di diritto penale del nemico, non possiamo omettere un cenno alle riflessioni di Giovanni Fiandaca, le quali sono tanto più preziose in quanto incentrate sul tema della criminalità organizzata (mafiosa), ambito che era rimasto invece nelle altre indagini soltanto menzionato negli esempi.

L'autore ritiene come dietro la concettualizzazione di "diritto penale del nemico" vi sia null'altro che quelle che Garland definiva «politiche punitive di stampo populista», o «della ricomparsa del controllo sociale attraverso la punizione»⁹⁰, ad opera di politici e legislatori che hanno «ri-drammatizzato» il crimine, descrivendo il delinquente come un nemico da isolare, stigmatizzare e neutralizzare⁹¹. Dopo averne destrutturato la categorizzazione, Fiandaca mette in dubbio anche i confini delimitati da Jacobs. Secondo l'autore infatti il diritto penale del nemico, viste le sue numerosissime e variegate possibili manifestazioni, non potrebbe essere facilmente sottoposto ad una *actium finium regondorum*:

⁸⁸ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 136. Secondo l'autore la neutralizzazione del nemico sarebbe un obiettivo di secondo grado.

⁸⁹ M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 149.

⁹⁰ D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Milano, 2004.

⁹¹ Cfr. D. GARLAND, *Pena, controllo sociale e modernità*, in AA.VV., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti, Milano, 2005, 13 ss.

«è una realtà liquida e magmatica, decifrabile più con gli occhiali del sociologo e del criminologo di quanto non sia minuziosamente ricostruibile con quelle del giurista positivo assuefatto a classificazioni formali dai contorni abbastanza netti»⁹².

Sarebbero proprio l'ambiguità e l'incertezza concettuale e linguistica, scaturite da una tale complessità fenomenica, a revocare in dubbio le classiche categorie penalistiche e suggerire una possibile parentela tra lo strumento penale e la guerra⁹³.

Ciò nonostante, l'autore fissa gli indici sintomatici attraverso i quali delimitare gli spazi di un possibile diritto penale del nemico, sia interni al diritto penale stesso sia esterni, tra cui: un particolare rapporto tra diritto penale, politica e morale⁹⁴; funzioni simboliche del messaggio della pena; una particolare attenzione all'autore, piuttosto che al fatto; una forte anticipazione della tutela e l'utilizzo di fattispecie associative; l'assenza di garanzie processuali, il carattere emergenziale e derogatorio della disciplina; e infine la cultura o l'ideologia belligerante dei pubblici ministeri o dei giudici⁹⁵.

L'analisi di tali caratteri porta l'autore a considerare la materia della criminalità organizzata tra le ipotesi che potrebbero astrattamente rientrare nell'idealtipo del diritto penale del nemico, osservandone soprattutto le caratteristiche criminologiche e la logica di guerra che permea la disciplina e il carattere straordinario che le viene attribuito⁹⁶. Anche le misure di prevenzione potrebbero averne alcuni dei tratti caratteristici, essendo state costruite per contrastare ipotesi di particolare allarme sociale e «sfuggenti ad una prospettiva di sia pur dilatato intervento penalistico». Insomma, l'autore riconosce la categoria nella connotazione sociologica (piuttosto che in quella giuridica) ma ammette che vi siano ambiti del diritto in cui la pericolosità della criminalità giustifica una qualche limitazione di garanzia⁹⁷.

Per completezza, ricordiamo quella dottrina che ha ravvisato la differenza tra diritto penale del nemico e diritto punitivo tradizionale sotto un profilo squisitamente qualitativo⁹⁸. La reazione dell'ordinamento, secondo questa impostazione, non svolgerebbe affatto le funzioni classiche della pena, bensì avrebbe come unico fine la mera neutralizzazione di

⁹² G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit. 194.

⁹³ G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit. 194 s.

⁹⁴ G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit. 182. In particolare, secondo l'autore, sarebbero indici eso-penalistici: il contesto generale di pace o di guerra, il rapporto tra diritto penale e modello di Stato e politica; il rapporto tra diritto penale e morale; il rapporto tra diritto penale e identità culturale della società; la percezione sociale da parte dei cittadini della pericolosità delle diverse forme di criminalità.

⁹⁵ G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., 183.

⁹⁶ G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., 186.

⁹⁷ G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., 195 s.

⁹⁸ F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, 675 ss.

condotte socialmente pericolose e tale funzionalismo inciderebbe sia sui profili sostanziali (si pensi alla dematerializzazione di principi di offensività e colpevolezza) sia sul piano processuale, con la perdita di alcune delle più rilevanti garanzie. Tale teoria ha quindi individuato, nel c.d. diritto penale del nemico, un nuovo paradigma punitivo⁹⁹.

L'analisi fin qui compiuta mostra tuttavia quanto sia complesso delimitare i confini della categoria elaborata, originariamente, da Jakobs. Nel *caos* descrittivo che abbiamo tratteggiato, non intendiamo utilizzare l'etichetta "diritto penale del nemico" per indicare la legislazione penalistica illegittima, ma soltanto per individuare quelle zone in cui l'approccio dialogico con il reo si assottiglia (non necessariamente scompare) e la sanzione è principalmente volta alla neutralizzazione di forme di criminalità allarmanti. Difficilmente si può negare d'altronde che esse non "meritino" una certa limitazione della garanzie fondamentali. Nel diritto penale del nemico, se inteso in questo senso, potrebbero a nostro parere rientrare le misure di prevenzione.

2.4 Prime conclusioni sul diritto penale antimafia

La pur sintetica panoramica su alcune categorie elaborate dalla dottrina e strettamente connesse alle misure di prevenzione antimafia non è certo riuscita a mettere ordine nelle differenti tesi prospettate, ma può rilevarsi comunque utile alla nostra indagine. Ci consente infatti già di trarre alcune, prime conclusioni.

La risposta penale, specie in materia antimafia, si fa «guidare dall'efficientismo simbolico»¹⁰⁰, poiché fa leva sulla percezione diffusa dell'inefficacia della legislazione in atto e viene costruita sul senso di frustrazione derivante dalla permanenza di un fenomeno criminale che sembra non debellabile. Essa inoltre, nell'aprirsi alle percezioni sociali, amplifica la sua già naturale proiezione simbolica, assumendo coloriture moralizzatrici e mischiando i piani della sfera giuridica e di quella etica¹⁰¹. Ciò avviene, in particolare, con le misure di prevenzione.

⁹⁹ Dello stesso avviso R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo*, cit., 12 s. secondo il quale, mentre il diritto penale tradizionale si fonda su una pena che ha una funzione general o special preventiva e che deve quindi necessariamente interagire con il reo, il diritto penale del nemico predispone una risposta finalizzata alla mera neutralizzazione «con la conseguenza ulteriore che il reo non diviene mero strumento per un fine, ma addirittura il fine stesso della neutralizzazione».

¹⁰⁰ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 557.

¹⁰¹ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 558 e ss. Per un approccio critico sulle funzioni sociali attribuite al diritto penale v. E. MUSCO, *Funzioni e limiti del sistema penale*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 1996, 36; C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1232.

Il diritto penale della criminalità organizzata è inoltre caratterizzato da una certa straordinarietà e ciò sin dalla legislazione ottocentesca che pure era intrisa della matrice illuminista. Ci basti ricordare, a tale proposito, quanto ritenuto da un giurista dell'epoca, Pasquale Liberatore, il quale assumeva pacificamente che il regime sostanziale e processuale rivolto al banditismo dovesse essere diverso da quello previsto «per reprimere le umane passioni»¹⁰². L'associazione criminale, fin dall'ottocento, viene considerata quindi una macchina troppo rumorosa per essere contrastata con gli ordinari strumenti (illuministici) del diritto penale. Tra gli strumenti dotati di una certa straordinarietà sono *a fortiori* annoverabili le misure di prevenzione attraverso le quali vengono punite forme di pericolosità che non potrebbero essere oggetto d'attenzione da parte del diritto penale liberale.

La legislazione antimafia è pure totalmente orientata alla pericolosità dell'autore, che è in sé l'organizzazione, la sua rete e la sua struttura¹⁰³. Non possiamo trascurare peraltro che la mafia è qualcosa di ben più complesso di un fenomeno di criminalità organizzata, tanto che viene spesso considerata come un ordinamento giuridico autonomo¹⁰⁴ (a seconda dei periodi) *anti-stato* o *infra-Stato*, dotato di particolari codici simbolico-culturali e caratterizzato da un'identità di gruppo¹⁰⁵. Ciò la renderebbe assai vicina al nemico di Jakobs¹⁰⁶. I criminali organizzati impersonano tipologie d'autore e realizzano fatti che contrastano la convivenza democratica. Gli appartenenti alle mafie attaccano i fondamenti stessi dello Stato di diritto per cui l'etichetta nemici, nel senso che ne abbiamo dato sopra, per loro *calzerebbe a pennello*.

La legislazione antimafia di prevenzione infine è finalizzata alla neutralizzazione del soggetto¹⁰⁷. Sia che si legga la neutralizzazione tra i corollari delle funzioni preventive della

¹⁰² P. LIBERATORE, *Saggio di giurisprudenza criminale*, Napoli, 1814, 215, cit. in G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., 185. L'autore cita anche alcune righe del giovane Carmignani secondo cui «tutta questa materia, collocata tra le provincia delle prove, quella delle azioni delittuose, non può avere la luce, che la sua importanza reclama se non s'abbandona la idea di volerla erigere in general teoria, e non si riporta alla sede che le conviene, a quella cioè dei singoli titoli di delitto» (G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi e della sicurezza*, ed. napoletana del 1843, II, XX, 224.).

¹⁰³ G. INSOLERA, *Reati associativi*, cit., 1328; v. anche M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, 223 ss.; K. VOLK, *Reità e partecipazione nel Corpus Juris*, Relazione al convegno di Napoli "Ambito e prospettive di uno spazio giuridico penale europeo", 29-30 marzo 2001, Napoli, 2004.

¹⁰⁴ G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, V, 21 ss. L'autore richiama una tesi esposta da D. GAMBETTA, *Introduzione a La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992, VII ss.

¹⁰⁵ Sul punto, G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., 187.

¹⁰⁶ Per i rilevi criminologici, G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., 187.

¹⁰⁷ Di questo avviso, A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 546, il quale partendo dalla teorie di Garland, sostiene che la violenza e il male non sono, in tale ambito, invernati nelle loro fondamenta, ma subiscono un processo di ghettizzazione.

pena, sia che la si consideri al di fuori¹⁰⁸, essa sembra l'elemento che accumuna le teorie e le categorizzazioni fin qui esposte specie in relazione alle misure di prevenzione, soprattutto quando in esse manchi addirittura l'accertamento della pericolosità sociale¹⁰⁹. Tali misure, nel loro insieme, riguardano tendenze che spingono verso l'abbandono delle finalità della reintegrazione sociale e la sua sostituzione con quella del confinamento¹¹⁰.

In sostanza, le varie categorizzazioni, i cui confini, come si è visto sono assai labili, portano con sé il risultato di evidenziare un carattere essenziale delle misure di prevenzione antimafia: esse si pongono in contrasto con alcune delle garanzie di uno stato liberale e fanno ciò al precipuo fine di neutralizzare il loro destinatario pericoloso.

3. Responsabilità e sanzioni a carico all'ente(-amico)

Se la disciplina delle misure di prevenzione sembra rappresentare (specie in relazione alla funzione) un'espressione del c.d. diritto penale del nemico, la materia della responsabilità degli enti potrebbe al contrario essere definita "diritto penale dell'amico".

L'alternativa tra diritto penale del nemico e dell'amico era stata già posta da un autore che li aveva letti sì in un'ottica complementare, ma riconoscendo entrambi come espressione del potere punitivo che si fa "nemico" del diritto penale. Secondo questa impostazione, il diritto penale del nemico sarebbe una *perversione* del diritto penale, cancellando i diritti da esso generalmente garantiti; il diritto penale dell'amico, d'altra parte, riguarderebbe un fenomeno differente, disegnando una frammentazione anti-egalitaria, mostrandosi forte con i c.d. «portoricani»¹¹¹, debole e gentile con i «gentiluomini» di turno. Secondo questa dottrina, entrambe le modalità d'intervento delegittimerebbero il diritto penale, perché il primo lo

¹⁰⁸ Ancora, R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo*, cit., 19 s. secondo cui, aderendo a un concetto forte di nemico, la forma punitiva perde i connotati funzionali della prevenzione generale e speciale per assumere quelli della mera neutralizzazione. Il diritto penale del nemico finirebbe per rinunciare alla stessa funzione di minaccia e persuasione, perché il nemico apparterebbe a una collettività alternativa e sarebbe del tutto impermeabile al precetto.

¹⁰⁹ Cfr. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo*, cit., 22 s secondo cui le misure di prevenzione andrebbero in realtà distinte tra quelle basate su fattispecie di sospetto o di indizio (tra cui, quelle cui sono destinatari gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa) e quelle basate su fattispecie meramente preventive o su atti preparatori (come nel caso dei soggetti politicamente pericolosi della legge n. 152 del 1975.) Secondo l'autore, soltanto le seconde sarebbero neutralizzanti. Anche tale considerazione ci sembra però criticabile, soprattutto perché essa si basa sulla circostanza che per le prime la pericolosità sarebbe accertata in concreto, per le seconde in astratto. Riteniamo invece che nel concetto di appartenenza (già abbastanza vago) ad un'associazione mafiosa, la valutazione di pericolosità sia anch'essa presunta dalla legge.

¹¹⁰ A. BARATTA, *Prefazione*, cit., XXI.

¹¹¹ L'espressione è di A. ALESSANDRI, *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, in *Le società*, 2002, 802.

spingerebbe verso un «antigarantismo populista»¹¹² il secondo lo rafforzerebbe, «ricomprendendo il garantismo con il manto odioso del privilegio»¹¹³.

Desideriamo utilizzare in questa sede l'espressione "diritto penale dell'amico" in un'accezione differente e direttamente contrapposta al "nemico", nelle caratteristiche che abbiamo cercato brevemente di evidenziare sopra. In particolare, baseremo l'antitesi soprattutto sulla funzione assegnata alla risposta sanzionatoria e sul ruolo che l'autore ha nella ricomposizione del conflitto.

Perché quindi la materia delle sanzioni (penali?) rivolte a società ed imprese può essere definita "diritto penale dell'amico"?

Come noto, l'introduzione di una responsabilità amministrativa degli enti a seguito di reato è avvenuta con il d.lgs. n. 231 del 2001¹¹⁴. La genesi della disciplina, la matrice anglosassone e le dispute immediatamente successive alla sua introduzione sono ormai storia. Vanno tuttavia ripercorse, in questa sede, le fondamenta su cui è stata costruita tale forma di responsabilità.

Come è stato sostenuto, la novità della responsabilità delle *personnes morales* sta nel fatto che la struttura è stata costruita seconda una particolare "funzionalità della risposta", volta non soltanto a colpire esattamente la parte di ente o l'ente dove l'illecito è stato realizzato, ma soprattutto a mantenere un continuo *dialogo* con l'impresa, fino al giudizio e,

¹¹² L'espressione è di E.A. DONNA, *Es posible el Derecho penal liberal?*, in AA.VV., *El derecho ante la globalización y el terrorismo: "cedant arma togae" : actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003*, a cura di M.G. Losano, F.J. Muñoz Conde, 2004, 220.

¹¹³ Questa è l'opinione di G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico*, cit., 258 s.

¹¹⁴ Sul punto è ormai sterminata la letteratura. Tra gli altri, v. AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002; AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002; AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003; AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231 del 2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Milano, 2005; AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit.; A. ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984; ID., voce *Impresa (Responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 209; F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Di Amato, I, Padova, 1990, 121; G. COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 108; G. DE FRANCESCO, *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 753; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 657; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126; ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 501; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415; ID., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 953; R. RORDORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, 1297.

addirittura alla fase esecutiva: perfino in questa fase l'ente può ottenere infatti una riduzione delle sanzioni irrogate laddove adottati gli strumenti necessari all'impedimento di reati¹¹⁵.

Per comprendere meglio il ruolo dell'ente, ricordiamo molto brevemente la fisionomia della disciplina. L'impresa è ritenuta responsabile del reato commesso dalla persona fisica (c.d. apicale o soggetto subordinato) soltanto se lo stesso è posto in essere nel suo interesse a suo vantaggio (art. 5, d.lgs. 231/2001) e risponde non già di qualsiasi reato, ma soltanto di quelli espressamente previsti in una lista, presente nel decreto stesso, continuamente oggetto di ampliamento e dilatazione¹¹⁶. I requisiti di ascrizione della responsabilità all'ente fin qui descritti sono stati definiti di imputazione oggettiva. L'aspetto che maggiormente qui interessa riguarda però il criterio di imputazione soggettiva, posto che la colpevolezza svolge naturalmente una funzione di argine garantista della general-prevenzione, evitando il rischio di sanzioni esemplari¹¹⁷ ed è il metro significativo della prevenzione speciale, soprattutto nella sua accezione positiva. Il criterio di imputazione soggettiva è modulato nella disciplina della responsabilità degli enti attraverso la previsione di un onere (secondo alcuni, obbligo), a carico delle imprese, di adottare un modello di organizzazione o gestione tale da prevenire il rischio di reato. In capo alla società grava, come si dirà meglio, un dovere di *autoregolamentazione* che, in mancanza, fonda quella che viene definita "colpa di organizzazione" la quale permette di rendere rimproverabile (seppur normativamente) l'ente¹¹⁸. Si parla, ancora, di una colpa «colma di istanze preventive»¹¹⁹ poiché risponde soltanto l'ente che non ha giocato il ruolo di prevenzione dei reati attraverso la definizione di un adeguato ed efficiente apparato organizzativo e di gestione.

¹¹⁵ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 123 s.

¹¹⁶ La scelta iniziale è stata definita "minima" (sul punto, v. R. GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel D.Lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2001, 50), poiché il decreto prevedeva, tra i delitti presupposto, soltanto poche fattispecie di reato, per lo più legate alla protezione degli interessi comunitari. Le numerose, successive modifiche hanno introdotto, accanto ai reati originari, anche quelli in materia societaria, finanziaria, ambientale e perfino ipotesi di omicidio e lesioni colpose per violazione delle norme antinfortunistiche e fatti di criminalità organizzata.

¹¹⁷ Su tale profilo, per tutti, v. G. FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, ivi, 1987, 836 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.

¹¹⁸ C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti*, 2006, 171. V. anche la Relazione ministeriale di accompagnamento al d.lgs. 231/2001, par. 3.3: «[occorrerà] non soltanto che il reato sia ad esso ricollegato sul piano oggettivo (perché l'illecito è stato commesso, nell'interesse o a vantaggio della società, da soggetto di vertice dell'ente o da un dipendente sottoposto alla direzione e alla vigilanza di quest'ultimo); ... di più, il reato dovrà costituire anche espressione della *politica aziendale* o quanto meno derivare da una *colpa di organizzazione*».

¹¹⁹ A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa*, cit., 43.

Insomma, come è stato osservato, sebbene lo strumento della responsabilità degli enti nasca e sia stato visto inizialmente come un'intrusione della sfera pubblica in quella privata, anche dotata di una certa pericolosità, sotto il profilo più generale esso rappresenta inequivocabilmente una "privatizzazione del diritto penale". Il punto di partenza è che lo Stato sia incapace di prevenire i crimini d'impresa con il modello d'intervento classico¹²⁰ e attribuisca, pertanto, all'ente stesso, che sarebbe il destinatario della sanzione, il ruolo di occuparsi dell'autoregolamentazione¹²¹ e di stabilire le regole cautelari che deve esso stesso seguire per prevenire il reato¹²². Come è stato di recente ricordato, il decreto 231 ha realmente introdotto una corresponsabilizzazione dell'ente, che deve conformarsi all'appello preventivo adottando un modello organizzativo¹²³. Si è parlato di una "tacita coalizione" con il mondo delle imprese e di vero e proprio patto (o osmosi¹²⁴) tra pubblico e privato. In definitiva, in questo campo (se pure qualcosa è rimasto della prevenzione generale, come vedremo di qui a poco) sembra essere stata abbandonata l'idea che potesse essere efficace la mera minaccia della sanzione, ma si è preferito optare per un diritto penale "interattivo" che faccia leva sulla capacità di autocontrollo della società stessa.

Si tratterebbe, secondo alcuni, di un modello fondato sui c.d. incentivi sul c.d. *carrot-stick approach*¹²⁵. Il *bastone* sarebbe costituito dall'onere/obbligo, a carico dell'impresa, di

¹²⁰ Sulle ragioni del fallimento degli strumenti classici del diritto penale nella criminalità d'impresa, soprattutto in relazione ai reati commessi in contesti organizzati, v. G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di "blow in the whistle"*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, a cura di C. Beria D'Argentine, Milano, 2009, 220 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale*, cit., 17 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA.VV., *Impresa e giustizia*, cit., 277.

¹²¹ Pur trattando del tema dei codici etici, attribuisce un rilevante ruolo all'autoregolamentazione C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 283 s.: «qualora (i codici etici) riuscissero a legittimarsi come strumenti di autoregolamentazione interna, sarebbero in grado – molto più o molto meno della minaccia esterna e aleatoria della pena – di contenere i comportamenti devianti e antiguridici, grazie a un processo di interiorizzazione di una morale diversa, che questa volta coinciderebbe con i valori consolidati dalla solidarietà sociale».

¹²² Questa è l'opinione di O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 115. Perplexità in G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica*, cit., 1145 ss.; ID., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 196 che, pur riferendosi soltanto al delitto commesso dal sottoposto, ha ritenuto non felice la scelta di attribuire il ruolo di prevenzione ai privati, preferendo il modello pubblicistico della sicurezza sul lavoro. Sul punto, v. anche F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 459 ss.

¹²³ M. CAPUTO, *La mano invisibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità degli enti*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2012, 29.

¹²⁴ Parla di osmosi tra pubblico e privato sotto un profilo più generale, R. BIN, *Soft law, no law*, in AA.VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2009, 33.

¹²⁵ Sul punto v. F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *A.G.E. - Analisi Giuridica dell'Economia*, 2, 2009. In particolare, sul del modello "del bastone e della carota", v. W. SWENSON, *The Organizational Guidelines' "Carrot and Stick" Philosophy and Thei Focus on "Effective" Compliance*, in U.S. Sentencing Commission, *Corporate Crime in america: Strengthening the "Good Citizen" Corporation*,

evitare che i propri *manager* e dipendenti commettano reati, adottando una serie di strutture organizzative volte a prevenirli; la *carota* coinciderebbe con l'impunità e una serie di meccanismi premiali in favore dell'ente, anche in presenza di un reato commesso, come contro-partita dell'impegno profuso nella prevenzione¹²⁶. Si tratta di uno degli esempi più paradigmatici, almeno nel nostro ordinamento, di «*governance* ibrida», di parziale rinuncia, cioè, dello Stato al suo ruolo di regolamentazione, verso una forma di *regolamentazione dell'autoregolazione*¹²⁷. Tale processo segnerebbe altresì il passaggio dallo *Stato imprenditore* allo *Stato regolatore* post-keynesiano¹²⁸.

Il fatto che sia stato ceduto alle imprese il *compito* della prevenzione sembra aver attuato quel sistema dell'*extrema ratio* dell'intervento penalistico che dovrebbe in realtà trovarsi in tutto l'ordinamento. Il modello costituisce in effetti un «avamposto di legalità»¹²⁹. D'altra parte, secondo alcuni, l'obbligo di adottare tali modelli e, soprattutto, il timore di incorrere in un procedimento *ex 231* ha prodotto una ridefinizione delle logiche del mercato e di trasparenza degli enti stessi, anche a tutela degli *stakeholders*. Si tratterebbe cioè di una *moralizzazione* dell'ente che andrebbe a tutto vantaggio di coloro che hanno un interesse (qualsiasi) nella società¹³⁰, verso (addirittura) una trasformazione in senso solidaristico nell'agire economico¹³¹.

1995, 34 ss.; nella dottrina italiana, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 71 ss.; F. STELLA, *Criminalità d'impresa*, cit., 473 ss.

¹²⁶ F. CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 220.

¹²⁷ Il tema è invero assai complesso e legato al *neoliberismo* il quale avrebbe comportato il passaggio dal governo alla *governance*. Tale evoluzione avrebbe a sua volta conferito un significato pubblico ai controlli privati, con l'idea (la rassegnazione) che lo Stato debba arrestare il suo intervento in favore di un controllo da parte delle stesse organizzazioni d'impresa. Molteplici sono però le perplessità su tale sistema, soprattutto a seguito della crisi mondiale dopo la quale sono state rinnovate le istanze di ri(o iper)regolamentazione statale. Per un'analisi, v. F. CENTONZE, *La co-regolamentazione*, cit., 222 ss. e bibliografia *ivi* citata.

¹²⁸ G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica. Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa. Quaderno n. 15*, Milano, 2006, 39. L'autore, ricordando gli scritto di Foucault e Hayek (M. FOUCAULT, "Governamentality", in Aa.Vv., *The Foucault Effect: studies in Governmentality*, a cura di R. Burchall, C. Gordon, P. Miller. London, 1991; F.A. HAYEK, *Individualism and Economic order*, London, 1945) sostiene che la complessità delle economie e del mercato impedirebbe allo Stato di avere un'adeguata conoscenza locale (che avrebbero invece i singoli operatori) e dunque di intervenire efficacemente; cfr. L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto d'interessi nella gestione d'impresa*, Milano, 1997, 455-456.

¹²⁹ M. CAPUTO, *La mano invisibile*, cit., 31.

¹³⁰ V. A. MELCHIONDA, *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità "da reato" degli enti. Il ruolo dei c.d. "codici etici"*, in AA.VV., *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, a cura di S. Scarponi, Trento, 2007, 230.

¹³¹ A. CAPUTO, *La mano invisibile*, cit., 31.

Nonostante le perplessità in ordine alla plausibilità di una vera cultura aziendale¹³² ed all'efficace ruolo moralizzante dell'autoregolamentazione¹³³, ci sembra che la tesi possa essere non del tutto peregrina, soprattutto se si considera che numerosi studi in materia di neuroeconomics hanno riconosciuto una *naturale* attitudine solidaristica anche negli enti collettivi¹³⁴. A ciò si può aggiungere inoltre il conforto della prassi, nella quale si sono create delle sanzioni atipiche: nell'ambito della contrattazione privata, gli enti che non hanno adottato modelli organizzativi (o codici etici) vengano di fatto espunti dal mercato e dalla concorrenza¹³⁵.

Ritornando al tema della colpevolezza, è evidente che anche in tale settore essa non costituisca soltanto un margine esterno ma anche un presupposto interno della responsabilità, sia sotto il profilo della prevenzione generale sia sotto quello della prevenzione speciale¹³⁶.

Quanto alla prima funzione, essa si può osservare soprattutto analizzando il gradualismo sanzionatorio predisposto nei confronti delle imprese. Nel decreto 231 del 2001, le sanzioni sembrano costruite infatti per evitare, se non in casi assai rari, l'interdizione definitiva dell'esercizio dell'attività. Una siffatta costruzione delle sanzioni sembrerebbe esprimere un'ottica general-preventiva nella sua accezione, più classica, di contro motivazione. Tale accezione, apparentemente fallita nei confronti delle persone fisiche, non riuscendo la pena ad ottenere il risultato di orientamento comportamentale dei consociati, potrebbe invece avere un certo successo (almeno dal punto di vista teorico) in relazione agli enti collettivi nell'ambito dei quali la motivazione è il frutto di una pianificazione (spesso

¹³² Sul tema della cultura d'impresa, con un approccio critico, v. A. ALESSANDRI, sub *Art. 27*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 153 ss.

¹³³ Tra le altre, v. quelle di G. DE VERO, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità punitiva degli enti collettivi*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello*, cit., 94. Secondo l'autore, sebbene la società sia connotata da una propria *soggettività* che la renderebbe autonomo centro di interessi, «polo irradiatore di *politiche d'impresa*» e che la porterebbe ad essere sensibile ad alcune componenti delle funzioni di prevenzione generale e speciale, da questa esulerebbe nondimeno il finalismo rieducativo della pena. Quest'ultima finalità della sanzione penale è infatti l'espressione più alta della special-prevenzione e può essere effettiva soltanto laddove incontri l'esperienza della persona fisica. La soggettività della persona giuridica resterebbe, secondo l'autore, piuttosto *coniugabile* con la funzione di prevenzione generale.

¹³⁴ Per un'analisi sul punto, sia consentito rinviare a R. RUSSO, *Neuroscienze e diritto penale: una panoramica oltreoceano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1762 ss.

¹³⁵ V. A. MELCHIONDA, *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese*, cit., 234 e A. CAPUTO, *La mano invisibile*, cit., 32, il quale riporta una possibile clausola contrattuale «Il sottoscritto...dichiara di aver preso atto delle previsioni contenute nel codice etico di ...facente parte del modello di organizzazione, gestione e controllo ex d.lgs. n. 231/2001, di condividerne i contenuti e di impegnarsi a rispettarlo nello svolgimento dell'attività del presente incarico. L'inosservanza di tale impegno, salvo il fatto che non sia di modesta entità anche in relazione alle possibili conseguenze a carico di ..., costituirà grave inadempimento contrattuale e legittimerà ...a risolvere il presente contratto con effetto immediato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c., fermo restando il risarcimento dei danni eventualmente causati alla società».

¹³⁶ G. DE VERO, *Riflessioni*, cit., 96.

collettiva) che valuta benefici e svantaggi, e secondo alcuni costi o benefici¹³⁷. Queste conclusioni potrebbero essere condivise laddove si accettasse l'idea, invero diffusa nella tradizione degli studi economico-aziendali, secondo cui l'ente sarebbe un'entità autonoma rispetto ai singoli membri, ma soprattutto caratterizzata da una propria cultura, tradizione e indirizzo strategico ed operativo¹³⁸. La progressione sanzionatoria qui soltanto accennata potrebbe però essere letta anche in un'ottica di prevenzione che ha il gusto dell'emenda eticizzante¹³⁹.

Pur consci delle numerose critiche all'idea che l'ente possa essere rieducato¹⁴⁰, sembra indubitabile che la punizione degli enti abbia soprattutto (ed è quella che qui maggiormente ci interessa) una funzione specialpreventiva. Per come è stata costruita, tale forma di responsabilità favorisce o addirittura impone una ridefinizione dell'assetto organizzativo e gestorio dell'ente e, in alcuni casi, un rinnovamento delle cariche apicali¹⁴¹. La sanzione sarebbe quindi, secondo alcuni, direttamente finalizzata ad eliminare almeno *pro futuro* il rischio che all'interno dell'impresa vengano commessi reati, senza distruggerla o escluderla dal mercato¹⁴².

Nonostante le numerose dispute sul punto, si può ritenere in conclusione che la pena a carico degli enti sia posta in un'accezione relazionale nelle strategie di comunicazione pubblica che «*include i destinatari prima di escluderli*»¹⁴³. È coesistente allo strumento

¹³⁷ F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi: una novità attesa*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello*, cit., 46.

¹³⁸ Di questi avviso, ad esempio, P. BASTIA, *Implicazioni organizzative e gestionali della responsabilità amministrativa delle aziende*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello*, cit., 36. Secondo quest'orientamento, l'ente avrebbe una propria «condizione di vita» e sarebbero da confutare le tesi che riducono l'azienda a un *nexus of contracts* (si pensi alle letterature economica della *Agency Costs Theory*, su cui M.C. JENSEN, W.H. MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, October, 1976, 3, 4, 305 ss.

¹³⁹ *Contra*, C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in AA.VV., *Societas Puniri ipotest*, cit., 22. L'autore sostiene l'impossibilità di ipotizzare una responsabilità a carico di enti collettivi mantenendo una chiave di lettura eticizzante. Al contrario, il nuovo paradigma punitivo potrebbe essere ammesso se al modello penalistico etico-sociale si contrapponesse quello alternativo, razionalistico-pragmatico.

¹⁴⁰ G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 55. Secondo l'autore, l'ente non potrebbe essere sottoposto ad un processo fruttuoso di rieducazione ma, al più, nel calcolo costi-benefici potrebbe individuare le sanzioni a suo carico come contropinta rispetto a programmi o propensioni criminose.

¹⁴¹ F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit., 47. Su questi profili, v. anche A. ALESSANDRI, sub *Art. 27*, cit., 158 ss.

¹⁴² Sul punto, v. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 291; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa*, cit., 1111; F. GIUNTA, *La punizione degli enti collettivi*, cit., 46 s. *Contra*, G. DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 51, secondo cui nell'ambito delle imprese, più che di rieducazione si potrebbe parlare di risocializzazione.

¹⁴³ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 760.

repressivo istituito dalla 231 il mantenimento di un approccio dialogico con il soggetto ritenuto responsabile; così dialogico che tra gli scopi essenziali che la pena mantiene quello probabilmente più spiccato è proprio quello special-preventivo e – potremmo dire - *curativo* dell'ente¹⁴⁴.

4. Sintesi (?)

Quello che si è provato a descrivere è un esempio dell'ampiamente discusso «diritto penale differenziato»¹⁴⁵. Si assiste infatti a una “crisi” dell'unità epistemologica che reggeva le categorie del diritto penale¹⁴⁶, al cui vecchio modello, divenuto già di per sé più flessibile, si sono aggiunti nuovi paradigmi conoscitivi, che (inter)agiscono sia con la politica criminale, sia con l'impalcatura dogmatica, portando alla creazione di nuovi sistemi e sottosistemi nell'ambito dei quali esigenze contrapposte vengono diversamente bilanciate.

Tra i sotto-sistemi possiamo far rientrare quello del diritto penale del nemico, del diritto penale di lotta e del diritto penale dell'emergenza (tenendo sempre ben presente la loro possibile sovrapposibilità, trasversalità e l'incerta delimitazione concettuale). Ci siamo astenuti dall'esprimere un giudizio sulla validità di tali categorizzazioni. Quello che ci sembra però chiaramente emerso all'esito dell'analisi è che la logica del diritto penale del nemico (in senso lato) non possa essere di tipo binario, nel senso che non possano realmente ravvisarsi interi settori o edifici normativi rivolti al nemico o, alternativamente, al cittadino. L'unica logica possibile è quella definita *fuzzy*¹⁴⁷. E, in ogni caso, - ci sembra di poter concludere - anche in questa logica «a enciclopedia»¹⁴⁸ l'identificazione della legislazione “del nemico” va piuttosto ricercata in base allo scopo della singola norma: potremmo parlare più facilmente di diritto penale del nemico quando lo scopo di una tipologia di intervento (più o meno velato) sia quello della mera neutralizzazione del destinatario, della lotta o del suo annientamento.

¹⁴⁴ R. GUERRINI, *Le sanzioni a carico degli enti nel D. Lgs. N. 231/2001*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento*, cit., 86. Di avviso contrario, A. ALESSANDRI, sub *Art. 27*, cit., 161, secondo cui la punizione dell'ente avrebbe piuttosto avuto una funzione stigmatizzante.

¹⁴⁵ M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 761. L'autore, a differenza di quanto sostenuto in passato da Ferrajoli (*Diritto e ragione*, cit., 857 ss.), non utilizza tale concetto in senso negativo, non circoscrivendolo al mero diritto d'autore.

¹⁴⁶ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 1 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità*, Milano, 2003, *passim*

¹⁴⁷ Sul punto v. *supra* E M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, cit., 737 ss.

¹⁴⁸ Su tali definizioni, cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 286 ss., che richiama la nota distinzione di Umberto Eco tra semantica «a dizionario» e semantica «a enciclopedia» (U. ECO, *L'antiporfirio*, in AA.VV., *Il pensiero debole*, a cura di G. Vattimo, P.A. Rovatti, Milano, 1992, 52 ss., spec. 73 ss., ampliato in ID., *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, 1996, 91 ss. e 105 ss.).

Dobbiamo infatti ammettere la possibilità che alcune forme di criminalità più inquietanti, più radicate o più crude siano fronteggiate con “sottosistemi di tutela integrata”, vengano *contrastate* con strumenti che comprimono (quantomeno) le tutele liberal-garantistiche¹⁴⁹ e siano fortemente orientate allo scopo di neutralizzare il criminale. Sui possibili limiti di un bilanciamento tra esigenze di difesa sociale e principi fondamentali, così a danno dei secondi, torneremo nel prosieguo. Quello che qui interessa è che tale limitazione e tale funzionalizzazione della norma penale è sicuramente riscontrabile nelle misure di prevenzione antimafia, applicabili (soprattutto) ai c.d. indiziati di appartenere ad associazione mafiosa. Tali misure sono state infatti idealmente coniate per essere rivolte alla criminalità organizzata e, quindi, a forme di criminalità ritenute molto “più pericolose”.

In particolare, la materia delle misure di prevenzione rappresenta una delle ipotesi nell’ambito delle quali la legislazione simbolica-emergenziale e il pragmatismo operativo si incontrano. Il diritto penale (di prevenzione) veste un abito che pare necessario, autorappresentandosi come unico e ineliminabile rimedio contro le emergenze e il nemico mafioso¹⁵⁰. Il pragmatismo è sì orientato allo scopo di neutralizzazione, come abbiamo ben visto, ma altresì a creare un clima di allarme sociale, definire i nemici, rappresentare la capacità repressiva dell’ordinamento¹⁵¹ e, infine, gestire la devianza secondo il paradigma del rischio¹⁵².

Tornando all’altro dei nostri due ideali sotto-sistemi, abbiamo avuto modo di verificare la diversa fisionomia dell’unica forma esistente nel nostro ordinamento di responsabilità e *sanzionabilità* degli enti. La disciplina della criminalità economica, specie quella riguardante la responsabilità delle imprese, è costruita su un diverso paradigma, derivato dall’incontro tra sistema penale e sistema societario, tanto che i due hanno finito con

¹⁴⁹ Di questo avviso, F. VIGANÒ, *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica: il diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. de Maglie, S. Seminara, Padova, 2007, 159 ss.; ID., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2006, 687 ss. L’autore legittima tale opinione anche alla luce dell’atteggiamento della Corte EDU; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo*, cit., 666 s. e 674 s. Anche tale autore riconosce che, a meno che non si voglia credere che il diritto penale sia bloccato in uno spazio metafisico costruito sui principi dell’illuminismo penale, è corretto abituarsi a un tasso variabile di garanzie. V. anche S. BONINI, *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell’individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, 2218.

¹⁵⁰ Sull’antitesi e la possibile sintesi tra legislazione simbolica-emergenziale e pragmatismo operativo, v. G. MOSCONI, *La crisi postmoderna del diritto penale e i suoi effetti sull’istituzione penitenziaria*, in AA.VV., *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Roma, 2001, 43 s.

¹⁵¹ G. MOSCONI, *Complessità del diritto e ambivalenza del controllo*, Padova, 1992, 91-108.

¹⁵² G. MOSCONI, *La crisi postmoderna*, cit., 45. Secondo l’autore, da qui nascerebbe la crisi del diritto penale, più immediatamente determinata dall’essere il diritto penale sottoposto a contraddittorie variazioni, manifestazioni di conflitto, strumentalità, contrattazione politica oltre che al dovere di rispondere ai problemi sempre più disparati.

l'influenzarsi e modificarsi reciprocamente perfino negli snodi fondamentali¹⁵³. Si tratta, come abbiamo visto, di un tipo d'intervento volto, più che alla neutralizzazione del destinatario, alla *rieducazione* dello stesso e alla *bonifica* dell'intero mercato.

Confrontando i due sistemi, si osserva una «dialettica dei fini»¹⁵⁴. Una diversità che, in linea generale, appare sia sul piano della funzionalità allo scopo sia in termini di struttura e di garanzia dei diritti¹⁵⁵.

Sembrerebbe che negli ambiti analizzati, il legislatore abbia in qualche modo portato a compimento e dimostrato la fattibilità del legiferare per campi di materia, cercando di dare risposte differenti e integrate in modo da rispecchiare le peculiarità degli ambiti diversi di criminalità con una prospettiva «non unitaria, ma policentrica»¹⁵⁶. Era questo d'altronde l'auspicio di una dottrina la quale richiedeva sotto-sistemi differenti per criminalità economica, organizzata, ambientale etc. per disciplinare e tutelare situazioni inedite e particolarissime¹⁵⁷.

In definitiva, gli ambiti analizzati sembrerebbero la dimostrazione del fatto che il legislatore può creare «pluralità di micro-sistemi ciascuno dotato di un propria logica e un ritmo di sviluppo»¹⁵⁸.

In realtà, è proprio sullo sviluppo che si possono sollevare alcune perplessità. Anche quella dottrina che auspicava fortemente l'introduzione di una regolamentazione per settori, sottolineava tuttavia come tale esigenza dipendesse dalla profonda mutevolezza di alcune realtà criminali. La legislazione per sottosistemi doveva permettere conseguentemente una disciplina flessibile e adeguabile ai cambiamenti¹⁵⁹ e la modificabilità della normativa, come si era detto, doveva essere non soltanto infra-sistemica ma anche extra-sistemica. Sebbene la

¹⁵³ Questa è l'intuizione di C.E. PALIERO, *La responsabilità penale*, cit., 18. L'autore osserva, infatti, come il sistema penale si sia in tale campo modificato rispetto a quello ereditato dalla tradizione illuminista così come il campo societario che, dopo il 2001, ha dovuto riflettere in maniera differente sull'apparato di gestione e organizzazione, attribuendo maggiore rilevanza ai sistemi di *governance* societaria e di controllo.

¹⁵⁴ Utilizziamo l'espressione di C.E. PALIERO, *La responsabilità penale*, cit., 19.

¹⁵⁵ Sulla difficoltà di bilanciare l'approccio funzionale con quello delle garanzie già G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 43.

¹⁵⁶ G. FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 19-20 novembre 1993, Padova, 1995, 38; ID., *La parte speciale tra codificazione e legislazione speciale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, a cura di M. Stile, Milano, 1996, 253; ID., *In tema di rapporti tra codice e legislazione speciale*, cit., 139-141.

¹⁵⁷ Così, G. FIANDACA, *Pensare e riordinare il molteplice*, in AA.VV., *La bilancia e la misura*, cit., 173.

¹⁵⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, 65 s.

¹⁵⁹ Sempre, G. FIANDACA, *Pensare e riordinare il molteplice*, cit., 173.

dottrina avesse parlato di settori o sotto-sistemi “comunicanti”¹⁶⁰, non si era forse del tutto previsto però che ambiti di disciplina costruiti con una precisa funzionalità, e spesso in deroga ai principi generali del diritto penale¹⁶¹, potessero poi sovrapporsi e incrociarsi alla luce dei sopravvenuti mutamenti della una realtà. Parlare peraltro di una mera comunicazione tra sotto-sistemi significa ammettere che vi siano tra questi confini ben delimitati, senza tenere conto della reale impossibilità di cristallizzare (una volta e per tutte) la struttura empirico-fattuale su cui erigere l’edificio normativo-sistemico.

La materia delle misure di prevenzione applicabili agli enti è un esempio di come la realtà fattuale possa indurre una convergenza e confusione tra sotto-sistemi diversi. Tali misure sono state infatti idealmente coniate per fenomeni di asservimento e contiguità all’associazione criminale-mafiosa dell’impresa, che svolge generalmente attività lecite e che non potrebbe quindi essere destinataria delle misure preventive rivolte ai “mafiosi”¹⁶².

Vista quindi l’antitecità, per struttura e, soprattutto, per fini della disciplina delle misure di prevenzione e della responsabilità degli enti, ci sembra difficilmente intuibile la fisionomia degli strumenti che, rivolgendosi in via preventiva alle imprese, si trovano sostanzialmente in un punto di intersezione tra le due discipline, salvo non trovare tra esse dei punti rilevanti di congiungimento e di “comunicazione”.

Come accennavamo sopra, una dottrina ha individuato il massimo comune denominatore tra i due sottosistemi in due concetti, oggetto attualmente di una certa attenzione da parte degli studiosi del diritto, ma già da tempo al centro delle riflessioni sociologiche¹⁶³. Ci si riferisce alla *sicurezza* e al *rischio*: perni ideali sui quali sarebbero state costruite sia la disciplina delle misure di prevenzione antimafia sia quella della responsabilità degli enti e che potrebbero costituire le *facce della stessa medaglia*.

Da una parte il rimprovero a carico dell’impresa sarebbe stato predisposto per estendere la sanzione (penale) a soggetti nuovi come le persone giuridiche e rispondere,

¹⁶⁰ V. *supra*.

¹⁶¹ Sull’accezione del sotto-sistema come eccezione, v. G. LOSAPPIO, *Il sottosistema nel diritto penale*, cit., 14 ss., il quale ritiene che, poiché i settori speciali sono molto diffusi, la deroga da essi costituita rischia di espandersi.

¹⁶² A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 348 che parla di «sottobosco della contiguità». Sulla contiguità tra criminalità organizzata e mondo imprenditoriale, v. G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 472 s.; C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in AA.VV., *La Mafia, le Mafie*, a cura di G. Fiandaca, G. Costantino, Bari, 192 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, *passim*.

¹⁶³ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 3565 ss.

quindi, a quel *bisogno di sicurezza*¹⁶⁴ che la punibilità delle sole persone fisiche non riusciva ad assicurare. Proprio per come è costruita, la stessa responsabilizzazione dell'impresa sarebbe volta anzitutto all'“implementazione della sicurezza” prima che alla ricerca di responsabilità ben individuate. D'altra parte, tale bisogno verrebbe soddisfatto intervenendo prima che l'evento dannoso o il pericolo si possa verificare e fin dal momento di rischio¹⁶⁵, tanto è che, come ormai noto, i c.d. modelli di organizzazione e gestione, che possono escludere la responsabilità dell'ente se effettivi o idonei, sono costruiti su giudizi di *risk assessment* e *risk management*¹⁶⁶.

Analogamente, può dirsi che le misure di prevenzione antimafia siano poste a tutela della c.d. sicurezza collettiva e contro fenomeni di criminalità allarmanti, alle volte sanguinari e in ogni caso estremamente diffusi. Specularmente, il tipo di intervento per cui opta il legislatore è fortemente anticipato. Tale anticipazione, per come sono costruite le fattispecie di prevenzione, sembra appunto più orientata a prevenire il *rischio* che il pericolo¹⁶⁷. La reazione dell'ordinamento si aziona in assenza di elementi che possano fondare le prova in capo a determinati soggetti di appartenere o, per quello che ci interesserà direttamente, agevolare la criminalità organizzata.

Si tratterebbe in entrambi i casi di un diritto di prevenzione che, a differenza di quanto vorrebbe parte della dottrina¹⁶⁸, sembra ancora sostanzialmente basato sul diritto penale, pur mascherato con *nomina iuris* differenti.

Il vero punto in comune tra i due sotto-sistemi sarebbe quindi il paradigma preventivo, così come descritto dalla Scuola di Francoforte¹⁶⁹.

Quella così rappresentata è l'identità di un diritto penale orientato agli scopi, e in particolare allo scopo della sicurezza, che si fonda essenzialmente sulla prevenzione dei

¹⁶⁴ Sul bisogno di sicurezza, con un'accezione ben più ampia di matrice macro-sociologica, v. F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche. Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg, 1991.

¹⁶⁵ Sul concetto di rischio, v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2011, 70 ss.

¹⁶⁶ Sul ruolo della sicurezza nell'ambito della punibilità della criminalità economica, v. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 3565.

¹⁶⁷ Sulla differenza tra i concetti di rischio e pericolo tra gli altri, v., in ambito sociologico, U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, in part. 28 ss. e 325 ss.; in ambito penalistico, v. C. PERINI, *Il concetto di rischio*, cit., p. 371 ss. V. anche nn. 180-181 di questa sezione.

¹⁶⁸ Ancora M. Donini (*Sicurezza e diritto penale*, cit., 3570) sostiene che il diritto di prevenzione potrebbe giocare un ruolo decisivo nel contrasto alla criminalità sempreché corrisponda a misure extrapenali o perfino extragiuridiche.

¹⁶⁹ W. HASSEMER, *Sicherheit*, cit., 321.

pericoli (dei rischi?). La ragionevolezza di un tale diritto penale è sostenuta anche da coloro che pure cercano di porre argini alla assoluta funzionalizzazione del diritto penale¹⁷⁰.

Potremmo a lungo soffermarci su quanto sia legittima una politica criminale (o giudiziale) orientata alla tutela della sicurezza. Dovremmo chiederci anzitutto se realmente esista un «diritto fondamentale alla sicurezza»¹⁷¹ o se si tratti invece del «risultato di una costruzione costituzionale falsa e perversa»¹⁷². Secondo un autore, infatti, tale costruzione è superflua se coincide con la domanda dei cittadini di certezza dei propri diritti; è ideologica, laddove implichi la protezione di soltanto alcuni diritti di gruppi privilegiati e limitazioni per i restanti diritti fondamentali¹⁷³.

In secondo luogo, dovremmo comprendere se dietro la costruzione del c.d. «funzionalismo» penale¹⁷⁴, vi sia uno strumento che, se in alcuni (pochi?) casi ha la pretesa di rendere più efficiente e più rapida la macchina della giustizia, ha poi come esito fondamentale quello di comprimere i diritti degli imputati e le verità sostanziali del processo¹⁷⁵. *Last but not least*, dovremmo chiederci se un funzionalismo posto a tutela della sicurezza, o addirittura della pace sociale, possa essere un criterio tale da identificare effettivamente le situazioni da tutelare e i comportamenti da punire sia invece totalmente non selettivo¹⁷⁶. Bisognerebbe quindi comprendere se, così posta, la funzione possa valere come faro nelle scelte di politica criminale per la tutela dei diritti dei cittadini (della sicurezza dei diritti o del diritto alla sicurezza) o rischi, come è stato sostenuto, di trasformarsi in un «vuoto di fini»¹⁷⁷, creando un bene giuridico impalpabile facendolo naufragare nella c.d. «abbreviazione di scopo»¹⁷⁸.

¹⁷⁰ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit., 3572; W. HASSEMER, *Sicherheit*, cit., 328.

¹⁷¹ J. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlino, 1983.

¹⁷² A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in AA.VV., *La bilancia e la misura*, cit., 21.

¹⁷³ A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in AA.VV., *La bilancia e la misura*, cit., 21, nt. 7.

¹⁷⁴ Sull'idea dello scopo del diritto penale, v. F.V. LITZ, il cui famosissimo Marburger Programm, fu pubblicato per la prima volta in ZStW, Bd.3, 1882, 1 ss.; quindi, in *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, vol II, Guttentag, 1892 bis 1904, 434. Per una convinta adesione al contributo dell'analisi funzionalista, v. S. ALEO, *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalista*, Torino, 1997, 84.

¹⁷⁵ Questo il timore di A. Baratta (*Diritto alla sicurezza*, cit., 33), parlando della vittimologia preventiva.

¹⁷⁶ G. LOSAPPIO, *Il sottosistema*, cit., 28.

¹⁷⁷ V. la critica di J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 98-99; cap. III (*amplius*). Nel panorama italiano, v. E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 107 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 137-140.

¹⁷⁸ M. GRÜNHUT, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, in *Frank-Festgabe*, I, Tübingen, 1969, 8.

La questione, come si vede, è piuttosto complessa e, sebbene il valore della funzionalità sarà da noi trattato quando ci occuperemo dell'efficacia (o dell'effettività) della misura sospensiva¹⁷⁹, su molte delle problematiche accennate non possiamo intrattenerci, in quanto esulerebbero, per vastità e contenuto, dall'oggetto di indagine.

Quanto è stato riferito ci aiuta però a capire che, nel tentativo di tenere distinti i due sotto-sistemi, l'unico punto che sembra fare da raccordo o conferma potrebbe essere il trinomio rischio-prevenzione-sicurezza¹⁸⁰.

L'intervento anticipato e di prevenzione, che sembra un aspetto fisiologico delle misure di prevenzione antimafia, caratterizza anche la disciplina del diritto penale dell'economia e, in particolare, della responsabilità degli enti: si tratterebbe di un diritto penale "alleggerito" dei principi tradizionali, con rarefazione della fattispecie verso offensività di pericolo astratto, concorso "da posizione" e costruzione normativizzata del dolo (e della colpa). Un diritto penale, in definitiva, del rischio¹⁸¹ specularmente a quello di prevenzione.

Sembrerebbe quindi delinearci il massimo comune denominare dei due sotto-sistemi, che però risulta esauriente soltanto se ci si ferma sul piano meramente teorico. Sotto questo punto di vista, peraltro, non può non osservarsi come nell'attuale società post-moderna il rischio sembri caratterizzare e sostituire l'evento in quasi in tutti gli ambiti¹⁸². Si pensi, per fare alcuni degli esempi, alla sicurezza del lavoro, alla responsabilità da prodotto¹⁸³ (e non soltanto quelli farmaceutici, ma perfino quelli alimentari) e alla responsabilità medica¹⁸⁴.

¹⁷⁹ V. cap. III.

¹⁸⁰ Su questi temi si rimanda a C. PIERINI, *Il concetto di rischio*, cit.

¹⁸¹ A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 537. Si ricordi, tuttavia, che le riflessioni dell'autore sono sempre state rivolte all'impresa *lecita*, nell'oggetto, nelle forme, nei modelli di azione e nell'origine.. Per tale precisazione, v. A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534.

¹⁸² In ambito sociologico, la letteratura sul punto è sterminata. Tra gli altri, si vedano i fondamentali U. BECK, *La società del rischio*, cit., 29. Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Bari, 2006; A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità: fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, 1994; N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990. Cfr. anche L. NAPOLI, *La società dopo moderna. Dal rischio all'emergenza*, Perugia, 2007, secondo cui si sarebbe giunti a una nuova forma di società nell'ambito della quale il rischio sarebbe stato sostituito dall'emergenza.

¹⁸³ Sul punto, già, F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, 1978, 75 ss; ora in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, II, *Dal 1973 al 1993*, Milano, 1997, 1477 ss. Più di recente, v. C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004.

¹⁸⁴ Sul punto, v., tra gli altri, AA.VV., *La gestione del rischio in medicina: profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, a cura di S. Canestrari, M.P. Fantini, Torino, 2006.

In sostanza, il criterio del rischio e dell'intervento anticipato per prevenirlo¹⁸⁵ andrebbe a definire i contorni di gran parte della materia penalistica, lasciando solo marginali spazi agli eventi, alla repressione *post danno* e, quindi, alla certezza (o anche solo alla *prevedibilità*). Così sembrerebbe realizzato il passaggio, assai temuto ed automatico, da una «società a rischio» a un «diritto penale del rischio», utilizzato come strumento di assicurazione e come mezzo d'intervento politico¹⁸⁶, piuttosto che come strumento di lotta e di tutela, quale, (secondo la lezione *liziana*) il diritto penale dovrebbe invece essere¹⁸⁷.

Insomma, individuare l'elemento comune tra i due sotto-sistemi nella tutela della sicurezza e nella prevenzione del rischio potrebbe soddisfare esigenze di razionalizzazione dal punto di vista teorico ma rischierebbe di trasformarsi di fatto in una *pareidolia* che a pochi risultati potrebbe portare sul piano pratico. Anzi: «il rischio ultimo è quello di cadere così in una sorta di fanatismo, in preda al quale s'invocano drastiche misure di controllo sociale ed economico, si avalla in modo acritico ogni forma di intervento penale, si arriva ad essere intolleranti verso l'idea stessa di garanzia nel diritto e nel processo»¹⁸⁸.

Un altro punto di incontro, probabilmente più orientato alla realtà fattuale tra i due sottosistemi, soprattutto se restringiamo il primo alle misure di prevenzione patrimoniali, potrebbe essere appunto la «comune appartenenza al tessuto economico»¹⁸⁹. Anche questo profilo, seppur comune, poco ci dice sull'efficacia degli strumenti, sulle contraddizioni in esse esistenti e sulla loro applicazione. Poco ci dice cioè sulla funzione, le *reali* modalità d'intervento, gli effetti e l'efficacia che una misura *ante delictum* patrimoniale applicabile agli enti (e come abbiamo già intuito e vedremo meglio *infra*, alle imprese *sane* ma *infiltrate*) può produrre. L'unico avvertimento, peraltro questo era intuibile, è che per contrastare forme di criminalità, un tempo considerate diverse, quali quella economica e quella organizzata e

¹⁸⁵ A tale proposito, si può osservare un nuovo interesse della dottrina sul c.d. principio di precauzione. Tra gli altri, V. G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, 155; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227; C. PIERINI, *Il concetto di rischio*, cit., 33; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1743 ss.

¹⁸⁶ V. sul punto, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione*, cit., 44 s. e G. FIANDACA, *La parte speciale tra codificazione e legislazione penale speciale*, cit., 242.

¹⁸⁷ Sul punto v. l'efficace sintesi e ricostruzione di C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. Roxin, *Politica criminale e sistema nel diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998, 37 ss.

¹⁸⁸ M. PAPA, *Prefazione*, cit., VI.

¹⁸⁹ Questo il punto in comune trovato da A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, cit., 2128, il quale, trattando dello strumento della confisca, trova nel tessuto economico il punto di contatto tra i reati dell'impresa lecita e quelli della criminalità organizzata.

mafiosa, l' intervento che presumibilmente più utilizzato e soddisfacente sembra essere quello che incide sulla forza patrimoniale delle organizzazioni¹⁹⁰. Ciò non di meno, anche l'incidenza sul patrimonio in senso stretto degli strumenti che osserviamo potrebbe essere revocata in dubbio, se si considera che alcuni di essi, come vedremo, intervengono piuttosto sulla *governance* della società.

Il tentativo di individuazione di un massimo comune denominatore ci sembra fallito.

Quello che sembra però chiaro è che, da una parte, le misure di prevenzione – al contrario di quelle di sicurezza - si applicano *ante delictum* e soprattutto sono estranee a una prospettiva rieducativa o risocializzante¹⁹¹ e, al contrario, funzionalmente dirette alla neutralizzazione del soggetto. E, dall'altra parte, che la pretesa di neutralizzazione, secondo alcuni insita nella disciplina della responsabilità degli enti, nel momento in cui si tenta di neutralizzare le fonti di rischio criminale¹⁹², sarebbe, come abbiamo tentato di mostrare, del tutto marginale.

Quello che può dirsi in definitiva è che la realtà descritta *supra*¹⁹³ risulta criminologicamente poco nota allo studioso, ma che, nello stesso tempo, gli strumenti elaborati per contrastare lo specifico scenario sembrano ancora più sconosciuti, in bilico, almeno *prima facie*, tra esigenze diverse, special-preventive negative, in un caso, e positive, nell'altro. Anche la conclusione del fallimento dei sistemi e dell'abbandono della struttura per orientarsi verso un diritto penale "funzionale allo scopo" non ci dà alcune risposte efficaci, ma probabilmente crea nuovi interrogativi.

Ci sembra pertanto necessario approfondire il tema, per provare a delineare i contorni teorici e di efficacia che la nuova strategia di intervento può suggerire.

Questo ci limiteremo a fare nelle pagine che seguono.

¹⁹⁰ A. ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2132.

¹⁹¹ R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., 21.

¹⁹² G. DE VERO, *La responsabilità degli enti*, cit., 57.

¹⁹³ V. cap. I, sez. I.

CAPITOLO II

QUALI MISURE DI PREVENZIONE APPLICABILI AGLI ENTI?

SEZIONE I

I SOGGETTI DESTINATARI

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il sottosistema delle misure di prevenzione antimafia. Cenni storici – 2.1 Il sequestro e la confisca di prevenzione. – 3. La sospensione temporanea: i *precedenti*. – 3.1 La *sospensione dell'amministrazione dei beni* nella legge Reale. – 3.2 *Racketeering Influenced and Corruption Organizations Act*, sezioni 1961- 1986, titolo 18 *United States Code*. – 4. La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, oggi "Amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche". – 5. I soggetti destinatari dell'amministrazione giudiziaria. – 5.1 Gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa. – 5.1.1 Fattispecie penale e fattispecie preventiva: la posizione della dottrina e lo *standard* probatorio. – a) *Il discrimen tra indizio e sospetto*. – b) *Il discrimen tra indizio e prova*. – 5.1.2 Fattispecie penale e fattispecie preventiva: l'orientamento della giurisprudenza e la condotta del concorrente esterno. – 5.2 Il contributo agevolatore. – 5.2.1 L'imprenditore *acquiescente, resistente o cooperante*. – 5.2.2 Il concetto di agevolazione e la valutazione del profilo finalistico. – 5.2.3 Il concetto di agevolazione e lo scopo della misura sospensiva. – 5.3 Il concetto di attività economica. – 5.3.1 La definizione civilistica di "attività economica". – 5.3.2 L "attività economica" nel diritto penale. – 6. La *prevedibilità* della fattispecie preventiva. – 6.1 Il decreto "Royal s.r.l.". – 6.2 Il decreto "T.N.T.". – 6.3 Il decreto "B.N.L.". – 6.4 Alcune riflessioni sui decreti milanesi: *l'imprevedibilità* delle decisioni giudiziarie. – 6.5 Il decreto di sospensione temporanea nell'ambito del procedimento "Parco Sud". – 6.6 Quali conseguenze? – 7. Sulla confisca delle attività economiche. – 8. Spunti di riflessione dal passato. – 8.1. La tecnica di tipizzazione del RICO. – 8.2 Il Progetto della Commissione Fiandaca. – 8.2.1 Il progetto "massimalista": le imprese destinatarie delle misure. – 8.2.2 (*Segue*): le nuove misure. – 9. Una prima conclusione.

1. Premessa

Lo panoramica svolta ci spinge quindi ad indagare un'ipotesi preventiva che nel dettato legislativo appare marginale, ossia la misura patrimoniale *praeter delictum* specificamente rivolte agli enti: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica (*ex* sospensione temporanea dei beni).

Essa è prevista oggi all'art. 34 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 156 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*), ma la disciplina risale agli artt. 3 *quater* e 3 *quinqies* della legge n. 575 del 31 maggio 1965

(*Disposizioni contro le organizzazioni mafiose, anche straniere*), così come modificata, in particolare, dalla legge 7 agosto 1992, n. 256¹ e da allora è rimasta sostanzialmente immutata.

Il c.d. Codice Antimafia, che contiene la normativa attualmente vigente, sarebbe dovuto essere, nell'idea iniziale, una codificazione di tutti gli strumenti predisposti dall'ordinamento per prevenire o combattere il fenomeno della criminalità organizzata e mafiosa. Il "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia", presentato dal Governo il 9 marzo 2010, si poneva infatti l'obiettivo di «di riordinare, razionalizzare e integrare l'intera disciplina vigente in materia di normativa antimafia, misure di prevenzione e certificazioni antimafia». L'aspirazione era pertanto quella non soltanto di raccogliere il materiale esistente (sanzionatorio e preventivo) ma anche di creare strumenti innovativi². Nondimeno, le forti lacune del disegno di legge sono state soltanto in parte rimosse nel corso dell'*iter* di approvazione parlamentare³ e il decreto legislativo che ha visto la luce, secondo l'opinione pressoché pacifica, sembra aver fallito la maggior parte dei suoi scopi, il suo contenuto essendo stato ristretto alle sole misure di prevenzione e alla c.d. documentazione antimafia⁴. Molti sono i limiti che il testo presenta specie in materia di procedimento di prevenzione⁵. Come avremo modo di osservare, nessun

¹ Sembra che l'unica assoluta novità sia costituita dall'Agenzia per i patrimoni di mafia, la cui disciplina è ripartita tra il libro I e il III del decreto.

² Il d.lgs. n. 159 del 2011 ha dato attuazione a due distinte deleghe contenute nella l. n. 136 del 2010: la prima, conferita nell'art. 1, aveva per oggetto l'emanazione di un Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, stabilendo, solo per queste ultime, numerosi e specifici principi e criteri, mentre per il contrasto alla criminalità organizzata si consentiva al Governo soltanto un'attività di ricognizione, armonizzazione e coordinamento delle norme esistenti; la seconda, contenuta nell'art. 2, prevedeva l'aggiornamento e la semplificazione della normativa in materia di documentazione antimafia, sulla base di specifici criteri analiticamente enucleati. Sul punto, v. A. CISTERNA, *Il Codice Antimafia tra istanze compilative e modelli criminologici*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 213 ss.

³ Sul punto, v. F. MENDITTO, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. Codice Antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, 792 ss. Sulle modifiche intervenute successivamente, con il d.lgs. n. 218 del 2012 e la l. 24 dicembre 2012, n. 228, v. ID., *Le prime modifiche al Codice Antimafia: d.lgs. n. 218/2012 e l. 228/2012*, in *penale contemporaneo.it*, 31 dicembre 2012.

⁴ È stato osservato che il Governo ha lasciato fuori dalla codificazione norme di estrema rilevanza per quanto riguarda il contrasto alle mafie, tra cui quelle sul carcere duro *ex art. 41-bis* ord. pen.; sullo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti mafiosi; sul funzionamento e sulle attribuzioni del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza sulle grandi opere; sul sistema di prevenzione del riciclaggio. È stato osservato altresì come siano state del tutto pretermesse le disposizioni sui collaboratori e testimoni di giustizia - sia con riferimento alle misure di protezione che ai benefici penitenziari - sui colloqui a fini investigativi previsti dall'art. 18-*bis* ord. pen. (finalizzati all'acquisizione di informazioni utili per la prevenzione e repressione dei delitti di criminalità organizzata) e sulla criminalità organizzata transnazionale di cui alla l. n. 146 del 2006. Sul punto, v. A. CISTERNA, *Il Codice Antimafia tra istanze compilative*, cit., 215 ss. che definisce il decreto un "tentativo incompiuto". V. anche A. MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione: inquadramento sistematico e spunti critici*, in *Arch. pen.*, 2013, 17 ss.

⁵ Sulle possibili modifiche procedurali, v. il documento "*Prime proposte correttive al Codice Antimafia*", predisposto dall'Osservatorio nazionale sui beni confiscati istituito presso il Dipartimento di Studi

incisivo passo in avanti è stato posto in essere in materia di “infiltrazione mafiosa nel mercato lecito” e rispetto agli strumenti che incidono sull’apparato organizzativo delle imprese.

Il Codice rappresenta tuttavia il momento finale (almeno per ora⁶) di un susseguirsi di riforme sviluppatasi a macchia d’olio, a partire dal 1965: il raggio d’intervento del legislatore si è man mano (e in maniera tutt’altro che razionale) espanso, nel tentativo di colpire, al di là dei confini tradizionali delle organizzazioni mafiose, una *mafiosità* dai contorni sempre meno limitati. Le riforme in materia antimafia sono state moltissime, ma alcune di esse sono emblematiche. Si pensi a: lo scioglimento degli organi elettivi in caso di infiltrazione negli apparati politici e amministrativi degli enti locali (il d.l. n. 164 del 1991), la certificazione antimafia per gli appalti e le gare pubbliche (la l. n. 646 del 1982), la tracciabilità finanziaria (artt. 3 e 6 della l. n. 136 del 2010), le linee-guida per le grandi opere e l’approntamento delle *white lists* in tema di contrattualistica pubblica secondaria (d.l. n. 70 del 2011)⁷. Probabilmente tali interventi sono derivati dall’intuizione che la fattispecie di associazione mafiosa non fosse affatto idonea a colpire la *mafia* nella sua complessità criminologica. A dispetto di questi importanti passi in avanti, il Codice non ha mutato la prospettiva di contrasto, fortemente ancorata alla visione antagonista ed arcaica della criminalità organizzata, nonostante la mafia stia «almeno da un decennio compiendo un’operazione di silente occupazione degli spazi di legalità, di a-legalità e di illegalità che la società civile consegna loro a ritmo esponenziale»⁸.

Le misure di prevenzione che si applicano agli enti, quelle cioè che riguardano il tema dell’infiltrazione mafiosa nel mercato lecito, non hanno subito quindi mutamenti rispetto alla disciplina originaria, né con il susseguirsi dei c.d. Pacchetti Sicurezza, né con il Codice Antimafia; le riforme hanno preferito compiere operazioni chirurgiche di modifica sulle singole disposizioni, senza intaccare la *ratio* di sistema, neghittosa nel porre al centro dell’attenzione i complessi rapporti tra criminalità organizzata e struttura economica della società.

Europei e della Integrazione Internazionale (DEMS) dell’Università di Palermo, in collaborazione con magistrati esperti operanti in diversi uffici giudiziari italiani, e rinvenibile in *penalecontentemporaneo.it*.

⁶ Ci basti pensare alle due riforme citate, intervenute nell’ambito del 2012 e alle *Prime proposte correttive*, cit.

⁷ Ancora, A. CISTERNA, *Il Codice Antimafia*, cit., 218.

⁸ A. CISTERNA, *Il Codice Antimafia*, cit., 219.

2. Il sottosistema delle misure di prevenzioni antimafia. Cenni storici

Prima di trattare la misura che ci interessa, proviamo a ricostruire, se pur solo per brevissimi cenni (il tema sarebbe sconfinato), lo spazio normativo entro il quale ci stiamo muovendo.

Le misure di prevenzione agiscono, come noto e come si è già detto⁹, *ante o preter delictum*, su presupposti di pericolosità. Esse hanno infatti in comune con le sanzioni penali l'esigenza preventiva¹⁰, ma da queste si differenziano per il momento in cui sono irrogate, essendo svincolate da un precedente fatto di reato¹¹. Nascono infatti come surrogati di sanzioni penali di cui mancano i presupposti legali: guardano al futuro e colpiscono i comportamenti dei singoli individui non in quanto fonti di effettiva minaccia dell'ordine pubblico, ma in quanto possibili cause, opportunità o agevolazioni di lesioni della pubblica sicurezza¹².

Come noto, il sistema delle misure di prevenzione, dall'ottocento in poi, si caratterizza per una sua autonomia sistemica, come diritto di prevenzione di polizia. La mera pericolosità del soggetto è *uscita* dal diritto penale e si è affiancata a questo come "binario parallelo"¹³. Con le leggi di pubblica sicurezza del diciannovesimo secolo¹⁴ alcune forme di pericolosità sociale (quella degli oziosi, vagabondi, etc.) sono state infatti espunte dal Codice Zanardelli¹⁵, sottoposte al controllo dell'autorità amministrativa¹⁶ e "sanzionate" con l'ammonizione (poi diventata "sorveglianza speciale"), il "domicilio coatto" e il "rimpatrio con foglio di via

⁹ V. cap. I, sez. II.

¹⁰ È ben noto che, con il diritto penale liberale, lo scopo della pena sia stato spostato dalla retribuzione (a cui è stato lasciato, almeno nell'elaborazioni teoriche uno spazio marginale) alla prevenzione generale o speciale. Le sanzioni penali e le misure di prevenzione sarebbero quindi accumulate dallo stesso scopo. Sul punto v. G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 109. V. anche i cenni nel cap. I, sez. II.

¹¹ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 110.

¹² G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 279.

¹³ Per un più completo quadro storico, v. G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 110 ss. il quale ricorda come tali misure siano state considerate le prime forme di (vera e propria) repressione penale. Per tale definizione, v. G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., 260.

¹⁴ V. i provvedimenti provvisori di pubblica sicurezza presentati alla Camera del parlamento subalpino dal ministro dell'interno Galvagno il 17 dicembre 1851 e divenuti legge il 26 febbraio 1852; la legge 13 novembre 1859, n. 3720; le disposizioni eccezionali e transitorie della legge 15 agosto 1863, n. 1409; la legge di Pubblica Sicurezza del 20 marzo 1865, n. 2248; la nuova legge di Pubblica Sicurezza 30 luglio 1889, n. 6144.

¹⁵ Nella Relazione Ministeriale sul Progetto del codice, al n. 187, Zanardelli scrive: «Parve a me che le norme intorno all'ozio ed al vagabondaggio mal si convenissero al codice penale, così per la difficoltà di definire con criteri positivi gli elementi, come per il bisogno di subordinare il trattamento degli oziosi e dei vagabondi alle peculiari esigenze dell'ambiente sociale, e per la convenienza di coordinarle a quelle stabilite per altri fatti congeneri». V. D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, 17.

¹⁶ Per una panoramica su tale processo, v. G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 184, n. 22.

obbligatorio". Tali misure, con una parziale devoluzione all'autorità giudiziaria, sono poi rifluite nella legge 27 dicembre 1956, n. 1423¹⁷.

Come noto, dagli anni '60 in poi, gli strumenti preventivi hanno in parte cambiato volto, non soltanto perché ne sono mutati i destinatari (criminalità mafiosa, sovversiva-politica e nelle manifestazioni sportive), ma soprattutto perché sono state individuate sanzioni nuove, non esclusivamente limitative della libertà personale ma anche dirette a colpire il patrimonio¹⁸. Le misure patrimoniali hanno creato, come si già visto, un nuovo sottosistema in relazione al quale i dubbi di legittimità costituzionale¹⁹ che da sempre investono la materia delle misure di prevenzione²⁰ sembrerebbero svanire²¹. In primo luogo, si è ritenuto che il diritto di proprietà abbia minor valore rispetto ad altri diritti fondamentali e possa quindi essere compresso o limitato con minori garanzie²². In secondo luogo, l'esigenza (sempre più stringente) di contrastare il fenomeno mafioso ha reso *sempre più tollerabile* l'intervento sulla c.d. *ricchezza* delle mafie.

Il concetto di "mafia" è "sovra-determinato" poiché in esso possono convergere definizioni assai differenti, essendo, al contempo, un reato associativo, che si caratterizza per il tipo di associazione a delinquere, un fenomeno criminologico, storico e sociale, un codice culturale e una struttura di potere²³. Come noto, proprio la problematicità del concetto o la difficoltà di *imbrigliarlo* una volta e per tutte in una rassicurante definizione giuridica²⁴ ha

¹⁷ Si ricorda tuttavia che a tali misure fu però attribuito un ruolo assai rilevante e ne fu accentuata l'amministravizzazione durante il periodo fascista, con la legge di pubblica sicurezza del 1931 (r.d. 18 giugno 1931, n. 773). Sul punto, V. G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., 259-260; D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 127-128; P. BASILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 137; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., 278-279.

¹⁸ Per una analisi dei profili storici più essenziali v., di recente, A. MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit., 4 ss.

¹⁹ G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., 277.

²⁰ F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno C.N.P.D.S., Alghero, 26-28.4.1974, Milano, 1975, 29 ss. e spec. 47 ss.; in senso parzialmente contrario v. P. NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Le misure*, cit, 16; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1591 ss. e 1595, il quale rilevava l'avvenuta "giurisdizionalizzazione" anche delle misure di prevenzione.

²¹ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 111.

²² Da ultimo, C. VISCONTI, *Proposte per recidere*, cit., 5. In tal senso, si è anche la pronunciata la Corte costituzionale, con la sentenza 25 gennaio 2012, n. 21. *Contra*, evidenziando il forte legame tra persona e proprietà, S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionale*, Padova, 1988.

²³ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 119.

²⁴ E questo soprattutto a causa della spiccata vocazione alla «permeabilità [dell'associazione mafiosa] dal dato fattuale». G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 185.

portato il legislatore a optare per il doppio binario, attribuendo un ruolo essenziale alla disciplina di prevenzione²⁵.

La materia delle misure di prevenzione antimafia è stata regolata prima dalla legge n. 575 del 1965 e solo successivamente («in maniera più ponderata»²⁶) con la già citata legge del 1982. La prima ha esteso la misura della sorveglianza speciale, del divieto o obbligo di soggiorno (già previste nel testo della legge del 1956) agli “indiziati di appartenere ad un’associazione mafiosa”, portando con sé molteplici dubbi in termini di efficacia, e soprattutto di tipo interpretativo, dato che i nuovi destinatari risultavano all’epoca ancora del tutto sconosciuti in ambito penale, in assenza di una fattispecie incriminatrice di associazione mafiosa²⁷. La legge del 1965 ha introdotto la c.d. «gerarchia degli indizi»²⁸, sancendo cioè che l’indizio sufficiente per applicare una misura di prevenzione dovesse essere di grado inferiore rispetto a quello necessario ad aprire un procedimento penale. Le misure previste dall’intervento del 1956 apparivano quindi come vere e proprie “pene del sospetto”²⁹, applicabili a soggetti di difficile individuazione.

D’altra parte, nel tempo, la strategia antimafia, basata soltanto su misure preventive personali, aveva mostrato tutta la sua inefficacia e addirittura aveva sortito effetti inversi e criminogeni³⁰. La legge del 1982 ha quindi costituito il vero momento di svolta: da una parte ha introdotto una fattispecie *ad hoc* per l’associazione per delinquere di tipo mafioso, in tal modo riempiendo di (qualche) contenuto anche la “fattispecie preventiva”; dall’altra, ha

²⁵ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit. 120. L’autore ricorda come tale scelta fosse tuttavia già ravvisabile nel secolo scorso, dove probabilmente trova le sue radici, con la legge Pica del 1863 che permise di applicare il domicilio coatto anche a camorristi e mafiosi e con la disciplina di pubblica sicurezza del 1865-1871 che per la prima volta introduceva a carico dei mafiosi strumenti di tipo ablatorio. Su questo punto, v. anche G. TESSITORE, *Emergenza e garantismo nella legislazione antimafia. Profili storici dall’Unità d’Italia al Fascismo*, in *Nuovi quaderni del meridione*, n. 92, 1985, 408 ss. Ricorda anche l’importante ruolo giocato nel contrasto alla mafia dal Prefetto Cesare Mori con le ordinanze ablativo. Sul punto v. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 336-337; I. MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell’Italia “liberale” (1852-1894)*, in AA.V.V., *Le misure di prevenzione*, cit., 197 ss.; G. TESSITORE, *Emergenza e garantismo*, cit., 408 ss.; ID., *Le misure patrimoniali antimafia: dalle ordinanze del prefetto Mori alla legge Rognoni-La Torre*, in AA.VV., *Ricerche di scienze politiche*, a cura di F. Teresi, Palermo, 1986, 67 ss.

²⁶ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 120.

²⁷ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 121.

²⁸ F. SIRACUSANO, *Commento all’art. 14 l. 19 settembre 1982, n. 646*, in *Legisl. Pen.*, 1983, 296 ss. e 303.

²⁹ Definizione di A. TAGLIARINI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, cit., 373.

³⁰ Si è osservato infatti che alcune misure di prevenzione, come l’obbligo di dimora, hanno agevolato l’esportazione del metodo mafioso verso regioni che ne erano invece prive. V. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 427.

previsto misure, di tipo ablatorio, idonee ad incidere anche sul patrimonio delle organizzazioni criminali³¹.

Prima di procedere oltre, vale la pena di ricordare che le misure patrimoniali trovano però il loro *progenitore* nell'art. 22, l. n. 152 del 1975³², sotto forma di sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni personali. Anticipiamo che si tratta della prima forma di intervento limitativo della gestione del patrimonio, che sarà il tipo di misura su cui maggiormente ci concentreremo. Dall'ambito applicativo di tale strumento sono stati tuttavia esclusi i beni destinati all'attività professionale o produttiva. Da ciò la scarsa applicazione pratica della sospensione, di tal che, prima dell'intervento Rognoni-La Torre, la prevenzione era rimasta essenzialmente affidata alle misure personali³³. Nonostante gli stretti margini applicativi della disciplina del '75, essa ha però favorito la consapevolezza di quanto fosse necessario colpire, al fine di una più efficace lotta alla mafia, i patrimoni illecitamente acquistati dai mafiosi e dalle categorie di persone ad essi assimilati, piuttosto che i singoli soggetti, costituendo "l'illecito arricchimento" il fine dell'attività criminosa e, nel contempo, lo strumento che ne consente l'incremento e l'espansione³⁴.

L'effettivo passaggio alla prevenzione patrimoniale venne quindi attuato con la legge 646 cit., che ha aperto la strada ad un tipo di intervento preventivo nel campo patrimoniale che sarebbe stato, successivamente e in particolare con la legislazione dell'emergenza, sempre più ampliato e rafforzato.

La legge Rognoni-La Torre ha anzitutto attribuito agli organi inquirenti maggiori poteri di indagine e investigativi, direttamente funzionali alle misure patrimoniali, aventi ad oggetto, tra l'altro, la capacità economica e finanziaria dell'indiziato di appartenere ad un'associazione mafiosa, oltre che l'eventuale titolarità di licenze e autorizzazioni (art. 2 *bis* l. 575/65, oggi art. 19 l. 156/2011). Tale strumento era nato dalla necessità di smascherare gli «ampi margini di mimetizzazione assicurati dall'impresa e dalla famiglia»³⁵.

³¹ G. FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13/9/1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 1983, 257 ss.; ID., *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, 1987, II, 364 ss.

³² A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 337 ss. il quale, in particolare, vede tale disciplina come antesignano della sospensione provvisoria, sui cui ampiamente *infra*.

³³ V. P. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. Dir.*, II, Agg. Milano, 1998, 3.

³⁴ V., tra gli altri, A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 464 ss.; P. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, cit., 3.

³⁵ F. SIRACUSANO, *Commento all'art. 14, l. 13-9-1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, 300.

2.1 Il sequestro e la confisca di prevenzione

Al di là dei pure importanti strumenti investigativi, la vera novità della riforma è stata l'introduzione del sequestro e della confisca di prevenzione.

Il primo è un provvedimento cautelare *sui generis*³⁶ che si applica quando, a carico del soggetto nei cui confronti è iniziato il procedimento di prevenzione, il valore dei beni, di cui lo stesso risulta poter disporre direttamente o indirettamente, sia sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta o si ha motivo di ritenere, sulla base di sufficienti indizi, che questi siano il frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego (art. 2 *ter* co. 2 l. n. 575/1965, oggi, art. 20 d.lgs. n. 159/2011)³⁷.

La stessa legge ha introdotto all'art. 2 *ter* co. 3 della legge n. 575 cit. (oggi confluito nell'art. 24, l. n. 159 cit.³⁸) la confisca preventiva, ossia lo strumento ablatorio, basato sulla mancata dimostrazione da parte del proposto della legittima provenienza dei beni.

Il presupposto per l'applicazione della confisca di prevenzione consisteva nella pericolosità sociale del soggetto, qualificata dalla sussistenza di "indizi di appartenenza ad associazioni di stampo mafioso" e nella disponibilità, diretta o indiretta, di beni accompagnata dalla sussistenza di ulteriori indizi, primo fra tutti il valore sproporzionato rispetto ai redditi dichiarati e all'attività svolta, tali da far ritenere che detti beni costituiscano il frutto di attività illecita (qualsiasi essa sia) o ne costituiscano il reimpiego. Come noto, il presupposto che

³⁶ Sulla natura di tale sequestro, v. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 215 ss., secondo cui il sequestro non estinguerebbe la sua funzione nella cautela ma sarebbe strumentale nei confronti della confisca e della situazione giuridica sottostante. Da ciò ne emergerebbe una natura sostanzialmente sanzionatoria (231).

³⁷ Si ricorda che la legge n. 646 ha introdotto, a fianco di tale sequestro, tre ipotesi speciali. La prima è prevista dall'art. 2 *bis*, co. 4 secondo il quale quando si ravvisi, nel corso delle indagini patrimoniali, il «concreto pericolo» che i beni sottoponibili a confisca possono essere «dispersi, sottratti od alienati, può chiedersi al presidente del Tribunale l'anticipazione del sequestro» con decreto motivato, che va emesso prima della fissazione dell'udienza camerale e convalidato dal collegio entro trenta giorni. La seconda è prevista dall'ultima parte del secondo comma dell'art. 2 *ter*, e disposta nei «casi di particolare urgenza»; in tale ipotesi, il presidente del Tribunale dispone il sequestro con decreto motivato, con necessaria convalida del collegio entro i successivi dieci giorni. La terza ipotesi è infine rintracciabile nell'art. 3 *quater*, che descrive un sequestro anticipato, adottato nel caso ci sia il concreto pericolo di dispersione, sottrazione o alienazione dei beni. Quest'ultimo sequestro è tuttavia legato alle misure di prevenzione che si applicano alle attività economiche. Sul punto, v. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 210 s. Il c.d. Codice Antimafia ha lasciato la disciplina dei sequestri sostanzialmente immutata non producendo alcun aggiornamento. È rimasta quindi la differenza tra *sequestro ordinario*, *urgente* e *anticipato*, basata sostanzialmente sul *periculum in mora* e sul momento in cui l'autorità ne viene a conoscenza. Sul punto v. F. MENDITTO, *Sequestro di prevenzione ordinario, anticipato, urgente e applicazione disgiunta della misura patrimoniale nel caso di misura personale in atto: caratteri distintivi e norme applicabili*, osservazioni a Cass., Sez. I, 20 marzo 2012, Vrenna, in *penalecontemporaneo.it*.

³⁸ Art. 24, d.lgs. n. 159/2011: «Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

possiamo definire soggettivo rappresenta una sorta di presunzione di (attuale) pericolosità in quanto, una volta che tale appartenenza sia stata dimostrata (e sul punto torneremo), non grava in capo al giudice alcun onere motivazionale in ordine all'attualità di tale condizione, a meno che emerga un espresso recesso del soggetto mafioso³⁹. Quanto al presupposto oggettivo, ha la disponibilità dei beni chiunque invece ne sia, al di là delle definizioni formali, effettivamente *dominus* e voglia effettivamente disporne⁴⁰. Si pensi, a tale proposito, che una giurisprudenza di merito ha perfino riconosciuto la sussistenza del requisito nel caso di un ramo aziendale rientrante nella titolarità di una società, ma che era nella disponibilità indiretta del proposto, anche se tale accertamento non aveva riguardato le quote della società⁴¹. L'ultimo requisito è infine quello della sproporzione tra tenore di vita, attività svolta e redditi apparenti o dichiarati tali⁴². Tale elemento riguarda sia il reddito dichiarato sia l'attività svolta⁴³, poiché, come è stato sostenuto, «applicare la confisca ogniqualvolta le fonti del patrimonio siano identificabili e lecite ma non trovino rispondenza nella dichiarazione dei redditi significherebbe colpire il soggetto per il solo fatto dell'evasione fiscale con l'effetto dell'evidente strumentalizzazione di una misura concepita per finalità e con presupposti diversi». ⁴⁴

³⁹ Sul punto, v. D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 6; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 144 ss.

⁴⁰ Cass., Sez. V, 17 marzo 2000, Cannella, in *Cass. pen.*, 2001, 1327; Cass., Sez. VI, 23 gennaio 1996, Brusca e altri, in *Giust. pen.*, 1997, III, 380 (s.m.). In dottrina v. A. AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005, 102 ss.; F. CASSANO, *La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione*, in AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazione normativa*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Torino, 2010, 418 s.; F. MAISANO, *I "terzi" e le misure di prevenzione patrimoniali: una storia (in) finita?*, *ivi*, 404; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 268.

⁴¹ Trib. Napoli, Sez. Mis. Prev., 6 luglio 2011, in *penale contemporaneo.it*.

⁴² Come è stato sostenuto (D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca*, cit., 7) tale requisito sembra essere ancora più incisivo in riferimento al sequestro. Ed infatti – come già previsto all'art. 2-ter, comma 2, l. 575/1965 (così come modificato dall'art. 3, L. 24 luglio 1993, n. 256) – l'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 159/2011 sembra considerare la sproporzione quale requisito autonomo per l'applicazione della misura, tanto da riferire testualmente la sufficienza indiziaria soltanto alla provenienza illecita dei beni o al loro reimpiego, indicando poi tale elemento, a titolo esemplificativo, quale indizio eventualmente anche unico e da solo sufficiente. In senso inverso v., con riguardo alla disciplina previgente, Cass., Sez. II, 23 giugno 2004, Palumbo e altri, in *Cass. pen.*, 2005, 2704. Approfondiscono il tema A. BALSAMO, V. CONTRAFFATTO, G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, *passim*; A. CAIRO, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, in AA.VV., *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di R. Tartaglia, Roma, 2012, 1044 ss.

⁴³ Molte sono le perplessità manifestata su tale criterio (come selettivo di situazioni dotate di pericolosità) da A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 289 ss.

⁴⁴ D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca*, cit., 8.

Nonostante la scarsa applicazione iniziale della confisca⁴⁵, il provvedimento ha richiamato l'attenzione degli interpreti. Le critiche iniziali sembrano scemare in parte negli ultimi tempi, anche alla luce della rilevanza che la tale misura assume man mano nella prassi della "lotta alla mafia"⁴⁶.

Ricordiamo che i dubbi più rilevanti si erano posti in relazione al presupposto applicativo e al relativo regime probatorio che avrebbe, secondo molti, invertito l'onere della prova facendolo gravare in capo al proposto, con la conseguente possibile violazione della presunzione di innocenza⁴⁷. Come noto, parte della dottrina sostiene da sempre che la norma possa essere interpretata conformemente ai principi costituzionali, poiché in essa sarebbe soltanto descritto il normale onere, in capo alla difesa, di allegare prova contraria⁴⁸. D'altra parte, la stessa dottrina ha osservato come la giurisprudenza raramente interpreti la clausola dell'onere probatorio nel significato appena descritto. Nonostante alcune affermazioni di principio in senso garantistico, l'applicazione della norma è infatti spesso contraria alla presunzione di innocenza⁴⁹.

I dubbi si sono in parte assestati negli ultimi tempi, soprattutto grazie al cambio di rotta interpretativa della giurisprudenza⁵⁰, ma vi è ancora chi, non senza valide argomentazioni, evidenzia la posizione non affatto paritaria tra organo d'accusa, agevolato

⁴⁵ Cfr. la "Relazione sullo stato di attuazione e sull'efficacia della normativa in materia di prevenzione nei confronti della delinquenza di tipo mafioso" inviata nel 1991 dalla Commissione parlamentare alle due Camere.

⁴⁶ Nella Relazione per l'anno 2009 del Commissario Straordinario per i beni sequestrati e confiscati, a fronte di 105 provvedimenti definitivi nel 2008 e 75 nel 2009, si afferma che «l'istituto giuridico delle misure di prevenzione patrimoniale è il mezzo più impiegato per colpire le ricchezze illecitamente acquisite».

⁴⁷ F. CORDERO, *Procedura penale, App.*, Milano, 1982, 47 s.

⁴⁸ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 123, il quale ricorda come anche la giurisprudenza, quantomeno nell'ambito delle assunzioni di principio, abbia interpretato la norma come onere di semplice allegazione in capo al proposto: Cass., Sez. II, 9 dicembre 1988, Cavallaro, in *Rep. Foro it.*, 1990, 2056; Cass., Sez. I, 26 maggio 1986, Palazzolo, *ivi*, 1988, 1963. Dello stesso avviso, R. BERTONI, *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 1027 ss.; G. CONTE, *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.*, 1984, V, 261 ss.; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «Moderno»*, Padova, 1997, 22; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XX, Roma, 1986, 15; C. MACRÌ, V. MACRÌ, *La legge antimafia*, Napoli, 1983, 117; C. VINCENTI, *Problemi probatori, diritti dei terzi, rapporti tra confisca e fallimento*, in AA.VV., *La legge antimafia*, cit., 89 ss.

⁴⁹ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 123. In giurisprudenza viene sostenuto che sia sempre l'organo di accusa a dover dimostrare fatti gravi precisi e concordanti. Più di recente v. in tal senso, con riferimento alla disciplina previgente, Cass., Sez. V, 28 marzo 2002, Ferrara, in *Cass. pen.*, 2003, 612; Cass., Sez. VI, 4 giugno 2003, Carotenuto, *ivi*, 2005, 2066; Cass., Sez. VI, 18 settembre 2002, Diana, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1108; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2001, Iamonte, in *Foro it.*, 2002, II, c. 263; Cass., Sez. I, 26 novembre 1998, Bommariti, in *Cass. pen.*, 1999, m. 1131; Cass., Sez. I, 10 novembre 1997, Capizzi, in *Giust. pen.*, 1998, II, 512; Cass., Sez. I, 16 aprile 1996, Biron, in *Cass. pen.*, 1997, 849; Cass., Sez. I, 18 maggio 1992, Vincenti e altri, *ivi*, 1993, 2377.

⁵⁰ V. nota precedente.

nell'onere della prova, e proposto, su cui grava una sorta di *probatio diabolica*. Tale soggetto deve infatti fornire la prova c.d. positiva sul piano giuridico-contabile della liceità di ogni elemento patrimoniale e movimento finanziario⁵¹.

Altri dubbi sono stati sollevati in relazione alla natura e gli effetti della confisca preventiva e tale discussione sembra ancora aperta.

Come noto, la difficoltà di attribuire una natura precisa allo strumento ablatorio non riguarda soltanto l'ambito preventivo (la confisca è stata definita in generale «un istituto proteiforme»⁵²). Ma anche trattando più specificamente della disciplina antimafia alcuni ritengono la confisca una misura polifunzionale⁵³ e propongono di conseguenza di parlare di “confische” antimafia, «non potendosi ridurre ad unità ciò che, in effetti, di comune conserva solo l'effetto ablatorio conseguente all'espropriazione e all'acquisto del bene da parte dello Stato»⁵⁴. In sintesi, le diverse confische previste nella vigente legislazione antimafia possono raccogliersi in tre modelli: la confisca di “sicurezza” (art. 240, c.p.), la confisca “sanzionatoria” (artt. 416-*bis*, comma 7, c.p. e 12-*sexies* D.L. 306/1992 per la persona fisica e artt. 19 e 24-*ter*, comma 1, d.lgs. 231/2001 per l'ente collettivo) e la confisca di “prevenzione” (oggi, art. 24, d.lgs. 159/2011).

L'ipotesi su cui più difficilmente si raggiunge un accordo in dottrina è proprio la confisca di prevenzione⁵⁵: a coloro che vi riconoscono un contenuto fortemente afflittivo e

⁵¹ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 383, secondo il quale con tale previsione sarebbe stato violato il diritto al silenzio dell'accusato. La mancata allegazione andrebbe comunque a giocare a suo sfavore con evidente violazione della presunzione di non colpevolezza quale regola di dignità della prova.

⁵² Parla di istituto proteiforme, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., 2107; in giurisprudenza, v. la fondamentale Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, FISIA impianti S.p.A, in *Cass. pen.*, 2008, 544. Per una ricostruzione del tema v. E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica, e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, 2012, *passim*.

⁵³ V. D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia*, cit. 1.

⁵⁴ D. PIVA, *La proteiforme natura della confisca antimafia*, cit., 1.

⁵⁵ Secondo A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 211 ss., il problema definitorio nascerebbe da un errore metodologico, consistente nella mancata considerazione dei diritti dei terzi. A tale proposito, si ricorda tuttavia: l'art. 10, d.l. 92/2008 (convertito con L. 24 luglio 2008, n. 125), che ha esteso ai procedimenti di prevenzione la confisca per equivalente proprio nel caso in cui i beni siano stati trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede; e l'art. 5 della legge 31 marzo 2010, n. 50, di conversione del d.l. n. 4 del 2010, che ha aggiunto due periodi al quinto comma dell'articolo 2 *ter* della l. n. 575 cit., i quali apprestano tutela, all'interno del procedimento di prevenzione dinanzi al tribunale, ai terzi titolari su beni immobili sequestrati dei seguenti diritti: di una quota indivisa; di diritti reali di godimento o di garanzia. Costoro, infatti, «possono intervenire nel procedimento con le medesime modalità al fine dell'accertamento di tali diritti, nonché della loro buona fede e dell'inconsapevole affidamento nella loro acquisizione». Sulle stessa linea si è mosso il d.lgs. n. 159 del 2011 che, all'art. 52, stabilisce che la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, sempre che: l'escussione del restante patrimonio del proposto sia risultata insufficiente al soddisfacimento del credito, salvo per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati; il credito non sia strumentale all'attività illecita o a quella che ne costituisce il

sanzionatorio (e quindi la considerano pena)⁵⁶, si contrappone chi la considera un'attività preventiva (non punitiva) volta a privare il mafioso di beni che possono provocarne la pericolosità futura, essendo il mezzo necessario per la perpetrazione dei reati⁵⁷. Il dibattito, specie dopo gli interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla natura delle sanzioni, sembra sempre più acceso e lontano dal trovare soluzione⁵⁸.

A seguito delle numerose riforme intervenute dopo il 1982, la disciplina non ha subito invero grandi modifiche. Il profilo di cambiamento maggiore riguarda la separazione tra misure di prevenzione personali e patrimoniali, in termini di applicazione disgiunta. Un percorso che attraverso i Pacchetti sicurezza del 2008 e del 2009⁵⁹ ha portato all'art. 18 d.lgs. n. 159 cit., in base al quale «le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione»⁶⁰. Si deve pensare ai casi in cui il

frutto o il reimpiego, a meno che il creditore dimostri di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità; sia provato il rapporto fondamentale ove il diritto derivi da promessa di pagamento, ricognizione di debito o titoli di credito. Inoltre i cc. 4 e 5 dello stesso articolo sanciscono che, quanto ai diritti personali o reali di godimento, la confisca ne determina sì l'estinzione, ma ai rispettivi titolari spetta in prededuzione un equo indennizzo commisurato alla durata residua del diritto medesimo. Infine i cc. 7 e 8 concedono ai proprietari in buona fede di beni in comunione un diritto di prelazione per l'acquisto della quota confiscata al valore di mercato o, in alternativa, la corresponsione di una somma equivalente al valore attuale della propria quota di proprietà, nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente. Sulla tendenza della giurisprudenza a riconoscere maggiore tutela ai terzi già prima delle citate riforme, v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 63 ss e 601 e EAD., *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2008, 173 ss.

⁵⁶ E. AMODIO, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in, *Giust. pen.*, 1985, III, 634. L'autore in verità vi riconosce un carattere sostanzialmente repressivo. Attribuiscono al sequestro e alla confisca antimafia natura sanzionatoria ed escludono qualsiasi tutela nei confronti dei terzi, tra gli altri, P. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge antimafia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 84; A. MAISANO, *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 897; L.A. RUSSO, *La gestione dei patrimoni sequestrati e la tutela dei terzi nel sistema della l. n. 646/82*, in *Il Fallimento*, 1985, 1008. La qualificano come sanzione penale, seppure di genere anomalo, C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988, 27 ss.

⁵⁷ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 123. L'autore ritiene che tale posizione possa essere avvalorata dalla previsione di un'altra confisca disciplinata al co. 7 dell'art. 416 bis c.p. la quale sarebbe molto più limitata di quella preventiva in quanto avente ad oggetto le cose pertinenti il reato. Sostiene la natura preventiva della confisca anche C. VISCONTI, *Prospettive per recidere*, cit., 6.

⁵⁸ Sul punto, v. cap. II, sez. II.

⁵⁹ Su tale percorso, v. A.M. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia*, AA.VV., *Scenari di mafia*, cit., 280 ss.

⁶⁰ La previsione era stata già introdotta con il d.l. 92/2008, convertito con L. 125/2008 all'art. 2-bis, comma 6-bis, l. 575/1965. Per un quadro delle modifiche intervenute col d.l. 92/2008 v. L. FILIPPI, M. F. CORTESI, *Novità sulle misure di prevenzione*, in AA.VV., *Il Decreto sicurezza – d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, 254; P. GIORDANO, *Senza controllo sull'effettiva applicazione la filosofia dell'inasprimento non basta*, in *Guida al dir.*, 32/2008, 81.

proposto sia deceduto o sia residente o dimorante all'estero (art. 18 co. 4, d.lgs. n. 159/2011) o già sottoposto a misura di sicurezza detentiva o a libertà vigilata (art. 18 co. 5, d.lgs. n. 159 cit.) o, infine, alle ipotesi di cessazione o revoca delle misure di prevenzione personale e più in generale quando manchi il requisito della pericolosità al momento della confisca.

Secondo una parte della dottrina, tale mutamento non implica che il giudice possa fare a meno di accertare la pericolosità di un soggetto al momento dell'acquisizione dei beni, ma elimina la possibilità che lo strumento non possa essere adottato in caso di cessazione della stessa⁶¹. Non si sarebbero pertanto modificati (più di tanto) i presupposti probatori, ma si sarebbe soltanto rimosso un limite al potere ablatorio dello Stato⁶².

Se pure tali conclusioni siano condivisibili, ci sembra che l'aver dichiarato espressamente tale separazione sia il sintomo di un nuovo scopo delle misure di prevenzione; il progressivo cammino verso l'*actio in rem* che peraltro contraddistingue, fin dagli anni '90, la misura preventiva che ci accingiamo ad analizzare, vale a dire la "sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni". Sul punto avremo modo di svolgere qualche altra riflessione; per adesso ci limitiamo a chiosare che una misura afflittiva che prescindendo oltre che dalla colpevolezza anche dalla pericolosità rischia di diventare uno "strumento" pericoloso e difficile da domare.

3. La sospensione temporanea: i *precedenti*

Siamo giunti al tema centrale della nostra indagine che riguarda la misura provvisoria prevista all'art. 3 *quater* del l. 565/65 (introdotto, assieme all'art. 3 *quinquies*, dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella l. 7 agosto 1992, n. 356)⁶³ e oggi confluita, con poche modifiche, nell'art. 34 del c.d. Codice Antimafia. Nella formulazione originaria essa era stata definita "sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni"; l'art. 34 cit. è invece rubricato "L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche".

Come vedremo nel dettaglio, con questa misura la sanzione preventiva si slega dalla pericolosità sociale del soggetto, tanto che si parla di un procedimento non *in personam*, ma

⁶¹ A. MENDITTO, *Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (Libri I, II, IV e V): esame, osservazioni e proposte*, in *penale contemporaneo.it*, 1 luglio 2011, 48.

⁶² Trib. Napoli, decr. 9 dicembre 2010, cit.

⁶³ Per un'analisi della disciplina V. AIELLO, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex art. 3-quater e 3-quinquies l. 575/65 quali misure aventi ad oggetto i beni di pertinenza del terzo (persona fisica o giuridica) esercente l'attività agevolatrice*, in AA.VV., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di A.M. Maugeri, Milano, 2008, 341 ss.

in rem, basato sulla cosiddetta finzione che sia la proprietà ad essere colpevole⁶⁴. Essa evoca la *civil forfeiture* americana⁶⁵, anch'essa basata su tale finzione (della c.d. *tainted property*) e nell'ambito della quale il proprietario è ritenuto responsabile per gli sbagli compiuti da coloro ai quali decide di affidare i suoi beni⁶⁶. Quella anglosassone è una misura ablatoria fondata su una sorta di accusa di negligenza che viene imputata al proprietario. Questi non viene invece mai accusato (né quindi il suo patrimonio sottoposto a confisca) quando dimostra di aver fatto tutto quello che razionalmente ci si poteva aspettare nel prevenire l'uso illegittimo del bene⁶⁷. La finzione alla base di questa confisca statunitense ha ricevuto moltissime critiche dalla dottrina, alla luce del fatto che i beni non potrebbero mai essere "colpevoli" e che tale *fiction* potrebbe comportare la violazione di principi fondamentali⁶⁸. Analoghe obiezioni non sembrano mancare, né tardare, neppure nel panorama dottrinale italiano.

Come sostenuto dalla giurisprudenza, la sospensione (ma anche la successiva confisca) è stata introdotta per «frenare un fenomeno ben noto da tempo e derivante dall'esigenza delle associazioni mafiose di riciclare le consistenti disponibilità finanziarie provenienti dalle attività lecite alle quali esse sono dedite. Laddove, infatti, l'accumulazione criminale è tale da superare la necessità di reinvestimento nel medesimo settore, aumenta il travaso di risorse finanziarie verso i comparti legali dell'economia»; l'*infiltrazione* può avvenire in maniera diretta o indiretta, ma soprattutto attraverso «imprese individuali o società già operanti, la cui autonomia gestionale viene condizionata con i sistemi tipici di siffatte associazioni»⁶⁹.

⁶⁴ A.M. MAGUERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 412.

⁶⁵ In ambito federale, tale strumento risale al *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* (21 U.S.C. § 881) che ha introdotto un procedimento *in rem* per l'applicazione della *civil forfeiture*, che non presuppone la condanna del proprietario. Nel 1984, con il *Comprehensive Crime Control Act*, ne è stato allargato l'ambito di applicazione a qualunque bene in qualunque modo usato o che si intendeva usare in connessione con il traffico di droga. Il 18 U.S.C. § 981 prevede, invece, il *government's civil money laundering forfeiture provision* (la confisca connessa al riciclaggio) e ben 140 statuti federali autorizzano la *civil forfeiture* di cose connesse al reato. Sul punto, v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 281 ss. e cap. III e, nella letteratura anglosassone, L.W. LEVY, *A License to Steal: The Forfeiture of Property*, Chapil Hill, 1996, *passim*; T.G. REED, *On the Importance of Being Civil: Constitutional Limitations on Civil Forfeiture*, in *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 1994, 39, 255. Di recente, T. BARNET, *Legal Fiction and Forfeiture: An Historical Analysis of the Civil Asset Forfeiture Reform Act*, in *Duq. L. Rev.* 2001, 44, 77; E.E. MCCAW, *Asset forfeiture as a Form of Punishment: A Case for Integrating Asset Forfeiture into Criminal Sentencing*, in *Am. J. Crim. L.*, 2011, 38, 181; M.R. WILLIAMS, *Inst. for Just., Policing for Profit: The Abuse of Civil Asset Forfeiture* 6-7 (2010), rinvenibile in http://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf.

⁶⁶ Justice Blackmun, nel caso *Austin v. United States*, 509, US 602 (1993) in P.W. LOW, *Federal Criminal Law*, New York, 2 ed., 2003, 915.

⁶⁷ V. *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 US 633 (1987) at 689-90.

⁶⁸ Tra gli altri, v. S.T. NOYA, *Hoisted by Their Own Petard: Adverse Inference in Civil forfeiture*, in *Jour Crim. Law & Crim.*, 1996, 86, 500; T.G. REED, *On the importance of being civil*, cit., 258.

⁶⁹ App. Palermo, decreto 1 ottobre 1996, Tre Noci s.r.l. e altri, in *Cass. pen.*, 1997, 2257.

Tali misure sono state previste, in altre parole, per «far luce nel sottobosco della “contiguità” fra ambienti dell’economia e criminalità organizzata»⁷⁰. Con tali strumenti si agisce quindi su soggetti estranei all’associazione e su beni che provengono dall’organizzazione mafiosa (o, come vedremo, sono in qualche modo collegati ad essa). Viene meno il principio di necessità dello stretto nesso tra la persona che deve subire la sanzione e la cosa ritenuta pericolosa⁷¹. Si tratta, come è stato sostenuto, di strumenti con una portata dirompente⁷².

Il carattere innovativo di tali misure non riguarda tuttavia soltanto la *ratio* di intervento, ma altresì le modalità. L’ordinamento agisce infatti non soltanto con l’ablazione dei beni, ma soprattutto sulla gestione delle imprese. Nonostante l’innegabile novità, è il caso di ricordare che esistono nel panorama nazionale e straniero due importanti precedenti, sui quali vale la pena di intrattenersi prima di passare all’analisi della norma vigente. Si tratta degli artt. 22, 23, 24 della c.d. Legge Reale (l. 22 maggio 1975, n. 152) e del *RICO Statute*, i quali hanno anticipato la misura della *sospensione temporanea* sia in relazione alla modalità di intervento sia in relazione agli scopi.

3.1 La sospensione dell’amministrazione dei beni nella legge Reale

Già prima dell’intervento riformatore del 1992, nel nostro ordinamento era prevista una misura sospensiva, la quale sarebbe stata, secondo alcuni, la prima vera e propria misura di prevenzione del panorama normativo italiano⁷³. Si tratta della sospensione prevista agli artt. 22, 23, 24 della c.d. Legge Reale (l. 22 maggio 1975, n. 152)⁷⁴.

⁷⁰ V. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 341. Sulla contiguità tra criminalità organizzata e mondo imprenditoriale, v. G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori*, cit., 472 ss.; C.E. GROSSO, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione*, cit., 192 ss. e C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., *passim*.

⁷¹ Sul punto, v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 412 che ricorda come il legislatore abbia in tal modo aderito a un orientamento giurisprudenziale. Sul punto v. anche App. Catania, 21 novembre 1997, Spampinato, in *Cass. pen.*, 1998, 2726-2730.

⁷² M. DI RAIMONDO, *Diritto di polizia*, Rimini, 1995, 541.

⁷³ P. MILETTO, *Le misure di prevenzione*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretto da F. Bricola, G. Zagrebelsky, Torino, 1989, 192.

⁷⁴ Ai sensi della l. 22 maggio 1975, n. 152 «Il giudice può aggiungere ad una delle misure di prevenzione previste dall’art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, quella della sospensione provvisoria dall’amministrazione dei beni personali, esclusi quelli destinati all’attività professionale o produttiva quando ricorrono sufficienti indizi che la libera disponibilità di essi da parte delle persone indicate negli articoli 18 e 19 agevoli comunque la condotta, il comportamento o l’attività socialmente pericolosa prevista nelle norme suddette.

Il giudice può altresì applicare, nei confronti delle persone suddette, soltanto la sospensione prevista dal comma precedente se ritiene che essa sia sufficiente ai fini della tutela della collettività. La sospensione può essere inflitta per un periodo non eccedente i 5 anni. Alla scadenza può essere rinnovata se

Tali norme prevedevano che, oltre alle misure di prevenzione previste dalla legge n. 1423 del 1956, potesse essere disposta anche la sospensione provvisoria dell'amministrazione di alcuni beni ove ricorressero «sufficienti indizi che la libera disponibilità di essi da parte delle persone indicate negli articoli 18⁷⁵ e 19⁷⁶ agevoli comunque la condotta, il comportamento o l'attività socialmente pericolosa prevista nelle norme suddette». È bene precisare che dall'ambito applicativo di tale provvedimento venivano esclusi espressamente i beni riguardanti l'attività professionale e produttiva.

Parte della dottrina ha sostenuto che tale misura fosse non già reale, o patrimoniale, ma personale, agendo più precisamente come limitazione temporanea della sfera giuridica del titolare⁷⁷. Ci sembra tuttavia – e questa è l'opinione della dottrina maggioritaria⁷⁸ – che tale

permangono le condizioni in base alle quali è stata applicata» (art. 22); «Con il provvedimento con cui applica la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni il giudice nomina un curatore speciale scelto tra gli iscritti negli albi degli avvocati, dei procuratori legali, dei dottori commercialisti o dei ragionieri. Al curatore si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48 e 88 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, sostituito al tribunale fallimentare il tribunale che ha pronunciato il provvedimento e al giudice delegato un giudice di detto tribunale delegato dal presidente. Il curatore, entro un mese dalla nomina, deve presentare una relazione particolareggiata sui beni della persona socialmente pericolosa, indicandone il preciso ammontare e la provenienza, nonché sul tenore della vita di detta persona e della sua famiglia e su quanto altro può eventualmente interessare anche ai fini di carattere penale.» (art. 23); «La persona a cui è stata applicata la sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni, la quale con qualsiasi mezzo, anche simulato, elude o tenta di eludere l'esecuzione del provvedimento è punita con la reclusione da tre a cinque anni. La stessa pena si applica a chiunque, anche fuori dei casi di concorso nel reato, aiuta la persona indicata a sottrarsi all'esecuzione del provvedimento. Per il reato di cui al comma precedente si procede in ogni caso con giudizio direttissimo e si prosegue con il medesimo rito anche in deroga agli articoli 502 e 504 del codice di procedura penale.» (art. 23).

Ricordiamo che tali disposizioni erano citate nell'art. 2 *ter* della legge 575/1965, che in tal modo poneva un'alternativa tra sequestro cautelare e sospensione dell'amministrazione.

⁷⁵ Ossia, «coloro che: a) operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale; 2) abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente; 3) compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della citata legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; 4) fuori dei casi indicati nei numeri precedenti, siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato nel precedente n. 1)» (art. 18, co. 1). Nonché, gli istigatori, i mandanti e i finanziatori (art. 18, co. 2) e le «persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali» (art. 18 co. 4). (Questo il testo delle disposizioni, così come modificate all'art. 7, d.l. 18 ottobre 2001, n. 374.e dall'articolo 14 del d.l. 27 luglio 2005, n. 144 e modificato dall' articolo 11 del d.l. 23 maggio 2008, n. 92).

⁷⁶ Si tratta delle «persone indicate nell'articolo 1, numeri 1) e 2) della legge 27 dicembre 1956, n. 1423».

⁷⁷ E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, cit., 15; C. MACRÌ, V. MACRÌ, *La legge antimafia*, cit., 111.

⁷⁸ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 337. È stato anche sostenuto che le norme sarebbero assimilabili, non soltanto quanto agli effetti, a quelle fallimentari, peraltro richiamate in materia di

tesi non sia condivisibile, in quanto l'effetto della sospensione, se pur soltanto indirettamente, si ripercuoterebbe in ogni caso nella disposizione patrimoniale. Si tratterebbe sì di una compressione della libertà del soggetto, ma che andrebbe ad intaccare la "gestione" del patrimonio.

Nonostante la sua portata innovativa, tale misura ha trovato una scarsissima applicazione, specie in materia antimafia. Ciò sarebbe dipeso dal modo in cui fu costruita la norma: la sospensione agisce infatti sui quei beni la cui libera disposizione può agevolare la commissione o la reiterazione di condotte illecite⁷⁹; i destinatari sono inoltre soggetti la cui pericolosità raggiunge già i profili delle fattispecie di attentato.

Queste misure si applicherebbero conseguentemente non già *ante delictum*, ma in presenza di un reato accertato, se pur di pericolo⁸⁰ ed avrebbero una natura spiccatamente sanzionatoria. Ciò nondimeno, una parte del profilo preventivo sarebbe recuperato dal presupposto soggettivo, consistente nella (indeterminata) condotta agevolatoria.

«L'assetto strutturale della norma oscilla dunque fra una dimensione preventiva ed una repressiva, con un movimento pendolare»⁸¹.

Nondimeno, come avremo modo di osservare, sia la natura ibrida o difficilmente definibile, sia il presupposto soggettivo di tali provvedimenti sono tratti assai vicini a quelli della sospensione di cui all'art. 3 *quater* l. n. 575 cit.

Ciò che potrebbe più ragionevolmente spiegare l'inefficacia della legge Reale nel contrasto alla mafia è invece costituito dall'oggetto, dato che, come si è detto, il legislatore ha scelto di escludere dalla sfera applicativa di tale sospensione proprio i beni inerenti alle attività professionali e quelli c.d. produttivi (oltre, ancora, a quelli personali previsti dall'art. 46 della legge fallimentare)⁸².

gestione, custodia e affidamento. Su tale assimilazione v. P.L. VIGNA, G. BELLAGAMBA, *La legge dell'ordine pubblico*, Milano, 1975, 130. Secondo altri si tratterebbe invece di una misura molto vicina all'amministrazione controllata. V. C. MACRÌ, V. MACRÌ, *La legge antimafia*, cit., 11.

⁷⁹ Per osservazioni sul punto, v. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico*, in *Quest. Crim.*, 1975, 275 s.

⁸⁰ D'altra parte, come sostiene un autore (A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 338), anche la legge del 1965 descriverebbe illeciti penali veri e propri con l'unica differenza determinata dal *quantum probatorio*.

⁸¹ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 338.

⁸² Il quale, nella formulazione successiva alla riforma del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, include tra i beni personali (e quindi non inclusi nel fallimento):

- «1) i beni ed i diritti di natura strettamente personale;
- 2) gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia;

Come è stato sostenuto, tale scelta derivava dal fatto che la legge intendeva colpire la criminalità terroristica o eversiva la quale, almeno secondo i primi studi, aveva una minore relazione con l'attività economica lecita⁸³. Le misure della legge Reale sarebbero state, in sostanza, pensate per altre forme di criminalità e apparirebbero difficilmente esportabili sul terreno della criminalità mafiosa⁸⁴.

La tesi in ultimo prospettata è più condivisibile, ma ci sembra che comunque non colga nel segno. Riteniamo che la scarsa applicazione del provvedimento della c.d. Legge Reale nei confronti delle organizzazioni mafiose non derivi (soltanto) dalla modalità di descrizione dell'oggetto della sospensione, né dalle succitate differenze con le vigenti misure preventive.

Non crediamo infatti che la insufficiente applicazione della sospensione sia dipesa soltanto dalla struttura e dalla formulazione di questa disposizione. Quanto fin qui detto, ci può portare piuttosto a concludere che la sospensione della legge Reale e l'amministrazione giudiziaria, pur vicine nelle modalità, fossero assai dissimili per *ratio* e principi ispiratori. Nondimeno, è plausibile che, anche laddove la disciplina fosse stata "*disegnata*" in modo diverso, la sua applicazione non sarebbe stata comunque frequente. Come osserveremo nel prosieguo, infatti, la stessa sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni *ex art. 3 quater* l. n. 575/1965 ha trovato (soprattutto) per il primo decennio un'applicazione (a dir poco) rara.

3) i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 del codice civile;

4) le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge».

Si ricorda che nella formulazione previgente esso escludeva dal fallimento anche i frutti dei beni costituiti in dote e i crediti dotati, salvo quanto è disposto dall'articolo 188 del codice civile.

⁸³ Questa l'opinione di A. MANGIONE, *LA misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 339. L'autore ne evidenzia però il possibile coordinamento con la confisca *ex art. 2 ter*. In particolare, osserva come tale articolo, al comma 2, consentiva di ricorrere al meccanismo della sospensione in luogo del sequestro. In tal caso, il rapporto tra le due misure dovrebbe essere risolto secondo l'autore sul modello della "gradualità", nel senso che il giudice dovrebbe optare per la sospensione quando possibile, in quanto in grado di agire in via preventiva senza condurre il proposto in uno stato di criminogena indigenza (anche sul punto, C. TAORMINA, *Il provvedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano. 1988, 232 ss). La sospensione avrebbe una portata pedagogica e recuperativa molto maggiore rispetto al binomio afflittivo sequestro/confisca e si troverebbe quindi in una situazione di "priorità logica". L'autore precisa tuttavia che il ruolo special-preventivo della misura non ne precluderebbe l'effetto fortemente stigmatizzante; inoltre, la misura sarebbe sì basata su una sorta di (assai indeterminata) pericolosità sociale ma comunque connessa alla libera disposizione dei beni, e quindi su una pericolosità quindi più reale che personale. Nonostante il possibile utilizzo Mangione non nasconde perplessità circa l'effettivo rapporto sussidiario tra sospensione-sequestro-confisca. Sul tale rapporto e l'effetto afflittivo della misura v. *infra*.

⁸⁴ Vedi anche le aspre critiche di E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, cit., 16. C. MACRÌ, V. MACRÌ, *La legge antimafia*, cit.,

Molteplici possono essere le ragioni. Riteniamo (e cercheremo di verificarlo nelle pagine che seguono) che la causa principale vada rintracciata nell'assenza di una chiara presa di coscienza dell'ordinamento circa i rapporti esterni della criminalità organizzata, soprattutto in ambito economico, in un momento in cui l'attenzione e gli sforzi della *law enforcement* erano (quasi) del tutto incentrati sulla comprensione della fisionomia interna delle *mafie*.

3.2 *Racketeering Influenced and Corruption Organizations Act*, sezioni 1961-1986, titolo 18 *United States Code*

Se la legge del '75 costituì il *precedente* della misura (sospensiva) applicabile agli enti in relazione alle modalità d'intervento, rispetto alla *ratio* d'azione uno strumento simile va ricercato oltreoceano. Ci riferiamo al c.d. RICO (*Racketeering Influenced and Corruption Organizations Act*, sezioni 1961- 1986, titolo 18 *United States Code*) che è a sua volta una parte dell'*Organized Crime Control Act* del 1970. Torneremo più volte sul modello nordamericano che, a nostro parere, offre spunti interessanti in un'ottica di comparazione funzionale. Ci sembra però il caso di offrire sin d'ora qualche cenno, poiché esso ha anticipato (e per alcune disposizioni "di molto") il tema della lotta patrimoniale antimafia e, soprattutto, quello del contrasto all'infiltrazione della criminalità organizzata nel mercato lecito.

Nella sezione 1 del Public Law 91-42 si possono rintracciare gli intenti del Congresso nell'adottare il *RICO statute*:

«*Congressional Statement of finding and purpose:*

The congress finds that (1) organized crime in the United States is a highly sophisticated, diversified, and widespread activity that annually drains billions of dollars from America's economy by unlawful conduct and the illegal use of force, fraud and corruption; (2) organized crime derives a major portion of its power through money obtained from such illegal endeavours as syndicate gambling, loan sharking,, the theft and fencing of property, the importation and distribution of narcotics and other dangerous drugs, and other forms of social exploitation; (3) this money and power are increasingly used to infiltrate and corrupt legitimate business and labour unions and to subvert and corrupt pur democratic processes; (4) organized crime activities in the United States weaken the stability of the Nation's economic system, harm innocent investors and competing organization interfere with free competition, seriously burden interstate and foreign commerce, threaten the

domestic security, and undermine the general welfare of the Nation and its citizens; and (5) organized crime continues to grow because of defects in the evidence-gathering process of the law inhibiting the development of the legally admissible evidence necessary to bring criminal and other sanctions or remedies to bear the unlawful activities of those engaged in organized crime and because the sanctions and remedies available to the Government are unnecessarily limited in scope and impact.

It is the purpose of this Act to seek the eradication of organized crime in the United States by strengthening the legal tools in the evidence-gathering process, by establishing new penal prohibitions, and by providing enhanced sanctions and new remedies to deal with the unlawful activities of these engaged in organized crime».

È impossibile non notare la precisione negli scopi e la consapevolezza del Congresso nordamericano (almeno in teoria) nel definire il problema dell'infiltrazione mafiosa nel mercato, che invece appaiono tutt'oggi mancare nelle parole del legislatore italiano.

Cercando di delineare i tratti salienti del *Rico Statute*, ricordiamo che esso punisce (con rimedi civili, ordini restrittivi, e soprattutto con la confisca) ogni persona che abbia ricevuto proventi derivanti da attività di *racketeering*, per aver usato o investito gli stessi nell'acquisizione di interessi, di un qualsiasi rapporto o di un'operazione con un'impresa la cui attività riguarda il commercio tra Stati o straniero; ogni persona che, attraverso la commissione di un insieme di atti di *racketeering*, acquisisce o mantiene ogni interesse o controllo in un'impresa che la cui attività riguarda il commercio tra Stati o stranieri; ogni persona, che, essendo dipendente o associata ad un'impresa la cui attività riguarda il commercio tra Stati o straniero, gestisce gli affari di tale impresa attraverso un insieme di atti di *racketeering*⁸⁵.

Il *RICO criminal forfeiture statute*, 18 U.S.C. § 1963 autorizza la confisca di tre tipi di beni e sancisce che chiunque violi il § 1962 (in cui troviamo le attività che abbiamo descritto sopra) può subire oltre alla pena della reclusione e della multa anche la confisca di: «1) *any interest the person has acquired or maintained in violation of § 1962*; 2) *any interest in, security of, claim against or property or contractual right of any kind affording a source of influence over, any enterprise which the person has established, operated, controller, conducted, or participated in the conduct of, in violation of § 1962*; and 3) *any property constituting, or derived from, any proceeds that the person obtained, directly or indirectly,*

⁸⁵ Ampiamente, sul RICO, v. P.W. LOW, *Federal Criminal Law*, cit., 585 ss.; R. BLAKEY, J.R. BLAKEY, *Civil and Criminal RICO: An Overview of the Statute and Its Operations*, in *Def. Couns. J.*, 1997, 64, 43.

*from racketeering activity or unlawful debt collection in violation of § 1962»⁸⁶. La criminal forfeiture del RICO si distingue peraltro dalle altre forme di confisca presenti negli Stati Uniti poiché si tratta di un provvedimento *in personam* e non *in rem*, poiché agisce soltanto dopo la condanna e può avere ad oggetto soltanto i beni dell'imputato⁸⁷.*

Riaffronteremo le misure previste dallo Statuto nelle pagine che seguono. Ma subito emerge come la preoccupazione del Congresso fosse quella di rispondere al tema dell'infiltrazione della criminalità organizzata, sebbene il fine più ampio fosse quello di privare la criminalità organizzata del profitto⁸⁸. Sin d'ora si coglie la coscienza dell'ordinamento anglosassone circa la rilevanza della criminalità organizzata nell'economia e soprattutto il ruolo che strumenti di tipo patrimoniale possono giocare nel contrastare tale fenomeno⁸⁹.

4. La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, oggi "Amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche"

La panoramica storica ci ha mostrato come l'intero *corpus* delle misure di prevenzione patrimoniali sia volto specificamente a interrompere il rapporto tra crimine e profitto.

La misura che analizzeremo (e anche la successiva eventuale confisca) sembra invece fare un passo in avanti, differenziandosi dallo strumento ablatorio di cui all'art. 2 *ter* l. n. 575 cit. (oggi art. 24 d.lgs. 159 cit.) per presupposti, soggetto destinatario, modalità di intervento e, non ultima, *ratio*.

Come detto, essa è prevista all'art. 34 d.lgs. n. 159 cit. Prima di procedere all'amministrazione giudiziaria o alla confisca, il primo comma della citata disposizione stabilisce però che il Procuratore della Repubblica (presso il Tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona), il questore o il direttore della Direzione investigativa antimafia⁹⁰ possono disporre ulteriori indagini e verifiche nei confronti di determinate attività

⁸⁶ Per un'analisi dettagliata del RICO *forfeiture*, v. J. GURULÉ, S. GUERRA THOMNPOSON, M. O'HEAR, *The Law of Asset Forfeiture*, San Francisco, 2 ed., 2000, 223 ss.

⁸⁷ W.W. TAYLOR III, *Forfeiture under 18 U.S.C. par. 1963 – Rico's Most Powerful Weapon*, in *Ann. Crim. L. Rev.*, 1980, 17, 380.

⁸⁸ Sul punto anche *Russello v. United States*, 464 U.S. 16, 28 (1983); *United States v. Buscher*, 817 F. 2d 1409, 1413 (9th cir. 1987) *cert. denied*, 465 U.S. 1005 (1984).

⁸⁹ V. R. BLAKEY, B. GETTINGS, *Racketeering Influenced and Corrupt Organization (RICO): Basic Concepts-Criminal and Civil Remedies*, in *Tempo. L.Q.*, 1980, 53, 1009; M. GOLDSMITH, *RICO and enterprise Criminality: A Response to Gerard E. Lynch*, in *Colum. L. Rev.*, 1988, 88, 774; G. TESSITORE, *La nuova legge antimafia e il precedente "modello" americano: spunti comparatistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1043 ss.

⁹⁰ L'originario art. 3 *quater* l. 575 cit. ne attribuiva la titolarità soltanto al Procuratore della Repubblica e al Questore. Le parole «presso il tribunale del capoluogo del distretto, il direttore della Direzione investigativa

economiche, comprese quelle imprenditoriali. Tali accertamenti possono essere disposti nei confronti di quelle attività che risultino, sulla base di sufficienti indizi e a seguito degli accertamenti compiuti sull'attività finanziaria dei soggetti (*ex art. 19 d.lgs. 159 cit.*) o di quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione da parte della delinquenza di tipo mafioso, direttamente o indirettamente sottoposte alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'articolo 416 *bis* c.p. o «che possano agevolare l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale» per taluno dei delitti di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b). Gli stessi soggetti, in presenza dei medesimi presupposti, possono altresì obbligare chi ha «la disponibilità o la proprietà, a qualunque titolo, di beni di valore sproporzionato al proprio reddito o alla propria capacità economica di giustificarne la legittima provenienza». Le indagini e l'obbligo possono nascere soltanto ove non ricorrano i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione.

Il secondo comma dell'art. 34 disciplina invece la misura sospensiva e stabilisce che il tribunale dispone inoltre l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, nelle predette attività, quando ricorrono sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio delle stesse «agevoli l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416-bis, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter del codice penale».

La misura è adottata per un periodo non superiore a sei mesi e può essere rinnovata per un tempo non superiore a dodici mesi (art. 34, co. 3, d.lgs. 159 cit.).

A seguito dell'emanazione del provvedimento sospensivo, vengono nominati il giudice delegato e l'amministratore giudiziario (art. 34, co. 2, d.lgs. 159 cit.); in particolare quest'ultimo deve, entro trenta giorni dalla nomina, redigere una relazione particolareggiata dei beni sottoposti all'amministrazione e presentarla al giudice delegato, nonché prendere in consegna i libri sociali e le scritture contabili⁹¹.

antimafia» sono state introdotte con la lettera *f*) del comma 1 dell'art. 10, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, così come convertito il legge.

⁹¹ Tale obbligo dell'amministratore è oggi previsto all'art. 36 d.lgs. 159 cit. nel capo I "L'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati", titolo III, "L'amministrazione, la gestione e la disposizione dei beni sequestrati e confiscati". Nella legge n. 575 cit. tale obbligo era invece previsto all'art. 2 *septies*, espressamente richiamato dall'art. 3 *quater*.

Nei quindici giorni antecedenti alla scadenza dei primi sei mesi di amministrazione giudiziaria, il Tribunale deve operare una scelta tra le seguenti opzioni: 1) revocare la sospensione, se sono venute meno «le condizioni in base alle quali è stata applicata»; 2) revocarla con riserva, disponendo il «controllo giudiziario», ossia l'obbligo per un periodo non inferiore a tre anni a carico del titolare dell'attività economica di comunicare tutti gli atti gestionali e dispositivi di valore non inferiore a 25.000 € 3) rinnovare la sospensione, se permangono le condizioni predette; 4) disporre la confisca dei beni «che si ha motivo di ritenere siano frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego» (art. 34, co. 7 e 8, d.lgs. 159 cit.)⁹².

La norma, come abbiamo detto, è rimasta nella sostanza immutata ed è nata, agli inizi degli anni '90, proprio a seguito dell'avvertita esigenza di contrastare un fenomeno fino a quel punto poco considerato, l'infiltrazione della criminalità organizzata nel mercato geneticamente sano⁹³, e per spezzare il legame tra criminalità organizzata e mercato, assai difficile da definire, criminologicamente, legalmente ed economicamente.

Siamo di fronte a una misura *ante o praeter delictum* che si applica *in rem* in presenza di un *quantum* probatorio assai minore rispetto a quello necessario per una condanna penale⁹⁴.

Astrattamente questo istituto è destinato ad operare al cospetto di imprese che, pur non rientrando nella disponibilità, diretta o indiretta, del mafioso o di soggetti portatori di pericolosità qualificata, possono apportare un contributo agevolatore in favore dell'attività illecita svolta da parte degli associati e agisce anche (e anzitutto) attraverso una ingerenza dello Stato nella gestione e sul controllo societario⁹⁵.

Tale misura rappresenta in definitiva, per *ratio* e modalità d'intervento, uno strumento del tutto originale, ma, al contempo, suscita non poche perplessità. I profili problematici analizzati dalla dottrina nel tempo sono infatti tutt'altro che trascurabili e riguardano la natura

⁹² L'art. 34 d.lgs. 159/2011 prevede, inoltre, la possibilità di sottoporre i beni in questione sotto sequestro qualora sussista «concreto pericolo che i beni sottoposti al provvedimento di cui al comma 2 vengano dispersi, sottratti o alienati» (art. 34, co. 9, d.lgs. 159/2011).

⁹³ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 341; v. anche, C.F. GROSSO, *Le contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa*, cit., 192; G. FIANDACA, *Le contiguità mafiose degli imprenditori*, cit., 472 ss.

⁹⁴ Tale disposizione prevede inoltre un arretramento della soglia minima necessaria per dare avvio alle indagini, dato che, come si è detto, è sufficiente anche un stato di vittimizzazione dell'ente affinché si possano richiedere indagini e verifiche ulteriori. V. F. CURI, *Le misure di prevenzione: profili sostanziali*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di P. Corso, G. Insolera, L. Stortoni, Torino, 1995, II, 223

⁹⁵ Tale ingerenza si ritrovava anche nell'istituto della sospensione dell'amministrazione *ex art. 3 quater* l. n. 575/1965.

e l'efficacia della misura, l'individuazione dell'oggetto cui è destinata, la tecnica di tipizzazione della norma che la prevede, e, infine, la sua legittimità costituzionale.

Cercheremo in questa sede di delineare i tratti essenziali della fattispecie preventiva (specie nella tipizzazione dei presupposti applicativi) e soprattutto di individuare i destinatari dell'amministrazione giudiziaria. Faremo ciò per valutare se ci troviamo di fronte a quella particolare pericolosità che caratterizza i soggetti a cui si applica una misura *praeter delictum* e che giustificherebbe la limitazione delle garanzie tipica del sistema preventivo.

5. I soggetti destinatari dell'amministrazione giudiziaria

Accennando alla struttura dell'art. 34 d.lgs. 159 cit., si è visto come prima dell'applicazione delle misure preventive vere e proprie, possano essere poste in essere nuove indagini nei confronti dell'attività economica "contigua" all'organizzazione mafiosa o a quella "vittima". Solo al primo tipo di ente potrà poi applicarsi la misura (che per ora definiamo) *cautelare* dell'amministrazione giudiziaria.

I destinatari di quest'ultima sono, come detto, soltanto «le attività economiche che agevolano le attività poste in essere da soggetti nei confronti dei quali è proposta o applicata una misura di prevenzione personale o soggetti sottoposti a procedimento penale» per alcuni gravi reati tra cui quello previsto dall'art. 416 *bis* c.p..

È chiaro che i punti più oscuri in relazione al soggetto destinatario (che a dire il vero coincide anche con i c.d. presupposti applicativi) riguardano la definizione a) delle attività economiche; b) del concetto di "agevolare"; c) e (le attività poste in essere da) dei c.d. proposti (ossia, coloro nei confronti dei quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale alcuni reati).

I soggetti che possono essere destinatari di una misura di prevenzione (anche soltanto proposta) sono individuati dall'art. 4, d.lgs. n. 159/2001, in base al quale le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono applicarsi nei confronti degli indiziati di appartenere ad un'associazione mafiosa (lett. a); dei soggetti indiziati di uno dei reati di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. nonché dell'art. 12 *quinquies* l. 7 agosto 1992 n. 356 (lett. b); dei soggetti di cui all'art. 1 (soggetti destinatari delle misure applicate dal questore), tra i quali in particolare rientrano quelli «abituamente dediti a traffici delittuosi», coloro che «sulla base di elementi di fatto vivono abitualmente, anche se in parte, con i proventi di attività delittuose», nonché coloro che «risultano dediti alla commissione di reati che offendano o mettano in

pericolo l'integrità fisica e morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza e la tranquillità pubblica» (lett. c)⁹⁶.; «di coloro che, operando in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale ivi richiamati, nonché alla realizzazione di reati con finalità di terrorismo (anche internazionale) (lett. d); «di coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della Legge n. 645 del 1952 i quali abbiano commesso comportamenti successivi sintomatici del compimento di attività analoghe» (lett. e); di «coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista» (lett. f); dei condannati in materia detenzione e porto d'armi, se continuano a delinquere (lett. g); degli «istigatori, dei mandanti e dei finanziatori indicati nelle lettere precedenti» (lett. h); delle persone indiziate «di avere agevolato gruppi o persone che hanno attivamente preso parte a fatti di violenza» in occasione di manifestazioni sportive (lett. i)⁹⁷.

⁹⁶ Si ritiene che il richiamo alle misure di prevenzione, operato dall'art. 34 del Codice antimafia, sia da limitare alle misure applicabili dall'autorità giudiziaria. A. BALSAMO, C. MALTESE, *Il Codice Antimafia*, Milano, 2011, 55.

⁹⁷ Nel dettaglio, sono destinatari delle misure di prevenzione:

- a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;
- b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
- c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica (art. 1 l. 159/2001)
- e
- d) i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;
- e) coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale;
- f) coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;
- g) coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;
- h) coloro che, fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera e);
- h) gli istigatori, i mandanti e i finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;
- i) le persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401».

L'elenco dei destinatari è stato assai ampliato con il d.lgs. n. 159 cit. (con l'intenzione di unificare le molteplici disposizioni in materia di misure di prevenzione)⁹⁸, laddove l'originario art. 1 l. n. 575 cit. includeva unicamente "gli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose"⁹⁹. Tale scelta è stata non poco criticata per aver accomunato le ipotesi di pericolosità comune (ossia quelle previste nella l. 1423/1956)¹⁰⁰ e quelle di pericolosità qualificata (mafiosa)¹⁰¹.

Nonostante tale ampliamento, ci sembra che il punto più discutibile sia ancora rappresentato dal concetto di "indiziati di appartenere ad associazioni mafiose", al quale decidiamo, forse un po' arbitrariamente, di limitare la nostra indagine.

5.1 Gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa

Come è stato sostenuto, svolgere un'attività economica (e produttiva) anche a indiretto vantaggio di terzi non potrebbe essere considerato neppure lontanamente un illecito né una fonte di rischio¹⁰², costituendo tale attività, al contrario, una libertà costituzionalmente tutelata. Né tali assunti sono scalfiti dal fatto che tale attività venga esercitata in una situazione di assoggettamento alla criminalità organizzata. Il perno essenziale della fattispecie preventiva sarebbe quindi costituito, nel caso dell'amministrazione giudiziaria, dalla

⁹⁸ Sul punto, v. N. D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 797 ss.

⁹⁹ L'art. 13 della legge 13 settembre 1982, n. 646 ha poi sostituito l'art. 1 l. n. 575/65, introducendo anche la camorra e le «altre associazioni comunque denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelle delle associazioni di tipo mafioso». Il d.l. 23 maggio 2008, n. 92 ha introdotto tra i destinatari anche i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3 *bis* c.p.p. (v. G. PIGNATONE, *Le infiltrazioni mafiose nell'economia*, relazione al convegno *Le misure di prevenzione – La legge 125/2008 e i problemi applicativi*, tenutosi a Palermo il 29 novembre 2008) Infine, la l. 15 luglio 2009, n. 94 vi ha incluso i soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 12 *quinquies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

¹⁰⁰ Il decreto n. 92/2008 ha abrogato l'art. 14 della l. 55/1990 che, a seguito di accese discussioni, aveva previsto l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali anche ai soggetti contemplati dall'art. 19 l. 22 maggio 1975, n. 152 (citata legge c.d. Reale). Tale norma ha esteso le misure di prevenzione nei confronti dei soggetti indicati dagli artt. 1 e 2 l. 1423/1956. In dottrina ci si è chiesti se il rinvio dell'art. 19 dovesse essere formale o materiale. La legge del 1990 aveva tuttavia messo fino a tale discussione, stabilendo l'applicazione delle misure patrimoniali ai soggetti sopra indicati ma soltanto «quando l'attività delittuosa da cui si ritiene derivino i proventi sia una di quelle previste dagli articoli 600, 601, 602, 629, 630, 644, 648 *bis* o 648 *ter* del codice penale, ovvero quella di contrabbando». Con l'abrogazione dell'art. 14 l. 55 cit. tale limitazione è venuta meno. Sulla ragionevolezza di tale estensione, v. A.M. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità delle persone giuridiche*, cit., 274 ss.

¹⁰¹ V. sul punto, A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *Commento al codice antimafia*, San Marino, 2012, 51 ss.; F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia, in materia di stupefacenti nell'ambito di manifestazioni sportive*, Milano, 2012, 114; F. SIRACUSANO, *Il d.lgs. 159 del 2011 e il divieto di propaganda elettorale*, in *Arch. pen.*, 2012, 633 ss.

¹⁰² A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 343.

qualificazione dei soggetti destinatari dell'aiuto (o addirittura, nei casi di accertamento, in quelli che esercitano un'attività di intimidazione sulle attività economiche)¹⁰³.

Nonostante, infatti, l'indiziato di "appartenere alla mafia" sia presente soltanto come soggetto terzo, e nonostante i dubbi legati a tale formulazione, ciò permette alle ipotesi di confisca e sequestro presenti (oggi) nel Codice antimafia di mantenere comunque il legame con una fattispecie criminosa e quindi di esprimere una situazione di illiceità¹⁰⁴.

La nostra analisi sul destinatario della misura sospensiva deve quindi partire dai soggetti "agevolati" per poi giungere alla "tipologia ambientale" che caratterizza l'amministrazione giudiziaria e la differenza dalle altre misure¹⁰⁵.

Se nella formulazione originaria dei soggetti dotati di pericolosità qualificata vi era un rinvio implicito alla fattispecie penale¹⁰⁶ (poiché la norma di prevenzione si riferiva «agli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelle delle associazioni di tipo mafioso»), l'attuale disposizione opera un chiaro ed esplicito richiamo all'art. 416 *bis* c.p., mantenendo tuttavia la locuzione "appartenenti", invece di "partecipi", come previsto nella fattispecie penale. Ebbene, già con riferimento alla formulazione originaria ci si era chiesti che tipo di rapporti intercorresse tra la fattispecie preventiva e quella penale.

5.1.1 Fattispecie penale e fattispecie preventiva: la posizione della dottrina e lo *standard* probatorio

Secondo la maggior parte della dottrina, il presupposto per l'applicazione delle due differenti *sanzioni* poteva ritenersi il medesimo: un unico presupposto per il processo di prevenzione e quello penale¹⁰⁷, la cui differenza si basava sul diverso livello probatorio. Per il processo preventivo sarebbero infatti sufficienti gli indizi, o, addirittura, secondo alcune prospettazioni, i meri sospetti, ancorché fondati su elementi di fatto¹⁰⁸. Come noto, sullo *standard* probatorio necessario per le misure di prevenzione è intervenuta anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 177/1980. In tale pronuncia i giudici di legittimità hanno

¹⁰³ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 343

¹⁰⁴ Sul punto, A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione patrimoniale*, cit., 343.

¹⁰⁵ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 343.

¹⁰⁶ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit. 121.

¹⁰⁷ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 121

¹⁰⁸ G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale*, cit., 378.

sancito che la reciproca implicazione tra il principio di legalità e la “garanzia giurisdizionale” postuli il necessario rifiuto del “sospetto” come presupposto idoneo a fondare l’applicazione di una misura di prevenzione: il giudizio di pericolosità deve fondarsi su «una oggettiva valutazioni di fatti», in modo da «escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica la misura di prevenzione». Tale sentenza non ha tuttavia fugato i numerosi dubbi sul punto né ha messo fine all’accesa discussione che impegna la dottrina da più di mezzo secolo.

Nel tentativo di individuare la differenza tra “i partecipi ad un’associazione mafiosa”, destinatari della sanzione penale, e “gli appartenenti alla stessa”, destinatari della misura preventiva, cerchiamo allora di compiere un’operazione di estrema sintesi, in relazione a un tema che meriterebbe ben maggiore approfondimento. Proviamo cioè ad interrogarci sui diversi *standard* probatori e ad illustrare alcune distinzioni tra sospetto e indizio¹⁰⁹ e prova.

a) Il discrimen tra indizio e sospetto

Secondo un’interpretazione molto diffusa, l’indizio equivarrebbe ad una circostanza certa dalla quale si può provare, per induzione logica, una conclusione circa la sussistenza o l’insussistenza di un fatto da provarsi. L’indizio potrebbe costituire quindi l’argomento essenziale per dimostrare il fatto illecito ed il suo autore ovvero l’innocenza dello stesso.

D’altra parte, il sospetto si risolverebbe in mere congetture o in ipotesi che si riducono a deduzioni del tutto soggettive, non essendo lo stesso ancorato, contrariamente agli indizi, a circostanze oggettive acquisite al processo¹¹⁰. Si tratterebbe di una congettura logica ma non agganciata alla realtà fattuale verificatasi¹¹¹.

Sulla stessa scia, si è definito l’indizio come un elemento dotato di certezza e concretezza, mentre il sospetto sarebbe una sorta di intuizione¹¹². Ancora è stato sostenuto che il sospetto di reato è «il risultato di un procedimento intuitivo evolventesi in modo spesso

¹⁰⁹ In linea generale sul concetto di indizio, v. M. BONETTI, *Gli indizi nel nuovo processo penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 494 s. Cfr., inoltre, E. FASSONE, *Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo*, in *Quest. giust.*, 1989, 859; U. FERRANTE, *Gli indizi nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1991, 1, 125 s.; e, in una prospettiva particolare, G. BELLANTONI, *Polizia tributaria e accertamenti penali*, in AA.VV., *Scritti di procedura penale*, a cura di G. Bellantoni, Catanzaro, 1993, 62 s.

¹¹⁰ Questa la sintesi di F. NOVELIO, *Diritto di difesa, indizi, sospetti e l’art. 220 norme att. c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1999, 2713.

¹¹¹ V. S. BATTAGLIO, «Indizio» e «prova indiziaria nel processo penale», in *Riv. it. proc. pen.*, 1995, 410.

¹¹² R. GAGLIARDI, *Sospetto e Indizio. Presunzione e congetture*, in *Riv. di polizia*, 1969, 720 s., il quale analizza i concetti di indizio e sospetto prendendo spunto dagli studi di L. GRANATA, *Il processo indiziario* 1950, 497 e di G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi di sicurezza sociale*, IV, Napoli, 1843.

incosciente, che non tiene conto di fatti ed elementi concretamente accertati, né tantomeno compiutamente verificati». Il sospetto, pertanto, troverebbe il proprio fondamento in una «insindacabile intuizione» che rileva esclusivamente nella sfera psichica e soggettiva. L'indizio, all'opposto, implicherebbe sempre l'esistenza di dati concreti, empiricamente verificabili¹¹³.

Le definizioni che abbiamo velocemente ricordato, già dal punto di vista teorico, non ci sembrano del tutto soddisfacenti, soprattutto perché, come è stato sostenuto, definiscono indizio soltanto quello che può sussistere a processo ben inoltrato, ai sensi dell'art. 192 c.p.p. (indizi gravi, precisi e concordanti), in prossimità della decisione. Sempre di indizi si parla invece per fondare una misura cautelare e per richiedere un rinvio a giudizio, solo che in tali casi l'ancoramento al fatto sembra molto meno incisivo, tant'è che qualcuno ha parlato di “mezze-evidenze”¹¹⁴. Tali indizi, pur in parte ancorati al fatto, mantengono, infatti, un alto tasso di equivocità¹¹⁵. Specularmente, secondo alcuni il sospetto non sarebbe soltanto un fenomeno soggettivo ma anche una sorta di “mezza-evidenza”, ossia qualcosa che non è né evidenza e neppure assenza di evidenza. Quindi, in definitiva, il sospetto sarebbe una specie di indizio¹¹⁶.

In linea con questo secondo orientamento si pone chi ritiene che la distinzione tra indizio e sospetto sia soltanto di tipo quantitativo, essendo il secondo in «un anello più lontano o più debole dell'elemento indiziario lungo la catena che può condurre alla verifica dell'oggetto di prova». Il sospetto avrebbe pertanto una «scarsa persuasività» e l'indizio, a sua volta, avrebbe «minore efficacia dimostrativa rispetto alla prova (in senso stretto), mentre ne ha maggiore rispetto al semplice sospetto». In tal modo si giunge alla conclusione che «l'indizio non è, in definitiva, che una variante del sospetto»¹¹⁷.

Non manca chi infine rinuncia a rintracciare una reale distinzione tra sospetto e indizio e ammette che l'unica differenziazione possibile sia tra indizi semplici e indizi gravi, precisi e concordanti tali da fondare la responsabilità penale¹¹⁸.

In tal modo la distinzione tra indizio e sospetto finisce per tradursi in quella tra indizio e prova indiziaria la quale, a sua volta, appare tuttavia tutt'altro che chiara.

¹¹³ N. LAURO, *Nota in tema di prova indiziaria e presunzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1408 s.

¹¹⁴ Questa la riflessione, che condividiamo, di F. NOVELIO, *Diritto di difesa, indizi, sospetti*, cit., 2715 che a sua volta riporta l'autorevole pensiero di P. DE LALLA, *Logica delle prove penali*, Napoli, 1970, 253 s.

¹¹⁵ N. LAURO, *Note in tema di prove indiziarie*, cit., 1408 s.

¹¹⁶ P. DE LALLA, *Logica delle prove penali*, cit., 253 s.

¹¹⁷ V. G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 296 s.

¹¹⁸ F. NOVELIO, *Diritto di difesa, indizi, sospetti*, cit., 2717.

b) *Il discrimen tra indizio e prova*

Sebbene infatti sia stato detto che «tra prove e indizi la differenza c'è ed è immensa»¹¹⁹, l'incertezza sul concetto di indizio, che abbiamo provato sopra a delineare nel tentativo di distinguerlo dal sospetto, non può che riprodursi necessariamente anche rispetto al confine con il limite massimo costituito dalla prova. In altre parole, esistono molteplici punti di contatto tra indizio e prova.

Proviamo anche su questo punto a prospettare alcune riflessioni, senza pretesa di completezza. C'è ad esempio chi sostiene che indizio e prova abbiano natura omogenea, perché basati entrambi su massime d'esperienze¹²⁰ ovvero un significato analogo, perché entrambi caratterizzati da una logica inferenziale e prodotti da un ragionamento di tipo induttivo¹²¹.

Secondo un altro orientamento, per lo più giurisprudenziale, andrebbe addirittura del tutto svalutata la distinzione tra prova e indizio, e ciò in nome del libero convincimento del giudice. È stato sostenuto infatti che non esisterebbe una gerarchia delle fonti di prova e che tale distinzione avrebbe perduto la sua importanza pratica, perché il giudice sarebbe libero di trarre il proprio convincimento da qualsiasi elemento di prova, anche indiretto, purché correttamente valutato¹²². Secondo questo orientamento, il giudice potrebbe fondare il proprio convincimento anche su un indizio singolo perché anche gli indizi potrebbero sorreggere il convincimento del giudice quando il nesso tra *factum probans* e *factum probandum* appaia necessario, oggettivo e univoco¹²³.

¹¹⁹ G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, Napoli, II, 1961, 167.

¹²⁰ L'opinione è assai risalente. Sul punto v., non soltanto nella dottrina penalistica, E. FAZZALARI, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960, 12, *Contra* invece E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, *ivi*, 1973, 310 s.; B. CAVALLONE, *Crisi delle "maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 703 ss; M. NOBILI, *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime di esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 123 ss. Sul punto v. però G. UBERTIS, *Lessico e struttura della prova penale*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1998, 14, 26, secondo il quale soltanto l'indizio sarebbe basato sulle massime d'esperienza; nella prova la conclusione inferenziale si otterrebbe utilizzando leggi logiche o scientifiche non probabilistiche.

¹²¹ F. CARDOPATRI, *Inferenza probatoria e massime d'esperienza, prova, presunzione e indizio*, in *Giur. mer.*, 1999, 3, 632. L'autore associa alla prova e all'indizio anche la presunzione.

¹²² Cass., Sez. I, 14 ottobre 1980, Amura, in *C.E.D. Cass.*, n. 147948; Cass., Sez. II, 14 novembre 1983, Bertocchi, *ivi*, n. 163600; Cass., Sez. un., 18 febbraio 1988, Rabito, *ivi*, n. 177919; Cass. 10 marzo 1989, Verdiglione, *ivi*, n. 181898.

¹²³ Cass., Sez. II, 3 febbraio 1976, Palermo, in *C.E.D. Cass.*, n. 133565; Cass., Sez. II, 8 giugno 1976, Pavone, *ivi*, n. 135180; Cass. II, 18 febbraio 1977, Severini, *ivi*, n. 136625; Cass., Sez. II, 8 giugno 1978, Casadio, *ivi*, n. 140435; Cass., Sez. II, 16 ottobre 1978, Abate, *ivi*, n. 140956; Cass., Sez. II, 26 febbraio 1979, Bettoni, *ivi*, n. 142391; Cass., Sez. II, 9 aprile 1979, Vercellino, *ivi*, n. 143319; Cass., Sez. II, 14 gennaio 1980, Scaglioni, *ivi*, n. 145321; Cass., Sez. I, 14 ottobre 1980, Amura, *ivi*, n. 147948; Cass., Sez. II, 27 maggio 1981,

Al di là delle tesi “estremiste”, chi prova a tracciare la differenza tra indizio e prova, ne trova la base nella diversa valenza dell’inferenza probatoria e nella diversa portata della massima d’esperienza. Anche in questo caso, come abbiamo visto a proposito della distinzione tra indizio e sospetto, la differenza sarebbe per lo più di tipo quantitativo, dando vita la prova a un giudizio certo, l’indizio ad una valutazione solamente probabilistica¹²⁴. Si tratterebbe di quel binomio tra *probatio minor* e *probatio maior*, che si fonda, appunto sulla maggiore o minore attendibilità della prova¹²⁵.

Inutile chiosare a questo punto che le differenze che gli interpreti hanno individuato - soprattutto quelle di approccio meramente quantitativo - portano con sé il rischio che la misura di prevenzione sia spesso basata su sospetti ben lontani da elementi di fatto¹²⁶. Questo perché, al di là delle speculazioni teoriche, la distinzione tra sospetto, prova indiziaria¹²⁷ e prova in sé può divenire non sempre agevole, con una ricaduta verso il basso (ciò, nonostante la giurisprudenza sostenga, almeno in linea di principio, l’esigenza di accertare gli indizi sulla base di elementi di fatto e in virtù di uno scrupoloso accertamento¹²⁸).

Alla luce della complessità del tema generale, alcuni autori hanno cercato di tracciare più specificatamente una distinzione tra “indizi di prevenzione” e “indizi di reità”. Una dottrina ha ad esempio sostenuto che tra la prova indiziaria di rilievo penale e il sospetto vi sia un momento intermedio che è rappresentato dal materiale probatorio che è suscettibile di approfondimento e che coinciderebbe con l’indizio richiesto dall’applicazione della misura di prevenzione¹²⁹.

Cacciari, *ivi*, n. 150666; Cass., Sez. I, 25 gennaio 1982, Albertini, *ivi*, n. 154230; Cass., Sez. I, 11 maggio 1982, Scali, *ivi*, n. 154789; Cass., Sez. II, 5 ottobre 1983, Piredda, *ivi*, n. 162596.

¹²⁴ V., per tutti, A. NAPPI, *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari reali e personali*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio, D. Ferranti, A. Pascolini, Milano, 1989, 184. Cfr., altresì, P. COMOGLIO, *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 140 s.

¹²⁵ A. NAPPI, *La corte di Cassazione nell'ordinamento democratico: contributi giurisprudenziali all'evoluzione del diritto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 1995, 2035.

¹²⁶ E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, cit., 15. Secondo l’autore, proprio per questa ragione, si riproporrebbero, anche nei confronti della legge Rognoni- La Torre, le stesse obiezioni in termini di “pene del sospetto” già poste per la l. n. 575/1965.

¹²⁷ Secondo I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, Milano, 1995, 332, il legislatore non avrebbe mai, e ciò non per caso, definito positivamente la differenza tra indizio e sospetto. Ciò sarebbe avvenuto affinché l'autorità giudiziaria potesse dare alle nozioni in esame il contenuto preferibile, a seconda delle proprie contingenti convenienze.

¹²⁸ Tra le altre v. Cass., Sez. I, 6 marzo 1985, Cascio, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1986, 1001; Cass., Sez. I, 21 gennaio 1986, Bellocco, *ivi*, 1987, 813; Cass., Sez. I 27 gennaio 1986, Scala, in *Giust. pen.*, 1987, III, 150.

¹²⁹ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 121 s. il quale arriva a tale conclusione alla luce delle sentenze della Corte Costituzionale n. 177 del 1980 e n. 23 del 1964. Su possibili soluzioni alternative v. anche E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, cit., 6 e 7 secondo cui, nel procedimento di prevenzione, gli indizi coinciderebbero con una sorta di zona intermedia di circostanze di fatto che sarebbero incapaci di provare la

Secondo un altro orientamento, nel processo penale, oggetto della prova sarebbero i fatti relativi all'imputazione, alla punibilità, alla determinazione della pena o della misura di sicurezza (ai sensi dell'art. 187 c.p.p.); viceversa, nel procedimento di prevenzione, il *thema probandum* sarebbe costituito dalla pericolosità sociale del soggetto proposto, a prescindere dalla commissione del fatto di reato¹³⁰. Nel caso delle misure di prevenzione antimafia, la pericolosità richiamata dalla l. n. 575 del 1965 (e oggi dal d.lgs. 159 del 2011) è presunta attraverso la formula «indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso», assai vicina al dettato dell'art. 416 *bis* c.p., che incrimina la partecipazione ad un'associazione mafiosa. Secondo tale tesi, pertanto, se in ambito penale la prova fosse formata in modo corretto, ciò potrebbe essere d'aiuto anche al giudice della prevenzione. Questi, sia pure libero nella sua valutazione alla stregua del giudice penale, potrebbe vagliare la sussistenza o meno dei presupposti per l'applicazione della misura, secondo i criteri dettati nell'art. 192 c.p.p. Nel processo di prevenzione dovrebbe tuttavia raggiungersi la ragionevole certezza che il proposto sia pericoloso o perché aderisce al sodalizio ovvero perché esistono indizi gravi, precisi e concordanti che confermino il suo *status* antisociale “qualificato”¹³¹.

Tale impostazione ci sembra, tuttavia, quella meno convincente, in quanto cercare una piena prova sulla pericolosità sociale potrebbe trasformarsi in una *probatio diabolica* e, nei casi in cui la pericolosità è sostanzialmente presunta¹³², attraverso la partecipazione all'associazione mafiosa, la prova del procedimento di prevenzione e del procedimento penale finirebbero per coincidere. Peraltro, un'eccessiva soggettivizzazione delle misure di prevenzione sarebbe addirittura (?) inquietante.

Anche le altre tesi ci sembrano lontane dal rappresentare soluzioni definitive. Come si è detto infatti, nonostante le raffinate enunciazioni di principio e le speculazioni teoriche, l'*actio finium regundorum* diventa assai complessa ove si volge lo sguardo «ai fatti» e «ai processi» e «la logica della prevenzione viene allo scoperto»¹³³. Insomma, la natura indiziaria

commissione di un delitto però idonee a fondare le opinioni sulla sussistenza dei presupposti delle misure; G. TESSITORE, *Spunti di riflessione tra i rapporti tra processo penale e processo di prevenzione nella nuova legge antimafia*, in *Foro it.*, 1984, V, 258 secondo cui l'indizio di prevenzione sarebbe quello singolo o in contrasto con altri.

¹³⁰ A. BARGI, *L'accertamento della pericolosità delle misure di prevenzione. Profili sistematici e rapporti con il processo penale*, Napoli, 1988, 173.

¹³¹ L. PICOTTI, *Il regime della prova nel procedimento di prevenzione*, in *Giur. mer.*, 2012, 2535.

¹³² Sul tema della pericolosità, specie nelle misure di prevenzione antimafia, v. l'ampia ricostruzione di A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 161 ss.

¹³³ Sul punto. V. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 161-162 il quale analizza alcuni casi giurisprudenziali nell'ambito dei quali è considerato indizio: il coinvolgimento, a qualsiasi titolo, in una faida tra cosche mafiose; le informative della polizia; l'esistenza di precedenti penali o semplici denunce; la

delle misure, così difficilmente afferrabile, mantiene la prevenzione nella logica del sospetto. E ciò anche perché molto spesso indizi veri e propri sono considerati sufficienti per integrare la prova del processo penale, mentre è al di sotto di quella soglia che si chiama in soccorso la misura preventiva¹³⁴. Appare assai difficile, come è stato sostenuto, che indizi di appartenenza ad associazione mafiosa non siano considerati anche indizi di reità per la responsabilità penale. La giurisprudenza può in tal modo essere portata (ed è quanto in alcuni casi accade) ad ampliare e ad arretrare il presupposto della misura preventiva fino a sostenere che gli indiziati di appartenere ad un'associazione mafiosa siano coloro che, perseverando in una determinata condotta di vita, «è probabile che finiscano per omologarsi all'associato mafioso o camorristico, divenendo tali essi stessi e quindi perseguibili in sede penale»¹³⁵. Nel tentativo di riempire una fattispecie dalla caratterizzazione prognostica, basata peraltro su indizi che facilmente arretrano alla soglia del sospetto, si può ricadere quindi nella individuazione di “tipi d'autore”: gli indici di pericolosità si individuerebbero in sostanza piuttosto nello stile di vita o nella cultura mafiosa che in *materiali* comportamenti¹³⁶.

La ricerca di una differenza di livello probatorio tra la fattispecie penale e quella preventiva non dà quindi esiti positivi, ma evidenzia al contrario i primi segni di indeterminatezza e illegittimità della seconda.

5.1.2 Fattispecie penale e fattispecie preventiva: l'orientamento della giurisprudenza e la condotta del concorrente esterno

Se la dottrina utilizza come criterio discretivo quello strettamente probatorio e quantitativo in termini probabilistici¹³⁷, la giurisprudenza attribuisce al presupposto soggettivo della misura preventiva un'accezione affatto diversa e ben più ampia, includendovi

presenza del proposto nei luoghi dove si tengono i *summit* mafiosi; la presenza del proposto all'interno di una vettura insieme a un latitante o dati relativi al tenore e alla condotta di vita (per i richiami giurisprudenziali rinviamo alle citazioni dell'autore).

¹³⁴ Cfr. F. CAPRIOLI, *Una pronuncia innovativa in tema di rapporti tra processo di prevenzione e processo penale per il reato di associazione mafiosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1183 ss.

¹³⁵ Trib. Napoli, 30 gennaio 1985, in *Foro it.*, 1987, II, 366 e nello stesso senso in dottrina G. GUGLIELMUCCI, *Nozione di indiziato di appartenenza mafiosa e di indiziato di misure di prevenzione*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1988, 12, 19.

¹³⁶ G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia*, cit., 367 ss.

¹³⁷ Sulla differenza v. anche L. DE LIGUORI, *Fattispecie preventiva ed associazione mafiosa: realtà e simbolismo della nuova emergenza*, in *Cass. pen.*, 1990, 693; L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., 52; A. GIALANELLA, *Il punto sulla questione probatoria nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Quest. giust.*, 1994, 787; F. GIANFROTTA, *Le misure di prevenzione previste dalla legge antimafia*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1998, 104, 38.

infatti non soltanto gli indiziati di partecipare ad un'associazione mafiosa ma anche i soggetti indiziati di essere concorrenti eventuali in tale delitto¹³⁸.

«Il requisito della appartenenza, infatti, si risolve in una situazione di contiguità all'associazione stessa che - pur senza integrare il fatto-reato tipico del soggetto che organicamente è partecipe (con ruolo direttivo o meno) del sodalizio mafioso - risulta funzionale agli interessi della struttura criminale e nel contempo denota la pericolosità sociale specifica che sottende al trattamento prevenzionale. Dal che deriva l'ammissibilità dell'applicazione delle misure di prevenzione anche a quanti "appartengano" ad un sodalizio mafioso non in qualità di partecipi ma di concorrenti esterni»¹³⁹. Secondo l'opinione pressoché unanime della Corte di cassazione quindi la pericolosità del soggetto di cui al previgente art. 1 l. n. 575/1965 va considerata implicita nella ritenuta appartenenza che opera anche quando quest'ultima assuma la forma del "concorso esterno"¹⁴⁰.

Per comprendere appieno l'interpretazione della giurisprudenza, vale la pena di spendere qualche parola sull'istituto del concorso esterno in associazione mafiosa, figura dibattuta da più di un ventennio¹⁴¹, ma riportata al centro dell'interesse della dottrina soprattutto da un recente intervento della Corte di Cassazione del 2012¹⁴². Si è detto, infatti, che tale figura «continua ad apparire un istituto giuridico "liquido", fluido, controverso, tormentato, divisivo, insomma polemico»¹⁴³. Ricordiamo che il problema essenziale sta nel fatto che il concorso esterno si pone in prossimità, logica prima di tutto, con la condotta partecipativa. La questione alla base della discussione ha quindi da sempre riguardato l'*an*, ossia la possibilità di responsabilizzare un contributo atipico rispetto al legame con la struttura

¹³⁸ Cass., Sez. VI, 17 marzo 1997, Prisco, in *C.E.D. Cass.*, n. 208005, secondo la quale, il concetto di appartenenza va inteso in senso lato, ben diverso da quello di partecipazione all'associazione come inserimento all'interno della struttura associativa delinquenziale, con estensione anche a coloro che vanno definiti come concorrenti esterni e perfino i soggetti ai quali è contestato l'aggravante prevista dall'art. 7 d.l. 152/1991; V. anche, più di recente, Cass., Sez. II, 16 febbraio 2006, Catalano, *ivi*, n. 234747; Cass., Sez. VI, 15 dicembre 2009, D.V.M.R., *ivi*, n. 245706, e in parte, Cass., Sez. I, 9 novembre 2012, Attanasio, *ivi*, n. 253856.

¹³⁹ Cass., Sez. II, 16 febbraio 2006, Catalano, *cit.*

¹⁴⁰ Cass., Sez. VI, 10 aprile 2008, D'Arrigo, in *C.E.D. Cass.*, n. 241251. V. anche Cass., Sez. I, 11 dicembre 2008, Cangialosi, in *Giust. pen.*, 2009, II, 358 con nota di V. SCORDAMAGLIA, *Unicuique suum - Jedem das Seine. Il sofisma della inammissibilità*. La pronuncia, pur non investita sul tema, ravvisa la sussistenza del presupposto dell'appartenenza ad associazione mafiosa nei confronti di un imprenditore definito dalla corte di merito "colluso" e contiguo all'associazione mafiosa.

¹⁴¹ Sulle radici ben più risalenti dell'istituto v. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, 11 ss. e più di recente, ID., *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile?) riforma "possibile"*, in AA.VV., *Scenari di mafia*, *cit.*, 188.

¹⁴² Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *penalecontemporaneo.it*.

¹⁴³ G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica - Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del P.G. Francesco Iacoviello nel processo Dell'Utri*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 1, 252.

associativa ravvisabile nella partecipazione, e il *quomodo*, vale a dire il tipo di contributo che deve integrare. Si tratta insomma di definire un contributo *lato sensu* agevolatorio, diverso dalla partecipazione¹⁴⁴, che però, esattamente come quest'ultima, è destinato in favore dell'intera organizzazione criminale¹⁴⁵ e non già dei singoli associati¹⁴⁶.

Procediamo con ordine. Come noto, il modello si basa sul combinato disposto dell'art. 110 c.p., sul concorso (eventuale) di persone nel reato, e la fattispecie associativa di parte speciale *ex art. 416 bis c.p.* A lungo si è dibattuto sulla legittimità dell'istituto¹⁴⁷, contrastante, secondo alcuni, con il principio di legalità (rispetto al corollario del divieto di analogia in *malam partem*)¹⁴⁸. A fronte delle perplessità della dottrina è stata, come noto, la giurisprudenza ad ammetterne la legittimità e a delinearne i contorni con tre sentenze a Sezioni Unite. A partire dalla sentenza *Dimitry*, che ha dato luogo alla c.d. teoria della fibrillazione¹⁴⁹, proseguendo con la sentenza *Carnevale*, che ha superato la tesi del momento patologico ma ha, di fatto, sovrapposto il dolo del partecipe a quello del concorrente esterno¹⁵⁰, e terminando con l'ultima (e per adesso definitiva) sentenza *Mannino*, che ha sancito la necessità che l'idoneità causale del contributo del concorrente sia accertata *ex post*¹⁵¹. Ebbene, in definitiva, secondo le linee tratteggiate dall'ultimo intervento delle Sezioni

¹⁴⁴ Su questi quesiti generali, v., di recente, G. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552.

¹⁴⁵ Ritengono invece che il contributo debba essere destinato in favore dei singoli associati, perché il 416 bis c.p. punisce non già l'organizzazione ma i singoli partecipi, F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, 863 s.; V.B. MUSCATIELLO, *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995, 78 ss., 140 ss.

¹⁴⁶ Ci troveremmo in quel caso di fronte all'applicazione di ipotesi a ciò direttamente destinante come il reato di favoreggiamento *ex art. 378 c.p.* o l'assistenza agli associati *ex art. 418 c.p.*

¹⁴⁷ G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 1021 ss.; nonché, più specificamente sul concorso di persone nel reato, ID., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, cit., 1939 ss.

¹⁴⁸ A. MANNA, *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1189 ss. e, più di recente, ID., *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, in *Arch. pen.*, 2012, 473.

¹⁴⁹ Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Dimitry*, in *Foro It.*, 1995, II, 422 ss., con nota di G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*. Secondo la pronuncia: «E' configurabile il concorso esterno nel reato di associazione mafiosa per quei soggetti che, sebbene non facciano parte del sodalizio criminoso, forniscano – sia pure mediante un solo intervento diretto – un contributo all'ente delittuoso tale da consentire all'associazione di mantenersi in vita sempre che il soggetto esterno intervenga in un momento patologico dell'associazione».

¹⁵⁰ Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, *Carnevale*, in *Foro It.*, 2003, II, 453 ss., con osservazioni di G. FIANDACA, G. DI CHIARA.

¹⁵¹ Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Foro It.*, 2006, II, 80 ss., con nota di G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*. In realtà si tratterebbe della seconda sentenza *Mannino* in tema di concorso esterno. La prima, Cass., Sez. Un., 27 settembre 1995, *Mannino*, in *Cass. Pen.*, 1996, 1087 ss., con nota di E. AMODIO, *Orari degli uffici giudiziari e garanzie costituzionali*, 1103 ss, si

Unite, il contributo del concorrente non deve essere necessariamente prestato in una fase patologica dell'associazione, ma deve causare, secondo un accertamento *ex post*, la *conservazione e il rafforzamento* dell'associazione mafiosa. Per quanto riguarda il profilo psicologico, la decisione richiede (non solo la consapevolezza, ma anche) la volontà dello stesso concorrente esterno di dirigere il proprio contributo alla realizzazione, anche parziale, del programma associativo.

Il dibattito non si è tuttavia concluso dopo l'intervento della terza decisione¹⁵². Le critiche hanno investito la necessità di valutare la causalità *ex post*¹⁵³, intesa come acritica trasposizione del modello di accertamento causale (basato, come noto, sull'insegnamento della sentenza Franzese) in questo settore, a causa della evidente inconferenza degli esiti applicativi (quale contributo può ritenersi così rilevante da essere considerato sufficiente al mantenimento in vita di un'associazione criminale?). Si è pertanto sostenuto che si dovrebbe rinunciare al meccanismo causale e propendere invece per una valutazione di agevolazione da compiersi *ex ante*¹⁵⁴. Anche alcune pronunce delle sezioni semplici hanno provato ad affrancarsi da tale parametro di causalità, riconvertendolo in una più generica idoneità¹⁵⁵. In effetti, il rilievo attribuito dalla sentenza Mannino alla valutazione *ex post* della causalità, da una parte, costituisce un'innegabile "precauzione" garantistica (specie di fronte a un modello di fatto creato dalla *law in action*), dall'altra, rende del tutto *diabolica* la prova da parte dell'accusa. Non è un caso infatti che la Corte d'appello di Palermo (Mannino) nel 2008, dopo il rinvio delle Sezioni Unite, abbia assolto l'imputato perché il fatto non sussiste¹⁵⁶ e che

era espressa sul profilo psicologico, sancendo che il dolo del partecipe dovesse essere di tipo specifico, mentre quello del concorrente di tipo generico.

¹⁵² C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., *passim*.

¹⁵³ Da ultimo, v. G. FIANDACA., *Il concorso esterno tra guerre di religione*, cit., 252.

¹⁵⁴ G. DE FRANCESCO, *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, cit., 2554. «Il contributo "esterno" del pagamento di determinati "servizi" di provenienza mafiosa dovrà dunque risultare "strumentale" alla stessa scelta da parte degli associati (...) di finalizzarlo ai propri programmi: e ciò, per la ragione essenziale che, nella misura in cui i predetti associati ne abbiano richiesto (o comunque accettato) l'effettuazione in vista di un simile programma, sarà appunto riscontrabile quella 'funzionalità' del contributo a consentire a tali soggetti di "destinarlo", a loro volta, al ruolo di un ulteriore "strumento" per la realizzazione degli obiettivi concordati: una destinazione, è opportuno sottolinearlo, che, risultando l'associazione punibile anche qualora non abbia conseguito i suoi scopi, dovrà essere correttamente valutata in una prospettiva *ex ante*, non essendo richiesto che da quel contributo (pur effettivamente prestato) sia poi realmente derivata anche la realizzazione in tutto o in parte degli scopi perseguiti in seno all'organizzazione». Sul punto, v. anche V. MAIELLO, *Concorso di persone in associazione mafiosa: la parola passi alla legge*, in AA.VV., *Scenari di mafia*, cit., 160 e ss.

¹⁵⁵ Cass., Sez. V, 15 maggio 2006, Prinzi Valli, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1112, con il commento di A. CORVI; Cass., Sez. V, 1 giugno 2007, Tursi Patro, in *Guida enti locali*, 2007, 27, 58 ss. con nota di A. CISTERNA; Cass., Sez. VI, 13 giugno 2007, Patriarca, cit. in A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione)*, cit., 15.

¹⁵⁶ App. Palermo, 22 ottobre 2008, Mannino, cit. in A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione)*, cit., 13.

il successivo ricorso del Procuratore Generale sia stato considerato, dalla Cassazione, inammissibile¹⁵⁷.

Una sorte simile ha riguardato la recente pronuncia della Cassazione nel procedimento a carico dell'On. Dell'Utri. Anche in questo caso, i giudici di legittimità hanno annullato con rinvio ad altra sezione della Corte d'Appello di Palermo la precedente sentenza di condanna dell'imputato¹⁵⁸. Le parole della requisitoria del Proc. gen. Iacoviello¹⁵⁹ mostrano la sfiducia verso una fattispecie di creazione giurisprudenziale i cui confini, in termini di applicazione, sembrano sempre più ristretti¹⁶⁰ e comunque, aggiungiamo noi, difficilmente decifrabili¹⁶¹. Tutti ormai concordano nel ritenere necessario l'intervento (quanto più possibile) chiarificatore e *tipizzatore* del legislatore¹⁶², e ciò non già per inibire il ruolo creativo della giurisprudenza, ma per segnare delle coordinate che possano contribuire ad assicurare una certa prevedibilità delle decisioni giudiziali, come d'altronde accade anche negli ordinamenti di *common law*.

Ebbene, il fatto che la nostra giurisprudenza estenda l'applicazione della misura di prevenzione anche ai c.d. "concorrenti esterni" è molto pericoloso in termini di tutela garantistica. L'estensione sembrerebbe infatti riguardare un'ipotesi che già di per sé ha contorni assai poco delimitati, ma che peraltro, in ambito preventivo, non necessiterebbe della prova, bensì del semplice indizio o addirittura "di qualcosa in meno".

Ma vi è di più. Leggendo alcune decisioni in materia, osserviamo che la Corte definisce, senza gli sforzi ermeneutici e definitivi che invece troviamo nelle sentenze in

¹⁵⁷ Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2010, Mannino, cit. in A. MANNA, *Concorso esterno (e partecipazione)*, cit., 13.

¹⁵⁸ Cass., Sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, cit. E' il caso di osservare tuttavia che la Corte di Appello di Palermo, il 24 marzo 2013, ha confermato la sentenza annullata dalla Cassazione e ha condannato l'imputato alla pena di sette anni di reclusioni per il concorso eventuale in associazione mafiosa, ai sensi degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.

¹⁵⁹ F.M. IACOVIELLO, *Requisitoria nel processo Dell'Utri*, in *Cass. pen.*, 2012, 804 ss. e, spec., 818 ss.

¹⁶⁰ Molteplici sono stati gli interventi della dottrina a seguito della pubblicazione della requisitoria del Proc. Iacoviello, in senso almeno in parte adesivo, se pur con alcune critiche. Tra gli altri, v. G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione*, cit.; D. PULITANÒ, *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio – Ancora a proposito della requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 257; C. VISCONTI, *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, *ivi*, 247; ID., *Uno stato di diritto non fornisce alibi al concorso esterno*, in *L'Unità*, 16 marzo 2012, 13.

¹⁶¹ La stessa sfiducia può desumersi anche analizzando il procedimento per 416 *bis* pendenti o definiti presso il Tribunale di Milano: nell'arco di dieci anni l'ipotesi del concorso eventuale nel delitto associativo di cui all'art. 416 *bis* c.p. è stata contestata soltanto sei volte nonostante l'ampio coinvolgimento nelle organizzazioni mafiose di imprenditori e pubblici amministratori.

¹⁶² C. VISCONTI, *Sui modelli di incriminazione della contiguità alle organizzazioni criminali nel panorama europeo: appunti per un'auspicabile (ma improbabile?) riforma "possibile"*, in *AA.VV.*, *Scenari di mafia*, cit., 189 e ss.

materia penale, il concorrente esterno come il soggetto che si trova in una situazione di *contiguità*. Addirittura, non sono mancate pronunce che hanno ulteriormente ampliato il contenuto semantico dell'appartenenza fino ad includere coloro che si trovano in una zona grigia difficilmente determinabile «comprensiva di ogni comportamento che, pur non integrando gli estremi del reato di associazione di tipo mafioso, sia funzionale agli interessi dei poteri criminali e costituisca una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa»¹⁶³. Tali argomentazioni sembrano proprio derivare dalla difficoltà di tenere distinti i concetti di partecipazione, concorso e collusione, e dalla tentazione di utilizzarne alcuni (quelli più spiccatamente ambientali) come facile scappatoia per sopperire a difficoltà probatorie.

Come se tutto ciò non bastasse, vi è una terza circostanza che rende la tipizzazione (quanto ai soggetti destinatari dell'agevolazione) della fattispecie preventiva assai incerta. Si ricorda infatti che essa è edificata su una decisione processuale anche provvisoria (colui nei cui confronti è stata *proposta* o applicata la misura di prevenzione ovvero di persone sottoposte a procedimento penale)¹⁶⁴.

In definitiva, l'indeterminatezza del soggetto agevolato appare massima.

Tale mancanza di tassatività sarebbe tuttavia ammissibile per coloro che ritengono che il principio di legalità debba essere caratterizzato da un minor vigore in termini qualitativi e quantitativi nel diritto di prevenzione rispetto a quello penale¹⁶⁵. Come noto, la tesi è tuttavia fortemente criticata da una parte della dottrina, secondo la quale il principio di tassatività non è un lusso da garantire soltanto al diritto penale ma una garanzia per coloro che non appartengono alla criminalità (né comune né mafiosa)¹⁶⁶.

Volendo per adesso tralasciare queste critiche, non possiamo non osservare che nell'ambito della misura che ci occupa le limitazioni dei principi garantistici sarebbero ancor meno giustificate. Le esigenze di difesa sociale, assai sentite in relazione al *soggetto mafioso* (che in questa ipotesi è mero soggetto terzo e destinatario di una condotta di "aiuto"), non potrebbero avere lo stesso peso nei confronti dei c.d. agevolatori.

¹⁶³ Cass., Sez. II, 21 febbraio 2012, Stefano, in *C.E.D. Cass.*, n. 252841.

¹⁶⁴ Sul fatto che non si tratti di soggetti a cui la misura è necessariamente applicata ma anche soltanto proposta o soggetti soltanto sottoposti a procedimento penale, v. C. GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali — Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, 75.

¹⁶⁵ La tesi, assai nota, è di P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 633 ss.

¹⁶⁶ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 345.

In definitiva, ma su questo torneremo, la misura di prevenzione costruita (e giustificabile?) per una determinata *tipologia d'autore* sembra aver perso in questo caso il suo referente soggettivo, in quanto il *mafioso* (*rectius*: l'indiziato), oltre essere assai difficilmente inquadrabile e definibile, resta comunque soggetto terzo¹⁶⁷.

Ciò, ovviamente, a meno che la parte restante della fattispecie preventiva, che delinea il vero destinatario della misura e che ci accingiamo ad affrontare, non sia in grado di rintracciare un nuovo (magari più determinato) *autore/nemico*.

5.2 Il contributo agevolatore

Il vero destinatario della sospensione è identificato anzitutto dall'attività di agevolazione. Questo presupposto riguarda anche le *necessarie indagini successive*, le quali però – lo ricordiamo – possono essere poste in essere anche nel caso in cui l'attività economica sia in una condizione di assoggettamento.

Sul concetto di *agevolazione* che *congiunge* i terzi destinatari con le attività economiche è il caso tuttavia di spendere qualche altra parola.

Il nodo da sciogliere, infatti, già prima di individuare la legittimità o opportunità politica criminale di sanzionare gli agevolatori, riguarda lo stesso contenuto semantico dell'agevolazione. Esso è tanto ampio che ogni qual volta il legislatore ha optato per tale locuzione, da una parte, la dottrina ha faticato ad esplicitarne il significato, dall'altro, la giurisprudenza ha potuto utilizzare l'incertezza interpretativa in favore di istanze preventive e di difesa sociale¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Di tale avviso anche A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 347.

¹⁶⁸ Analoghi problemi interpretativi hanno riguardato l'art. 7 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, recante "Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa", il quale prevede una circostanza aggravante ad effetto speciale, connessa all'associazione di tipo mafioso (su tale aggravante, v. G.A. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata. Gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio (Macerata, 13 maggio 1993)*, a cura di G. Giostra, G. Insolera, Milano, 1995, 70; G. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 42; G. TURONE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, 171; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 256; più di recente, L. TUMMINELLO, *La mafia come metodo e come fine: la circostanza aggravanti di cui all'art. 7 del d.l. 152/1991, convertito nella l. 203/1991*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 903 ss.), Secondo il dettato della norma, il delitto è aggravato se commesso «avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis del codice penale» ovvero «al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo». L'aggravante presenta e comporta molteplici problemi interpretativi. Ci limitiamo qui tuttavia ad osservare la seconda parte, dedicata all'agevolazione che, lo ricordiamo, a differenza della fattispecie preventiva, costituisce soltanto il fine e non il risultato da raggiungere effettivamente. La dottrina e una parte della giurisprudenza ha profuso non pochi sforzi nel tentare di evitare che l'aggravante si potesse applicare anche soltanto a chi avesse in qualche modo simpatizzato o avuto un atteggiamento interiore di solidarietà nei confronti della criminalità organizzata.

Restringendo il campo all'utilizzo dell'*agevolazione* nella fattispecie preventiva che ci occupa, ci si chiede se il tipo di attività designata dall'art. 3 *quater* l. n. 575 cit. (e oggi dall'art. 34 d.lgs. n. 159 cit.) possa o meno rientrare nella condotta dei c.d. concorrenti eventuali in associazione mafiosa. Sebbene una risposta affermativa permetterebbe di delimitare in parte i confini del contributo agevolatorio, non possiamo che rigettare tale ipotesi, anzitutto in ossequio al dettato legislativo. Secondo la norma infatti, l'*agevolazione* potrebbe essere diretta, a differenza del contributo nel concorso, anche nei confronti di un unico soggetto mafioso. In secondo luogo, la condotta del concorrente esterno, secondo l'orientamento più diffuso in giurisprudenza, andrebbe ad integrare (insieme ai partecipi) il concetto di "appartenenti all'associazione mafiosa", destinatari principali delle misure di prevenzione e soggetti terzi nella definizione della misura dell'amministrazione giudiziaria. Insomma, i soggetti agevolati e i soggetti agevolanti rischierebbero di coincidere. Si contravverrebbe peraltro alla *ratio* principale delle misure preventive di cui all'art. 34 d.lgs. n. 159 cit., volutamente ideate, fin dalla normativa previgente, per colpire soggetti diversi dagli "appartenenti ad un'associazione mafiosa"¹⁶⁹ e fortemente orientate a combattere l'infiltrazione delle organizzazioni criminali nel mercato lecito.

Un'altra soluzione interpretativa potrebbe essere ricercata nel collegamento tra il contributo agevolatorio e la confisca, misura che segue all'amministrazione giudiziaria e che

La giurisprudenza ha per esempio sostenuto l'esigenza che ci sia una vera e propria organizzazione, a cui è rivolto, almeno finalisticamente, il contributo (Cass. 18 marzo 1994, in *Giust. pen.*, 1994, II, 657), mentre la dottrina richiede un certo coefficiente oggettivo di idoneità del delitto commesso circa l'obiettivo di contribuire al rafforzamento dell'associazione mafiosa (G.A. DE FRANCESCO, *Dogmatica e politica*, cit., 70).

I tentativi definitivi posti in essere dalla dottrina sembrano essersi indirizzati a cercare un discrimine tra la condotta agevolatoria e quella del concorrente esterno.

Secondo una parte della dottrina, l'*agevolazione* si differenzerebbe dal concorso di persone, perché presupporrebbe un contributo a una qualsiasi delle attività delle organizzazioni mafiose, mentre, come noto, la configurazione del secondo esigerebbe un contributo volto al rafforzamento e al mantenimento della stessa organizzazione (G. DE VERO, *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi*, cit., 45). Si tratterebbe nel caso dell'aggravante di un contributo assai episodico e marginale, mentre nel caso dell'imputazione per concorso esterno, di un condotta dotata di una certa stabilità e duratura. Secondo un altro orientamento invece la condotta agevolatoria andrebbe connessa alle finalità tipiche dell'art 416 *bis* c.p. (D. FONDAROLI, *Le circostanze previste dagli artt. 7 ed 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modifiche nella l. 12 luglio 1991, n. 203*, in AA.VV., *Mafia e criminalità organizzata*, cit., 673 e 684). I tentativi definitivi non sembrano tuttavia risolutivi anche perché il *tertium comparationis*, vale a dire l'istituto del concorso esterno, è, come abbiamo visto, a sua volta caratterizzato da ampi margini di incertezza. Per una ricostruzione degli orientamenti sul concetto di agevolazione, v. G. DENORA, *Condotta di agevolazione e sistema penale*, Napoli, 2006.

¹⁶⁹ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 348. L'autore richiama il caso paradigmatico deciso da Cass., Sez. I, 8 febbraio 1999, Galuppo, in *Cass. pen.*, 2000, 179 e in spec. 182 ove i giudici sottolineano come il contributo agevolatore fosse in realtà già sufficiente a integrare la confisca ai sensi dell'art. 2 *ter* delle quote societarie di proprietà, per interposizione fittizia, del soggetto indiziato di appartenere ad associazione mafiosa.

anche in questo caso coincide con l'ablazione dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego (prevista nel previgente art. 3 *quinquies* l. n. 575/65 e oggi nell'art. 34 co. 7 del d.lgs. n. 159 cit.). Nondimeno, risulta difficile conciliare i presupposti della confisca con quelli dell'amministrazione giudiziaria¹⁷⁰ poiché il contributo agevolatore può anche non tradursi in un ritorno economico né presupporre l'utilizzo di beni di origine illecita.

Un'altra via per identificare il significato della locuzione potrebbe essere quella di delinearne le differenze con lo stato di assoggettamento che invece legittima, come abbiamo visto, l'espletamento di ulteriori indagini in sede preventiva. Questi due presupposti si troverebbero in una condizione di teorica contraddizione e tuttavia finirebbero, come sottolinea una dottrina, per coincidere quanto agli effetti, se interpretati con un'attenzione prettamente rivolta al profilo oggettivo: sia lo stato di intimidazione sia l'agevolazione potrebbero portare comunque un vantaggio all'associazione mafiosa. Tale lettura, interamente concentrata sul destinatario dell'agevolazione, finisce per accomunare pericolosamente le attività economiche che già soffrono dell'intimidazione mafiosa con quelle che contribuiscono attivamente al rafforzamento del gruppo criminale.

5.2.1 L'imprenditore *acquiescente, resistente o cooperante*

Per evitare questo tipo di conclusione, una dottrina ritiene che sia necessario incentrare l'analisi su un profilo meramente soggettivo: il perno interpretativo dovrebbe diventare colui che presta il contributo agevolatorio¹⁷¹. Così interpretando la disposizione, si potrebbero distinguere nella prassi tre tipi di comportamenti dell'imprenditore: l'*acquiescenza*, la *resistenza* e la *cooperazione*. Il primo sarebbe quello di colui che, valutati i costi delle alternative, economici e fisici, opta per uno stato di passiva sudditanza¹⁷²; il secondo caratterizzerebbe colui che decide di contrastare l'organizzazione mafiosa, pur nella consapevolezza dei (e sopportandone i) costi¹⁷³; il terzo modello sarebbe infine quello dei

¹⁷⁰ Sul punto, v. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 349 s.

¹⁷¹ Queste le riflessioni e la risposta di Mangione (A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 351 ss.).

¹⁷² Si tratterebbe di colui che subisce passivamente senza denunciare l'associazione. Sul punto, v. M. CENTORRINO, V. LA SPENA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano. Criminalità mafiosa e sviluppo del mezzogiorno*, Roma-Bari, 1997, 47.

¹⁷³ Costi sia di tipo economico (quali quelli derivanti da danneggiamenti e attentati o relativi alla predisposizione di un sistema di protezione fisica o alle spese assicurative), sia di tipo fisico o emotivo (a seguito, ad esempio, dello stress psicologico derivante dal timore per la propria incolumità e quella dei propri cari o dal mutamento dello stile di vita derivante dall'ingresso di un sistema di protezione). Sul punto v. A.

soggetti disposti a cooperare per ottenere vantaggi costituiti, ad esempio, da appalti, o derivanti dal riciclaggio di denaro. Secondo l'autore, in quest'ultimo caso l'imprenditore accetterebbe i costi possibili della giustizia e quelli economici e individuali derivanti dal rapporto con le organizzazioni criminali, i quali però non supererebbero la redditività dovuta alla collaborazione con la mafia e sarebbero scaricati sul mercato e sull'utente finale¹⁷⁴.

Secondo quest'analisi si potrebbe escludere senz'altro dall'ambito della misura sospensiva (e quindi dalla sfera di applicazione del c.d. contributo agevolatore) la condotta di resistenza. Vi potrebbero invece rientrare, e qui il problema, sia la condotta passiva sia quella attiva, di tal che la sospensione perderebbe nella prassi qualsiasi effetto curativo¹⁷⁵, lasciando alle sue spalle imprese "decotte"¹⁷⁶. Si tratterebbe di un provvedimento incapace di aiutare l'impresa *onesta*, ma volto piuttosto a massimizzare la forza statale contro le attività delle organizzazioni mafiose¹⁷⁷.

Nonostante condividiamo le preoccupazioni sollevate da questa dottrina (su cui peraltro torneremo), ci sembra assai semplificativo ricondurre il comportamento dell'impresa ai tre schemi descritti.

Il vero problema è che la contiguità (che coincide con l'agevolazione) è «un paradigma di genere, evanescente nei contenuti e ricco di sfumature, appartiene infatti a quella classe di concetti che si rivelano – e non solo nel concreto – dei 'vuoti contenitori' buoni per tutte le esigenze»¹⁷⁸. Sembrerebbe quasi che il legislatore abbia optato per creare una «zona di rischio penale» per le imprese, con la convinzione che tutto ciò che accade in quella zona debba esservi fatto rientrare, con una sorta di «presunzione di collusione»¹⁷⁹.

5.2.2 Il concetto di agevolazione e la valutazione del profilo finalistico

Quali potrebbero essere, alla luce del quadro *sconfortante* prospettato, le soluzioni possibili in via interpretativa?

MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 353 e M. CENTORRINO, V. LA SPENA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano*, cit., 48.

¹⁷⁴ M. CENTORRINO, V. LA SPENA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano*, cit., 49 s.

¹⁷⁵ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 355, il quale osserva che l'applicazione della misura condurrebbe all'immediato dissolvimento dell'affidamento bancario perché l'affidamento all'amministrazione giudiziaria renderebbe più facilmente insolvente un'impresa. L'autore sottolinea la necessità di valutare l'effetto pratico della misura. Su questi punti torneremo tuttavia nella seconda sezione di questo capitolo.

¹⁷⁶ Sugli effetti delle misure sospensive v. *infra* cap. II, sez. II..

¹⁷⁷ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 356.

¹⁷⁸ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 357.

¹⁷⁹ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 358.

Secondo una dottrina, posto che il presupposto della misura *sospensiva* coinciderebbe con una valutazione meramente oggettiva e causale, il concetto (e l'accertamento) dell'agevolazione potrebbe forse non spingere verso inaccettabili presunzioni se fosse valutato anche il profilo prettamente finalistico, sul piano soggettivo della previsione e della volontà: «la finalizzazione della condotta di collusione al perseguimento di un obiettivo ben preciso, orientato all'interesse reciproco»¹⁸⁰. Ciò permetterebbe, secondo quest'orientamento, di distinguere l'impresa collusa, quale posta in un rapporto reciproco con l'organizzazione criminale di *do ut des*, con quella vittima¹⁸¹. In presenza della previsione o della volontà si potrebbe più ragionevolmente parlare di rischio¹⁸² da stigmatizzare, e potrebbe ravvisarsi anche un certo disvalore¹⁸³. Non vi sarebbe infine un'eccessiva psicologizzazione della fattispecie perché questo accento servirebbe appunto a "riequilibrare" una norma mal strutturata sul piano materiale¹⁸⁴.

La valorizzazione dell'elemento soggettivo di questa (ma forse di ogni) fattispecie preventiva è sicuramente un profilo da prendere in considerazione. La mancata attenzione a questo profilo potrebbe portare, paradossalmente, ad applicare la misura restrittiva anche nei confronti dell'impresa del tutto inconscia di agevolare la mafia¹⁸⁵. L'esigenza di attribuire maggiore rilievo al profilo psicologico (e quindi alla colpevolezza) sarebbe ancora più stringente se, come vedremo, il provvedimento sospensivo, pur inquadrato tra le misure di prevenzione, sia invece da considerare a tutti gli effetti uno strumento punitivo.

Non siamo tuttavia sicuri che tale accorgimento possa essere del tutto efficace e temiamo invece che, se da preso da solo, porti con sé anche effetti negativi.

¹⁸⁰ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 358. V. anche A. MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia tra "prevenzione" e "repressione"*, cit., 705, e M. CENTORRINO, V. LA SPENA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano*, cit., 131 ss.

¹⁸¹ Per alcuni spunti v. C.F. GROSSO, *La contiguità alla mafia*, cit., 209, n. 46.

¹⁸² Sui concetti di rischio e accertamento dello stesso, v. P. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 24 ss. e i riferimenti bibliografici in Cap. I, sez. II.

¹⁸³ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 359.

¹⁸⁴ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 360. Lo stesso autore, nel tentare di delimitare i contorni dell'agevolazione, ha sottolineato la possibilità (la necessità?) di restringere il campo interpretativo del contributo agevolatore sulla base di una valutazione e una lettura sistematica. Secondo Magione, il collegamento dell'agevolazione con alcune fattispecie (tra cui quelle previste dagli artt. 416 *bis*, 639, 630 c.c.etc.), il fatto che la misura *sospensiva* si trovi tra quelle destinate a colpire i c.d. patrimoni della mafia, nonché il riferimento all'attività imprenditoriale dell'interessato, restringerebbero il significato del contributo a quello di tipo prettamente economico. L'autore si riferisce, a titolo esemplificativo, agli affitti di immobili a canone inferiore a quello di mercato, alla concessione di mutui a tassi favorevoli ovvero all'acquisto coatto di fornitura presso le imprese segnalate dalle associazioni mafiose (349). *Contra* però G. NANULA, *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di ordinamento, legislazione vigente*, Milano, 2009, 95, il quale ritiene che l'agevolazione possa riguardare anche le condizioni di vita, gli interessi, la mera posizione del presunto mafioso.

¹⁸⁵ Pensiamo all'impresa straniera che decida di fare affari, perché più conveniente, con un'impresa partecipata dalla mafia.

Quanto alla possibile efficacia è storia nota che l'accertamento del profilo psicologico è assai difficile e spesso si trasforma in una presunzione. Il rischio è pertanto che una presunzione *si aggiunga* ad un'altra.

Porre l'accento sul profilo psicologico potrebbe inoltre dare vita a facili strumentalizzazioni o a semplificazioni processuali, anche contrarie ai principi costituzionali, spingendo a ricercare e punire un'intenzione piuttosto che un fatto, e tutto ciò per sopperire una tipicità malcostruita e indeterminata.

5.2.3 Il concetto di agevolazione e lo scopo della misura

Secondo un'ultima impostazione, per interpretare correttamente il destinatario (il cui perno essenziale è appunto nella definizione del contributo agevolatorio) sarebbe necessario guardare allo scopo della misura, che consisterebbe nell'intervenire nei confronti di una società *illecita* anche quando non tutti i soci o i proprietari sono coinvolti nell'attività dell'associazione. Solo in tal caso l'impresa non potrebbe essere considerata veramente vittima, ma neppure vi sarebbero i presupposti per applicare una misura ai sensi degli artt. 18 ss. d.lgs. n. 159 cit.¹⁸⁶. Ciò nondimeno, cercare un punto di differenziazione alla luce dello scopo della norma potrebbe costituire un compito arduo, specie se si considera che il fine generale della misura in esame è quello di prevenire la c.d. infiltrazione della criminalità organizzata nel mercato. Questo fenomeno è infatti terreno ancora in parte sconosciuto per lo studioso del diritto penale (e perfino per il criminologo) ed è soggetto, come si è visto, alle interpretazioni più differenti¹⁸⁷, a seguito delle quali si potrebbe arrivare a vittimizzare nuovamente la c.d. impresa vittima, ossia quella che *subisce* l'infiltrazione¹⁸⁸. Al contrario,

¹⁸⁶ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 417. L'autrice sottolinea che questa misura permetterebbe di aggirare le ipotesi in cui sorge la difficoltà di provare che i titolari dell'attività economica siano in realtà prestanome o appaia difficile fornire gli indizi della pericolosità sociale dei soggetti, consistente nell'appartenenza ad una associazione mafiosa. Come è stato ancora sostenuto si tenterebbe con tale strumento di «porre rimedio alla carenza di potere nell'ambito della normativa delle misure di prevenzione di carattere patrimoniale, nei confronti di enti economici su base societaria nel momento dell'eventuale applicazione di un provvedimento di sequestro».

¹⁸⁷ Tra l'altro, come sottolineato da una dottrina, questo tipo di definizione porrebbe problemi di legittimità costituzionale. Chiedendo l'obbligo di giustificazione in capo al proprietario, si invertirebbe l'onere della prova e si violerebbe la presunzione di non colpevolezza e il diritto di difesa previsto dall'art. 24 Cost. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 418 e A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 462.

¹⁸⁸ Una parte della dottrina vede addirittura questa possibilità come necessaria. Sul punto v. P. GRILLO, *Gli artt. 3 quater e quinquies della l. 575/65: nuove misure di prevenzione nella lotta contro la criminalità organizzata* (parte prima), in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, I, 130, secondo cui «evidenti esigenze di tutela sociale richiedono l'eliminazione di ogni possibilità di espansione e di operatività di criminalità organizzata».

come è stato sostenuto, l'ordinamento dovrebbe farsi carico di tutelare le vittime della mafia¹⁸⁹, anche quando – aggiungiamo noi – esse siano rappresentate dalle società commerciali. In astratto dovrebbe salvaguardarsi la parte d'impresa e i rispettivi investimenti *sani*, colpendo soltanto le parti *infiltrate*.

5.3 Il concetto di attività economica

Terminiamo ora l'analisi riguardante i soggetti destinatari (*rectius*: i presupposti applicativi), cercando di delimitare i confini dell'*attività economica*.

A meno che non ci si voglia appellare ad un incerto significato comune del concetto, lo si può ritenere un elemento normativo extrapenalistico, la cui definizione rimanda ad altre branche del diritto. Ad esse rivolgiamo lo sguardo.

5.3.1 La definizione civilistica di “attività economica”

La sede *naturale* di tale concetto è infatti nel diritto civile e commerciale, e in particolare nell'art. 2082 c.c. il quale, nel delineare la figura dell'imprenditore, ne individua il perno essenziale nell'esercizio dell'attività economica¹⁹⁰. L'economicità dell'attività svolta distingue infatti l'attività di impresa dalle altre, come quelle puramente intellettuali, culturali o di svago, o ancora, quelle dirette unicamente al godimento dei beni¹⁹¹.

Ricordiamo infatti che ai sensi dell'art. 2082 del codice civile del 1942 l'imprenditore è colui che «esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi». Il legislatore del '42 ha sostituito la figura dell'imprenditore al concetto di commerciante¹⁹², cercando di adattare la struttura giuridica al

L'autore però ritiene che in tali casi sia opportuno prevedere un indennizzo nei confronti del proprietario in tali casi.

¹⁸⁹ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 419.

¹⁹⁰ Tra gli altri, v. i fondamentali W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1949, 50, n. 12; A. GRAZIANI, *L'Impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, 25.

¹⁹¹ F. CORSI, *Impresa e imprenditore*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011, 485.

¹⁹² Prima del 1942 esistevano due diversi codici di diritto privato: il codice civile del 1865 e il codice di commercio del 1882. Quest'ultimo, all'articolo 8, definiva i commercianti come coloro che esercitano atti di commercio per professione abituale e le società commerciali. Per atti di commercio si intendeva qualsiasi attività speculativa, cioè diretta al conseguimento di un profitto. In base alla disciplina vigente, il commerciante può costituire una *species* dell'imprenditore.

panorama e agli studi economici: secondo la migliore scienza in materia, infatti, la figura intorno alla quale ruoterebbe il sistema economico sarebbe proprio l'imprenditore¹⁹³.

Come si può osservare dalla definizione codicistica, gli elementi della professionalità, dell'organizzazione, del fine e della produzione e scambio di beni o servizi si aggiungono all'asse essenziale costituito dall'economicità dell'attività. Tale opinione non è però – è il caso di osservarlo – da tutti condivisa: una dottrina minoritaria ritiene che la nozione di attività economica sarebbe inutile e quella di imprenditore pleonastica, in quanto la presenza del carattere organizzativo e della necessaria produzione e scambio di beni e servizi esprimerebbe in modo esteso quel medesimo concetto compendiato nel concetto di attività economica¹⁹⁴.

Posta l'attenzione sulla rilevanza del concetto in sede commerciale, osserviamone le interpretazioni più diffuse.

Vale la pena anzitutto ricordare che, secondo le linee tracciate dagli studiosi del diritto commerciale, l'attività è un comportamento commissivo individuale¹⁹⁵, non necessitato dall'ambiente o dall'organismo ed orientato a una modificazione della realtà¹⁹⁶. Secondo alcuni, si tratterebbe di un insieme di atti che da soli resterebbero assoggettati alla disciplina generale prevista per ognuno di essi, ma insieme sono regolamentati in modo differente¹⁹⁷, e che devono essere legati dallo scopo comune che è, appunto, l'esercizio dell'impresa¹⁹⁸.

L'opinione prevalente ritiene inoltre che il concetto di "attività economica" avrebbe un significato più ampio di quello di "attività produttiva". D'altra parte, non sarebbe attività economica soltanto quella che ha lo scopo o è preordinata al conseguimento del profitto¹⁹⁹;

¹⁹³ A. GALGANO, voce *Imprenditore*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1992, 3, il quale richiama, sul "metodo dell'economicità" quale criterio ispiratore, F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1942, I, 377 ss.

¹⁹⁴ G. AULETTA, N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2001, 15.

¹⁹⁵ P. SPADA, voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 40.

¹⁹⁶ A. FALZEA, voce *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 442 ss., 462 ss.

¹⁹⁷ G. AULETTA, N. SALANITRO, *Diritto commerciale*, cit., 5. Sul punto v. però P. SPADA, voce *Impresa*, cit., 41, secondo cui l'atto non sarebbe fenomeno logicamente distinguibile dall'attività, in quanto decidere se si tratti di un unico comportamento o plurimo dipende dall'unità di misura che si adotta. Tale distinzione potrebbe avere senso soltanto giuridicamente, in quanto le stesse fattispecie farebbero da unità di misura di modo che «"passando" da una fattispecie (nel nostro caso, l'impresa) ad altre fattispecie (per esempio: contratto di compravendita, di locazione, di mutuo, ecc.) il comportamento contemplato dalla prima si manifesti come la sommatoria di comportamenti contemplati dalle seconde». Sul punto, v. anche V. COLUSSI, *Capacità e impresa*, Padova, 1974, 10, n. 8. *Contra*, V. V. BUONOCORE, *Introduzione*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, V ed., 2003, 15, secondo cui invece la distinzione sarebbe ontologica.

¹⁹⁸ V. BUONOCORE, *Introduzione*, cit., 15.

¹⁹⁹ F. GALGANO, *L'impresa*, cit., 60, il quale farebbe derivare questa conclusione dalla concezione economica dell'impresa fortemente orientata al fine di lucro, successivamente e in parte oggettivato dalla dottrina giuridica. W. BIGIAVI, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., 48. P. SPADA, voce *Impresa*, cit., 40

non si dovrebbe valutare soltanto l'economicità del risultato ma anche la presenza del carattere dell'economicità nelle modalità di realizzazione dell'attività²⁰⁰. L'economicità dell'attività peraltro non deve essere letta in un senso psicologico, quale scopo di lucro²⁰¹, così come fatto per molto tempo in passato dalla giurisprudenza²⁰², ma quale stimata (e non necessariamente effettiva) remunerazione dei fattori della produzione, della determinazione dei prezzi di beni e servizi in modo tale da generare un guadagno.

L'elemento essenziale di giudizio sarebbe quindi il "metodo" utilitaristico delle operazioni intraprese²⁰³. Una dottrina richiama, a titolo esemplificativo, la disciplina degli enti pubblici economici, in relazione ai quali l'economicità è stata considerata come «l'astratta idoneità a coprire i costi di produzione»²⁰⁴.

Così costruito (ossia basato sul "metodo"), il requisito diventa senza alcun dubbio elemento essenziale per la definizione dell'impresa: vi sarebbe infatti l'impresa quando «l'attività produttiva di beni o servizi si presenti come di per sé idonea a rimborsare, mediante il corrispettivo dei beni o dei servizi prodotti, i fattori della produzione impiegati»²⁰⁵. L'impresa diventa quindi legata al metodo che sua volta coincide con la definizione di attività economica.

Possiamo inoltre tentare di definire il concetto di cui ci occupiamo, sempre partendo dall'art. 2082 c.c., con un processo *ad excludendum*. Perché quindi un'attività possa essere definita economica non deve essere necessariamente finalizzata alla produzione e allo scambio di beni o servizi; si potrà configurare la fattispecie anche, ad esempio, nel caso dell'affittante del fondo rustico o di un'azienda. Ancora, potrà essere attività economica anche quella non organizzata, come per il caso del lavoratore autonomo, del medico o

²⁰⁰ P. SPADA, voce *Impresa*, cit., 40.

²⁰¹ Sul punto v. P. SPADA, voce *Impresa*, cit., 50 s., secondo cui il sintagma dello scopo di lucro si sarebbe pian piano sbiadito secondo tre direzioni: a) non più come atteggiamento psicologico ma come regole, oggettivamente riconoscibili che regolano l'attività; b) irrilevanza della destinazione dei profitti; c) lucro inteso non come guadagno o utile ma come qualsiasi vantaggio economico, incluso il risparmio di spesa. Ciò avrebbe ridotto, secondo l'autore, a rendere lo scopo di lucro piuttosto «un mistificante omaggio alla tradizionale accentuazione della materia di commercio».

²⁰² Per una rassegna della giurisprudenza sul punto, v. D. IANNELLI, *L'impresa*, in *Giur. sist. di dir. civ. comm.*, a cura di W. Bigiavi, Torino, 1987, 60 ss.

²⁰³ V. anche, in giurisprudenza, Cass., 14 luglio 1965, in *Foro it.*, 1965, I, 1668.

²⁰⁴ V. OTTAVIANO, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1962, 275.

²⁰⁵ F. GALGANO, *L'impresa*, cit., 63. Vanno perciò esclusi da tale concetto gli enti di protezione sociale come gli istituti autonomi per case popolari (sul punto, il fondamentale M.S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Società*, 1958, 228 ss.) gli enti assistenziali e previdenziali

dell'avvocato²⁰⁶. Infine, sarà integrato il requisito anche qualora l'attività non sia professionale, ossia nel caso di iniziative occasionali che «tipicamente scaturiscono da una sopravvenienza favorevole ed opportuna e che si esauriscono nello sfruttamento dei vantaggi da essa ricavabili»²⁰⁷: nei casi cioè in cui l'attività si svolga accidentalmente e l'organizzazione esaurisca la sua funzione nel compimento dell'atto per cui fu creato²⁰⁸.

Alla luce di quanto detto, possiamo ritenere che il legislatore del 1992, nell'introdurre la "sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni" volesse riferirsi a quel concetto di attività economica utilizzato nell'art. 2082 c.c., così come interpretato dalla dottrina commercialistica?

L'ipotesi del richiamo alla norma civilistica non ci sembra del tutto peregrina e potrebbe essere suffragata dal fatto che, sia nella previgente formulazione normativa della misura sia nell'attuale, il concetto di attività economica è accompagnato dall'inciso "*anche imprenditoriali*", ad indicare, esattamente come nel dettato del codice civile, che le seconde costituiscono un sottogruppo delle prime. In tal caso, l'ambito semantico e applicativo del concetto in esame sarebbe però ampio, di difficile limitazione e, al contempo, contraddittorio. Se così fosse, infatti, la misura dell'amministrazione giudiziaria, che devolve l'apparato organizzativo o gestorio a un soggetto nominato dall'autorità giudiziaria, non si potrebbe applicare a tutte le attività professionali o organizzate, che ben possono invece *agevolare* la criminalità mafiosa. D'altra parte, potrebbe essere disposta nei confronti di attività prive dell'elemento organizzativo, purché economiche. Ma come potrebbe sospendersi l'organizzazione di un'attività che è priva di supporto organizzativo, come, ad esempio, quella di un singolo consulente?

Potremmo ritenere, diversamente, che il legislatore volesse riferirsi al più generale concetto di impresa. Tale lettura potrebbe escludere il conflitto interpretativo e attribuire maggiore certezza (almeno) all'ultimo elemento della fattispecie preventiva, ma tale soluzione rimarrebbe arbitraria e contraria al dato letterale. Se intendiamo infatti il concetto in esame come elemento normativo extrapenale e richiamiamo la definizione (e l'interpretazione) del diritto commerciale, la locuzione legislativa "attività economiche, anche imprenditoriali" risulta incontrovertibile.

²⁰⁶ Diverso è ovviamente il caso di un medico che istituisca una casa di cura e in questa eserciti la sua attività.

²⁰⁷ P. SPADA, voce *Impresa*, cit., 40. Questo perché il requisito della professionalità evoca l'idea del protrarsi nel tempo di una data attività.

²⁰⁸ G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1971, 38.

5.3.2 L “attività economica” nel diritto penale

Si potrebbe allora rinunciare a ricercare il significato della locuzione nella disciplina civilistica ed invocare la (solita) autonomia del diritto penale²⁰⁹. Ritenere cioè che nell’ambito del diritto punitivo (o preventivo) il concetto vada interpretato autonomamente rispetto al referente gius-commercialistico. In tal caso, sarebbe sostenibile che la *voluntas* della legge consista nell’indirizzare la misura ai soggetti diversi dalle persone fisiche che, nell’ambito penalistico, sono stati quasi del tutto sconosciuti fino al d.lgs. 231/2001 sulla c.d. “responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato” il quale peraltro, nel selezionare i destinatari, ha preferito riferirsi al più generico “ente”²¹⁰. Laddove si optasse per tale soluzione interpretativa si riuscirebbero ad evitare i problemi sopra prospettati, ma, nello stesso tempo, ci si riferirebbe ad un concetto (di nuovo) assai indeterminato. Ricordiamo infatti che, nell’ambito della disciplina del d.lgs. n. 231/2001, ove pure una descrizione dei soggetti è presente all’art. 1, sempre più frequenti sono i casi in cui l’attività di delimitazione semantica dell’ente risulta problematica²¹¹.

Insomma, l’indeterminatezza della fattispecie preventiva (composta dai *vaghi* “indiziato di appartenere ad associazione mafiosa”, “agevolazione” e “attività economica”) risulta totale, specie se si considera che il contesto entro cui si muove tale norma appare ben poco conosciuto e assai indefinito nel suo complesso. La tecnica di tipizzazione,

²⁰⁹ La concezione autonomistica è ormai comunemente seguita. Sul punto v., tra gli altri, il fondamentale F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, 235 s. e, nella manualistica, se pur con alcuni correttivi, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 35; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009, 57, n. 11; F. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2012, 16. *Contra* A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 143 ss.; V. FRANCESCHELLI, «*Veramente falso*»: ovvero di come le vicende penali possono avere fortuna e creare allarme e sconforto se elevate a principi generali del diritto civile, in *Cass. pen.*, 2000, 279. In ordine al rapporto dialettico tra il carattere «autonomo» del diritto penale e l'esigenza di unitarietà dell'ordinamento giuridico, cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2005, 56 s., il quale, ritiene che «v'è in ogni caso un vincolo di coerenza derivante dall'unità dell'ordinamento giuridico. Le qualificazioni di liceità e illiceità, che l'ordinamento giuridico esprima nei suoi diversi settori, debbono essere coerenti fra loro». Esigenza che si pone soprattutto quando «il diritto penale intervenga in campi di materia disciplinati da altri rami dell'ordinamento»; in tali casi, «le discipline extrapenali, e i diritti o interessi che esse configurano, concorrono a porre il problema di tutela, cui il diritto penale propone la sua risposta. Il diritto penale resta autonomo nel selezionare gli interessi ritenuti meritevoli e bisognosi di tutela penale, le forme e i limiti della tutela. Ma non può, per così dire, cambiare le carte in tavola, introducendo soluzioni contraddittorie con la disciplina extrapenale del campo di materia in cui interviene. L'autonomia del diritto penale è qui un'autonomia relativa».

²¹⁰ Sul punto è ormai sterminata la letteratura. V. *supra*.

²¹¹ V., ad esempio, Cass., Sez. II, 9 luglio 2010, Vielmi, in *Cass. pen.*, 2011, 1889, con nota di O. DI GIOVINE, *Sanità ed ambito applicativo della disciplina della responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*.

sostanzialmente legata ad un poco conosciuto “fattore ambientale”, può in tal modo facilmente produrre un’irragionevole equiparazione tra imprenditore vittima e imprenditore colluso «sotto ponendoli allo stesso trattamento sulla base di un giudizio di “pericolosità reale” che si fonderebbe su un fascio di relazioni ambigue e difficilmente afferrabili come quelle che sostanziano il concetto di “contiguità mafiosa”»²¹². Ciò in aperto contrasto con il principio di legalità²¹³, anche, come proveremo a dimostrare, nella sua accezione *europea* di prevedibilità della legge penale.

6. La prevedibilità della fattispecie preventiva

Nelle pagine precedenti abbiamo provato a valutare la determinatezza della fattispecie preventiva, con esiti sconfortanti. Abbiamo anche accennato all’importanza di valutare il rispetto del principio di legalità in un’ottica di prevedibilità, secondo la lezione della Corte europea dei diritti umani. Per fare ciò, vale la pena di prendere in considerazione alcuni casi di applicazione della sospensione temporanea/amministrazione giudiziaria nella realtà giudiziaria. Cercheremo quindi di appurare se, nonostante la *vagueness* dell’intera fattispecie, la giurisprudenza abbia identificato delle ipotesi tipiche assicurando così la *prevedibilità delle decisioni giudiziarie* e l’*accessibilità* della norma.

È il caso di osservare anzitutto che i decreti che applicano la misura in esame sono pochissimi nell’intero panorama nazionale. Ci concentreremo soltanto su quelli emessi dal Tribunale di Milano, poiché, come visto, nei territori del Nord Italia le organizzazioni mafiose trovano maggiori opportunità di investimento²¹⁴. Nonostante in tale contesto l’amministrazione giudiziaria dovrebbe essere lo strumento di contrasto privilegiato, la sua applicazione è molto sporadica ed è avvenuta soltanto negli ultimi anni. Riteniamo che si tratti di una recente presa d’atto dell’efficacia della misura sospensiva che non potrà che portare ad un suo più frequente utilizzo nei prossimi anni.

Sebbene si tratti di un numero assai esiguo di provvedimenti, essi possono comunque offrire spunti interessanti alla nostra riflessione. Ogni decreto è, in queste ipotesi, legato ad un procedimento penale per 416 *bis* c.p. che potremo, lo diciamo sin d’ora, descrivere soltanto per brevissimi cenni.

²¹² A.M. MAUGERI, *La confisca ex art 3 quinquies l. 575/’65: la nozione di agevolazione e l’oggetto della confisca*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 giugno 2011, 3.

²¹³ A. MANGIONE, *La “contiguità” alla mafia fra “prevenzione” e “repressione”*, cit., 705; cfr. R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012, 176.

²¹⁴ V. cap. I, sez. I.

6.1 Il decreto “Royal s.r.l.”

Nel primo caso, la misura sospensiva è stata applicata nei confronti di una società (Royal s.r.l.) che si occupava della gestione e noleggio di videogiochi, giochi ricreativi e, in generale, di qualsiasi apparecchiatura da gioco e intrattenimento²¹⁵.

Secondo il decreto, tale società aveva agevolato soggetti accusati (nell’ambito di un procedimento penale) di aver costituito in Lombardia una *costola* dell’associazione ‘ndranghetista. Tale organizzazione otteneva ampi e ingiusti profitti attraverso il controllo di attività economiche e la gestione di diversi settori imprenditoriali, quali servizi di sicurezza presso locali notturni, esercizi pubblici presso posteggi, noleggio di macchinette video-poker, vendita di alimenti e bevande attraverso autonegozi, assunzioni presso centri sportivi finanziati da enti comunali, attività di movimento terra ed edilizia. Le attività erano finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti.

Secondo il Tribunale di Milano, la società preposta si era “avvalsa” dell’intera organizzazione mafiosa e in particolare di uno degli associati per installare apparecchi (videogiochi) in diversi locali e per gestire una sala giochi insieme allo stesso indiziato mafioso. Quest’ultimo si era reso il procacciatore d’affari della società “amica”: utilizzando la forza di intimidazione dell’organizzazione mafiosa, era riuscito a sovrapporla a tutti i rapporti contrattuali che i locali pubblici intrattenevano con altre imprese. Tra la società e l’associato si era instaurato un accordo che agevolava entrambi: la prima *geneticamente sana* «riceveva continue indicazioni sui luoghi in cui installare le macchinette»; il secondo «otteneva per un verso molteplici provvigioni che mai avrebbe potuto pretendere senza essere iscritto agli agenti di commercio e per altro verso (...) diventava gestore della lucrosa sala giochi di via Fontanelli»²¹⁶.

L’accordo si basava sul rapporto personale tra l’associato e il Presidente del consiglio d’amministrazione della società lecita ma collusa.

²¹⁵ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 24 maggio 2011, Royal s.r.l., inedita.

²¹⁶ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 24 maggio 2011, cit., 7. Secondo il decreto «la Royal s.r.l., mantenendo una propria autonoma struttura e accrescendo enormemente, nel 2009, la propria attività (...) ha agevolato l’opera [dell’associato] mediante lo stabile legame creato».

L'amministrazione della società venne pertanto sospesa²¹⁷ e affidata ad un amministratore giudiziario. Dopo quattro mesi, la misura fu però revocata. Secondo il Tribunale, infatti, la società era passata dalla acquisizione, installazione e rivendita di macchine da gioco alla gestione esclusiva di macchine di proprietà di Lottomatica, facendo così derivare i propri ricavi all'attività della seconda.

L'amministratore giudiziario aveva inoltre evidenziato come l'attività economica riguardante i rapporti con i locali pubblici vittime di pressione da parte dell'associato produceva un fatturato molto modesto rispetto a quello complessivo della società. Nonostante questo, l'impresa preposta aveva sciolto ogni contratto stipulato per tramite dell'intermediazione dell'associazione mafiosa. Come si legge nel decreto di revoca della sospensione, «si tratta di una decisione fondamentale per procedere alla revoca del decreto, non solo perché diametralmente opposta alle scelte commerciali che avevano portato alla società a stipulare i suddetti contratti, ma anche perché indicativa dell'impegno, anche economico, posto in essere dal Consiglio di amministrazione a rinunciare a una parte pur modesta dei redditi, pur di recidere ogni contatto con soggetti che in qualsiasi modo possano suo tramite agevolare il finanziamento di attività criminose»²¹⁸.

La società aveva inoltre adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e un codice etico con una parte dedicata alla prevenzione dei delitti di criminalità organizzata e terrorismo. Secondo il tribunale «sarà il tempo a giudicare se tale modello avrà, da parte della società, piena, effettiva, concreta e incondizionata applicazione; allo stato non si può non prendere atto che scelte imprenditoriali così decise, incompatibili con quelle che si rinvergono nelle condotte oggetto del decreto del 24 maggio 2011, meritano la revoca del provvedimento».²¹⁹

6.2 Il decreto "T.N.T."

Nel secondo caso, il Tribunale di Milano ha disposto la sospensione temporanea della T.N.T. Global Express s.p.a. dall'amministrazione di sei filiali site in Milano e provincia che – così è stato ritenuto – agevolavano un numero rilevante di persone imputate per 416 *bis*

²¹⁷ Al momento dell'emissione del decreto sospensivo il Presidente del consiglio d'amministrazione aveva cessato la sua carica. Il collegio giudicante ritenne tale circostanza irrilevante in quanto lo stesso soggetto aveva mantenuto, in qualità di socio della *holding* proprietaria, la gestione e il controllo della s.r.l. preposta.

²¹⁸ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 30 settembre 2011, Royal s.r.l., inedita, 6.

²¹⁹ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 30 settembre 2011, cit., 7. La società non si era preoccupata però di sostituire i rappresentanti degli organi amministrativi e direttivi.

c.p.²²⁰. Il procedimento penale era il medesimo del caso precedente: una *costola* della 'ndrangheta era stata istituita nel territorio milanese. Tra gli scopi dell'organizzazione mafiosa rientrava anche la «gestione di cooperative appaltatrici dei servizi di trasporto in TNT...finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti e ciò attraverso la gestione di società». La società T.N.T. Global express s.p.a., avente ad oggetto il trasporto espresso di merci, svolge infatti in Italia la sua attività attraverso filiali e "T.N.T. point" che stipulano contratti di fornitura di servizi con sub-vettori e ausiliari. Alcune filiali avevano affidato l'esercizio dell'attività di trasporto ad imprese gestite da soggetti accusati del reato di associazione mafiosa. In particolare, dal decreto di applicazione della misura²²¹, si evince come la famiglia 'ndranghetista fosse infiltrata nella T.N.T. già da molto tempo, essendo titolare di numerosi contratti di fornitura di servizi e gestendo molti dei c.d. "padroncini" (piccoli trasportatori). Dal 2008, tuttavia, vi era stata un'espansione dell'infiltrazione. *Le famiglie calabresi avevano spartito la ghiotta torta di T.N.T.*²²². Ciò era avvenuto attraverso la cooperazione di un responsabile di una delle filiali T.N.T. che era anche coordinatore di tutte quelle presenti nel territorio di Milano, Pero e Zibido San Giacomo. L'imprenditore era riuscito ad estromettere dai rapporti della T.N.T. le imprese "sane", permettendo così l'espansione del gruppo mafioso. Si era occupato peraltro di suggerire agli associati i comportamenti da tenere con gli apparati dirigenziali più alti del gruppo societario. Gli indiziati per 416 bis c.p. si erano pertanto «stabilmente infiltrati nei rapporti con le filiali lombarde della T.N.T., ottenendo a loro favore uno straripante numero di servizi di trasporto, se del caso ricorrendo a modalità tipicamente mafiose»²²³. Ciò era

²²⁰ Per un commento del provvedimento, v. C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese* (working paper), in *penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012.

²²¹ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 15 aprile 2011, T.N.T. Global Express s.p.a., inedita.

²²² Un quadro della situazione è offerto dalle parole dell'ordinanza di custodia cautelare del Gip del 4 marzo 2011, che vale la pena di riportare: «Il meeting fotografato dalle indagini è la quintessenza del summit mafioso. Si tratta di spartire la ghiotta torta di TNT tra famiglie mafiose calabresi. Ciascuna parla la stessa lingua dell'altro e ciascuno sa benissimo chi sia l'altro, anche in virtù di pregressi reciproci scambi di favori. Ciascuno conosce la forza dell'altro. Quindi la soluzione che consente di massimizzare i profitti per tutti è quella di un accordo che, per quanto "brutto", è sempre meglio di una "bellissima guerra"».

²²³ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 15 aprile 2011, cit., 19. Si pensi, ad esempio, al caso di un imprenditore il quale, apparentemente aiutato dagli associati a risolvere una crisi di liquidità, viene sostanzialmente privato della sua società (riportiamo uno stralcio esemplificativo di una conversazione tra due associati: «allora facciamo una cosa, io entro con il 50% nella tua società, mi dai tutto TNT, gestisco tutto io e si prende il 50% per adesso e poi si piglia quando la minchia fa l'unghia» (cioè dopo che l'imprenditore avrà avuto il 50% non avrà più nulla).

avvenuto attraverso l'aiuto del responsabile di filiale ma senza la consapevolezza degli organi dirigenti²²⁴.

L'intero decreto motiva sull'"agevolazione dell'attività economica" concentrandosi sul ruolo *cooperante* dell'imprenditore colluso²²⁵. È il caso di osservare però come nell'ambito del procedimento penale uno dei soggetti, sentito prima dell'inizio del processo, avesse espressamente dichiarato: «Posso riferire che per quanto ne so io R. [responsabile di filiale colluso] è andato sempre a braccetto con F. [promotore dell'associazione mafiosa], tuttavia tengo a precisare che E. [società gestita da mafiosi] ha in mano la quasi totalità delle zone di Milano e che quindi era interesse di R. non venire in contrasto con E., in quanto ritorsioni da parte loro potevano compromettere il rendimento della filiale in mano a R.»²²⁶. L'imprenditore cooperava quindi in uno stato di *sottoposizione*.

A distanza di sei mesi, il Tribunale di Milano revocava la misura sospensiva²²⁷. Riteneva infatti che la T.N.T. avesse svolto una decisa opera di prevenzione e contrasto alle vicende occorse. La società multinazionale aveva infatti sospeso e poi licenziato il responsabile "colluso" e il manager avente responsabilità di controllo e di verifica sui subcontratti; il presidente dell'organo direttivo si era dimesso; la gestione delle imprese degli associati era stata affidata a un custode giudiziario²²⁸. Le persone fisiche che si occupavano dell'amministrazione non soltanto della T.N.T. e delle sue filiali ma anche delle società *mafiose*, con le quali, pure, la T.N.T. non aveva interrotto il suo rapporto, erano state quindi completamente sostituite.

Oltre a ciò, la società aveva anche provveduto a: a) approvare un modello di organizzazione, gestione e controllo particolarmente attento alla fase di selezione dei fornitori addetti alla movimentazione e alla distribuzione; b) disporre l'aggiornamento e la verifica della documentazione (specie quella riguardante i carichi pendenti) relativa agli operatori appaltanti dei servizi di smistamento e distribuzione; c) risolvere i rapporti con i soggetti (persone fisiche) che durante l'amministrazione giudiziaria avevano tenuto un comportamento

²²⁴ Come si legge nel decreto (19), l'amministratore delegato della T.N.T., a cui gli associati si erano rivolti in un'occasione, aveva infatti rifiutato l'offerta e non poteva in alcun modo immaginare che l'organizzazione mafiosa potesse disporre in uno dei responsabili delle filiali.

²²⁵ Per tale motivo, in un precedente scritto, avevamo detto che questa misura *in rem*, necessitava, a ben vedere, di una prova *in personam*. R. RUSSO, *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, in *Arch. pen.*, 2012, 872.

²²⁶ S.I.T. resa in data 24 marzo 2001, cit. in Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 15 aprile 2011, cit., 19.

²²⁷ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 23 settembre 2011, T.N.T. Global Express s.p.a., inedita.

²²⁸ Le società gestite dalla mafia avevano subito il sequestro delle quote sociali ai sensi dell'art. 2 *bis* l. n. 575/1965 e la gestione era stata affidata ad un custode giudiziario.

contrario alle nuove *policy* della società. Secondo il tribunale di Milano, i presupposti per l'applicazione della misura erano stati quindi eliminati («la traccia, per T.N.T., è chiaramente segnata: sta a lei, ormai, non perderla»²²⁹).

6.3 Il decreto “B.N.L.”

Nel terzo caso, il Tribunale di Milano aveva disposto la sospensione temporanea della BNL dall'amministrazione dei rapporti bancari intrattenuti tra una filiale di Milano e alcune società (di proprietà o gestite da organizzazioni mafiose). Secondo il decreto, tale filiale era diventata nel tempo il punto di riferimento di un sodalizio mafioso legato alla 'ndrangheta e operante nel territorio dell'*hinterland* milanese. Gli appartenenti all'associazione 'ndranghetista, personalmente o per tramite di persone giuridiche a loro riconducibili, erano riusciti ad ottenere mutui e finanziamenti in violazione delle normali procedure di verifica e di controllo degli istituti bancari, attraverso l'aiuto di un quadro direttivo della filiale. Questi, come si legge nella proposta di applicazione della sospensione temporanea, aveva adottato «un atteggiamento estremamente “disinvolto” nel concedere i finanziamenti alle imprese [dell'associazione]: “*si inventa le cose più furbe*”, “*infioretta bilanci*”, redige lettere con cui i debitori (prestanome [degli associati]) rassicurano la banca in ordine alle capacità di rientro». Al momento della richiesta della misura preventiva, il direttore della filiale si trovava già in quiescenza. Ciò nonostante, il Pubblico Ministero sottolineava che altre figure professionali sovraordinate al quadro avevano prestato un certo apporto; che il rimborso dei finanziamenti era avvenuto con denaro proveniente da delitto anche dopo il pensionamento del quadro; che la banca non aveva mai segnalato eventuali operazioni sospette, anche dopo il pensionamento; che, infine, alcuni rapporti bancari con soggetti indiziati di appartenere al sodalizio mafioso erano ancora in corso²³⁰.

In verità, il decreto di applicazione si concentra sulla descrizione della condotta “fraudolenta” del direttore, quasi tacendo riferimenti volti a dimostrare la responsabilità dell'intera banca. Qualche cenno si legge nel decreto di revoca della misura²³¹, nel quale il Tribunale sottolinea come «sebbene non sia emerso dalle indagini(...) il coinvolgimento diretto di altri soggetti (sotto il profilo della loro consapevolezza), è pur sempre vero che, da

²²⁹ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 23 settembre 2011, cit., 7.

²³⁰ Questo è quanto si legge nella nota depositata dal Pubblico Ministero il 28 ottobre 2010 in risposta alla richiesta di chiarimenti del Tribunale di Milano del 22 ottobre 2010.

²³¹ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 15 giugno 2011, BNL s.p.a., inedita, 12.

un lato, è inverosimile che a fronte dell'entità dei finanziamenti concessi nessun altro dipendente (alcuni dei quali ricorrenti) fosse consapevole della reale situazione delle società del V. [degli associati], dall'altro lato, soprattutto lo stesso B.[quadro direttivo], (...) tranquillizzava V. A. dicendole che lui sarebbe stato disponibile anche dopo essere andato in pensione (evidentemente contando sui precedenti rapporti con soggetti interni alla banca non ancora in servizio)».

Dopo sei mesi, il Tribunale di Milano revocava la misura alla luce del comportamento collaborativo della BNL (i soggetti addetti alle procedure di finanziamento risultavano in pensione o assegnati ad altri incarichi; tutta la documentazione bancaria riguardante i conti correnti era stata depositata) e del fatto che i conti correnti dei soggetti indiziati di appartenere ad associazione mafiosa erano stati sottoposti a sequestro nell'ambito del procedimento penale.

6.4 Alcune riflessioni sui decreti milanesi: l'*imprevedibilità* delle decisioni giudiziarie

I casi finora analizzati offrono molteplici spunti di riflessioni, non soltanto in relazione alla determinatezza della fattispecie preventiva. Essi sono assai utili anche per valutare l'efficacia e lo scopo della misura sospensiva sui quali, però, ci soffermeremo più avanti.

Il profilo che, per il momento, ci interessa riguarda l'individuazione del soggetto destinatario. Come preannunciato, ci sembra che, all'esito dell'analisi giurisprudenziale, la norma appaia ancora più indeterminata. Il *contesto magmatico* e poco conosciuto, la variabilità delle ipotesi concrete e le istanze di difesa sociale rendono la fattispecie preventiva "un abito adatto ad ogni taglia".

Il primo caso analizzato riguarda infatti un'impresa che i membri dell'associazione mafiosa considerano addirittura parte del gruppo criminale. L'organizzazione mafiosa protegge e aiuta l'imprenditore in cambio di un'equa remunerazione.

Nonostante tale rapporto paritario e solidale, sembrerebbe difficile considerare l'imprenditore un vero e proprio partecipante dell'associazione mafiosa. Aderendo infatti alle tesi che sostiene il c.d. modello "organizzatorio", imperniato sull'inserimento organico del soggetto nel sodalizio²³², non potremmo che considerare l'amministratore un *extraneus*. Questi infatti non sembra trovarsi in uno stato di stabile e organica compenetrazione con il

²³² A. CORVI, *Requisiti e limiti della partecipazione nel reato di associazione a delinquere*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 601 s.

tessuto organizzativo dell'associazione²³³. Mancherebbe l'affiliazione rituale, l'investitura come "uomo d'onore" e la "commissione di delitti scopo"²³⁴. Potremmo certo sollevare qualche dubbio rispetto alla tenuta di tali indici probatori dell'appartenenza statica e dinamica all'associazione in un contesto di mafiosità ben diverso da quello del Sud Italia. Forse la teoria organizzativa, comunque condivisibile, necessiterebbe di una rilettura quantomeno sul piano delle esigenze probatorie.

Pur tralasciando tali perplessità, il fatto che l'imprenditore non possa essere considerato partecipe dell'associazione, non vuol dire che la sua condotta debba necessariamente rientrare nella fattispecie preventiva che ci occupa.

In primo luogo, secondo l'orientamento della giurisprudenza, la figura dell'imprenditore potrebbe rientrare nel ruolo di appartenente all'associazione mafiosa (ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 159 cit.) essendo in una zona di contiguità che «pur senza integrare il fatto si reato tipico del soggetto che è organicamente partecipe del sodalizio mafioso – risulti funzionale agli interessi della struttura criminale e denoti la pericolosità sociale specifica che sottende al trattamento prevenzionale»²³⁵. Seguendo questa tesi, dovrebbe applicarsi l'ordinaria confisca di prevenzione *ex art. 19 cit.* ed escludersi l'applicazione dell'art. 34 d.lgs. n. 159 cit.

Se pure volessimo aderire alla tesi dottrinale (che – lo ricordiamo – attribuisce all'"appartenenza" della fattispecie preventiva lo stesso contenuto semantico della "partecipazione") ed escludendo l'imprenditore tra gli appartenenti all'associazione, sarebbe comunque difficile considerare l'imprenditore come colui che agevola l'associazione mafiosa. Ci sembra che l'impresa, piuttosto che aiutare l'organizzazione 'ndranghetista, si avvalga del c.d. metodo mafioso²³⁶, per un proprio tornaconto. Sarebbe l'impresa *sana* ad ottenere il vero vantaggio, pur corrispondendo una remunerazione all'associato.

Il secondo dei casi descritti riguarda un'ipotesi molto diversa, ma, almeno *prima facie*, più aderente alla *ratio* di prevenzione dell'art. 34 d.lgs. n. 159 cit. Come detto,

²³³ Sul punto, v. Cass., Sez. I, 11 dicembre 2007, p.g. in c. Addante, in *C.E.D. Cass.*, n. 238828, Cass., Sez. II, 17 gennaio 1997, Accardo, *ivi*, n. 207845; Cass., Sez. VI, 31 gennaio 1996, Alleruzzo, in *Cass. pen.*, 1996, 1860; Cass., Sez. I, 18 maggio 1994, Clementi, in *Cass. pen.*, 1994, 2680, secondo le quali il soggetto dovrebbe rimanere a disposizione dell'ente però per il perseguimento dei fini criminosi.

²³⁴ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, *cit.*, e in senso adesivo, Cass., Sez. I, 11 dicembre 2007, *cit.*

²³⁵ Cass., Sez. I, 16 gennaio 2002, Scamardo, in *C.E.D. Cass.*, n. 221156.

²³⁶ L'avvalersi del metodo mafioso rimanda all'interpretazione assai controversa dell'art. 7 d.l. n. 152/1991. In dottrina, soltanto un orientamento ritiene che di tale metodo possano avvalersi soltanto gli associati G. TURONE, *Il delitto di associazione*, *cit.*, 70.

l'organizzazione mafiosa, per il tramite di contratti di fornitura (e quindi attraverso l'attività economica delle filiali della T.N.T.), era riuscita ad infiltrarsi in un intero settore di mercato. Le filiali della società multinazionale avevano in questo modo "agevolato" l'attività di appartenenti al sodalizio e procurato un vantaggio all'intera associazione. Come abbiamo visto, però, la prova (seppure indiziaria) dell'agevolazione si basa, nel decreto, sul comportamento del responsabile e coordinatore delle filiali che ci sembra in verità difficilmente intellegibile. Pensiamo alle ipotesi tipiche individuate da Mangione: il responsabile di filiale non potrebbe essere definito meramente *acquiescente* perché non si porrebbe in uno stato di mera, passiva sudditanza²³⁷; non sarebbe sicuramente *resistente*, non volendo in alcun modo contrastare l'organizzazione mafiosa²³⁸; neppure, però, potrebbe essere definito *cooperante*, in quanto la sua volontà non sembrerebbe quella di ottenere vantaggi (il famoso *certat de lucro captando*) quanto piuttosto di evitare che eventuali ritorsioni degli associati possano danneggiare la sua attività economica. Anche tale ipotesi, se guardata più a fondo, presenta quindi non pochi profili di incertezza.

Volgendo lo sguardo all'ultimo caso, ci sembra di poter dire che il fulcro dell'agevolazione sia rappresentato dal comportamento del quadro direttivo. Ebbene, sotto un profilo meramente oggettivo non v'è dubbio che l'associazione mafiosa possa aver ottenuto un vantaggio dalla condotta dell'imprenditore. D'altra parte, però, la stessa condotta ci sembra lontana dalle ipotesi che il legislatore voleva prevenire (o punire?) con l'introduzione della sospensione temporanea. Non si tratta infatti di un caso di infiltrazione dell'organizzazione mafiosa in un settore del mercato o in una società lecita. Il comportamento del quadro evoca piuttosto un abuso dell'operatore bancario nella concessione di credito²³⁹, oggi punito ai sensi dell'art. 646 c.p.²⁴⁰. Si tratta, quindi, di una forma di

²³⁷ V. M. CENTORRINO, V. LA SPENA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano*, cit., 47.

²³⁸ V. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 353 e M. CENTORRINO, V. LA SPENA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano*, cit., 48.

²³⁹ Sul punto v., A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 325 ss. e in part. 330.

²⁴⁰ Ricordiamo infatti che, secondo l'orientamento della giurisprudenza, anche nel caso in cui la condotta dell'operatore bancario sia a favore di terzi, si potrebbe parlare di appropriazione indebita. Sul punto v., tra le altre, Cass., Sez. V, 21 gennaio 1994, Nardecchia, in *C.E.D. Cass.*, n. 197574; Cass., Sez. VI, 28 giugno 1988, Curta, in *Il risparmio*, 1988, 830 ss; Cass., Sez. un., 28 febbraio 1989, Cresti, in *Giust. pen.*, 1989, II, 513 ss. che richiedono però, rispetto agli operatori bancari, la collusione tra questi e il beneficiario dell'affidamento arricchito. In dottrina, v. A.M. CASTELLANA, *Riflessioni a margine degli orientamenti giurisprudenziali in punto di rilevanza penale dei fidi abusivi*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 65; E. MEZZETTI, *L'appropriazione indebita nell'abuso di fido bancario*, in *Giust. pen.*, 1990, 193 ss.; A. PAGLIARO, voce *Appropriazione indebita*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 225; S. PROSDOCIMI, *Esercizio del credito e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 984.

pericolosità molto minore rispetto a quella che caratterizza gli appartenenti alle organizzazioni mafiose o coloro che vi sono fortemente vicini.

Dai tre provvedimenti esaminati, si evince come l'indeterminatezza della norma si trasformi, nella sua applicazione, nell'assenza di prevedibilità delle decisioni giudiziarie. La misura preventiva viene applicata a fatti diversi che coinvolgono dai soggetti appartenenti al sodalizio (magari in assenza di una prova che possa dimostrare la partecipazione) a soggetti che vi rimangono, se non per condotte abusive, del tutto estranei. La valutazione dei giudici sembra porre l'accento soltanto sul profilo dell'oggettivo vantaggio (qualunque esso sia), senza addentrarsi nell'analisi dell'atteggiamento psicologico dell'agevolante. Senza un'indagine sul profilo soggettivo, vi sono elevatissimi rischi che l'imprenditore mafioso, colluso o vittima subisca lo stesso trattamento²⁴¹.

²⁴¹ Il medesimo problema si è posto in relazione alla distinzione tra i reati di corruzione e concussione. Sulla distinzione tra i due delitti, v., tra gli altri, A. AMATO, *Quale discrimen tra concussione e corruzione?*, in *Cass. pen.*, 1998, 2918 ss.; E. BATTAGLINI, *I caratteri differenziali tra corruzione e concussione*, in *Giust. pen.*, 1931, I, 664 ss.; C. BENUSSI, *In tema di corruzione e concussione*, in *Ind. pen.*, 1985, 409 ss.; G. BERSANI, *Criteri distintivi tra corruzione e concussione: proposte per una ulteriore riforma e ruolo della giurisprudenza*, in *Riv. pen.*, 1995, 941 ss.; G. CONTENUTO, *La concussione*, Bari, 1970, 105 ss.; ID., *Commento agli articoli 317 e 317-bis del codice penale*, in ID., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Roma-Bari, 2002, 539 ss.; A. DE MARSICO, *Sul valore dell'iniziativa nella differenza tra corruzione e concussione*, in *Arch. pen.*, 1948, II, 204 ss.; F. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2007, 221; G. FORTI, *Sulla distinzione tra i reati di corruzione e concussione*, in *Stud. iur.*, 1997, 725 ss.; P. GIANNITI, *Corruzione e concussione. Riflessioni sui caratteri differenziali*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 33 ss.; L. LAGHI, *Il "danno del privato" come elemento distintivo tra le fattispecie di corruzione e concussione*, in *Giust. pen.*, 1997, II, 649 ss.; A. LANDOLFI, *Brevi riflessioni sulla concussione: il discrimine dalla corruzione e il concetto di utilità*, in *Giur. mer.*, 2001, IV, 847 ss.; R. LI VECCHI, *Vecchi e nuovi problemi ermeneutici in tema di concussione*, in *Riv. pen.*, 1992, 711-712; A. MONTAGNI, *Concussione e corruzione: ancora sugli indici di qualificazione delle condotte*, in *Giur. mer.*, 1994, III, 490 ss.; M. MORRA, *Corruzione e concussione. Nuovi problemi e questioni controverse*, Torino, 2004, 173 ss.; E. PALOMBI, *Ancora sulla distinzione tra corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 110 ss.; ID., *La concussione*, Torino, 1998, 21 ss.; M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, 154 ss.; M. RONCO, *Sulla differenza tra corruzione e concussione: note tra ius conditum ed ius condendum*, in *Giust. pen.*, 1998, II, 610 ss.; S. SEMINARA, *Sub art. 318-322*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, Padova, 2008, 769; A. TABOGA, *Concussione e legittimità dell'atto prospettato*, in *Giur. it.*, 2008, 2012 ss. Il dibattito è continuato a seguito della riforma dei reati contro la Pubblica Amministrazione, con la l. 6 novembre 2012, n. 190. A tal proposito si è detto che la punizione del privato nella neointrodotta fattispecie di «induzione indebita a dare o promettere utilità, ai sensi dell'art. 319 quater sia una soluzione di compromesso che vede l'*extraneus* - al tempo stesso - in parte vittima e in parte complice». G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. La recente riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, Addenda, Bologna, 2013, 14 che richiama anche, in senso analogo, T. PADOVANI, *Metamorfosi e trasfigurazione. La nuova disciplina dei delitti di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 789; D. PULITANÒ, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, 9; V. VALENTINI, *Dietro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 2, 118 ss.

6.5 Il decreto di sospensione temporanea nell'ambito del procedimento "Parco Sud"

Vale la pena di riflettere su un ultimo provvedimento di sospensione temporanea emesso nei confronti di più imprese e legato al procedimento milanese PARCO SUD²⁴², salito agli onori della cronaca. Il decreto del 2009²⁴³, essendo stato applicato a diverse società, include in un unico provvedimento i casi più diversi di "agevolazione". Nel procedimento penale, il Tribunale di Milano aveva accertato che un'associazione 'ndranghetista, operante nel territorio milanese, si era nel tempo dotata di una rilevante capacità di penetrazione nel campo dell'edilizia, tale da condizionare l'affidamento di lavori operanti in tale settore. Si tratta (anche in questo caso) di una organizzazione dal doppio volto: da una parte, domina il settore della demolizione e del movimento terra, in forza di una spartizione territoriale operata tra famiglie calabresi, e ricicla il denaro (attraverso prestanomi) in altre attività, come quella immobiliare; dall'altra, conserva un nocciolo duro di attività più tradizionali e militari e continua, per essere *convincente*, a utilizzare metodi tipici della mafia²⁴⁴. In questo contesto, «l'imprenditore che non vuole soggiacere, semplicemente cambia lavoro (o zona); quello che vuole lavorare, sottostà al ricatto, rendendosi disponibile anche a elargizioni immotivate e mantenendo stretto silenzio; quello che vuole trarre vantaggi, si allea con la consorteria»²⁴⁵. Leggendo il decreto di sospensione, si ha l'impressione che tutte queste tipologie di imprese (eccetto ovviamente il primo caso) siano state poi destinatarie della misura preventiva: sia società gestite e partecipate da imprenditori talmente vicini alla organizzazione da essere considerati nel procedimento penale "partecipi dell'associazione"²⁴⁶, sia imprese che acconsentivano alle richieste della mafia (in qualche modo, procurandole un vantaggio) per timore di ritorsioni²⁴⁷. Dallo stesso decreto, emerge poi come anche i singoli imprenditori

²⁴² Si tratta del procedimento n. 41489/07 RGRN il quale riguarda l'infiltrazione nel territorio di Buccinasco della famiglia 'ndranghetista dei Barbaro.

²⁴³ Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 17 dicembre 2009, Advisor Trading Rei s.r.l. e altri, inedita.

²⁴⁴ L'ordinanza di custodia cautelare (Gip Milano, ord., 26 ottobre 2009, Barbaro e altri, inedita) sottolinea come i due volti della mafia cerchino di non intersecarsi, in una logica di compartimentazione, se non negli esponenti di spicco della famiglia che fanno da mediatori e ponti tra i due versanti. Negli altri casi alcuni consociati si occupano soltanto del *volto presentabile*, altri «maneggiano cocaina e pistole».

²⁴⁵ Gip Milano, ord., 26 ottobre 2009, cit., 225 ss.

²⁴⁶ Gip Milano, ord., 26 ottobre 2009, cit., 75 ss.

²⁴⁷ Si tratta di una società detenuta per il 55% delle quote dall'imprenditore *sano*. Quest'ultimo aveva partecipato alle riunioni allargate con i membri dell'associazione mafiosa volte a definire la situazione di debito/credito su tre cantieri aperti che riguardavano un'altra sua società e la società detenuta dalla mafia. L'imprenditore aveva acconsentito a corrispondere una somma nei confronti di appartenenti al sodalizio per evitare che questi venissero protestati e a seguito di minacce e di ritorsioni. Aveva acconsentito «per paura» Gip Milano, ord., 26 ottobre 2009, cit., 165 ss.

assumano spesso le vesti più differenti, trovandosi, ad esempio a subire, pur molto vicini all'organizzazione mafiosa, pressanti minacce.

Insomma, la realtà fenomenologica dei rapporti tra mafia e mercato è molto complessa e le condotte delle imprese si spiegano in un ventaglio difficilmente compendiabile. Perfino lo stesso imprenditore può ritrovarsi, non necessariamente secondo uno schema diacronico, ad essere vittima dell'organizzazione e ad ottenere dalla stessa alcuni vantaggi come corrispettivo di un proprio contributo²⁴⁸. Conseguentemente, non si può individuare una sola ipotesi (*hard*) ma un intero complesso fenomenologico in cui l'agevolazione – se mai riuscissimo a determinarla – si confonde con comportamenti di sottomissione.

Con ciò ovviamente non vogliamo negare *tout court* che esistano casi in cui le condotte di imprenditori appaiono più marcatamente collusive, ma moltissime sono le ipotesi in cui le c.d. zone di contiguità appaiono incerte e *nelle mani* dell'interpretazione giudiziaria. In definitiva, i concetti di “indiziati di appartenere ad associazione mafiosa”, “attività economica” e soprattutto “agevolazione” non vengono determinati soltanto dal *contesto*²⁴⁹, ma dal singolo caso (o addirittura dal singolo episodio) oggetto di accertamento.

6.6 Quali conseguenze?

Da una parte, le maglie così larghe della norma pregiudicano la *prevedibilità* delle decisioni giudiziarie²⁵⁰, in una situazione di *instabilità* e assenza di *precedenti* vincolanti o

²⁴⁸ O il contrario: nel famoso procedimento CAPOSALDO (R.G.R.N. 37625/08) vi è l'ipotesi di un imprenditore che si rivolge alla consorte per ottenere un intervento presso un debitore insolvente. Gli associati lo aiutano ma decidono poi di impossessarsi delle quote di maggioranza della società dell'imprenditore.

²⁴⁹ Il *contesto*, peraltro, secondo una recente interpretazione, sarebbe sempre necessario, insieme al *testo*, per l'individuazione della norma. Sul punto, v. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 137 ss.; ID., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 93 ss.; G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, *ivi.*, 2001, 353. L'Autore utilizza, come ipotesi esemplificativa e dimostrativa, proprio il settore della criminalità organizzata di stampo mafioso, in relazione al quale l'applicazione in sede giudiziale della fattispecie incriminatrice risente fortemente di condizionamenti non solo politico-ideologici, ma soprattutto socio-culturali (357 ss.). Già prima, sul punto, G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, 1 ss. V. anche F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 515 ss.; ID., *Sistema delle fonti e deontologia in diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 277 ss. e M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in materia penale*, Torino, 2011, *passim*.

²⁵⁰ Anche alla luce “della lezione della Corte europea dei diritti dell'uomo”, il diritto rappresenterebbe il prodotto dell'intervento legislativo e giudiziario, e la certezza del medesimo, (teoricamente) assicurata in ambito nazionale dallo stretto principio di legalità, sarebbe invece garantita dai sotto-principi di *accessibilità* delle fonti legali e *prevedibilità* delle decisioni giudiziarie. Sul punto, tra gli altri, v. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, Napoli, 2011, 2197 ss.

*rassicuranti*²⁵¹; dall'altra, il "fatto", che dovrebbe orientare positivamente il giudice nell'attività di concretizzazione della norma, rischia nei procedimenti per 416 *bis* c.p. di non riuscire a svolgere tale funzione, confinato all'ombra del (nuovo) *nemico*, l'impresa.

Neppure l'idea, ampiamente criticata (e a cui abbiamo fatto cenno), che la *legalità preventiva* possa essere caratterizzata da un minor rigore rispetto a quella *repressiva*²⁵², può soddisfarci, dato che, lo anticipiamo, alcuni elementi inducono a ritenere che l'amministrazione giudiziaria sia in realtà una misura anche sanzionatoria e non soltanto preventiva.

7. Sulla confisca "delle attività economiche"

Abbiamo deciso di porre al centro della nostra l'analisi l'amministrazione giudiziaria, poiché è misura ancora poco indagata e che, nonostante un'iniziale, rara applicazione, promette (minaccia?) di diventare strumento di indiscussa rilevanza nella zona grigia di contiguità tra impresa lecita e criminalità organizzata²⁵³. Si ritiene infatti che, in tale ambito, essa possa essere l'unica vera e propria misura di "prevenzione"²⁵⁴.

Ciò nonostante, faremo qui anche qualche cenno alla confisca²⁵⁵ prevista dall'art. 34 co. 7 D.lgs. 159 cit., specie per evidenziarne i collegamenti con i presupposti della misura provvisoria.

Nel delineare i tratti caratteristici del provvedimento, è il caso di fare un passo indietro, partendo dall'art. 2 *ter* l. 575/65 (oggi art. 24 d.lgs. 159 cit.) ai sensi del quale – lo ricordiamo – «la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla

²⁵¹ Su questi concetti, anche se in riferimento al ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo, O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 159 ss.

²⁵² Tesi fortemente criticata da A. MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia fra "prevenzione" e "repressione"*, cit., 710.

²⁵³ Analizzando i decreti emessi dal Tribunale di Milano dal 2000 al 2012, aventi ad oggetto una misura preventiva patrimoniale, emerge come l'utilizzo dello strumento sospensivo sia iniziato soltanto dal 2009.

²⁵⁴ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 266.

²⁵⁵ Sul tema della confisca in generale rinviamo, tra gli altri, a A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 45 ss.; ID., *Criminalità economica e confisca*, cit., 2106 ss.; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007. Sul tema della confisca antimafia v., tra gli altri, il fondamentale A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 386 ss.

propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego». Con tale articolo si è inteso colpire anzitutto il patrimonio nel suo carattere di staticità, e non già le attività economiche negli elementi costitutivi, quali le aziende e le partecipazioni societarie²⁵⁶. Ciò nondimeno, lo stesso legislatore, con la l. n. 646 del 1982, nell'identificare l'oggetto del sequestro e della confisca, ha fatto comunque riferimento al concetto di "bene", anziché a quello di "cose", generalmente utilizzato, invece, nel codice penale, nella legislazione penale speciale e, infine, nel codice di rito penale, proprio al fine di estendere il raggio di intervento della confisca anche al di là del patrimonio inteso nell'accezione statica²⁵⁷. L'art. 2-bis comma 3 della l. n. 575 del 1965 prevedeva peraltro che le indagini patrimoniali, finalizzate all'accertamento della ricchezza e della sua provenienza, riguardassero anche persone giuridiche, società, consorzi od associazioni del cui patrimonio il proposto risultava disporre in tutto o in parte, direttamente o indirettamente. L'art. 10 comma 4 della medesima legge estendeva le misure patrimoniali interdittive ad imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione fosse amministratore o determinasse in qualsiasi modo scelte e indirizzi. Gli artt. 25 e seguenti della legge del 1982 consentivano infine di estendere le verifiche fiscali anche a tali soggetti.

In definitiva, la misura preventiva patrimoniale non nasce per colpire le società ma nel *corpus* della normativa originaria non mancano disposizioni che comunque contemplano tale eventualità. Parallelamente, la dottrina ha pacificamente ammesso la possibilità che l'oggetto del sequestro, che si applica nei confronti degli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose (disposto in via cautelare prima della confisca) - includa anche le quote societarie²⁵⁸.

²⁵⁶ A. RUGGIERO, *Amministrazione dei beni sequestrati e confiscati*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1988, 12, 42.

²⁵⁷ A. GIALANELLA, *L'art. 2-quater della l. n. 575 del 1965: il punto sull'oggetto e l'esecuzione del sequestro e della confisca di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2004, 365.

²⁵⁸ Osserva Mangione (A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit 318) che, in relazione alle società di capitali, la giurisprudenza penale sembra ormai aver superato ogni dubbio: quote ed azioni sono pianamente sequestrabili, e nel caso dell'unico socio ovvero nell'ipotesi in cui tutti i soci siano indiziati di appartenenza ad associazione mafiosa, si può ben disporre il sequestro sia su tutte le quote che sull'intero patrimonio sociale; è inoltre ammissibile il sequestro di quote di società a responsabilità limitata, in quanto il diritto alla quota, che ha natura obbligatoria, attiene, a sua volta, alla porzione dei singoli soci e ha ad oggetto non una frazione ideale degli elementi attivi del patrimonio sociale che appartengono invece alla società ma una percentuale degli utili di ogni esercizio e l'eventuale eccedenza attiva in caso di liquidazione (v., fra le tante, Cass., Sez. II, 24 marzo 1992, Pirovano, cit., per la quale la concretezza delle quote sarebbe comprovata dalla loro rappresentazione cartolare individuata nel libro dei soci; Cass., Sez. V, 19 maggio 1993, Gubbiatti, in *Cass. pen.*, 1994, 1907, n. 1178, che ammette il sequestro di beni immateriali, purché gli obblighi economicamente apprezzabili in esso consacrati siano materialmente apprensibili). Lo stesso Mangione (A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 314) sottolinea che «analoga unità di vedute non sussiste in sede civile, ove è

Tale interpretazione è stata poi fatta propria anche dalla giurisprudenza.

Ad esempio, il Tribunale di Napoli ha ritenuto che se l'attività, essenziale per il patrimonio della società, risulta in qualche modo contaminata (o infiltrata, diremmo noi), in quanto intrisa di metodo camorristico, anche il capitale accumulato nel tempo viene inquinato, con la conseguenza che azioni o quote acquistate inizialmente con denaro pulito, potrebbero arrivare a perdere tale caratteristica originaria, perché risulterebbero di fatto "frutto" attuale di un'attività illecita²⁵⁹. È il caso di ricordare però che la corte di Cassazione ha assunto una posizione più prudente, richiedendo la necessaria corrispettività tra l'oggetto della confisca e l'entità patrimoniale corrispondente all'illecito arricchimento²⁶⁰.

Quanto fin qui illustrato dimostra invero come anche l'art. 2 *ter*, con il generico riferimento al frutto e al reimpiego di attività illecita, riesca ad intervenire sul piano societario, benché – va detto – la sua applicazione sia generalmente limitata alle singole quote societarie²⁶¹.

Posto dunque che anche la confisca prevista dal legislatore dell'82 può incidere sugli elementi fondamentali, anche dinamici, dell'impresa, qual è la differenza tra questa e quella invece introdotta del '92, e che oggi troviamo all'art. 34 co. 7 del c.d. Codice Antimafia?

Ebbene, la peculiarità della confisca *ex art. 34 d.lgs. 159 cit.* sta nell'essere legata "a doppia mandata" alla misura dell'amministrazione giudiziaria. Come abbiamo già ricordato, tale confisca è infatti subordinata all'emanazione dell'ordine di amministrazione giudiziaria per un periodo di 6 mesi e, decorso tale periodo, alla sussistenza delle condizioni che ne

ben noto quante riserve si agitano su tale tematica, in relazione al tipo di sequestro - se giudiziario o conservativo - ed al tipo di partecipazione sociale - se azione o quota di società a responsabilità limitata - soggetta alla misura cautelare». Sul punto v. anche A. GIALANELLA, *L'art. 2-quater della l. n. 575 del 1965*, cit., 370, che vi include anche le quote di soci accomandanti. È stato osservato come tra le imprese oggetto di sequestro vi siano sempre di più quelle «macchiate di mafiosità» e ciò ha comportato problemi gestionali e una certa attenzione sul c.d. amministratore giudiziario che dovrebbe garantirne la «continuità produttiva». C. VISCONTI, *Proposte per recidere*, cit., 7 s. il quale ricorda che l'art. 41 del d.lgs. n. 159/2011, norma sostanzialmente inapplicata, prevede che entro 6 mesi dal sequestro, l'amministratore debba presentare una relazione sull'attività dell'azienda e sulle «prospettive di prosecuzione dell'impresa», e il tribunale «ove rilevi concrete prospettive di prosecuzione dell'impresa, approva il programma con decreto motivato e impartisce le direttive per la gestione dell'impresa» in caso contrario dispone la messa in liquidazione della società.

²⁵⁹ Trib. Napoli, 14 marzo 1986, Sibilìa, in *Foro it.*, 1987, II, 365. Sul punto però l'opinione della giurisprudenza è tutt'altro che pacifica. Si ricorda che nella stessa vicenda, l'organo di secondo grado (Corte d'App. Napoli, 7 gennaio 1987, Sibilìa, in *Foro it.*, 1987, II, 359) ha invece ritenuto che sia necessaria la espressa dimostrazione che tali quote siano il frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego.

²⁶⁰ Cass., Sez. VI, 24 gennaio 1995, Landani, in *Cass. pen.*, 1996, 922.; Cass. 13 marzo 1997, 1105, Mannolo, in *Cass. pen.* 1998, 1774.

²⁶¹ Non infrequenti sono tuttavia i casi in cui venga disposto il sequestro o la confisca di tutte le quote societarie o dell'azienda V. Trib. Milano, Sez. Mis.pPrev., decr. 7 novembre 2012, n. 46, *inedito*.

hanno giustificato l'esistenza e al fatto che i beni siano (*rectius* si abbiano motivi per ritenere che) il frutto o costituiscano il reimpiego di attività illecite.

Si è detto tuttavia come il contributo agevolatore che fonda l'amministrazione giudiziaria possa anche non essere necessariamente connesso all'ottenimento di frutti illeciti o al reimpiego di denaro sporco²⁶². Tuttavia questa difficoltà non potrebbe che *ingigantire* ancora di più la misura ablativa²⁶³ fino a farla estendere non soltanto alle attività contigue alla mafia ma a tutte le altre attività economiche che abbiano un qualche (molto indefinito) elemento suscettibile di rilevare penalmente.

Volendo analizzare il rapporto tra le due misure, potremmo dire che l'oggetto dell'amministrazione giudiziaria (appunto le attività economiche) e quello della confisca differiscano fortemente. Soltanto nella prima sarebbe sufficiente la destinazione illecita; nella seconda sarebbe invece necessario l'origine illecita²⁶⁴. Come è stato tuttavia osservato, nella prassi questa distinzione appare molto complessa²⁶⁵. Non è facile distinguere la parte illecita da quella lecita del patrimonio, ad esempio nell'ipotesi in cui nella società siano confluiti capitali illeciti, poi utilizzati per effettuare pagamenti per ulteriori investimenti che, a loro volta, provocano un incremento patrimoniale, non necessariamente proporzionale, «in un tutto indissolubilmente ed inestricabilmente connesso». In questi casi tutta l'azienda, intesa come un complesso unitario di beni e di rapporti, viene colpita dalle misure preventive²⁶⁶ (prescindendo dal momento di acquisto dei beni²⁶⁷).

La particolare conformazione dell'amministrazione giudiziaria sembra quindi plasmare in un modo peculiare anche la successiva confisca. Quando i beni che rappresentano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego vengono investiti in un'impresa, la

²⁶² V. *infra*.

²⁶³ Questa la tesi di A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 350.

²⁶⁴ E ciò diversamente da quanto avviene nell'ambito della confisca contro le organizzazioni criminali prevista nell'ordinamento tedesco *ex art. 59, 3 c StGB*. Sulla tale confisca nell'ordinamento tedesco vedi A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit, 200 ss. e bibliografia ivi citata.

²⁶⁵ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit, 413 s.

²⁶⁶ F. CASSANO, *Il sequestro dei beni nella procedura antimafia e la tutela dei creditori*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali*, cit., 272, il quale precisa tuttavia che, il fatto che l'azienda debba essere considerato un solo bene, non esclude ma anzi avvalorata l'idea che l'accertamento della provenienza illecita andrebbe comunque fatta per ogni singolo bene,

²⁶⁷ Cass., Sez. II, 8 aprile 2008, Failla, in *C.E.D. Cass.* n. 240501. Sul tema in relazione però alla confisca di cui all'art. 2 *ter* l. 575/1965 cfr. A.M. MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di F. Cassano, Roma, 2009, 74 s.; ID., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in AA.VV., *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 476 ss.

giurisprudenza tende a confiscare tutta l'attività anche se in essa vi erano beni di assoluta origine lecita. La proprietà viene infatti considerata contaminata o "macchiata"²⁶⁸.

Come sostenuto da una dottrina, tale confisca ben può riguardare, ad esempio, le ipotesi nelle quali «capitali illeciti siano stati veicolati in attività economiche e/o reinvestiti in beni a queste funzionali ad opera di chi abbia prodotto tali capitali (veicolati, certo, per via di intimidazione, assoggettamento o con il consenso dell'agevolante); fattispecie nella quale, pur tuttavia, il produttore del capitale illecito non abbia più il controllo diretto (la disponibilità effettiva, dunque) dello stesso capitale (o la disponibilità concreta del bene nel quale il capitale sia stato reinvestito), avendo «scambiato» tale controllo (o tale disponibilità) contro una remunerazione garantitagli dall'agevolante (o dall'intimidito o assoggettato)»²⁶⁹.

In definitiva, per la confisca di cui all'art. 3 *quinquies* (oggi, art. 34 co. 7 d.lgs. 159 cit.), potrebbero essere sufficienti elementi che facciano «ritenere l'esistenza di un'obiettiva commistione di interessi tra attività d'impresa e attività mafiosa riferibile ad altri soggetti»; da ciò potrebbe derivare la confisca «non dei singoli beni, quanto ovviamente del complesso dei beni che rende possibile l'esercizio dell'attività imprenditoriale agevolatrice»²⁷⁰. Come è stato osservato, ciò produce una smisurata dilatazione della confisca (che diventa ben più ampia di quella di cui all'art. 2 *ter* o di qualsiasi altra confisca) che può arrivare a colpire addirittura l'impresa che si trovi in uno stato ben lontano dal *colluso* ma molto più prossimo a quello di *vittima*²⁷¹.

Né tale timore può essere smorzato dalle tranquillizzanti parole della Corte di Cassazione, secondo cui il collegamento tra attività mafiosa e d'impresa potrebbe essere sintomatico dell'origine illecita dei beni ma l'applicazione della confisca necessiterebbe comunque di «pregnanti ed univoci elementi indiziari idonei a far ritenere che quei beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»²⁷².

Su questo stesso profilo è infatti intervenuta una recente pronuncia che sembra proprio confermare quanto finora osservato. In tale sentenza, il provvedimento ablativo è stato fondato sulla (sola) obiettiva commistione di interessi. La Corte ha infatti ricordato che «l'art.

²⁶⁸ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 414.

²⁶⁹ A. GIALANELLA, *Prevenzione patrimoniale e strategia dell'«actio in rem»: la pericolosità «in sé» della cosa, la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni e la ricchezza «contigua»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 323.

²⁷⁰ App. Catania, 21 novembre 1997, cit.; App. Palermo, 16 luglio 2004, dep. 3 marzo 2005; Trib. Palermo, decr. 14-28 novembre 2006, Centralgas S.p.a., Vigorgas serbatoi S.r.l., Ital metano S.r.l. e Gas sud S.r.l. cit. in A.M. MAUGERI, *La confisca ex art. 3 quinquies*, cit., 12.

²⁷¹ Sul punto, v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 414.

²⁷² Cass., Sez. I, 8 febbraio 1999, Galuppo, in *Foro it.*, 1999, II, 626.

3 *quinquies*, comma 2, stabilisce che l'eventuale provvedimento di confisca ricade sui "beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego", e quindi, si richiede l'accertamento della presumibile origine illecita dei beni», ma ha poi aggiunto: «Se vi sono motivi per ritenere che l'attività d'impresa in quanto tale possa agevolare le attività delittuose dell'agevolato, a poco rileva la verifica sulla provenienza dei capitali investiti, legittimandosi la misura ablatoria dell'impresa quale entità essa stessa produttiva di capitali illeciti»²⁷³.

Insomma, come sostenuto dalla dottrina, il presupposto della confisca, che dovrebbe essere rappresentato dalla presumibile origine illecita dei beni, muta, di fatto, nell' «obbiettiva commistione di interessi». In tal modo, l'impresa viene colpita non già perché le sue quote sono di origine illecita (e non solo nella misura dell'origine illecita), ma in quanto divenuta «entità essa stessa produttiva di capitali illeciti». E si considera illecita «la stessa attività produttiva di reddito», come conseguenza della commistione di interessi (tanto è vero che si considera inappropriato il requisito della sproporzione)²⁷⁴.

È evidente che in questo modo, nonostante i presupposti della amministrazione giudiziaria e della confisca siano differenti nella *law in book*, la forza attrattiva delle esigenze di difesa sociale finisce per fare coincidere l'oggetto dei due provvedimenti²⁷⁵.

«Rilevando la difficoltà nella maggior parte dei casi di distinguere ciò che è di origine lecita da quanto, invece, avrebbe provenienza illecita, [si] tende a ravvisare un'assoluta coincidenza tra l'oggetto del provvedimento di sospensione e quello del successivo provvedimento di confisca, estendendo così l'ambito di applicazione di quest'ultima misura sino a ricompredervi anche i beni "strumentali" alla realizzazione dell'agevolazione»²⁷⁶.

In questo modo e *contra legem*, questa diventa la confisca dai confini più ampi, anche se applicata nei confronti di soggetti la cui pericolosità è molto più sfumata. Ciò produce elevati rischi di illegittimità delle misure che pur essendo stati già avvertiti dalla dottrina in passato erano comunque ritenuti marginali: le società mafiose - si diceva - sono costruite solo

²⁷³ Trib. Palermo, Sez. mis. Prev., dec. 29 ottobre 2009, Martello, *in penale contemporaneo.it*.

²⁷⁴ A.M. MAUGERI, *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/65*, cit., 11.

²⁷⁵ A.M. MAUGERI, *La confisca ex art. 3 quinquies l. 575/65*, cit., 12.

²⁷⁶ A. AIELLO, *La sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3 quater e 3 quinquies*, cit., 386 s. Secondo l'autore dovrebbe però ritenersi illegittima la confisca dei beni sociali qualora la provenienza illecita sia connessa all'attività delittuosa in maniera del tutto occasionale o "furtiva", quando ad esempio gli organi rappresentativi della società non ne siano assolutamente a conoscenza.

tra persone della stessa estrazione socio-criminale²⁷⁷. I risultati dell'indagine empirica ci hanno invece dimostrato quanto spesso accada l'esatto contrario, essendo tutt'altro che infrequenti società infiltrate dalle mafie che *vantano* un passato di lunga permanenza lecita nel mercato.

8. Spunti di riflessione dal passato

Le note svolte mostrano che le uniche norme, in materia di prevenzione, idonee ad incidere sull'infiltrazione mafiosa delle organizzazioni criminali (delle *mafie*) nel mercato lecito, sono del tutto indeterminate, *inaccessibili*, tanto da rendere del tutto *imprevedibile* la loro portata applicativa.

Ipotizziamo in questa sede se e come tali disposizioni potrebbero essere riformulate. Per fare ciò volgeremo lo sguardo, invece che al futuro, al passato, pur consapevoli che tale approccio possa apparire inusuale in una prospettiva *de jure condendo*. Riteniamo però che proprio dal passato (e neppure troppo recente) siano arrivati suggerimenti, rimasti tristemente inascoltati.

8.1 La tecnica di tipizzazione del RICO

Anzitutto rivolgiamo lo sguardo, in un'ottica di comparazione funzionale, alla fattispecie (questa penale) prevista nell'ordinamento americano in materia di *organized crime infiltration in legitimate business*, per descriverne la tecnica di tipizzazione.

Ci riferiamo, ovviamente, al (già citato) *RICO Statute* del 1970. In tale *corpus* normativo, come si è accennato, la confisca e le altre sanzioni si applicano a chi investe o usa fondi derivanti da uno schema di *racket* in un'attività d'impresa (18 U.S.C. § 1962 a)); a chi acquista il controllo di un'impresa attraverso l'attività di un'organizzazione criminale (18 U.S.C. § 1962 b)); a chi conduce gli affari di un'impresa attraverso lo schema di attività di *racket* (18 U.S.C. § 1962 c)); a chi cospira per commettere uno dei tre reati precedenti (18 U.S.C. § 1962 d))²⁷⁸.

²⁷⁷ A. AIELLO, *La sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3 quater e 3 quinquies*, cit., 387.

²⁷⁸ 18 USC § 1962 - «*Prohibited activities. a) It shall be unlawful for any person who has received any income derived, directly or indirectly, from a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt in which such person has participated as a principal within the meaning of section 2, title 18, United States Code, to use or invest, directly or indirectly, any part of such income, or the proceeds of such income, in acquisition of any interest in, or the establishment or operation of, any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce. A purchase of securities on the open market*

Alla fattispecie si aggiunge poi la dettagliata esposizione dei beni oggetto di confisca penale, che già sono stati accennati nella presente trattazione.

Ebbene, come si può facilmente osservare, la tipizzazione appare assai più precisa e direttamente tarata sui rischi di contiguità tra organizzazioni criminali e imprese che agiscono nel mercato lecito. Lo statuto, per come è costruito, dimostra inoltre una maggiore consapevolezza dei comportamenti che intende punire.

Ma è tutto oro quel che luccica?

Le differenti esigenze di tutela (e le lacune) dell'ordinamento americano hanno portato l'interpretazione, soprattutto giurisprudenziale, ad ampliare progressivamente le maglie interpretative di queste norme.

I dubbi hanno infatti riguardato proprio alcune delle nozioni-chiave, la cui interpretazione appare oggi assai estesa.

Uno tra gli elementi più discussi è stato, ad esempio, il concetto di *pattern of racketeering activity* - specie rispetto al significato di *pattern* - essenziale perché costituisce il perno intorno al quale ruotano le condotte riguardanti le imprese. Il titolo 18 U.S.C. § 1961 (5) definisce il «*Pattern of racketeering activity, one of which occurred after the effective date of this chapter and the last of which occurred within ten of a prior act of racketeering activity*»²⁷⁹. Si è ritenuto quindi, piuttosto pacificamente, che perché tale locuzione possa

for purposes of investment, and without the intention of controlling or participating in the control of the issuer, or of assisting another to do so, shall not be unlawful under this subsection if the securities of the issuer held by the purchaser, the members of his immediate family, and his or their accomplices in any pattern or racketeering activity or the collection of an unlawful debt after such purchase do not amount in the aggregate to one percent of the outstanding securities of any one class, and do not confer, either in law or in fact, the power to elect one or more directors of the issuer.

(b) *It shall be unlawful for any person through a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt to acquire or maintain, directly or indirectly, any interest in or control of any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce.*

(c) *It shall be unlawful for any person employed by or associated with any enterprise engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce, to conduct or participate, directly or indirectly, in the conduct of such enterprise's affairs through a pattern of racketeering activity or collection of unlawful debt.*

(d) *It shall be unlawful for any person to conspire to violate any of the provisions of subsection (a), (b), or (c) of this section». Sulla criminal forfeiture del Rico, v. la dettagliata analisi di A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 248 ss.*

²⁷⁹ Per l'elenco dei reati vedi art. 18 U.S.C. par. 1961 (1) che include tra gli altri, i reati di omicidio, incendio, corruzione, estorsione, delitti di osceno, delitti di falso, delitti sessuali, frodi: «*"racketeering activity" means (A) any act or threat involving murder, kidnapping, gambling, arson, robbery, bribery, extortion, dealing in obscene matter, or dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), which is chargeable under State law and punishable by imprisonment for more than one year; (B) any act which is indictable under any of the following provisions of title 18, United States Code: Section 201 (relating to bribery), section 224 (relating to sports bribery), sections 471, 472, and 473 (relating to counterfeiting), section 659 (relating to theft from interstate shipment) if the act indictable under section 659 is felonious, section 664 (relating to embezzlement from pension and welfare funds), sections 891-894 (relating to*

essere integrata debbano essere posti in essere necessariamente almeno due reati federali elencati nello stesso RICO (anche se inizialmente si riteneva che il termine *pattern* volesse riferirsi alla presenza di una pluralità di progetti)²⁸⁰. La giurisprudenza ha tuttavia nel tempo allargato il contenuto semantico del termine pretendendo genericamente una *community and relationship*²⁸¹ (che può consistere alternativamente in un vero e proprio programma

extortionate credit transactions), section 1028 (relating to fraud and related activity in connection with identification documents), section 1029 (relating to fraud and related activity in connection with access devices), section 1084 (relating to the transmission of gambling information), section 1341 (relating to mail fraud), section 1343 (relating to wire fraud), section 1344 (relating to financial institution fraud), section 1425 (relating to the procurement of citizenship or nationalization unlawfully), section 1426 (relating to the reproduction of naturalization or citizenship papers), section 1427 (relating to the sale of naturalization or citizenship papers), sections 1461-1465 (relating to obscene matter), section 1503 (relating to obstruction of justice), section 1510 (relating to obstruction of criminal investigations), section 1511 (relating to the obstruction of State or local law enforcement), section 1512 (relating to tampering with a witness, victim, or an informant), section 1513 (relating to retaliating against a witness, victim, or an informant), section 1542 (relating to false statement in application and use of passport), section 1543 (relating to forgery or false use of passport), section 1544 (relating to misuse of passport), section 1546 (relating to fraud and misuse of visas, permits, and other documents), sections 1581-1592 (relating to peonage, slavery, and trafficking in persons), section 1951 (relating to interference with commerce, robbery, or extortion), section 1952 (relating to racketeering), section 1953 (relating to interstate transportation of wagering paraphernalia), section 1954 (relating to unlawful welfare fund payments), section 1955 (relating to the prohibition of illegal gambling businesses), section 1956 (relating to the laundering of monetary instruments), section 1957 (relating to engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity), section 1958 (relating to use of interstate commerce facilities in the commission of murder-for-hire), sections 2251, 2251A, 2252, and 2260 (relating to sexual exploitation of children), sections 2312 and 2313 (relating to interstate transportation of stolen motor vehicles), sections 2314 and 2315 (relating to interstate transportation of stolen property), section 2318 (relating to trafficking in counterfeit labels for phonorecords, computer programs or computer program documentation or packaging and copies of motion pictures or other audiovisual works), section 2319 (relating to criminal infringement of a copyright), section 2319A (relating to unauthorized fixation of and trafficking in sound recordings and music videos of live musical performances), section 2320 (relating to trafficking in goods or services bearing counterfeit marks), section 2321 (relating to trafficking in certain motor vehicles or motor vehicle parts), sections 2341-2346 (relating to trafficking in contraband cigarettes), sections 2421-24 (relating to white slave traffic), sections 175-178 (relating to biological weapons), sections 229-229F (relating to chemical weapons), section 831 (relating to nuclear materials), (C) any act which is indictable under title 29, United States Code, section 186 (dealing with restrictions on payments and loans to labor organizations) or section 501(c) (relating to embezzlement from union funds), (D) any offense involving fraud connected with a case under title 11 (except a case under section 157 of this title), fraud in the sale of securities, or the felonious manufacture, importation, receiving, concealment, buying, selling, or otherwise dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), punishable under any law of the United States, (E) any act which is indictable under the Currency and Foreign Transactions Reporting Act, (F) any act which is indictable under the Immigration and Nationality Act, section 274 (relating to bringing in and harboring certain aliens), section 277 (relating to aiding or assisting certain aliens to enter the United States), or section 278 (relating to importation of alien for immoral purpose) if the act indictable under such section of such Act was committed for the purpose of financial gain, or (G) any act that is indictable under any provision listed in section 2332b(g)(5)(B)».

²⁸⁰ I c.d. *multiple schemes*. Sul punto, v. M. GOLDSMITH, *Rico and "pattern": the search for "continuity plus relationship"*, in *Corn. L. Rev.*, 1988, 73, 983 ss.; ID., *Judicial immunity for White Collar Crime: The ironic Demise of Civil RICO*, in *Harv. J. on Leg.*, 1993, 30, 15.

²⁸¹ V. *Sedima, S.P.R.L. v. Imrex Co.*, 473 U.S. 479 (1985) che ha ripreso l'opinione e le parole del Senate Report No. 617, 91st Cong., 1st Sess. 158 (1969), secondo cui «il bersaglio del RICO non è l'attività sporadica. L'infiltrazione dell'economia lecita e la minaccia dell'attività continuativa deve essere effettiva. È questo fattore del *continuity and relationship* che fa il *pattern*». Molto interessanti sono le opinioni divergenti di alcuni giudici in questo caso, come quella del giudice Marshall, il quale sottolinea che questa lettura non solo è

criminoso o nello stesso motivo a delinquere o nel perseguimento delle stesse finalità, nella coincidenza delle vittime), tale da mantenere un rapporto con l'*enterprise* e in modo da mostrare una minaccia *continuativa*²⁸². La continuità viene per lo più intesa in senso temporale e può essere chiusa o aperta²⁸³.

Il concetto di *pattern of activity* è stato quindi esteso nel suo significato tanto che adesso risulta incerto²⁸⁴. Sicuramente non è necessario che vi siano cumulativamente uno specifico piano criminoso, una molteplicità di vittime o una molteplicità di concorrenti: quello previsto nel Rico diventa a tutti gli effetti una sorta di *conspiracy*, in qualche caso (e secondo alcune interpretazioni) aggravata²⁸⁵. I due requisiti della *community* e della *relationship*, così come interpretati dalla giurisprudenza, hanno - così è stato sostenuto - sfumato la connessione tra il RICO e la vera e propria organizzazione criminale (o, *a fortiori*, quella mafiosa)²⁸⁶. L'incertezza interpretativa e, soprattutto, l'interruzione del legame tra lo Statuto e gli scopi originari sono stati esacerbati dal fatto che il novero delle fattispecie-presupposto del RICO è stato pian piano allargato alla luce di una insoddisfacente efficacia iniziale della normativa²⁸⁷. Vi sono stati così introdotti negli anni '80, ad esempio, i reati bancari e il riciclaggio, che hanno reso il RICO sempre più legato alla criminalità economica e meno alla criminalità organizzata e all'infiltrazione di questa nel mercato²⁸⁸. La maggior parte dei procedimenti

incoerente con le raccomandazioni che il governo fa alle procure di interpretare restrittivamente il RICO penale, ma diventa una specie di estorsione. Infatti le imprese legittime, onde evitare le sanzioni del RICO ma anche soltanto il danno all'immagine che un'accusa (ancorché civilistica) di *racketeering* può apportare preferiscono transare con i privati. L'effetto è che soltanto il 9 % di tutti i procedimenti di *Civil Rico* riguardano criminali professionisti.

²⁸² G.R. BLAKEY, T.A. PERRY, *An analysis of the Myths that Bolster Efforts to Rewrite RICO and the Various Proposal for Reform: "Mother of God – Is this the End of RICO?"*, in *Vand. L. Rev.*, 1990, 43, 966. Sul punto vedi anche l'ampia bibliografia cit. in A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, 249, n. 13.

²⁸³ Nel primo caso si richiede la commissione di una serie di reati posti in essere in un tempo considerevole (v. *H.J. Inc. v. Northwestern Bell Telephone Co.* 109 S. Ct., 2902); nella seconda accezione si richiede invece che i reati posti in essere sostanzino una minaccia di attività organizzate di lungo periodo perché parte di un affare in corso o tipiche della gestione di impresa, senza che sia necessaria il "tempo considerevole". V. *H.J. Inc.* 492 U.S., 241-243 e G.E. LYNCH, *A conceptual, practical, and political Guide to RICO Reform*, in *Vand. L. Rev.*, 1990, 43, 772.

²⁸⁴ E.S.G. DENNIS, JR., *Current RICO Policies of the Department of Justice*, in *Vand. L. Rev.*, 1990, 43, 667; D.E. ABRAMS, *Crime Legislation and the Public Interest: Lessons from Civil Rico*, in *SMU Law Rev.*, 1996, 50, 71. Sull'esigenza di interpretare il concetto restrittivamente, v. *Beauford v. Helmsley*, 865 F.2d 1386 (2d Cir. 1989 en banc). Per tentativi di interpretazione dei profili della relazione e della continuità v., in giurisprudenza, *Morgan V. Bank of Waukegan*, 804 F.2d 970 (7th Cir. 1986); *420 East Ohio Limited Partnership v. Cocose*, 980 F.2d 1122 (7th Cir. 1992); *Resolution Reust Corporation v. Stone*, 998 F.2d 1534 (10th cir. 1993); *Fleet Credit Corporation v. Sion*, 893 F.2d 441 (1st Cir. 1990).

²⁸⁵ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, 251.

²⁸⁶ V. la ricostruzione di P.W. LOW, *Federal Criminal Law*, cit., 674 ss.

²⁸⁷ Sul punto, v. *General Account Office, Asset forfeiture – A seldom used Tool in Combatting Drug Trafficking*, aprile 1981, 190-191.

²⁸⁸ E.S.G. DENNIS, JR., *Current RICO Policies*, cit., 617.

recenti non riguarda infatti le iniziali fattispecie di reato-presupposto, ma quelle introdotte successivamente, di stampo fortemente economico come la *mail* o *wire fraud*²⁸⁹.

Ancora più rilevante ci sembra la discussione attinente all'altro presupposto essenziale della fattispecie, ovvero il collegamento con un'*enterprise*. Potremmo tradurre tale locuzione con il termine "impresa", che già di per sé risulta meno equivocabile o meno arbitrario di quello di "attività" economica, e che è definito dal titolo 18 U.S.C. § 1961(4), attraverso un elenco che include: «*any individual, partnership, corporation, association, or other legal entity, and any union or group of individuals associated in fact although not a legal entity*»²⁹⁰.

Nonostante l'esistenza di una definizione legale, il concetto di *enterprise* risulta invero piuttosto ampio, tanto da includervi anche gli uffici governativi²⁹¹. Soltanto gli oggetti inanimati restano pacificamente esclusi²⁹².

La giurisprudenza ha inoltre slegato dal concetto d'impresa il fine economico, applicando il RICO anche ad organizzazioni *no profit*²⁹³.

²⁸⁹ D.E. ABRAMS, *Crime Legislation*, cit., 61. La giurisprudenza ha poi ulteriormente ampliato il campo di applicazione interpretando i reati di *mail* o *wire fraud* in modo tale da farvi rientrare anche altri comportamenti (come quelli di evasione fiscale). Sul punto v. T.G. REED, *The defense case for RICO reform*, in *Vand. L. Rev.*, 1990, 42, 698; A.J. CALIFA, *RICO Threaten Civil Liberties*, *ivi*, 820; *United States v. Porcelli*, 865, F.2d 1409, 1415 (9th Cir. 1987).

²⁹⁰ Sulla definizione del concetto di *enterprise*, v. *Sedima SPRL v. Imrex Co.*, 473 US 479, 496 (1985) *United States v. Turkette*, 452 US 576, 580 (1981); *United States v. Huber*, 603 F.2d 387, 394 (2nd Cir 1979); *United States v. Mandel*, 415 F. Supp. 997, 1020-22; *Boyle v. United States*, 556 US, 129 S.Ct. 2237 (2009).

²⁹¹ *United States v. Brennan*, 629 F. Supp. 283 (E.D.N.Y. 1986). Sul punto, v. D.J. FRIED, *Rationalizing criminal forfeiture*, in *Journal Crim. L. & Crim.*, 1988, 62, 341.

²⁹² *Elliott v. Foufas*, 867 F.2d 877 (5th Cir. 1989) (come un appartamento); *Old Time enters. V. Unt'l coffee Corp.*, 862 F.2d 1213 (5th Cir. 1989) (il caffè o i diritti contrattuali); *Guildry v. Bank of LaPlace*, 740 F. Supp. 1208 (E.D. La. 1990), *add'd as modified*, 954 F.2d 278 (5th Cir. 1992) (come un conto corrente bancario).

²⁹³ *National Organization for women, Inc. v. Scheideler, S.C.*, 1994, 510 US 249. Il caso, assai interessante, riguarda un'organizzazione che supporta l'interruzione di gravidanza. I richiedenti sono costituiti da altre due associazioni mediche e a favore dell'aborto e il convenuto da un gruppo anti-aborto chiamato *Pro-Life Action Network*, oltre altre organizzazioni e un laboratorio medico, tutti detrattori delle pratiche abortive. Secondo i richiedenti, che intrapresero un'azione civile RICO, il gruppo, con l'uso di minacce e violenza, impediva alle donne di abortire e ai medici di interrompere le gravidanze. Questa *conspiracy*, sempre secondo gli attori, avrebbe procurato danni alla loro attività economica e alla proprietà e il *Pro-Life Action Network* costituirebbe una *racketeering enterprise*. La corte di primo grado e quella d'appello sostengono che è necessario che perché vi sia il RICO vi sia anche una motivazione economica e dei reati "economici".

Secondo la Corte Suprema invece non vi sarebbe nessun riferimento esplicito nel RICO alle motivazioni economiche e anche il concetto di *enterprise* non necessariamente implicherebbe il fattore economico, tant'è che nella lettera c) della sezione 1962 l'*enterprise* sarebbe genericamente il veicolo attraverso il quale l'attività di *racketeering* illegale è commessa, piuttosto che la vittima dell'attività. E quindi in questa terza definizione verrebbe lasciato il posto per un concetto di *enterprise* "non economico". *Contra*, invece, *United States v. Ivic*, 700, F.2d 51, 59-65 (2nd Cir. 1983), secondo cui l'estensione del RICO alle realtà non economiche sarebbe contraria alla *ratio* dello stesso Statuto e alle volontà del Congresso che intendeva colpire «*the organized commercial exploitation*»; inoltre, sempre secondo tale pronuncia, la finalità economica dell'*enterprise* sarebbe espressamente richiesta dalle lettere a) e b) del 1964 e dovrebbe essere quindi anche estesa alla lettera c).

Una delle più rilevanti operazioni creative della giurisprudenza è rappresentata tuttavia da *United States v. Turkette*, USC, 1981, 452 US 576.

In questo caso ci si è chiesti se l'*enterprise* (vale a dire, l'impresa che dovrebbe essere *contaminata*) dovesse essere necessariamente legittima o potesse essere anche rappresentata da un'organizzazione criminale. Vale la pena di ricordare i punti essenziali della decisione.

Secondo la Corte suprema anche l'impresa illegale o illecita potrebbe costituire *enterprise* ai sensi del RICO e ciò perché: a) il fatto che il *Rico* possa applicarsi anche alle associazioni di fatto dimostra proprio un intento estensivo del legislatore; b) non sussiste il rischio di confondere l'*enterprise* con il *pattern of racketeering activity* (come invece era stato sostenuto dalla Corte d'appello) perché la prima sarebbe un insieme di soggetti mentre la seconda il compimento di un insieme di attività criminali; c) è vero che il RICO è volto ad evitare che ci siano infiltrazioni nel mercato lecito ma ha anche il fine di impedire il reinvestimento del denaro ottenuto dall'attività criminale in associazioni del tutto criminali in modo tale da arricchirle; d) gli ordini restrittivi (*divestiture, dissolution, reorganization*) - rimedi civili previsti dalla sezione 1964 (su cui *infra*) - sembrerebbero sì dedicati alle imprese legali, ma non sarebbero neppure applicabili a tutti gli attori del mercato lecito.

In definitiva, la Corte Suprema ha ammesso che nel concetto di *enterprise* rientrano anche le imprese illegali. Soltanto tale interpretazione, continua la Corte, permetterebbe al RICO di giocare non soltanto un ruolo rimediante ma anche preventivo, contrastando le organizzazioni criminali anche prima che *infettino* l'economia legale.

Ebbene, quanto fin qui illustrato dimostra come, nonostante dal punto di vista astratto la fattispecie penale del RICO sia più tassativa, l'intervento *creativo* della giurisprudenza ne abbia esteso la portata molto al di là della *voluntas legis*. Alla luce di ciò, anche la disciplina nordamericana è stata tacciata di indeterminatezza (*rectius: vagueness*) e di contrarietà con il principio di legalità da una parte della dottrina statunitense²⁹⁴ e della giurisprudenza. Ci basti ricordare, ad esempio, a tale proposito, che nel caso *H.J. Inc. v. Northwestern Bell Telephone Co.*, il giudice Scalia, in un'opinione concorrente, ha evidenziato la necessità di un giudizio di legittimità costituzionale del termine "*pattern*" - appunto - per la sua vaghezza²⁹⁵.

²⁹⁴ G.E. LYNCH, *Rico: the Crime of being criminal*, part. I e II, in *Columbia L. Rev.*, 1987, 87, 717.

²⁹⁵ *H.J. Inc. v. Northwestern Bell Telephone Co.* 109 S. Ct. 2906 (Scalia J. concurring)

Nonostante queste perplessità la norma del RICO non ha subito modifiche, poiché l'orientamento maggioritario ha, forse in virtù della larga efficacia dello statuto stesso, continuato a ritenere legittima e "determinata" la norma²⁹⁶.

Ponendo l'istituto italiano e quello nordamericano l'uno di fronte all'altro, si ha l'impressione che, da una parte, attraverso la fattispecie *preventiva* si tenti di colmare il vuoto derivante dall'assenza di una disciplina specificamente dedicata all'infiltrazione della criminalità organizzata nel mercato e che, dall'altra, la *law in action* utilizzi il RICO per punire qualsiasi forma di associazione criminale, ritenendo insufficiente l'utilizzo della sola *conspiracy*, e in assenza di una specifica fattispecie più gravemente sanzionata, come ad esempio accade, in Italia, con l'associazione a delinquere ai sensi dell'art. 416 c.p.

Alla luce di ciò e nonostante i punti debolezza, nell'ordinamento italiano (ove invece un reato di associazione per delinquere esiste) il tentativo di tipizzazione di Rico potrebbe essere di ausilio nel ridefinire i presupposti dell'amministrazione giudiziaria, specie se questa, come proveremo a suggerire, *abbandonasse* l'ambito preventivo.

Ma non è tutto. Va altresì ricordato che il RICO utilizza la medesima tecnica di tipizzazione non soltanto con riferimento ai destinatari, ma anche in relazione all'oggetto (i quali, invece, nell'ordinamento italiano coincidono).

La sezione 1963 prevede, come si è accennato, la confisca di ogni interesse acquistato o mantenuto in violazione della sezione 1962(a); delle pretese nei confronti di diritti di proprietà o di altra origine contrattuale che attribuiscono un controllo sull'impresa(b); e degli interessi in un'attività d'impresa illecita(c).

La norma sembrerebbe, a prima vista, abbastanza dettagliata.

Quanto alla lettera a) il concetto di interesse è stato previsto per escludere la confiscabilità dell'intera impresa²⁹⁷ ma proprio tale elemento, che costituisce il nucleo centrale dell'oggetto, presenta al contrario una certa *vagueness*, che sarebbe stata, secondo l'opinione della giurisprudenza, volutamente ricercata dal Congresso²⁹⁸. La Corte Suprema ha cercato di restringere le maglie interpretative del concetto di interesse attraverso il c.d. "*but*

²⁹⁶ *Fort Wayne Books, Inc. v. Indiana*, 109 S. Ct., 934; sul punto v. anche T.G. REED, *The defense Case*, cit., 731 e giurisprudenza ivi citata.

²⁹⁷ *United States v. Porcelli*, cit.; *United States v. Riley*, 78 D.3d 367, 270-71 (8th Cir. 1996).

²⁹⁸ «*It undoubtedly was because Congress did not wish the forfeiture provision of par. 1963 (a) to be limited by rigid and technical definitions drawn from other areas of the law that is selected the broad term "interest" to describe the things that are subject to forfeiture under the statute. Congress selected this general term apparently because it was fully consistent with the pattern of the RICO statute in utilizing terms and concepts of breadth*» *Russello v. United States*, cit, 21.

test”, secondo il quale, la confisca sarebbe limitata agli interessi che non sarebbero stati acquistati o mantenuti se non per (“*but for*”) l’attività di *racketeering* dell’imputato²⁹⁹. Ciò nonostante, come sottolinea parte della dottrina italiana, il concetto di interesse rimarrebbe assai ambiguo fino a permettere veri e propri abusi³⁰⁰.

Quanto alla lettera b), la giurisprudenza ha limitato tale forma di interesse a quelli rappresentativi della proprietà e del controllo³⁰¹. Infine, la lettera c) prevede la confisca del profitto lordo ricevuto non già dall’intera impresa ma dall’imputato³⁰².

In definitiva, nonostante *la prima impressione*, l’oggetto della *RICO* non sarebbe nel complesso del tutto determinato e ancora vi sarebbero problemi interpretativi non risolti³⁰³. Non può negarsi, d’altra parte, che anche la sua descrizione sia specificamente tarata (e quindi destinata) al mondo delle imprese e del mercato, a differenza di quanto accade nelle misure dell’art. 34 d.lgs. 159 cit.

Per concludere ricordiamo che il *RICO* prevede anche una serie di rimedi civili per le persone danneggiate dalle condotte punite dallo stesso statuto. La sezione 1964(c) stabilisce infatti che «*any person injured in his business or property by reasons of a violation of section 1962 of this chapter may sue thereof in any appropriate United States distinct court and shall recover threefold the damages he sustains and the cost of the suit, including a reasonable attorney’s fee*».

²⁹⁹ V. *United States v. Defries*, 129 F. 3d 1293, 1312 (D.C. Cir. 1997); *United States v. Angiulo*, 897 F. 2d 1169, 1213 (1st Cir.), cert. denied, 498 U.S. 845 (1990) secondo cui l’attività di *racketeering* dell’imputato deve essere «*a cause in fact of the acquisition or maintenance of these interests or some portion of them*», ma il “*but for*” è un test di proporzionalità ed è applicato perchè «*proceeds or profits constitute property interests outside the enterprise and thus are only forfeitable to the extent they are actually tainted by un lawful activities*».

³⁰⁰ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 260 che cita il caso *United States v. Horak*, 833, F.2d 1235, 1246, (7th Cir. 1987). Nel primo grado di tale procedimento, erano stato confiscati, perché considerati interessi acquistati o mantenuti in violazione del *RICO*, il salario e gli interessi delle indennità guadagnate in certo periodo (dal 1981 al 1985) e perfino quelli della pensione. La corte d’appello ha tuttavia limitato la confisca agli interessi, escludendo il salario.

³⁰¹ W.W. TAYLOR III, *Problem of Proportionality in RICO Forfeitures Symposium: Law and the Continuing Enterprise: Perspective on RICO*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1989, 65, 837. Tuttavia, la volontà del Congresso era quella di intendere il termine in senso ancora più ampio.

³⁰² Sul punto v. *United States v. Lizza Industries, Inc.*, 775 F.2d 492, 498.99 (2d Cir. 1985), cert. denied, 475 U.S. 1082 (1986); *United states v. Riley*, 78 F.3d 367, 371 (8th Cir. 1996), cert. denied, 500 U.S. 919 (1991).

³⁰³ Si discute ancora molto su come si possano distinguere i beni coinvolti nell’attività criminale da quelli che non lo sono o sono stati utilizzati in maniera non rilevante. Inoltre, nel caso in cui sono state coinvolte più imprese associate di fatto tra loro la giurisprudenza ha consentito la *forfeiture* in relazione ad ognuna di loro in quanto ha ritenuto che, se pur diverse, venivano utilizzate dall’imputato per i suoi scopi illeciti (*United States v. Huber*, 603, F.2d 395, (2th cir. 1979), riformata in 445U.S. 927, 1980). Ci sono stati tuttavia altri casi in cui la Corte suprema ha distinto con maggiore rigore le imprese e gli enti coinvolti da quelli estranei (*United States v. Porcelli*, cit.)

I rimedi previsti del *civil RICO* sono, oltre ai danni e al pagamento delle spese processuali e delle tasse, anche i c.d. *Equitable Relief*, che includono: «*ordering any person to divest himself of any interest, direct or indirect, in any enterprise; imposing reasonable restriction on the future activities or investments of any person, including, but not limited to, prohibiting any person from engaging in the same type of endeavour as the enterprise engaged in, the activities of which affect interstate or foreign commerce; or ordering dissolution or reorganization of any enterprise, making due provision for the rights of innocent persons*». (18 USC § 1964(a))

Anche questa parte del RICO può offrire spunti di riflessione interessanti. Anzitutto, i rimedi civili sono in genere azionati nei confronti di soggetti e associazioni assai diversi da quelli mafiosi e questo dimostra, una volta ancora, quanto gli strumenti predisposti nel 1970 siano ormai utilizzati per contrastare fenomeni differenti da quelli ipotizzati in origine. In secondo luogo, gli *Equitable Reliefs* appaiono, come vedremo nel prosieguo, assai efficaci e intervengono, analogamente all'amministrazione giudiziaria e agli effetti sanzionatori delle misure di prevenzione, previsti dall'art. 67 d.lgs. n. 159 cit., in maniera incisiva sulla struttura organizzativa e gestionale delle imprese (oltre che sulle sue attività) senza le necessarie garanzie del processo penale. Ma su questo torneremo.

8.2 Il progetto della Commissione Fiandaca

Alla ricerca di una tipizzazione più tassativa ma, al contempo, maggiormente aderente al problema dell'infiltrazione delle organizzazioni mafiose nel mercato lecito, un altro esempio può essere tratto dal "Progetto per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto alla criminalità organizzata" della Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Fiandaca³⁰⁴. Quest'ultima, pur avendo operato in tempi oramai non più recenti, ha tentato di razionalizzare e innovare l'intero sistema. Per quello che qui maggiormente interessa, ha portato alla luce due esigenze che sono ancora oggetto di discussione. Da una parte, far sopportare il "costo" degli strumenti di prevenzione direttamente all'impresa; dall'altra, ipotizzare nuovi strumenti, diversi dalla tanto discussa confisca³⁰⁵, operanti non (più) sulla proprietà dell'ente ma sulla gestione, per recidere i legami tra impresa e organizzazione criminale. La Commissione Fiandaca, agli inizi dello scorso decennio aveva ipotizzato due prospettive di riforma: una volta a perfezionare la disciplina esistente (prospettiva di riforma

³⁰⁴ Presentato nel marzo 2001 al Ministro della Giustizia in versione non definitiva.

³⁰⁵ Sulla complessità dello strumento ablativo v. D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di*, cit.

A) e una invece costituita dalla ideazione di nuove forme di intervento preventivo (prospettive di riforma B) applicabili direttamente alle società³⁰⁶.

8.2.1 Il progetto “massimalista”: le imprese destinatarie delle misure

Ci soffermeremo in questa sede sul progetto “massimalista” che ipotizzava un vero e proprio potenziamento e cambiamento del sistema preventivo³⁰⁷.

L’articolato prevede infatti nuovi strumenti finalizzati al disinquinamento dell’impresa, come il controllo giudiziario, l’amministrazione giudiziaria, la messa in liquidazione e il conseguentemente scioglimento della società. Nuove misure, quindi, (benché sempre preventive) che si applicano alle società «se sussiste un fondato motivo, desunto da elementi di fatto, di ritenere che: a) siano finanziate, in tutto o in parte rilevante, con liquidità proveniente da un’associazione di tipo mafioso o da suoi partecipi; b) siano controllate, anche per il tramite di soggetti fiduciari o interposte persone, da un’associazione di tipo mafioso o dai suoi partecipi; c) siano amministrate anche indirettamente o di fatto, da partecipi ad associazioni di tipo mafioso o comunque da soggetti che operano nell’interesse esclusivo o prevalente delle stesse; d) svolgano la propria attività economica sfruttando la protezione di un’associazione di tipo mafioso; e) svolgano un’attività economica prevalentemente volta ad agevolare, anche indirettamente, l’attività dell’associazione di tipo mafioso o dei suoi partecipi» (art. 5)³⁰⁸.

Non sono certo mancate critiche nei confronti della proposta della Commissione Fiandaca. È stato infatti sostenuto che le situazioni di infiltrazione descritte nel progetto

³⁰⁶ Sulle prospettive della riforma v. G. FIANDACA, *Il progetto per la riforma delle sanzioni patrimoniali della commissione Fiandaca*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, cit., 525 ss.

³⁰⁷ Tale potenziamento è bilanciato, nel secondo Progetto Fiandaca, da contrappesi in temi di garanzia processuale, per uniformare il procedimento di prevenzione il più possibile a quello giurisdizionale. Secondo quanto riferito dalla Commissione, attraverso tali modifiche si realizza «il cauto accostamento di moduli processuali penalistici e civilistici» ammissibile per «aver attribuito alle misure di prevenzione un carattere meno afflittivo sul piano della libertà personale e più incisivo sul piano dell’informazione economica e del potere di amministrazione e di disposizione patrimoniale». Sul punto, v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 441. Si osserva come molte delle proposte procedurali presenti del progetto fanno ormai parte, a seguito dei numerosi interventi normativi susseguites dal 2008 ad oggi, della disciplina delle misure di prevenzione, le quale hanno infatti subito un “garantistico” processo di giurisdizionalizzazione.

³⁰⁸ Anche nello schema di decreto legislativo della responsabilità amministrativa degli persone giuridiche e nel progetto Grosso la tendenza sembra essere proprio quella di una più complessa e nello stesso tempo dettagliata definizione dei soggetti destinatari al fine di tenere effettivamente conto della prassi degli enti economici e incidere effettivamente sulla criminalità legata all’impresa. Sul punto, v. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 433.

sarebbero chiare, nei casi in cui si fa riferimento a società “finanziate”, “controllate”³⁰⁹ o “amministrate” da associazioni mafiose e da soggetti ad esse appartenenti. In queste ipotesi, come peraltro precisato dalla stessa relazione di accompagnamento al progetto, le società costituirebbero una “*longa manus* dell’associazione”. Gli altri casi, al contrario, risulterebbero meno definiti, specie nel richiamo alla situazione di agevolazione, anche indiretta, dell’attività dell’associazione di tipo mafioso o dei partecipi³¹⁰. La relazione di accompagnamento li definiva in termini di «*convivenza qualificata*»³¹¹. Tuttavia, nel caso dell’agevolazione, l’interpretazione (soprattutto dei giudici) si muoverebbe tra maglie così larghe da rasentare l’arbitrarietà³¹².

Condividiamo la critica di chi teme che in questo modo venga colpita ogni attività economica, per il solo fatto che nella sua amministrazione rientri un partecipe all’associazione o perché la società intrattenga rapporti economici con l’associazione stessa «in base alla necessità di fare *terra bruciata* intorno al fenomeno mafioso, presumendo che non è possibile lo svolgimento assolutamente lecito di un’attività economica (...) laddove vi sia un collegamento con un partecipe»³¹³.

L’innegabile sforzo di tipizzazione del progetto, assai più *avanguardista* dell’attuale testo del c.d. Codice Antimafia, potrebbe essere così vanificato dalla permanenza di quel concetto di agevolazione e di quell’idea di “convivenza indeterminata” cui la Commissione, forse nel timore di una realtà cangiante e poco conosciuta, sembra non aver voluto rinunciare³¹⁴.

³⁰⁹ Tale concetto richiama il potere di disposizione richiesto ai fini della confisca di cui all’art. 59 comme 3, StGB svizzero.

³¹⁰ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 434. L’autrice precisa che si dovrebbe chiarire se si vuole colpire ogni attività economica anche di origine lecita e gestita lecitamente, laddove però vi sia un soggetto appartenente all’associazione mafiosa, o laddove l’impresa intrattenga rapporti economici con l’attività di un partecipe, presumendo che non è possibile lo scioglimento di un’attività economica assolutamente lecita, qualora vi sia un qualunque collegamento con un partecipe.

³¹¹ Secondo la relazione questa definizione varrebbe sia nell’ipotesi dei soggetti che si avvalgono consapevolmente della protezione dell’organizzazione sia delle imprese che agevolano l’organizzazione.

³¹² Ancora, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 435.

³¹³ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 434 s. che aggiunge alcune riflessioni anche in relazione al profilo probatorio. L’autrice, evidenziato che nel progetto lo *standard* probatorio è ricollegato ad elementi di fatto, si chiede se lo stesso debba riguardare anche l’esistenza dell’associazione e la prova della partecipazione dei soggetti agevolati.

³¹⁴ Sul punto, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 434 ss.

8.2.2 (*segue*): le nuove misure

Nonostante le (invero poche) critiche, il Progetto ha però numerosi meriti. Uno sta nell'aver evidenziato la necessità di tenere distinte le società *infiltrate* da quelle *succubi*, da intendersi, le seconde, come quelle direttamente o indirettamente sottoposte alle condizioni di assoggettamento o intimidazione previste dall'art. 416 *bis* c.p. A queste, secondo l'art. 3, comma 3 del progetto, dovrebbe essere applicata soltanto la misura più blanda del controllo giudiziario, al precipuo fine di liberare l'impresa dallo stato di sudditanza. Come si legge nella relazione, il costo della misura su un'impresa è stato considerato profilo prevalente all'esigenza di prevenzione, almeno per le misure più gravose del controllo giudiziario.

Il controllo giudiziario consiste nell'imposizione di una serie di obblighi negativi (tra cui, quello di non cambiare sede o denominazione), per non ostacolare il controllo dell'autorità, e di alcuni obblighi positivi di informazione. Il controllo giudiziario resterebbe comunque esterno alla *gestione societaria* in quanto l'autodeterminazione degli organi amministrativi viene, con tali obblighi, soltanto in parte limitata, ma non annullata.

Nondimeno, all'impresa succube potrebbe essere applicata anche la misura dell'*amministrazione giudiziaria*, che impone la revoca degli amministratori e dei sindaci e la nomina di un amministratore giudiziario, per un tempo determinato non superiore ad un anno e rinnovabile fino a due volte (art. 8). Si potrebbe inoltre procedere al sequestro delle quote societarie quando i titolari siano soggetti a condizioni di assoggettamento o intimidazione, con la nomina di un custode, titolare del diritto di voto, volto ad impedire l'influenza nelle decisioni dell'organizzazione mafiosa (art. 8, c. 4); ancora è contemplato il controllo, con l'ausilio dei nuclei di polizia tributaria, delle operazioni societarie sospette. Nel caso in cui un ente faccia parte di un gruppo di società, il tribunale può poi imporre l'obbligo alla capogruppo o anche a tutte le società interessate di trasmettere le informazioni necessarie, riguardanti le operazioni sospette. Sono infine previste ispezioni da parte degli stessi nuclei di polizia presso le società del gruppo per fare accertamenti sulla documentazione interessata a tali operazioni (art. 8, c. 3).

Se le indagini ulteriori possono sembrare giustificate e non particolarmente invasive, l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria (che di fatto, come vedremo, interviene sulla gestione, elemento essenziale dell'impresa) alle società *succubi* ci sembra vanifichi

l'attenzione posta nel differenziare le imprese vittime e colluse e nell'aver escluso l'applicazione della sospensione e della confisca alle prime³¹⁵.

È prevista inoltre, nel progetto, come misura estrema, anche lo scioglimento della società all'esito dell'amministrazione giudiziaria, se le condizioni di mafiosità permangano e non sembrano altrimenti rimovibili³¹⁶. Come è stato osservato, questo strumento potrebbe riguardare anche imprese *succubi* dell'attività mafiosa. Così come la confisca, però, la "pena di morte" della società sarebbe ben lontana, anche nelle modalità di intervento, da una *mera misura di prevenzione*, profilandosi indubbiamente come una vera e propria sanzione³¹⁷.

Ricordiamo infine, tra le misure preventive del Progetto Fiandaca, la confisca dei beni appartenenti alle società: «quando in base a rendiconti, bilanci e scritture contabili non ne sia dimostrata la legittima provenienza» (art. 9). Tale confisca è volta a colpire, non già i singoli soci attraverso l'ablazione delle quote societarie, ma, direttamente e integralmente, la società, evitando il sequestro dell'azienda nel suo complesso quando si vogliano scongiurare situazione di crisi dell'impresa³¹⁸.

L'articolato prevede infine la misura della confisca per equivalente (art. 9, c. 3), nonché una serie di misure interdittive particolarmente afflittive, come l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, la decadenza dall'iscrizione ad albi o provvedimenti autorizzatori, concessori o abilitativi richiesti per lo svolgimento di determinate attività imprenditoriali, l'interdizione dall'acquisto o dal possesso di partecipazioni in società finanziarie estere, l'interdizione dai mercati regolamentati.

In uno dei commenti più vicini alla presentazione del progetto, una dottrina aveva evidenziato come le misure ivi previste si ponessero, in assenza di una disciplina di responsabilità penale a carico dell'ente, come una sorta di surrogato, spiccatamente punitivo, al contempo (e ad accezione dei profili investigativi e di controllo giudiziario) inaccettabile, perché basato non già sullo *standard* probatorio penale ma sui meri indizi. Una scelta simile, secondo tale dottrina, poteva essere condivisa soltanto ammettendo l'esistenza un binario parallelo per la criminalità organizzata, fortemente orientato ai profili di efficacia della

³¹⁵ Di questo avviso, A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit. 438.

³¹⁶ Per l'imprenditore individuale si prevedono invece decadenze e l'interdizione temporanea dell'esercizio dell'impresa.

³¹⁷ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 438.

³¹⁸ La norma richiama i canoni probatori richiesti in giurisprudenza, ponendo un onere in capo all'accusa di fornire la prova attraverso la documentazione societaria ufficiale. Sul punto, ancora. A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 439, secondo la quale, attraverso il richiamo alla documentazione ufficiale, si vorrebbe utilizzare la misura per colpire nello stesso tempo l'evasione fiscale.

repressione del fenomeno, ma in aperto contrasto con lo Stato di diritto³¹⁹. È chiaro che con l'introduzione della c.d. responsabilità amministrativa degli enti dipendenti da reato *ex d.lgs. n. 231/2001*, e in particolare con la previsione della criminalità organizzata tra i delitti presupposto³²⁰, la disciplina preventiva non può più essere considerato uno strumento predisposto a colmare una lacuna legislativa. Si pongono tuttavia, e lo vedremo in seguito, seri problemi di sovrapposizione tra i due tipi di intervento.

Ricordiamo infine che il secondo progetto della Commissione prevedeva alcune modifiche di stampo processuale, tra cui la c.d. transazione sulla confisca. In base a tale istituto assai "anomalo"³²¹, prima che venga pronunciato il provvedimento di confisca, il pubblico ministero e le altre parti possono accordarsi nel limitarne l'oggetto a determinati beni o ad un determinato ammontare. Perché la transazione possa avvenire è necessario unicamente la dichiarazione di esecutività del Tribunale a seguito di un giudizio di congruità che lascia al pubblico ministero un ampissimo margine nella transazione. Come osservato dalla dottrina, ciò potrebbe indurre l'organo di accusa a strumentalizzare lo strumento processuale per ottenere informazioni dagli indiziati, facendo leva (soprattutto) sulle imprese³²². Si riprodurrebbe così un fenomeno (quasi "estorsivo") assai noto negli Stati Uniti in materia di responsabilità d'impresa³²³, che vede le società accettare alti costi di transazione pur di evitare, soprattutto per le conseguenze in termini reputazionali, un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria penale.

³¹⁹ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 441.

³²⁰ L'art. 2, comma 29 delle l. n. 94 15 luglio 2009 ha introdotto nel d.lgs. n. 231/2001 l'art. 24 *ter*, ai sensi del quale: «1. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 416, sesto comma, 416-bis, 416-ter e 630 del codice penale, ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonchè ai delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, si applica la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote.

2. In relazione alla commissione di taluno dei delitti di cui all'articolo 416 del codice penale, ad esclusione del sesto comma, ovvero di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 5), del codice di procedura penale, si applica la sanzione pecuniaria da trecento a ottocento quote.

3. Nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nei commi 1 e 2, si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

4. Se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nei commi 1 e 2, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3».

³²¹ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit. 443.

³²² A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit. 443 secondo la quale sarebbe preferibile, come in altri ordinamenti, prevedere la c.d. clausola di onerosità che consente al giudice di mitigare la sanzione in caso di effetti sproporzionati.

³²³ Sul punto, da ultimo, v. AA.VV., *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, edited by A.S. Barkow, R.E. Barkow, New York, 2011.

Insomma, gli spunti offerti dal Progetto sono moltissimi. Alcuni di questi saranno oggetto di analisi nel prosieguo.

Osserviamo peraltro come gli interventi riformatori in materia di prevenzione penale abbiano recepito alcune delle proposte riguardanti i nuovi strumenti. L'aspetto che è rimasto del tutto inascoltato, ci sembra tuttavia proprio quello riguardante la tipizzazione dei destinatari (che coincidono con i presupposti applicativi) che resta, come si è visto, anche nel c.d. Codice Antimafia identico alla disciplina originaria del 1992.

Ci chiediamo se tale scelta *pilatesca* non sia in fondo derivata dalla difficoltà di trasferire, una volta e per tutte, nella *law in book*, una realtà fattuale ancora poco conosciuta³²⁴. Riteniamo (speriamo) che il nuovo patrimonio di conoscenze empiriche renda però ormai improcrastinabile una presa di posizione da parte del legislatore, seguendo, magari, i suggerimenti *del passato* che abbiamo provato a descrivere.

9. Una prima conclusione

Le misura preventiva dell'“amministrazione giudiziaria applicabile alle attività economiche”, che abbiamo finora analizzato, a differenza degli altri strumenti di prevenzione antimafia, agisce sui c.d. *beni-mezzo* che hanno (non ben definiti) *rapporti* con l'organizzazione criminale, senza entrare necessariamente in possesso, neppure indiretto, della *societas sceleris*³²⁵.

L'introduzione di questo provvedimento ha eliminato uno dei maggiori problemi del procedimento di prevenzione, riguardante i casi, assai frequenti di interposizione fittizia, rispetto ai quali si doveva dimostrare l'effettivo rapporto tra il prestanome e la persona per conto della quale il prestanome deteneva i beni³²⁶.

Nell'ipotesi esaminata tale problema invece non si pone. Nel caso di più soggetti titolari di una società, non si dovranno intraprendere diverse iniziative per i singoli soggetti ma un'unica per la società unitamente considerata³²⁷. Non sarebbe neppure necessario che il soggetto *agevolato* sia sottoposto a misura di prevenzione.

³²⁴ Sull'importanza delle conoscenze empiriche anche per la tipizzazione delle norme oltre che l'interpretazione e l'applicazione, v. di recente, G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra sociologia e diritto penale*, in AA.VV., *Scenari di mafia*, cit., 203.

³²⁵ G. DI CHIARA, *Commento all'art. 24 D.L. 8/6/1992 n. 306*, in *Legisl. pen.*, 1993, 241.

³²⁶ A. FALLONE, *Luci ed ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Doc. giust.*, 1995, 4, 631.

³²⁷ A.M. MAUGERI, *La confisca ex art. 3 quinquies*, cit., 4.

Si tratta, in definitiva, di uno strumento specificatamente diretto ad agire sulle imprese originariamente *sane* che intrattengono però rapporti (per lo più economici) con le organizzazioni mafiose. Nel nostro ordinamento, tale misura sembra essere l'unica direttamente rivolta a contrastare i fenomeni di infiltrazione che abbiamo provato a descrivere nelle pagine precedenti.

L'idea che deriva dalla lettura dell'art. 34 d.lgs. 159/2011 è tuttavia che il legislatore, nel tipizzare la fattispecie preventiva, abbia posto come perno essenziale dell'amministrazione giudiziaria proprio quel concetto di "contiguità", caratterizzato da maglie larghissime³²⁸ e che diventa difficile da definire specie alla luce di una realtà (tutto sommato) nuova o poco conosciuta. In tal modo, la norma rischia di equiparare nella prassi la società vittima a quella collusa e si pone in aperto contrasto con alcuni principi fondamentali.

I dati empirici raccolti e sommariamente presentati dimostrano come l'atteggiarsi dei rapporti tra mafia e impresa sia quasi impossibile da tematizzare (ma risulta oggi comunque più conosciuta). Ciò, però, non deve impedire al legislatore, soprattutto al fine di tutelare il mercato e le imprese *sane*, di operare una scelta di incriminazione (ancorché preventiva) tassativa, lasciata poi all'interpretazione evolutiva della giurisprudenza.

A tale proposito, i suggerimenti del RICO e del Progetto Fiandaca (con esclusione dell'ennesimo richiamo all'agevolazione) restano preziosi. A ciò dovrà aggiungersi necessariamente una maggiore consapevolezza degli organi giudicanti, i quali dovrebbero farsi meno carico delle istanze di difesa sociale e guardare più attentamente alla complessità del fenomeno.

Ma non è tutto. Come abbiamo detto, tra i destinatari dell'amministrazione giudiziaria, anche a causa dell'indeterminatezza della norma, vi sono diversi tipi di imprenditori. Si tratta in alcuni casi perfino di imprese sottomesse e vittime delle richieste dell'associazione mafiosa. Insomma, l'analisi fin qui condotta ci ha *mostrato* soggetti molto diversi dal nemico di Jakobs³²⁹. Non si tratta di criminali organizzati che impersonano tipologie d'autore, né di soggetti che realizzano fatti che contrastano la convivenza democratica. Le imprese agevolanti (specie se il quadro è inteso in senso così ampio) non attaccano, a differenza delle associazioni mafiose, i fondamenti dello Stato di diritto. Insomma, i destinatari della sospensione, a differenza dei destinatari delle altre misure, non sono affatto dotati di quella

³²⁸ A. MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia tra "prevenzione"*, cit., 705; ID., *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 101-108.

³²⁹ Per i rilevi criminologici, G. FIANDACA, *Diritto penale del nemico*, cit., 187.

particolare pericolosità che giustifica l'etichetta di nemico e le limitazioni di garanzie tipiche delle misure di prevenzione.

SEZIONE II

NATURA E SCOPO DELLA AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA

1. Premessa. – 2. Brevi cenni sulla *vexata questio* della natura delle misure di prevenzione. – 3. Qualificazione al di là del *nomen*: l'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3.1 Il concetto autonomo di pena nella giurisprudenza della CEDU. – 3.1.1 La riconducibilità alla condanna per un "reato". – 3.1.2 Lo scopo e la gravità della sanzione. – 4. La natura delle misure di prevenzione e delle confische secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo. – 5. La natura della sospensione temporanea. – 5.1 La riconducibilità a un illecito penale dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica. – 5.2 La gravità (o severità) della amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche. – 5.2.1 Gli effetti limitativi. – 5.2.2. Gli effetti incapacitanti. – 5.3 Funzioni e scopi dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica. – 5.3.1 Lo scopo dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica. – 5.3.2 La funzione dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica. – 6. Conclusioni sulla natura dell'amministrazione giudiziaria. – 7. Conclusioni sullo scopo dell'amministrazione giudiziaria.

1. Premessa

Dopo aver provato ad individuare i presupposti applicativi dell'amministrazione giudiziaria e, conseguentemente, i soggetti cui essa è rivolta, è il caso di soffermarsi su due ulteriori profili: la natura e lo scopo della misura.

Tale analisi è necessaria non soltanto per completare (quanto più possibile) il quadro descrittivo dello strumento preventivo ma anche per aggiungere un secondo tassello al quesito che ci eravamo posti all'inizio.

Si era detto infatti che i profili essenziali che caratterizzano le misure di prevenzione (in un'ottica simbolica, emergenziale o del nemico) e che giustificano le limitazioni di garanzie in ossequio ad esigenze di difesa sociale siano la particolare pericolosità degli autori del reato (e, dunque, della criminalità) da una parte, lo scopo di neutralizzazione, dall'altra.

Nel capitolo precedente abbiamo abbozzato una prima analisi sui soggetti, negando l'evidenza di un presupposto di pericolosità allarmante. All'esito di questo capitolo tenteremo di valutare, invece, la funzione della misura preventiva.

2. Brevi cenni sulla *vexata questio* della natura delle misure di prevenzione

Il tema della qualificazione delle misure di prevenzione è molto controverso. Data l'ampiezza dell'argomento, proveremo, senza pretese di completezza, a riportare alcune delle riflessioni più importanti e dei punti d'arrivo (ben pochi) cui si è giunti.

Secondo l'impostazione tradizionale le misure di prevenzione avrebbero un'autonomia dogmatica. Esse infatti si differenzerebbero dalle misure di sicurezza per l'assenza di un delitto "presupposto"¹ e dalle pene per il fine di mera prevenzione². Si è osservato però che anche la distinzione tra sanzioni penali e misure preventive, almeno per l'impianto originario della disciplina *ante delictum*, dovrebbe basarsi non sul fine di prevenzione ma sulla sussistenza o meno di un precedente fatto di reato³. Nel primo caso interverrebbe il diritto penale repressivo, nel secondo, in presenza cioè di meri presupposti (indizi/sospetti) di pericolosità, il diritto di prevenzione. Ciò perché anche nell'ambito del diritto penale classico l'ottica retributiva è stata soppiantata da istanze preventive, nella doppia prospettiva generale e speciale e la stessa retribuzione nasconde una finalità preventiva⁴. Quanto alla natura, l'impostazione tradizionale qualificava le misure di prevenzione come amministrative⁵. Non è mancato tuttavia chi ha espresso perplessità⁶ o ha addirittura definito le misure in esame come "pene del sospetto"⁷.

Come noto, i presupposti delle sanzioni preventive sono peraltro mutati nel tempo. A partire dalla disciplina antimafia *ante delictum* dell'82 non sono più gli indici di pericolosità ma veri e propri indizi di reità. I destinatari originali e privilegiati della legge c.d. Rognoni-La Torre sono appunto i c.d. indiziati di appartenere ad associazioni mafiose. Tale circostanza

¹ Le due misure sarebbero però accomunate dal fine di prevenzione in una sorta di logica preventiva che può essere *ante* o *post delictum*.

² Sul punto, v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 188; P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 648 ss.

³ Da ciò deriverebbero i dubbi di legittimità costituzionale delle misure. V. G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., 109 s. L'autore ricorda come l'espulsione di ipotesi di mera pericolosità, ritagliate sulle sole caratteristiche soggettive della persona, dal diritto penale sia avvenuta dall'Ottocento in poi, destinate infatti nell'ambito di un diritto preventivo di polizia come secondo binario da affiancare alla repressione penale. Sul punto v. P. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., 260. V. anche cap. II, sez. I.

⁴ Questa l'opinione di G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., 119. Si veda, specularmente, anche se con un'ottica differente, L. EUSEBI, *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulekmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4939, il quale, una volta rimarcato il ruolo sostanzialmente retributivo della pena (nei fatti), sottolinea come lo schema retributivo sia poi presupposto del fine preventivo (ciò dipenderebbe dal fatto che lo Stato, ogni qual volta istituisce un reato lo fa con motivazioni preventive). Su tali temi v. *infra*.

⁵ Sul punto, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 857 e bibliografia ivi citata.

⁶ C.E. PALIERO, A. TRAVI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 33 s.

⁷ C. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in AA.VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, cit., 137.

dimostra come le misure in esame costituiscano una sostanziale risposta punitiva rispetto a illeciti non provati, ben lungi da quella *profilassi* della pericolosità⁸ che avrebbe giustificato la distinzione posta sopra diritto punitivo e preventivo.

È soprattutto alla luce di queste riflessioni che si rafforza l'orientamento che vede le misure di prevenzione come "pene del sospetto" e ne denuncia la "truffa delle etichette": «a dispetto della qualificazione giuridico-formale loro impressa, le misure di prevenzione hanno di fatto presentato un carattere sostanzialmente afflittivo-punitivo e si sono prestate a fungere da "pene del sospetto" (vale a dire da equivalenti funzionali delle pene) cui ricorrere in assenza di sufficienti prove di reità»⁹.

Ciò nonostante, non è mancato chi ha ravvisato la necessità di mantenere l'autonomia del sistema preventivo (nonostante i dubbi di legittimità costituzionale) per contrastare alcune tipologie di pericolosità sociale, particolarmente allarmanti, che necessiterebbero un'anticipazione della tutela¹⁰.

Nel tempo, il panorama è diventato ancora più complesso. In primo luogo, sono aumentati e si sono diversificati i destinatari delle misure preventive: sono stati accumulati ai c.d. indiziati di appartenere ad associazione mafiosa, tipi di pericolosità comune¹¹, e soprattutto indiziati di numerosi altri delitti se pur dotati di una certa gravità e distanti un particolare allarme sociale¹².

⁸ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., 115.

⁹ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, in *Dig. disc. pub.*, IX, Torino, 1994, 566.

¹⁰ P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 649 ss

¹¹ Il percorso legislativo in tal senso è terminato con il d.lgs. 159 cit. Sul punto, v. F. FIORENTIN, *Non convince la scelta della "pericolosità" unica*, in *Guida dir.*, 2011, 42, 10; ID., *Le misure di prevenzione personali*, cit., 71 s.; R. ADORNO, L. CALÒ, *Il nuovo "codice antimafia"*, in *Foro it.*, 2011, V, 326.

¹² L'art. 4, lett. b) del c.d. Codice antimafia contempla come possibili destinatari delle misure di prevenzione gli indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, co. 3 *bis* c.p.p.; ovvero del delitto di cui all'art. 12 *quinqies*, co. 1, d.l. n. 306/1992, conv. con modifiche dalla l. n. 356/1992. Si ricorda inoltre che le lett. d), e) ed f) includono tra i soggetti destinatari coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal Capo I, Titolo VI, del Libro II del codice penale o dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605, 630 c.p. nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale; coloro che abbiano fatto parte di associazione politiche disciolte ai sensi della l. n. 645/1952, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere un'attività analoga a quella precedente; coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostruzione del partito fascista, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 645/1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza. Come noto queste ipotesi erano state introdotte con la c.d. Legge Reale (n. 152/1975). Come è stato detto, gran parte delle fattispecie penali richiamate sarebbero delitti di attentato che si andrebbero a sovrapporre alle fattispecie preventive basate sugli atti "preparatori". Sul punto, F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 2, 268. La lett. h) del c.d. codice antimafia, riprendendo il dettato dell'art. 18, comma 2 della legge reale ha esteso l'applicazione delle misure di prevenzione anche agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati di matrice sovversiva appena

In secondo luogo, ha assunto man mano più importanza e, quasi, una sua indipendenza sistemica l'intervento preventivo di tipo patrimoniale, coincidente sostanzialmente con strumenti di tipo ablatorio.

Si è conseguentemente sviluppato un dibattito autonomo, che si è protratto fino ai tempi recenti, in relazione alla natura della confisca.

Sul punto, un primo orientamento dottrinale sostiene che, benché il legislatore abbia inquadrato la confisca tra le misure di prevenzione, lo strumento patrimoniale abbia in realtà una finalità sanzionatoria. Si tratterebbe, secondo quest'interpretazione, di una misura con un contenuto *afflittivo e repressivo* e quindi il *nomen* "misure di prevenzione" nasconderebbe la solita "truffa delle etichette"¹³. La misura presupporrebbe infatti lo svolgimento di attività criminali anche se non provate, costituite non soltanto dall'"appartenenza all'associazione mafiosa" ma anche da tutte quelle attività penalmente sanzionate che riguardano strettamente la provenienza illecita dei beni (si pensi al delitto di riciclaggio *ex art. 648 bis c.p.* o al trasferimento fraudolento di valori *ex art. 12 quinquies*, comma 1 del d.l. 306/1992)¹⁴. Pertanto lo scopo dello strumento ablatorio non sarebbe quello di prevenire futuri reati, ma di sottrarre beni di provenienza illecita e quindi di punire ipotesi delittuose delle quali si hanno solo indizi¹⁵.

Secondo altri autori, la confisca di prevenzione avrebbe invece mere finalità preventive¹⁶, coincidenti in particolare con la difesa sociale, generando gli effetti della neutralizzazione della pericolosità dei beni di matrice illecita.

descritti. La lett. i) include altresì gli indiziati di aver agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 della l. n. 401/1989 (c.d. violenza sportiva). Infine, la lett. g) dispone che, fuori dai casi indicati nelle lettere d), e) ed f), possono essere destinatari delle misure di prevenzione i soggetti che siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella l. n. 895/1967 e negli artt. 8 ss della l. n. 497/1974 quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie con il fine indicato dalla lett. d).

¹³ Per la natura afflittiva e punitiva della confisca di prevenzione, v. A. BARGI, *L'accertamento della pericolosità*, cit., 31 ss.; F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum"*, cit., 59 ss.; P. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca*, cit., 1252; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, cit., 170; M. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, cit., 15; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, 202; V. MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale "in trasformazione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 805; P. MANGANO, *La confisca nella legge 13 settembre 1982, n. 646 ed i diritti dei terzi*, in *Ind. pen.*, 1987, 653; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 390 s.; L. STORTONI, *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione contro la mafia*, cit., 371 ss.; C. TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, cit., 416 ss.

¹⁴ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 390 s.

¹⁵ A.M. MAUGERI, *Dalla riforma della misure di prevenzione*, cit., 526.

¹⁶ Cfr. C. MACRÌ, *Reato associativo, misure di prevenzione e professionalità del giudice*, in AA.VV., *Mafia, 'ndrangheta e camorra. Analisi politica e intervento giudiziario*, a cura di G. Borrè, L. Pepino, Milano, 1983, 136. Si ricorda un terzo orientamento minoritario che assimilava la confisca antimafia alle misure di sicurezza *ex art. 240 c.p.* F. SIRACUSANO, *Commenti articolo per articolo, l. 13/09/1982 n.*, cit., 296.

Quest'impostazione è stata fortemente criticata per l'impossibilità di attribuire il carattere di pericolosità a una *res*. Si è detto infatti, in senso correttivo, che tale caratteristica non potrebbe discendere dal patrimonio a genesi illecita, se oggettivamente considerato, ma soltanto dalla sua disponibilità nelle mani del pervenuto. Si tratterebbe piuttosto di una pericolosità "relazionale" che riguarda il rapporto tra l'indiziato e i proventi che derivano dalla sua condotta¹⁷. Tant'è vero che nelle intenzioni del legislatore, c'era quella di «esaltare il momento preventivo, neutralizzando la situazione di pericolosità insita nel permanere della ricchezza nelle mani di chi può continuare a utilizzarla per produrre altra ricchezza attraverso la perpetuazione dell'attività delinquenziale»¹⁸.

Neppure l'interpretazione correttiva è valsa a mettere un punto fermo nel dibattito in favore della natura preventiva della confisca.

Da una parte, come vedremo, proprio tale pericolosità relazionale sembra eliminata dalle modifiche che hanno portato verso la separazione tra applicazione delle misure patrimoniali e pericolosità del soggetto sospettato¹⁹.

Dall'altra, continuano a proporsi argomenti di segno apposto, volti alcuni a privilegiare lo sguardo sulle finalità afflittive²⁰, altri ad evidenziarne l'aspetto ibrido²¹, altri infine a rimarcare il ruolo prettamente preventivo²².

Tralasciando l'opinione della dottrina, la stessa Corte costituzionale, in un intervento non più recente, pur riconoscendo che la confisca di prevenzione ha una funzione preventiva, vi ha ravvisato altresì un *quid pluris* indefinito, trascendente l'aspetto prevenzionistico²³. «La confisca ... comporta conseguenze ablatorie definitive e si distacca perciò dalla contingente

¹⁷ A. BALSAMO, G. LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2012, 311. Critico A. MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., 389. Secondo l'autore la pericolosità deriverebbe comunque dalla scelta dell'individuo. Di conseguenza la pericolosità sarebbe umana e non reale. Inoltre, poiché secondo l'autore la ricaduta nel reato esercitabile dalla cosa dipenderebbe sempre e comunque dalla personalità del soggetto, non si dovrebbe limitare la confisca ai soli beni di origine illecita.

¹⁸ F. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., 123.

¹⁹ Sul punto, v. A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia*, cit., 138 ss.; EAD., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca*, cit., 440.

²⁰ Tra gli altri, v. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 348; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 334.

²¹ Sulla natura ibrida v. R. VINCIGUERRA, *Osservazioni sulla confisca antimafia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 220.

²² C. VISCONTI, *Proposte per recidere*, cit., 6 s. Secondo l'autore la funzione preventiva della confisca si deve cogliere su un piano macro-economico; esse servirebbero a «da un lato, evitare che le ricchezze illecitamente prodotte vengano riutilizzate per alimentare ulteriore attività illecita; dall'altro scongiurare il rischio che tali ricchezze vengano reinvestite in attività economiche anche formalmente lecite, con conseguente alterazione delle logiche di mercato e delle regole della concorrenza».

²³ Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Cass. pen.*, 1997, 334, con nota di G. MOLINARI.

premessa che giustifica tanto il sequestro quanto tutte le altre misure di carattere preventivo, valide “allo stato”, cioè subordinatamente al permanere – oltre che degli altri presupposti – della pericolosità del soggetto. La *ratio* della confisca comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione»²⁴.

La natura proteiforme dello strumento ablatorio è stata dichiarata anche dalla Corte di legittimità che in uno dei più importanti arresti sul tema a Sezioni Unite ha assimilato la confisca di prevenzione a un «*tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto ed agli effetti, alla misura di sicurezza»²⁵ e ne ha negato, soprattutto alla luce del carattere definitivo²⁶, la qualifica di misura di prevenzione²⁷. «La devoluzione allo Stato dei beni confiscati, prevista dalla legge 4 agosto 1989 n. 282 (art. 4), e le finalità indiscutibilmente “ablative” dei corrispondenti provvedimenti, non consentono, invece, di qualificare gli stessi, in senso tecnico-giuridico, quali misure di prevenzione, aggiunte a quelle, specificatamente previste, quali “personali” e ciò al di là delle formali espressioni adoperate dal legislatore». La confisca «è diretta, peraltro, a differenza della misura di prevenzione personale (o di quella patrimoniale, avuto riguardo alla cauzione) a sottrarre “i beni”, in via definitiva, alla disponibilità dell’indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso: ancorché tale risultato sia conseguibile solo all’esito definitivo della prevista procedura». Insomma, le Sezioni Unite hanno in questo modo stabilito la natura non preventiva ma amministrativa della misura, in qualche modo equiparabile però alle ipotesi previste dall’art. 240 c.p. (confisca, misura di sicurezza). La giurisprudenza successiva (fino alla fine del 2012²⁸) ha aderito a questa impostazione.

Ben noto è ad esempio il caso Auddino. In tale decisione le Sezioni Unite hanno sostenuto che la confisca (di prevenzione) costituisce una forma di «espropriazione per

²⁴ Per alcune osservazioni sulla sentenza, v. A. GIALANELLA, *Prevenzione patrimoniale e strategia dell’“actio in rem”*, cit., 288 ss.

²⁵ Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, Simonelli, in *Cass. pen.*, 1996, 3609, con nota di G. MOLINARI. Aveva equiparato la confisca di prevenzione a una misura di sicurezza patrimoniale ex art. 240 c.p. Cass., Sez. I, 18 maggio 1992, Vincenti e altri, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, voce *Misure di sicurezza*, 12, 11. La definiva invece sanzione amministrativa Cass., 24 febbraio 1997, in *Cass. pen.*, 1997, 3171.

²⁶ V. sul punto A. GIALANELLA, *I patrimoni di mafia – La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1988, 166; ID., *Prevenzione patrimoniale e strategia dell’ “actio in rem”*, cit., 288 che osserva come il carattere definitivo appartenga a tutte le confische, ma ciò non potrebbe essere sufficiente per attribuire a tutte una natura penale.

²⁷ In passato, alcune decisioni dell’organo di legittimità avevano invece propeso per la natura afflittiva della confisca. V. Cass., Sez. I, 21 gennaio 1991, Piromalli, in *Cass. pen.*, 1992, 299. V. anche Corte Cost., 15 febbraio 1988, in *Giur. it.*, 1988, II, 360 secondo la quale la componente sanzionatoria non potrebbe essere negata ma la funzione della confisca antimafia rimarrebbe di tipo preventivo

²⁸ Diverso l’esito interpretativo in Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, cit..

pubblico interesse, identificato, quest'ultimo, nella generale finalità di prevenzione penale» e «non si tratta di un provvedimento di prevenzione in senso stretto ma piuttosto di sanzione amministrativa di carattere ablatorio, equiparabile alla misura di sicurezza prescritta dal secondo comma dell'art. 240 c.p.»²⁹.

A dire il vero e prescindendo dalle affermazioni di principio, proprio perché la confisca è una sorta di “reticolo sanzionatorio”, pronto a piegarsi a diversi scopi³⁰, anche la giurisprudenza non è mai riuscita ad attribuirle una natura precisa o realmente comprensibile. La stessa difficoltà ha incontrato, come abbiamo visto, la dottrina.

Ciò nonostante, il discorso sulla natura della confisca sembrerebbe in parte differente rispetto a quello riguardante in generale il sistema delle misure preventive. È vero che entrambe le questioni versano in uno stato di incertezza, ma in tempi recentissimi e per la prima volta la corte di legittimità sembra essersi discostata dalle interpretazioni precedenti e ha decretato la natura penale della misura ablativa³¹. Potrebbe essere stato intrapreso la strada per una definizione della natura della confisca.

Nell'ambito delle misure patrimoniali, la dottrina (in particolare, quella processualpenalistica) si è altresì interrogata sulla natura del sequestro che, pur essendo definito provvedimento cautelare, è caratterizzato da tratti discordanti con quelli della cautela³². La sua applicazione non si baserebbe infatti su un'espressa delibazione (eccetto che per i requisiti di illiceità dovuta alla provenienza dei beni o la sproporzione e la valutazione sulla disponibilità dei beni in capo all'indiziato) sulle ragioni cautelari del *periculum* né sulla valenza del *fumus delicti*, in quanto i sufficienti indizi sarebbero astrattamente legati al “frutto”, “reimpiego” di “attività illecite”³³. Se valutiamo inoltre le finalità di questo sequestro, osserviamo come esso non tenda ad assicurare al giudizio le fonti di prova³⁴, quanto piuttosto ad anticipare le funzioni della confisca, con carattere prettamente strumentale. Si tratterebbe anzi di una misura doppiamente strumentale: «alla definizione giurisdizionale di una vicenda che può sfociare nella definitiva indisponibilità dei beni

²⁹ Cass., Sez. Un., 8 gennaio 2007, Auddino, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 1297 con nota di A.M. MAUGERI, *La revoca ex tunc come espressione del diritto di difesa contro il provvedimento definitivo di confisca*.

³⁰ A. ALESSANDRI, voce *Confisca (dir. pen.)*, cit., 49.

³¹ Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, cit.; vale però la pena di ricordare che la sentenza Occhipinti sembra rimasta isolata. La successiva Cass., Sez. I, 17 maggio, 2013, Ferrara, in *C.E.D. Cass.n. 2561141*, in contrasto con la V sezione, nega la natura sanzionatoria della confisca. Sul punto v. *infra*.

³² A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 218.

³³ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 217.

³⁴ C. TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, cit., 297.

macchiati» e «all'interesse pubblico connesso all'irrogazione di una sanzione a fronte di presunti fatti illeciti dai quali si assume la provenienza dei beni»³⁵. Si tratterebbe di uno strumento che guarda al passato più che al futuro e che avrebbe una natura oltre che in parte cautelare, addirittura, secondo una dottrina, repressiva e sanzionatoria³⁶.

Meno interesse in dottrina ha suscitato la natura della misura sospensiva (oggi, amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche). Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale in una ormai celebre sentenza (n. 487/1995), il cui passo decisivo merita di essere riportato.

Secondo la Corte si tratterebbe di «una misura [...] destinata a svolgere nel sistema una funzione meramente cautelare e che si radica su un presupposto altrettanto specifico, quale è quello del carattere per così dire ausiliario che una certa attività economica si ritiene presenti rispetto alla realizzazione degli interessi mafiosi [...] Alla scelta, dunque, di svolgere un'attività che presenta le connotazioni agevolative [...], logicamente si sovrappone la consapevolezza delle conseguenze che da ciò possono scaturire, consentendo pertanto di escludere quella situazione soggettiva di "sostanziale incolpevolezza" sulla quale il giudice a quo si è attestato per dedurre le prospettate censure»³⁷. Si tratterebbe insomma di una misura preventiva, con funzione cautelare. C'è tuttavia più di una ragione (e proveremo a spiegarle) per rifiutare un simile inquadramento.

Concludendo questa prima parte ricognitiva, possiamo osservare come la questione della natura delle misure di prevenzione sia nel complesso ben lontana dall'essere risolta. Quel che risulta evidente, già dalle linee tratteggiate fino ad ora, è che nello svolgere tale indagine non ci si può affidare soltanto alla qualificazione operata dal legislatore italiano.

Volendo tentare di fornire una possibile risposta, è necessario quindi prescindere dal *nomen* e utilizzare al contrario, secondo la lezione della Corte europea dei diritti umani, criteri definitivi sostanziali, con particolare attenzione allo scopo delle misure.

Non possiamo tuttavia analizzare tutti gli strumenti preventivi. Ciò ci costringerebbe a uno sforzo di sistematizzazione che ci distoglierebbe dall'oggetto d'indagine. È per questo che, con un approccio atomistico, cercheremo di operare tale valutazione prendendo in esame

³⁵ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 225.

³⁶ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 230 ss.

³⁷ Sulla funzione cautelare della misura, v. anche Cass., Sez. I, 8 febbraio 1999, Crimi e altri, in *Foro it.*, 1999, II, 626; App. Catania, decr. 21 novembre 1997, Spampanato, in *Cass. pen.*, 1998, II, 2729.

soltanto l'amministrazione giudiziaria, la quale ha peraltro, come abbiamo visto, caratteristiche che la rendono un vero e proprio *unicum* nel panorama preventivo.

3. Qualificazione al di là del *nomen*: l'insegnamento della Corte europea dei diritti dell'uomo

Come noto, il problema della qualificazione delle sanzioni e delle infrazioni (come civili, amministrative, penali o appunto preventive)³⁸ rientra tra le questioni di diritto penale più spesso affrontate, anche in tempi recenti, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁹. La Corte analizza la natura delle misure per individuare l'ambito di applicabilità di alcuni diritti sanciti nella Convenzione che corrispondono a principi cardine del diritto penale⁴⁰. L'innovazione dell'organo di Strasburgo sta nell'aver superato le definizioni formali o nominalistiche del diritto penale (del reato e della pena)⁴¹ e utilizzato al contrario criteri sostanziali, con interpretazioni autonome rispetto al diritto nazionale⁴².

Il fine principale della Corte è quello di evitare che gli Stati, usando *nomina* diversi, possano aggirare le garanzie previste dalla Convenzione EDU, in particolare agli artt. 6 e 7

³⁸ Sul punto, in generale, v. C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 64 ss. ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di parte generale*, I, Milano, 2003, 147 ss.; introducono nella riflessione l'approccio della Corte EDU C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" e una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.; M. DELMAS-MARTY, *La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et le droit pénal de fond*, in *Dir. uomo*, 1992, 3, 13 ss.

³⁹ Sul punto, la bibliografia è sempre più ampia. Tra gli altri v. A. BERNARDI, sub *Art. 7*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 249 ss.; ; B. EMMERSON, A. ASHWORTH, *Human rights and Criminal Justice*, London, 2001, 149 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, 2008, 307 s.; D.J. HARRIS, M. O' BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009, 333; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 37 ss.; P. VAN DUK, G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, III ed., The Hague, 1998, 409..

⁴⁰ Si tratta, in particolare, dei diritti sanciti dagli artt. 6 CEDU, che impone il rispetto dell'equo processo nell'ambito di un'accusa penale e attribuisce altri diritti a chi sia sottoposto a un'accusa di illecito penale; 7 CEDU, sul principio di legalità, che impone il divieto di retroattività delle leggi che stabiliscono reati e pene; 2 prot. 7 che individua il diritto a una revisione del giudizio da parte di un organo giurisdizionale superiore per chiunque sia condannato per un illecito penale; e 4, prot. 7, che esprime il principio del *ne bis in idem* nell'ambito del processo penale.

⁴¹ E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti*, cit. 40 osserva come la dottrina italiana avesse invece tentato di affidarsi a definizioni formali avendo preso atto della difficoltà di una definizione di tipo sostanziale. Tra le definizioni v. quella di G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 3 e 147 ss. secondo i quali il diritto penale sarebbe una parte del diritto pubblico disciplinante i fatti costituenti reato, cioè quelle condotte dalla cui realizzazione la legge fa derivare sanzioni penali, definite tali dalla legge o dai codici; di G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, cit., 159 ss., secondo i quali il reato è l'illecito ai quali la legge ricollega la pena. Assai scettico sull'utilizzo di definizioni formali M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 11.

⁴² Sul punto, più in generale, v. G. UBERTIS, *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, 21.

riservati, appunto, alla materia penale⁴³. In altre parole, l'intervento interpretativo e sostanziale della Corte dei diritti sembra motivato dall'esigenza di evitare quella "truffa delle etichette" che nell'ordinamento italiano viene denunciata soprattutto per le misure di prevenzione⁴⁴.

Nella brevissima analisi sulla natura di tali strumenti, abbiamo peraltro osservato come, già da tempo, anche la dottrina utilizzi criteri diversi da quelli nominalistici. Ricorriamo ciò nonostante alla giurisprudenza di Strasburgo perché ha il merito di aver sistematizzato il giudizio di "penalità" su indici propri, che ha peraltro utilizzato anche in relazione alle misure *praeter delictum* italiane.

Cercheremo pertanto, dopo un breve *excursus* sui criteri e principi CEDU, di riconsiderare in base a questi la natura della sospensione temporanea.

3.1 Il concetto autonomo di pena nella giurisprudenza della CEDU

La Corte europea ha stabilito una serie di parametri per definire i concetti di "accusa in materia penale" di cui al primo comma dell'art. 6 Cedu e di "reato" e "pena", di cui al comma 1 dell'art. 7⁴⁵.

Tali indici sono stati individuati per la prima volta nella decisione *Engel e altri c. Paesi Bassi*⁴⁶, in base alla quale la valutazione sulla natura dell'illecito dovrebbe basarsi su: a)

⁴³ Questa finalità è espressa in diverse sentenze della Corte EDU, tra cui una delle più importanti e famose, è 8 giugno 1975, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, (ric. nn. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), Serie A, n. 22, par. 81, secondo cui «se gli Stati contraenti potessero a loro discrezione qualificare un illecito come disciplinare piuttosto che come penale, o perseguire l'autore di un illecito "misto" sul piano disciplinare piuttosto che su quello penale, l'operatività delle fondamentali disposizioni degli artt. 6 e 7 sarebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Un'ampiezza del genere potrebbe condurre a risultati incompatibili con lo scopo e con l'oggetto della Convenzione». V. anche Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*, Serie A, n. 73, par. 48 ss.; 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, Serie A, n. 80, par 68 ss. In dottrina, v. M. DE SALVIA, *Principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto penale*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 2000, 34. Tale interpretazione autonoma sarebbe in realtà motivata anche dall'esigenza di armonizzare le legislazioni penali degli Stati europei. Su questo profilo, v. F. OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in AA.Vv., *Raisonner la raison d'Etat*, a cura di M. Delmas-Marty, Parigi, 1989, 448 ss.

⁴⁴ Sulla truffa delle etichette in materia di misure di prevenzione, v. *supra*. Oltre agli autori già citati, v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 75 ss.

⁴⁵ G. SALCUNI, *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 199 ss.; G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in AA.Vv., *Delitti e pene nella giurisprudenza della Corti europee*, a cura di G. de Vero, G. Panebianco, Torino, 2007, 11 ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 46 ss.; ID., *Il diritto sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. mer.*, 2008, suppl. 12, 81 ss.

⁴⁶ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit. In tale caso il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 6 in relazione a un illecito disciplinare.

la qualificazione formale dell'infrazione o della sanzione adottata dallo Stato membro; b) la natura dell'infrazione; c) la natura e la gravità della sanzione.

Nel tempo, la Corte ha sviluppato un'autonoma riflessione sul concetto di pena⁴⁷ elaborando anche in questo caso indici sintomatici.

In realtà, le prime decisioni risolvevano il problema utilizzando elementi specifici e singoli⁴⁸. Le pronunce più recenti, al contrario, stabiliscono la natura della sanzione in base ad un articolato insieme di criteri⁴⁹.

È nell'ambito del secondo gruppo di sentenze che sono stati individuati i criteri guida che utilizzeremo per valutare la natura della misura sospensiva. In base alla giurisprudenza di Strasburgo «la formulazione dell'art. 7, par. 1, seconda frase, indica che il punto di partenza di ogni valutazione sull'esistenza di una pena consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata irrogata in seguito ad una condanna per un "reato". Altri elementi possono essere ritenuti

⁴⁷ È il caso di osservare come anche nell'ordinamento anglosassone, la Corte Suprema abbia individuato dei criteri autonomi per valutare il carattere penale delle norme o delle sanzioni, elaborando una sorta di test. Vale la pena di descrivere il test statunitense per le innegabili analogie che possono ravvisarsi con la giurisprudenza CEDU. I due casi più importanti sono stati *Hudson v. United States*, n27, 522 U.S. 93 (1997), e prima ancora *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, n28 372 U.S. 144 (1963). Nel caso *Kennedy*, la valutazione riguardava il carattere *punitive* della sanzione: «*To determine whether an act of Congress had a primarily punitive intent, the Court weighed seven factors:*

- (1) *Whether the sanction involves an affirmative disability or restraint on the defendant;*
- (2) *Whether the sanction has historically been regarded as punishment;*
- (3) *Whether the sanction requires scienter;*
- (4) *Whether the sanction's operation will promote retribution and deterrence;*
- (5) *Whether the behavior to which the sanction applies is already a crime;*
- (6) *Whether there is an alternative purpose for the sanction; and*
- (7) *Whether the sanction is excessive in relation to the alternative purpose assigned».*

Nel caso *Hudson* la Corte ha usato i sette criteri *Mendoza-Martinez*, dichiarando che «*only the clearest proof will suffice to override legislative intent and transform what has been demonstrated a civil remedy into a criminal penalty*». In breve, in *Hudson* la Corte suprema ha stabilito che il *nomen* della sanzione sia una forte presunzione da superare ma ha ammesso, al contempo, la possibilità che il Congresso attribuisca una qualificazione errata. L'onere di provare tale errore è in capo all'imputato che deve dimostrare il carattere "penale" della sanzione proprio in base agli indici elaborati nel caso *Mendoza-Martinez*. In dottrina, sulla definizione di pena, v. T.K. LANDRY, "Punishment" and the Eight emendment, in *Ohio St. L. J.*, 1996, 57, 1607; sulla distinzione tra sanzione civile e penale, v. J. C. COFFEE, JR., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in *B.U. L. Rev.*, 1991, 71, 194.

⁴⁸ Corte EDU, 3 marzo 1986, *Hogben c. Regno Unito*, in *DR*, 46, 242. Ricordiamo che in base al primo orientamento la Corte EDU non ritenne pena né la misura di espulsione dello straniero, in quanto misura di sicurezza relativa alla polizia degli stranieri e non sanzione penale (v. *Parere della Commissione europea dei diritti dell'uomo*, formulato nel rapporto della Commissione il 12 ottobre 1989, relativo al caso *Moustaquim c. Belgio*, Serie A, n. 193, 34, par. 75), né la misura preventiva a carattere detentivo in quanto «non può essere considerata come il risultato di una condanna penale ai sensi dell'art. 7 della Convenzione»⁴⁸. Corte EDU, 1 luglio 1961, *Lawless c. Irlanda*, Serie A, n. 3, par. 19. V. anche Corte EDU, 18 giugno 1971, *De wilde, Ooms, Versyp c. Belgio*, Serie A, n. 18, par. 87.

⁴⁹ Tra le prime v. Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, Serie A, n. 307-A., par. 28 ss; 8 giugno 1995, *Jamil c. Francia*, Serie A, no. B 317, par. 31 ss.; 23 settembre 1998, *Malige c. Francia*, in *Raccolta*, 1998, par. 35 ss. Per questa divisione, v. A. BERNARDI, sub *Art. 7*, in *AA.VV.*, *Commentario alla Convenzione*, cit., 271 s.

pertinenti in proposito: la natura e lo scopo della misura in contestazione; la sua qualificazione nel diritto interno; i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, nonché la sua severità»⁵⁰.

I criteri sono stati considerati dalla Corte alternativi e non cumulativi⁵¹ sebbene ciò non impedisca «l'adozione di un approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non consente di pervenire ad una conclusione chiara»⁵².

3.1.1 La riconducibilità alla condanna per un "reato"

Il primo criterio per definire come penale una sanzione è quello della sua riconducibilità alla condanna per un illecito penale.

Per applicare tale parametro dobbiamo comprendere che cosa si debba intendere per "reato". Anche questo concetto, cui l'art. 7 Cedu riferisce i principi di legalità e irretroattività, è stato infatti interpretato dalla Corte europea in maniera autonoma rispetto alle definizioni nazionali e in base a criteri sostanziali. Si è tracciato un parallelismo tra la nozione di "reato" (*infraction, criminal offence*) di cui all'art. 7 e la nozione di "materia penale" prevista dall'art. 6 Cedu⁵³.

È il caso di ricordare che nel definire la natura dell'illecito penale la Corte non ha eliminato del tutto il ruolo e la discrezionalità del legislatore interno⁵⁴. Nondimeno se tali elementi giocavano un ruolo fondamentale nelle primissime decisioni⁵⁵, la giurisprudenza europea si è man mano allontanata da quest'approccio e (soprattutto nelle pronunce riguardanti l'art. 6) ha progressivamente attribuito alla qualificazione interna un carattere relativo⁵⁶ individuando i criteri che hanno potenziato, come detto, la visione sostanziale e l'autonomia della tutela convenzionale. I parametri individuati dal caso *Engel* (aggiuntivi rispetto alla qualificazione formale fatta dall'ordinamento) sono: la natura dell'illecito e la gravità della sanzione.

⁵⁰ Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno unito*, cit., par. 28.

⁵¹ Corte EDU, 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, Serie A, n. 123, par. 55.

⁵² Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bondenoun c. Francia*, Serie A, n. 284, par. 47; 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, in *Raccolta*, 1997, par. 33; 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, in *Raccolta*, 1998, par. 57.

⁵³ Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., par. 81.

⁵⁴ A. BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., 257.

⁵⁵ V., per esempio, Commissione, dec. 14 dicembre 1970, *X c. Repubblica federale tedesca*, in *Annuario* 13, 88. In alcune decisioni la Corte ha aveva espressamente escluso l'applicabilità dei principi di cui all'art. 7 anche in ragione della qualificazione non penale data la legislatore interno. Tra le altre, v. Corte EDU, 18 giugno 1971, *De Wilde, Ooms, Versyp c. Belgio*, cit., par. 87.

⁵⁶ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, cit., par. 57.

Il primo criterio sarebbe ricavabile da ulteriori sotto-elementi, quali, ad esempio, il tipo di comportamento sanzionato; la struttura e la proiezione comparatistica della norma⁵⁷; le regole procedurali a cui l'illecito è assoggettato⁵⁸; la qualifica dei soggetti attivi⁵⁹.

Un rilievo particolare è attribuito all'ambito di applicazione generale della norma, che non deve cioè dirigersi verso un gruppo determinato o troppo circoscritto di persone. Un altro sotto-criterio coincide con il fine della sanzione che deve essere punitivo e di deterrenza⁶⁰. In questo caso si dovrebbe tenere conto della pena concretamente irrogata⁶¹ e, in particolare, delle caratteristiche tipologiche della sanzione⁶²; del *quantum* inflitto⁶³ degli scopi preventivi e repressivi⁶⁴ e addirittura delle relative modalità d'esecuzione⁶⁵.

Queste sono le linee essenziali per valutare la natura dell'illecito e conseguentemente il primo dei criteri *Welch* sul concetto di pena, vale a dire la riconducibilità della sanzione alla condanna per un "reato".

Con riferimento al concetto di condanna, è il caso di ricordare (e sarà molto utile nel valutare la misura che ci occupa) che nella sentenza *Sud Fondi* (su cui *infra*) la Corte ha in parte modificato questo indice.

Si è detto infatti che il primo parametro per valutare una sanzione non sarebbe "la condanna per un reato", bensì il mero collegamento tra la misura (nel caso si trattava della confisca) e l'accertamento di un reato nell'ambito di un procedimento penale⁶⁶. La modifica

⁵⁷ Su questi sotto-criteri, v. Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*, cit., par. 53.

⁵⁸ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, cit., par. 53.

⁵⁹ Commissione, dec. 8 ottobre 1980, *X c. Regno unito*, in *DR*, 21, 175, par. 2. Sugli altri sotto-criteri individuati nel tempo, v. M. DELMAS-MARTY (diretto da), *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, a cura del *Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1987, 819 ss.

⁶⁰ V. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 43.

⁶¹ A. BERNARDI, sub *Art. 7*, cit., 258.

⁶² Commissione, dec. 8 ottobre 1980, *X c. Regno Unito*, cit., par. 5; Commissione, dec. 9 maggio 1977, *X c. Svizzera*, in *DR*, 11, 220, par. 7.

⁶³ Corte EDU, 8 giugno 1975, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., par. 82. In base a Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bondenoun c. Francia, Serie A*, cit., par. 47, nel caso in cui vengano irrogate pene patrimoniali (e non privative della libertà personale) si parlerà di "materia penale" qualora le sanzioni siano di una certa entità specie se convertibili in privazioni di libertà. Il profilo quantitativo non avrebbe invece valore nel caso delle sanzioni privative della libertà personale a meno che risulti che tale limitazione non possa recare all'imputato alcun serio pregiudizio (Corte EDU, 8 giugno 1975, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., par. 82).

⁶⁴ Corte EDU, 8 giugno 1975, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., par. 79, 2 comma, opinione della Commissione allegata alla sent. 25 agosto 1987, *Lutz c. Germania*, cit.; 29 agosto 1997, *A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera*, in *Raccolta*, 1997, par. 41.

⁶⁵ Commissione, dec. 15 maggio 1981, *McFeeley c. Regno Unito*, in *DR*, 20, 153, par. 101.

⁶⁶ Evidenzia questa differenza A. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 3508.

non è di poco conto, poiché il giudizio si è così slegato da un dato meramente formale, prescindendo cioè dall'esito (che potrebbe essere anche assolutorio) del processo penale.

3.1.2 Lo scopo e la gravità della sanzione

Come abbiamo visto, oltre al criterio del collegamento con l'accertamento del reato, il *leading case Welch* ha individuato altri indici, ossia «la natura e lo scopo della misura in questione; la sua qualificazione nel diritto interno; le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione; la sua gravità»⁶⁷.

Nel tempo, il parametro dello scopo ha assunto un ruolo primario per valutare la natura della sanzione, ma in alcune decisioni è stato utilizzato congiuntamente al sotto-criterio della gravità, in altre in modo autonomo⁶⁸.

Nel primo gruppo di decisioni, ritroviamo la nota sentenza *Bendenoun c. Francia* del 1994. In tale caso il ricorrente era stato colpito da sanzioni amministrative pecuniarie derivanti dalla condanna per reati doganali, senza che le ulteriori maggiorazioni di imposta adottate dal fisco fossero state applicate con le garanzie dell'equo processo. La Corte edu ha riconosciuto la violazione dell'art. 6 Cedu ricomprendendo la maggiorazione d'imposta nella "materia penale", per tre ragioni essenziali: anzitutto la misura era diretta alla generalità dei consociati; in secondo luogo, le sanzioni avevano una finalità non riparatoria, ma punitiva, essendo volte ad impedire la reiterazione delle condotte analoghe (una finalità quindi preventiva e repressiva); in ultimo, la misura risultava connotata da una certa gravità in quanto il debito fiscale era convertibile in sanzione personale restrittiva⁶⁹.

Le sentenze che hanno al contrario attribuito un valore essenziale al criterio dello scopo hanno per lo più riguardato sanzioni patrimoniali e ipotesi di "confisca allargata". Il caso più importante è il già citato *Welch c. Regno Unito* del 1995, nell'ambito del quale si discuteva della natura di una confisca estesa e della sua compatibilità con il divieto di irretroattività delle pene, previsto dall'art. 7 Cedu. La confisca era stata infatti introdotta dopo la commissione del reato di traffico di sostanze stupefacenti. La Corte, pur prendendo in

⁶⁷ Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, cit., par. 28.

⁶⁸ Sul punto, v. V. MANES, *Art. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2011, 262.

⁶⁹ Sullo stesso orientamento, v. le sentenze gemelle Corte EDU, 29 agosto 1997, *EL., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera*, parr. 45 ss.; 29 agosto 1997, *A.P., M.P. E T.P. C. Svizzera*, cit., parr. 39 ss.

considerazione tutti gli altri criteri⁷⁰, ha attribuito un ruolo centrale alla finalità punitiva (alla quale potrebbero però affiancarsi – così precisa la Corte -, senza escludere il carattere penale, anche scopi preventivi⁷¹).

La sentenza ha individuato le finalità punitive in una serie di presunzioni circa la delittuosità dei beni e nel fatto che l'ordinanza includesse nella confisca tutto il prodotto del traffico di sostanze stupefacenti e non soltanto l'illecito arricchimento⁷².

Nel tempo, attraverso il criterio dello scopo e la valutazione della finalità repressiva, la Corte si è spinta ad attribuire il carattere penale anche alle sanzioni non gravi né limitative della libertà personale⁷³.

D'altra parte, tale indice ha subito una certa rilettura, nel senso che la presenza di componenti preventive, oltre a quelle afflittive, o, addirittura, la prevalenza delle prime sulle seconde non varrebbe ad escludere la natura penale della sanzione⁷⁴. Come già ritento nel caso *Welch* «gli obiettivi di prevenzione e riparazione si conciliano con quello di repressione e possono essere considerati come elementi costitutivi della nozione di pena»⁷⁵. Uno dei casi più importanti sul punto è stato *Sud Fondi srl e altri c. Italia*⁷⁶. In tale pronuncia, la c.d. confisca urbanistica è stata considerata, al di là della qualificazione del legislatore, sanzione penale per le seguenti ragioni: la stretta connessione con l'illecito penale (appunto, il reato di lottizzazione abusiva); il tipo di autorità decidente, la collocazione sistematica (tra le sanzioni penali); ma soprattutto il fatto che la misura, pur avendo una finalità preventiva, fosse altresì

⁷⁰ Tra questi, la riconducibilità della sanzione a una condanna per un illecito penale; la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure associate alla sua adozione e alla sua esecuzione come la sua gravità.

⁷¹ Sul punto, *infra*.

⁷² Nello stesso senso, Corte EDU, 5 luglio 2001, *Philips c. Regno Unito*, in *Reports of Judgments and Decisions*, 2001-VII par. 34.

⁷³ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, cit., par. 58. Questa l'opinione di V. MANES, *Art. 7*, cit., 263.

⁷⁴ Sul punto, ancora V. MANES, *art. 7*, cit., 263.

⁷⁵ Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, cit., par. 30.

⁷⁶ Corte EDU, 30 gennaio 2007, *Sud Fondi srl e altri. c. Italia*. Si tratta della prima decisione che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU. Il ricorso aveva ad oggetto la confisca di cui all'art. 44, co. 2 d.p.r. n. 380/2001 irrogata a seguito del reato di lottizzazione abusiva previsto dallo stesso decreto all'art. 44, co. 1, lett. c). La storia è nota: la società Sud Fondi era proprietaria di un terreno sulla costa Punta Perotti di Bari ed aveva ottenuto l'autorizzazione per costruire un complesso multifunzionale (il c.d. Ecomostro), sulla base di una serie di atti amministrativi che poi risultarono illegittimi. Nel procedimento penale gli imputati venivano assolti perché «il fatto non costituisce reato» per mancanza della colpevolezza (gli imputati versavano in errore inevitabile su norma extrapenale), ma il Tribunale di Bari, ritenendo sufficiente l'accertamento del fatto nella sua tipicità, applicava la confisca c.d. urbanistica. I ricorrenti lamentarono innanzi la Corte EDU la violazione del principio di legalità sostenendo che era stata applicata una sanzione penale secondo leggi che non erano prevedibili né accessibili. Sulla sentenza, v. V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA.VV., *Le convenzioni europee dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, a cura di V. Zagrebelsky, Milano, 2011, 69.

caratterizzata da un contenuto punitivo, poiché essa «non tende alla riparazione pecuniaria di un pregiudizio, ma tende essenzialmente a punire per impedire la reiterazione delle mancanze alle condizioni fissate dalla legge»⁷⁷.

Ciò starebbe a dimostrare come lo scopo, afflittivo (anche se non esclusivo), delle misure sarebbe in grado da solo di determinare la loro qualificazione in termini di pena e quindi l'applicazione delle garanzie del diritto penale. Il fine diventa nelle decisioni della Corte il vero volto del diritto penale.

Vale la pena di anticipare che non sono tuttavia mancati casi in cui la finalità marcatamente preventiva delle sanzioni, pur in presenza di rilevanti contenuti afflittivi, è stata utilizzata dalla Corte per negare la natura penale e ciò è avvenuto proprio con riferimento alle misure di prevenzione⁷⁸. Sul punto avremo modo di tornare.

Prima di terminare la panoramica generale, è il caso di soffermarci sull'ultimo criterio, tendenzialmente ancillare a quello dello scopo, ma non per questo irrilevante: si tratta della gravità della sanzione. Questo tipo di valutazione cambia, in seno alla giurisprudenza di Strasburgo, a seconda che si tratti di una pena privativa della libertà personale o meno. Nel primo caso la Corte edu ritiene che sussista una sorta di "presunzione di gravità"⁷⁹. Nelle ipotesi di sanzioni pecuniarie non vi è, al contrario, tale presunzione e per valutare l'indice di gravità la giurisprudenza ha individuato molteplici parametri, tra cui l'ammontare della sanzione, la sua menzionabilità nel casellario giudiziale e soprattutto la possibilità che la stessa sia convertita in sanzione privativa della libertà personale⁸⁰. Nondimeno, per tutte le

⁷⁷ La qualificazione della confisca come "sanzione penale" è stata poi confermata nella decisione definitiva, Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e altri c. Italia*, (in *Cass. pen.*, 2009, 3180, con nota di A. BALSAMO, C. PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*; e in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540, con nota di F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*. Sul punto, v. anche G. TUCCI, *Ascesa e caduta della confisca "urbanistica"*, in AA.VV., *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Atti del Convegno nazionale, a cura di G. Tucci, 2009, 61 ss. Su questo tipo di confisca, v. S. VINCIGUERRA, *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2008, 1916. La Corte ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU stabilendo che difettavano sia i requisiti della prevedibilità e accessibilità sia il legame di natura intellettuale (coscienza e volontà), presupposto indefettibile di ogni sanzione sostanzialmente penale.

⁷⁸ Sul punto, v. Corte EDU, 26 gennaio 1999, *Adamson c. Regno Unito*, par. 1; 17 dicembre 2009, *Bouchacourt c. Francia*, (ric. n. 5335/06), par. 42 ss.; 17 dicembre 2009, *M.B. c. Francia*, n. 22115/06, par. 36 ss.; 17 dicembre 2009, *Gardel c. Francia*, par. 43 ss. In tali ipotesi la Corte ha considerato irrilevante la severità delle sanzioni a fronte dello scopo meramente preventivo e dissuasivo.

⁷⁹ La stessa può essere però non "apprezzabilmente pregiudizievole" per natura, durata e modalità di azione. V. Corte EDU, 15 novembre 2007, *Galstyan c. Armenia*, par. 59 ss e 17 luglio 2008, *Ashughyan c. Armenia*, par. 51.

⁸⁰ V. Corte EDU, 24 febbraio 1994, *Bondenoun c. Francia*, cit., par. 47; 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, cit., par. 33; 23 ottobre 1995, *Palaoro c. Austria*, par. 35. e 24 settembre 1997, *Garyfallou AEBE c. Grecia*, cit., par. 34. Si ricorda però che la convertibilità non è considerata indice certo di gravità: Corte EDU, 23

misure non privative della libertà personale, al di là dei singoli indici, l'elemento più rilevante da considerare è «il complessivo effetto limitativo (e potenzialmente incapacitante) per la sfera personale dell'autore innescato dalla sanzione incriminata»⁸¹, naturalmente e strettamente connesso al contenuto punitivo e dissuasivo della misura.

4. La natura delle misure di prevenzione e delle confische secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo

La Corte europea si è interrogata specificatamente sulla natura delle misure di prevenzione⁸², e ha costantemente escluso che le misure personali e patrimoniali, previste dalle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423 e 31 maggio 1965, n. 575, fossero da considerare penali agli effetti della Convenzione⁸³.

Questi strumenti sono stati infatti definiti come qualcosa di diverso dalle pene, perché si applicano a prescindere da una condanna e perfino a soggetti incensurati⁸⁴.

Perfino le misure personali non potrebbero essere, ad avviso della corte, paragonate «ad una pena perché tend[ono] ad impedire il compimento di atti criminosi; il relativo procedimento non verte dunque sulla fondatezza di un'accusa in materia penale»⁸⁵.

marzo 1994, *Ravnsborg c. Svezia*, par. 35. e 22 febbraio 1996, *Putz c. Austria*, par. 33 che hanno negato la natura penale di pene pecuniarie convertibili in sanzioni privative della libertà personale.

⁸¹ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, cit., par. 39 ss.

⁸² Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1994, Serie A, 281, par. 43 e in *Cass. pen.*, 1994, 2232 ; 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, Serie A, n. 39, 27, par. 100 e 40, par. 108.. Più di recente, v. 20 giugno 2002, *Andersson c. Italia*, ric. n. 55504/2000, 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, ric. n. 52439/99, 5 luglio 2001, *Arcuri c. Italia*, ric. n. 52024/99. Da ultimo, 26 luglio 2011, *Paleari c. Italia*, ric. n. 55772/08, par. 34.

⁸³ G. ABBADESSA, F. MAZZACUVA, *La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU)*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 3-4, 15 ss.; V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1994, 66 ss.; M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 119; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 530; ID., *La lotta contro l'accumulazione dei profitti illeciti: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 541; ID., *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in AA.VV., *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, a cura di S. Mazzarese, A. Aiello, Milano, 2010, 187 ss.; A.L. SVENSSON-MCCARTHY, *The International law of humans rights and states of exception*, Boston, 1998, 551. Tra le prime sentenze, v. Corte EDU, 1 luglio 1961, *Lawless c. Irlanda*, Serie A, n. 3, par. 19; 7 aprile 1967, *De wilde, Ooms e Versyso c. Belgio*, cit., par. 87. Secondo quest'ultima il semplice "vagabondaggio" non poteva essere considerato "reato" e quindi la misura di prevenzione personale applicabile nei confronti dei vagabondi non poteva essere garantita dai principi espressi dall'art. 7 CEDU.

⁸⁴ V. Corte EDU, 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, cit., secondo cui «leur imposition n'est pas tributaire du prononcé préalable d'une condamnation pour une infraction pénale».

⁸⁵ Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, cit., par. 43. V., in dottrina, anche V. DEL TUFO, *Il diritto penale italiano al vaglio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Crit. dir.*, 2000, 458 ss. Sul punto v. però l'opinione di R. SCARPINATO, *Le indagini patrimoniali*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniale*, cit., 247. L'autore ritiene che il procedimento di prevenzione «ha cessato da tempo di essere un sistema autonomo per divenire un

Non potrebbero quindi applicarsi alle misure in esame le garanzie degli art. 6 e 7 e l'unico strumento di tutela resterebbe l'art. 5 della Convenzione⁸⁶.

Se in generale le decisioni aventi ad oggetto le misure di prevenzione italiane sembrano pacifiche nel rifiutare la qualificazione di pena, discorso differente vale per la confisca, Quest'ultima, come abbiamo visto, sembra oggi trovare (ancora più) difficoltà di collocazione, anche perché idonea a veicolare sia istanze e funzioni preventive e ripristinatorie, sia finalità dissuasive e repressive⁸⁷. La giurisprudenza CEDU si è più volte

sistema di supporto a quello della repressione penale con il quale interagisce continuamente sul piano dell'aggressione ai patrimoni illegali e della risposta all'imprenditorialità criminale»; «l'accertamento della pericolosità del prevenuto, (...) non è più disancorata dalla commissione di reati, - pericolosità *ante o praeter delictum*, intesa come generica propensione soggettiva a commettere futuri reati -, ma, al contrario, saldamente ancorata a condotte storicamente definite ed integranti specifiche fattispecie di reato»; «le vere indagini patrimoniali per l'applicazione delle misure di prevenzione non sono più quelle di cui all'art. 2 *bis* citato, ma quelle esperite durante la fase delle indagini preliminari all'interno di strategia globale che tiene conto della spendibilità degli esiti di tali indagini sia sul piano del processo penale che su quello del procedimento di prevenzione»; «il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione viene attivato in contemporanea con l'emissione delle ordinanze di custodia cautelare»; «la trasmissione dell'ordinanza di custodia cautelare attiva infatti l'apertura di un canale di comunicazione tra procedimento di prevenzione e processo penale, destinato a trasformarsi in molti casi in un vaso comunicante». Sul rapporto tra procedimento penale e di prevenzione v. A. BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, cit., 76; M. CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, *ivi*, 173 ss.; A. NOCETI, M. PIERSIMONI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011, 83 ss.; sull'auspicio che il procedimento preventivo diventi accessorio a quello penale v. A.M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 2, 196 ss.

⁸⁶ P. NUVOLONE, *Giustizia penale e diritti dell'uomo*, in *Ind. pen.*, 1969, 9.

⁸⁷ La natura della confisca ha interessato, nell'ambito di un dibattito molto simile a quello sviluppatosi in seno alla Corte europea, anche la giurisprudenza della Corte Suprema statunitense, in particolare, in relazione alla c.d. *civil forfeiture*, che è applicata con un procedimento *in rem* senza che il titolare dei beni sia stato previamente condannato. La confisca civile è, come anticipato, basata sulla finzione che sia la proprietà ad essere colpevole e il proprietario è ritenuto responsabile per gli sbagli compiuti da coloro ai quali decide di affidare i suoi beni (sul punto v. l'opinione di Justice Blackmun sul caso *Austin v. United States*, 509, US 602 (1993) in P.W. LOW, *Federal Criminal Law*, cit., 915). La Corte Suprema ha riconosciuto la natura penale della *civil forfeiture* nel caso *Austin v. United States*, trovandosi a decidere sulla compatibilità tra la misura e l'ottavo emendamento, che vieta l'imposizione di cauzioni esorbitanti e ammende eccessive, oltre che di pene crudeli e inusitate. L'ottavo emendamento si applica alla sola materia penale.

In tale caso, *Austin* fu accusato di detenzione ai fini di spaccio (vendette droga ad un agente di polizia) e fu disposta la confisca della sua auto e del suo negozio in base all'argomento secondo cui tali luoghi avevano "facilitato" l'affare di droga. Il governo sosteneva che non si potesse applicare l'ottavo emendamento (*excessive fine clause*) alla confisca civile perché questo riguardava soltanto la materia penale. La *civil forfeiture* aveva una funzione "*remedial*" in sé perché era volta ad eliminare gli strumenti del commercio di droga e a compensare il governo per le spese di *law enforcement* e di recupero sociale per il degrado urbano e la dipendenza dalla droga. La posizione del Governo era però in assoluto contrasto con quanto aveva sostenuto il Dipartimento di Giustizia americano nell'*Annual Report of the Dep't of Justice Asset Forfeiture Program* del 1991, nel quale si diceva che la confisca in materia di droga fosse al contrario volta a punire e frenare l'attività criminale («*to punish and deter criminal activity*»).

La Corte Suprema ha negato le argomentazioni del governo, adottando un nuovo approccio per differenziare la bipartizione tra *remedial* e *punitive*, richiamando il linguaggio del precedente caso *United States v. Halper*: (490 U.S. 435, 440 (1989)). «(A) *civil sanction that cannot fairly be said solely to serve a remedial purpose, but rather can only be explained as also serving either retributive or deterrent purposes in punishment, as we have come to understand the term*» (*Austin*, 509 US at 620). *Austin* si distingue però da *Halper* perché

riconosce che il fine primario della confisca è quello di punire e il fatto che questa possa avere anche una finalità rimediabile è del tutto irrilevante. Uno dei problemi che si pose alla giurisprudenza statunitense fu quello di decidere se definire la natura (come punitiva o rimediabile) delle “confische”, una volta per tutte, fissandone la qualificazione per *statute*, oppure adottare un approccio *case by case* (*United States v. Dean*, 80 F.3d 1535, 1541 n. 1 (11th Cir. 1996), v. anche *United States v. All Assets of G.P.S. Automotive Corp.* 66 F.3d 483, 491 (2d Cir. 1995). Ci sembra che di fatto le corti territoriali abbiano propeso per la seconda soluzione. Alcune regole generali sono state però individuate per l’applicazione dell’ottavo emendamento. Alla luce della prevalente giurisprudenza statunitense:

- 1) la *contraband forfeiture* non è mai eccessiva perché essa semplicemente elimina la proprietà di beni il cui possesso è illegale, come droga e armi;
- 2) la *instrumentalities forfeiture* non è eccessiva, se è limitata alla proprietà attuale di cose usate per commettere il reato, come il denaro utilizzato nel riciclaggio o per finanziare il terrorismo. Non sono eccessive in particolare se non sono superiori all’intero ammontare utilizzato;
- 3) la *proceeds forfeiture* non è eccessiva poiché sostanzialmente riparatoria e non punitiva, e agisce sugli illeciti profitti dell’accusato che non ha nessun diritto di possesso;
- 4) la *Custom forfeiture* di merci di contrabbando non è eccessiva, trattandosi dei danni liquidati per i costi sopportati dal governo e dalla società per la violazione della legge in misura proporzionale al reato.

Infine, come detto, la *facilitation forfeiture* può essere eccessiva non essendo il possesso dei beni poi confiscati illegale in sé.

La Corte Suprema ha espresso un avviso in parte differente nel caso *United States v. Bajakajian*, 524 US 321(1998), nel quale ha argomentato per il carattere principalmente rimediabile della confisca civile, ma non ha per questo negato che vi siano nelle pieghe della misura finalità punitive. «*Because some recent federal forfeiture laws have blurred the traditional distinction between civil in rem and criminal in personam forfeiture, we have held that a modern statutory forfeiture is a “fine” for Eight Amendment purpose is it constitutes punishment even in part, regardless of whether the proceeding is styled in rem or in personam*» (*Bajakajian*, 524 US at 328, n. 6).

La Corte Suprema si è interrogata sulla natura della confisca civile, anche in relazione al principio del *Double Jeopardy*, espresso dal quinto emendamento, il quale si estrinseca in tre corollari: 1) nessuno può essere accusato per lo stesso reato dopo un’assoluzione; 2) nessuno può essere accusato per lo stesso reato dopo una condanna; 3) nessuno può essere punito più volte per lo stesso reato. Ci si è chiesti in particolare se applicare una confisca civile in costanza di un procedimento penale potesse violare il quinto emendamento. Una delle sentenze più importanti sul punto è *United States v. Ursery*, 518 US 267(1996). Nel caso in esame, la corte aveva disposto la confisca della casa dell’imputato, che lo aveva in qualche modo facilitato nell’attività di commercio di droga. Ursery fu però successivamente condannato per reati riguardanti gli stupefacenti, con applicazione di sanzioni penali.

La Corte stabilì che, per valutare il carattere punitivo o meno di una confisca civile ai sensi del *double jeopardy*, bisognasse fare riferimento al *test* (diviso in due parti) del caso *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. 354 (1984), il quale prendeva in considerazione un indice formale, vale a dire il *nomen* individuato dal Congresso, e uno sostanziale, valutando quando la misura «è di fatto così punitiva da convincerci che, a differenza dell’intenzione del Congresso, la sua natura non è realmente civile».

La corte ha quindi stabilito che la confisca civile ha degli aspetti punitivi, ma anche rilevanti finalità non punitive, tra le quali incoraggiare i proprietari a fare attenzione all’utilizzo che altri fanno dei loro beni (evitare cioè che tali cose vengano usate per scopi illegali). Per tali motivi, la Corte concluse sostenendo che:

- a) la confisca *in rem* non è né punitiva, né criminale ai sensi del *Double Jeopardy*;
- b) la confisca *in rem* è una sanzione civile riparatoria distinta dalle pene civili *in personam* potenzialmente punitive;
- c) *Halper* si riferisce alle pene civili *in personam*, e il suo *test case by case* non è applicabile alla confisca civile *in rem*;
- d) *Austin* è limitato all’ottavo emendamento;
- e) per capire se un’azione civile è punitiva si può operare il seguente test: 1) Volontà del congresso – 2) carattere punitivo o meno nella pratica.

Ci sono tuttavia due eccezioni a *Ursery*. La prima, in Nebraska, dove la corte Suprema ha stabilito che la legge che prevede la confisca statale per droga è penale e lo stesso vale per la confisca (*Nebraska v. Juan Franco, Jr.*, 257 Neb, 15; 594 N.W.2d 633, 642 (Neb. 1999). La seconda, in New Mexico, dove i giudici, ammettendo che la costituzione statale possa avere garanzie più ampie di quelle federali, hanno rigettato l’opinione del caso *Ursery* e riconosciuto il carattere punitivo della confisca del *Controlled Substances Act* (*State v. Nunez*, 129 N.M. 63; 2 P.3d 264, 275 (1999).

occupata dello strumento ablatorio sia nei casi in cui questo viene applicato a seguito di condanna, sia in quelli in cui manca l'accertamento di un reato. Proveremo qui a ricordare alcune delle sentenze.

Il *leading case* che, come noto, ha individuato criteri per la qualificazione di pena è *Welch c. Regno Unito*. Tale caso riguardava, come abbiamo detto, un'ipotesi di confisca per equivalente ai danni di un trafficante di droga, condannato per un lungo periodo di detenzione. In tale ipotesi, la Corte ha dichiarato che la confisca fosse a tutti gli effetti una sanzione penale la cui applicazione retroattiva violava l'art. 7 della Cedu.

«Lo scopo preventivo della confisca di beni suscettibili di essere utilizzati in operazioni future di traffico di stupefacenti, come quello di garantire che il crimine non paghi, risulta evidente (...) Nondimeno, non si potrebbe escludere che una legislazione che conferisca così ampi poteri di confisca ai tribunali persegua ugualmente lo scopo di punire il delinquente. In effetti gli obiettivi di prevenzione e riparazione si conciliano con quelli di repressione e possono essere considerati come degli elementi costitutivi la nozione stessa di pena»⁸⁸.

Al contrario la natura penale della misura è stata negata nel caso di confische di beni utilizzati per la commissione di reati, ma appartenenti a terzi. Ci riferiamo al caso *Agosi*⁸⁹, nel quale la confisca riguardava beni (diamanti) importati nel Regno Unito illegalmente da alcuni trafficanti senza che la società proprietaria del mezzo di trasporto e ricorrente ne fosse a conoscenza. La Corte, respingendo il ricorso di *Agosi*, ha negato che vi fosse stata la violazione della presunzione di innocenza (*ex art. 6, par. 2*) sostenendo che nessuna "accusa penale" poteva dirsi rivolta alla società e la confisca non poteva quindi essere considerata pena⁹⁰.

Al di là di questa due eccezioni, la Corte Suprema ha in definitiva considerato la *civil forfeiture* sanzione penale agli effetti dell'ottavo emendamento ma misura civile e riparatoria in relazione al quinto. Insomma, anche nella giurisprudenza statunitense così come in quella della Corte europea possiamo ravvisare una certa ambiguità e decisioni che sono orientate non soltanto *case by case* ma anche in base al diritto garantito. Per un'approfondita analisi, v. J. GURULÉ, *The law of asset forfeiture*, Lexis Law, 2004, 252 ss. Sulla natura della *civil forfeiture*, v. anche C. E. MCCAW, *Asset Forfeiture as a Form of Punishment*, cit., 181; T.G. REED, *On the importance of being civil*, cit., 255; C.S. STEIKER, *Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide*, in *Geo. L.J.*, 1997, 85, 775; R.A. VAN CLEAVE, "Death is different", *is money different? Criminal punishment, Forfeitures, and punitive damages – Shifting Constitutional paradigms for assessing proportionality*, in *S. Cal. Interdis. L. J.*, 2003, 12, 222.

⁸⁸ Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, cit., par. 30.

⁸⁹ Corte EDU, 24 ottobre 1986, *Agosi c. Regno Unito*, Serie A, n. 108.

⁹⁰ Dello stesso tipo il caso *Air Canada c. Regno Unito* (5 maggio 1995, Serie A, n. 316 A), nel quale la Corte ha stabilito che non fosse penale il sequestro di un aereo che aveva trasportato una partita di droga senza che la compagnia aerea ne fosse a conoscenza. Secondo la Corte si trattava di un procedimento *in rem* aperto, di

La Corte di Strasburgo si è più volte pronunciata anche sulle molteplici forme di confisca previste nell'ordinamento italiano. Abbiamo già fatto cenno all'ipotesi della c.d. confisca urbanistica nel caso *Sud Fondi*. Per completare la panoramica, pensiamo all'ipotesi di confisca dell'autoveicolo⁹¹ introdotta per la più grave ipotesi di reato di guida in stato di ebbrezza (che era applicabile in via retroattiva in virtù del richiamo alla disciplina delle misure di sicurezza)⁹², la cui natura penale è stata, in base dell'insegnamento della Corte, dichiarata dalla Corte costituzionale la quale ha giustificato tale scelta alla luce dello scopo repressivo e afflittivo (e non già preventivo) della misura⁹³.

Nonostante ci siano quindi sentenze innovative che hanno riletto la natura dello strumento ablatorio su basi sostanziali, la giurisprudenza di Strasburgo non si è mai spinta ad affermare la natura penale della confisca applicata in assenza di condanna (c.d. misura *praeter delictum*).

Quanto alla confisca preventiva italiana, la Corte ha negato in varie sentenze la qualificazione come pena per tre ragioni fondamentali: a) tale sanzione non farebbe seguito a un'accusa penale e non sarebbe destinata a reprimere un'infrazione, ma basata su indici di pericolosità⁹⁴; b) il giudizio di prevenzione sarebbe del tutto autonomo rispetto a quello penale e non implicherebbe una valutazione di colpevolezza⁹⁵; c) la confisca, se pur severa,

solito, nei confronti di ogni veicolo che trasportava sostanze stupefacenti. Sul punto, v. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 52.

⁹¹ V. G.L. GATTA, *Disposizioni penali del Codice della Strada*, in AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, cit., 90 ss.; C. FOLADORE, *Modifiche al codice della strada*, in AA.VV., "Decreto-sicurezza": tutte le novità, Milano, 2008, 171; G.L. PERDONÒ, *Le novità in materia di guida in stato di ebbrezza e in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, 393.

⁹² Art. 186, comma 2, lett. c), d.lgs. 285/1992 (Nuovo Codice della Strada) come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 92/2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza), convertito, con modificazioni, nella legge n. 125 del 2008

⁹³ Corte cost., 4 giugno 2010, n. 196, in *Cass. pen.*, 2011, 528 ss. con nota di V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*. La Corte ha sancito in particolare la natura sostanzialmente penale della confisca dell'autoveicolo poiché essa può essere disposta anche quando il veicolo risulti incidentato o temporaneamente inutilizzabile, senza quindi la sua pericolosità oggettiva, dato che la sua operatività «non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva». Per tali ragioni la misura avrebbe una «funzione sanzionatoria e meramente repressiva». V, anche Cass., Sez. un., 18 giugno 2010, P.G. in proc. Caligo, in *Guida dir.*, 2010, 38, 58 con nota di G. AMATO, *E' una misura accessoria la confisca del veicolo dopo il rifiuto di sottoporsi al test alcoli metrico*; in *Foro it.*, 2010, II, 499, con nota di E. TURCO, *La confisca del veicolo ex art. 186 7 comma cod. strada sanzione penale accessoria?*; in *Giur. it.*, 2011, III, 656, con nota di R. GOVERNA, *Sulla natura della confisca del veicolo prevista dal codice della strada*; in *Cass. pen.*, 2011, 49 con nota di L. PISTORELLI, *La confisca del veicolo in caso di rifiuto dei Test alcolimetrici tra interpretazioni giurisprudenziali e innovazioni legislative aveva riconosciuto a questa confisca la natura di pena accessoria.*

⁹⁴ La prima decisione in materia è stata Commissione dec., 15 aprile 1991, *Marandino*, no. 12386/86, in *DR* 70, 78.

⁹⁵ Sul punto, v. A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione*, cit., 18.

verrebbe frequentemente utilizzata anche in altri rami dell'ordinamento (come nel diritto amministrativo) per la tutela di interessi pubblici⁹⁶. Peraltro la giurisprudenza europea ha considerato la restrizione dei diritti fondamentali nell'applicazione di tale misura un'«arma necessaria» per la lotta alla mafia⁹⁷.

Un parziale cambiamento vi è stato soltanto con la notissima sentenza *Geerings c. Paesi Bassi*⁹⁸ nella quale la Corte ha ritenuto applicabile la presunzione di innocenza alla confisca estesa prevista dall'art. 36 del codice penale olandese. In tale caso la misura ablativa era stata disposta su beni che gli organi di polizia consideravano provenienti da reato, sebbene gli episodi delittuosi fossero stati oggetto di una pronuncia di assoluzione. Non era stata peraltro valutata la situazione patrimoniale del possessore così come l'adeguatezza delle motivazioni che lo stesso adduceva sulla provenienza lecita dei beni. La Corte ha sostenuto che tale procedimento di applicazione tramutava la confisca in una “pena del sospetto” ed era quindi necessario garantire la presunzione di innocenza prevista dall'art. 6, par. 2 CEDU.

Tale sentenza sembra aver creato uno scenario peculiare, una sorta di “doppio binario”. Secondo un'orientamento dottrinale, infatti, sarebbero applicabili le garanzie della Convenzione di Strasburgo per quei provvedimenti patrimoniali che, pur essendo adottati nell'ambito di un procedimento di prevenzione, si fondino su un parallelo accertamento di responsabilità nell'ambito di un giudizio penale e abbiano ad oggetto i beni che derivano da quei reati per cui il soggetto è stato condannato.

D'altra parte, le misure di prevenzione patrimoniali che riguardano soggetti per cui non c'è nessun giudizio di colpevolezza in sede penale o che agiscono su beni che non possono essere considerati il provento di attività delittuosa (né gli strumenti per compierli) non potrebbero essere protetti dalle garanzie della CEDU⁹⁹. Se così fosse, l'esito interpretativo sulla confisca di prevenzione italiana dovrebbe mutare.

⁹⁶ V. Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, cit.; 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, ric. n. 38662/97; 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italia*, Serie A, 148, 17; 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, Serie A, 39, 37; 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, ric. n. 55927/00, in *www.coe.it*, 4; 20 giugno 2002, *Andersson c. Italia*, ric. n. 55504/00, *ivi*, 4; 5 luglio 2001, *Arcuri e tre altri c. Italia*, ric. n. 52024/99, *ivi*, 5; 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, ric. n. 52439/99, *ivi*, 6.

⁹⁷ Per una ricostruzione delle decisioni CEDU sulla confisca nell'ordinamento italiano, v. da ultimo A.M. MAUGERI, *La proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca*, cit. 193 ss.

⁹⁸ Corte EDU, 1 marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi* la quale si pone in contrasto con la precedente Corte EDU, 5 luglio 2005, *Van Offeren c. Paesi Bassi*. Il caso *Geerings* ha istituito un primo controllo di *convenzionalità* per le misure patrimoniali..

⁹⁹ Di quest'opinione, A. BALSAMO, G. LUPARELLO, *La controversa natura*, cit., 323 ss. e, per una più ampia trattazione, A. BALSAMO, *Il “Codice Antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2012.

Nonostante la Corte europea non abbia mai dichiarato a chiare lettere la natura penale della confisca *ante delictum*, si assiste negli ultimi tempi ad alcune aperture volte ad assicurare ai destinatari delle misure preventive maggiori garanzie almeno sul piano processuale.

In questo filone si pone la famosa sentenza Bocellari¹⁰⁰. In tale decisione, avente ad oggetto la misura patrimoniale della confisca¹⁰¹, la Corte ha stabilito che il rito camerale italiano previsto per applicare la misura di prevenzione, ai sensi del previgente art. 4 l. n. 1423 del 1956, si poneva in violazione dell'art. 6, par. 1 della Convenzione europea nella parte in cui non prevedeva, per i sottoposti alla procedura, «la possibilità di ottenere una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e della Corti d'appello»¹⁰².

Secondo la Corte «la posta degli interessi in gioco» e quindi gli effetti punitivi che caratterizzano l'ablazione non dovrebbero sottrarre il procedimento alle regole del «giusto processo», tra cui, fondamentale, l'esercizio della giurisdizione in pubblica udienza¹⁰³.

Sebbene la Corte di Strasburgo si sia limitata (fino ad ora) ad aggiustamenti di tipo processuale, ciò non ha impedito alla Corte di Cassazione italiana di rivalutare la natura della

¹⁰⁰ Corte EDU, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, in *Osservatorio proc. pen.*, 2007, 2, 37 con nota di A. GAITO, *De profundis annunciato per le udienze camerale*; e in *Cass. pen.*, 2008, 2657, con nota di A. MACCHIA, P. GAETA, *Il rito camerale nel processo di prevenzione davvero incompatibile con il "giusto processo"? Pensieri sparsi (e perplessità) a margine di una pronuncia della Corte di Strasburgo*.

¹⁰¹ Si trattava della confisca di beni immobili e conti correnti bancari. Al Bocellari era stata applicata anche la misura personale della sorveglianza speciale e l'obbligo di soggiorno per la durata di 4 anni. Secondo i ricorrenti la mancanza di un'udienza pubblica non era giustificata né in ragione della riservatezza della loro vita privata (poiché non l'avevano mai invocata), né per analoga esigenza in capo a terze persone non intervenute nella procedura.

¹⁰² Corte EDU, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, cit., 41.

¹⁰³ Nello stesso senso, Corte EDU, 8 luglio 2008, *Perre ed altri c. Italia*; 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*. A seguito di tali interventi, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 93 del 2010, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, e dell'art. 2-ter l. 31 maggio 1965, n. 575, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali si svolga, davanti al Tribunale e alla Corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica. Per un'analisi, v. A. CISTERNA, *Una decisione supportata dai giudici di Strasburgo che si erano già espressi per le udienze "aperte"*, in *Guda dir.*, 2010, 13, 80 ss.; A. GAITO, S. FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1065; A. GUAZZAROTTI, *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in *Quad. Cost.*, 2010, 592 ss.; F. LICATA, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1077 ss.; M. NADDEO, *Un passo avanti verso il consolidamento garantistico del processo di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 832 ss.; F. ROMOLI, *Pubblicità dell'udienza e articolo 6 CEDU. Riflessioni a margine della sentenza della Consulta n. 93/2010: gli auspici frustrati per un nuovo corso "comunitariamente orientato"*, in *Osservatorio proc. pen.*, 2010, 1, 6 ss.; F. SAVINO, *Misure di prevenzione e pubblicità processuale: la Corte costituzionale dice sì*, in *Legisl. pen.*, 2010, 533 ss. Soltanto un anno dopo la Corte costituzionale (sent. 11 marzo 2011, n. 80) ha escluso tale garanzia nel giudizio di legittimità. V. G. DI CHIARA, *Procedimento di prevenzione, rito di Cassazione e pubblicità dell'udienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 404.

confisca, utilizzando proprio l'insegnamento della giurisprudenza europea e un approccio di tipo sostanziale.

L'organo di legittimità, in un recente e discusso intervento¹⁰⁴, ha infatti stabilito che la confisca non possa essere considerata una misura di prevenzione. Alla base di tale decisione vi sarebbe la separazione tra le misure patrimoniali e la pericolosità sociale del proposto.

La misura non potrebbe quindi più essere accumulata a una misura di sicurezza (o a una sorta di *tertium genus*). «La *ratio* della più volta affermata equiparabilità tra misure di sicurezza e misure di prevenzione, ai fini qui in esame, deriva dalla presa d'atto della natura e della funzione delle seconde, da applicarsi non già quale diretta conseguenza di un determinato fatto (come accade invece per le pene, da ricollegare a fatti che costituiscono reato), bensì avuto riguardo alla condotta di vita del proposto, tal da farne desumere quella attuale pericolosità sociale che è pacificamente il fondamento per dare corso a misure di sicurezza, ex art. 202 cod. pen. È dunque innegabile che, in tanto esista una possibilità di equiparazione fra le due tipologie di misura, in quanto se ne individui un comune presupposto nella verifica della perdurante pericolosità del soggetto che ne sia destinatario»¹⁰⁵. «Se infatti non è più richiesto – come oggi non si chiede (...) – che il proposto in sede di procedimento di prevenzione sia persona socialmente (ed attualmente) pericolosa, non sembra possibile ricavare regole formali per la disciplina di quel procedimento da una norma – l'art. 200 c.p. – che fonda la sua ragion d'essere proprio sull'indefettibilità del presupposto»¹⁰⁶. «*Nulla questio*, in altre parole, per la coerenza rispetto al sistema normativo di un'interpretazione estensiva dell'art. 200 c.p., riconoscendone la portata fino a consentirne l'applicazione alle misure di prevenzione personali, il cui presupposto rimane pur sempre l'accertata pericolosità sociale del proposto, sia pure se diversamente delineata a seconda delle categorie soggettive disegnate dai vari testi normativi succedutisi nel tempo (leggi nn. 1423 del 1956, 575 del 1965, 110 del 1977, 125 del 2008): ma l'accennata coerenza si smarrisce inesorabilmente nel momento in cui viene a discutersi di misure di prevenzione patrimoniali che non richiedono alcun accertamento di pericolosità nel momento della loro applicazione»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, cit.

¹⁰⁵ Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, cit., 10 s.

¹⁰⁶ Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, cit., 11. D'altro canto, anche la Corte europea aveva escluso il carattere penale della confisca di prevenzione proprio perché (tra gli altri motivi) quest'ultima era fondata su indici di pericolosità. V. Corte EDU, Grande Camera, 1 marzo 2000, *Labita c. Italia*, in www.coe.it.

¹⁰⁷ Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, cit., 11 s.

Il fine e la struttura della confisca preventiva non potrebbe che essere assimilata dunque a quella della pena.

In definitiva, la Corte di Cassazione ha attribuito natura oggettivamente sanzionatoria alla confisca di prevenzione e ha stabilito l'applicazione del divieto di irretroattività ai sensi degli artt. 117 Cost. e 7 Cedu.

Tale sentenza, estremamente innovativa¹⁰⁸, a ben vedere non fa altro che utilizzare i parametri della giurisprudenza Cedu, agevolata dal passaggio delle misure patrimoniali alla c.d. *actio in rem*, realizzatasi definitivamente con il c.d. Codice Antimafia. Nonostante l'interesse che tale decisione della Cassazione ha suscitato, sembra che essa resti una voce isolata. A tal proposito, è opportuno ricordare che in un intervento successivo la Corte (ma una sezione diversa) ha espressamente negato la natura sanzionatoria della confisca¹⁰⁹.

La sentenza Occhipinti, pur non risolutiva, è però utile a dimostrare che se la Corte dei diritti avesse applicato in maniera rigorosa i criteri da essa stessa elaborati, sarebbe potuta pervenire a un giudizio (autonomo) circa la natura degli strumenti preventivi (specie quelli introdotti con l. 646/1982) ben differente, riconoscendo alcuni caratteri punitivi alla confisca antimafia: il suo presupposto non è mai stato il pericolo della futura commissione di un delitto ma il sospetto dell'appartenenza ad un'associazione mafiosa o di altri delitti, e quindi il sospetto di una condotta criminale passata, ma non provata (collegamento della sanzione ad un'infrazione penale)¹¹⁰; la misura non viene meno con il cessare della pericolosità ma è definitiva, applicabile, stante le utili riforme, anche in caso di morte del proposto o di assenza di pericolosità (natura della sanzione) e può riguardare tutto il patrimonio dell'indiziato (severità della sanzione).

Insomma, sebbene la giurisprudenza di Strasburgo abbia sempre argomentato contro la natura penale della confisca di prevenzione, vi sono molteplici elementi che farebbero pensare un possibile, futuro *revirement*: le numerose decisioni che hanno riconosciuto la natura penale di diversi tipi di confisca, una corretta valutazione dei criteri *Welch* ma soprattutto, la separazione, nell'ordinamento italiano, tra misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Verrebbe a questo punto da chiedersi come mai la Corte non si sia mai spinta fino a tanto e abbia invece mantenuto una certa ambiguità.

¹⁰⁸ Sebbene, come abbiamo già detto, finora isolata. V. cap. II, sez. I.

¹⁰⁹ Cass., Sez. I, 17 maggio 2012, cit., 8.

¹¹⁰ A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione*, cit., 20.

Leggendo le sentenze della Corte ci sembra che essa decida, anche in questa materia, con una logica *case by case*, orientata secondo alcuni al tipo di vittima¹¹¹ o, più probabilmente, al tipo d'autore. Ad oggi, l'approccio garantistico caratterizza fortemente le sentenze riguardanti i c.d. autori deboli (come ad esempio gli immigrati) ma sbiadisce quando le esigenze di difesa sociale sono più forti. Nel caso del partecipe mafioso, ad esempio, il rigore nella tutela dei diritti si affievolisce per altre esigenze di politica criminale, particolarmente sentite in ambito europeo¹¹². Colui che partecipa ad un'associazione mafiosa è quindi (anche) per la Corte europea un *nemico* da contrastare per il quale possono essere ammesse limitazioni alle garanzie fondamentali.

Ma *il vento sta cambiando*. È il caso di ricordare che la proposta di Direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea (COM(2012)0085 - C7-0075/2012 - 2012/0036(COD)), nella versione emendata dalla Commissione LIBE¹¹³, in linea con la Risoluzione del Parlamento Europeo del 25 ottobre 2011¹¹⁴, da una parte si è proposta l'adozione di una vera e propria *actio in rem* che permette di aggredire il patrimonio di origine sospetta a prescindere dal processo penale *in personam*¹¹⁵, dall'altra ha definito la confisca applicata in assenza di condanna una "sanzione penale" e ha richiesto l'applicazione delle garanzie previste dalla Cedu per la "materia penale" con la relativa giurisdizionalizzazione del procedimento¹¹⁶.

L'*excursus* sulle misure di prevenzione e sulla confisca è stato necessario per affrontare, più consapevolmente o con qualche appiglio argomentativo, la natura della

¹¹¹ Di quest'avviso V. VALENTINI, *Legalità penale convenzionale e obbligo di interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 2, 174.

¹¹² L'opera di difficile bilanciamento tra diritti della Corte europea che dà vita a sentenze non sempre uniformi è evidenziata da O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale*, cit., 175 ss.

¹¹³ Per alcune note, v. F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *penale contemporaneo.it*, 16 luglio 2013.

¹¹⁴ Tale risoluzione, muovendo dalla consapevolezza «dell'intrinseco legame tra criminalità organizzata e corruzione» ha valorizzato l'utilizzo di strumenti patrimoniali, richiedendo alla Commissione di presentare una proposta in cui fossero previsti la confisca allargata; la confisca in assenza di condanna; l'attenuazione dell'onere della prova sull'origine dei beni in possesso delle persone condannate o imputate per reati connessi alla criminalità organizzata; la confisca nel caso di intestazioni di beni o terzi. La proposta della Commissione europea è stata presentata il 12 marzo 2012.

¹¹⁵ A differenza di quanto accadeva invece nella versione originaria nella quale si proponeva di applicare la confisca senza condanna solo in alcune ipotesi determinate in cui non era possibile procedere *in personam* perché il reo era deceduto, malato, o quando la fuga o la malattia non consentivano di agire in tempi ragionevoli. Sul punto v. A.M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE*, cit., 198 ss. e ECBA, *Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of crime in the European Union*, in *www.echa.gov*, 5.

¹¹⁶ Sul punto, v. A.M. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?*, in *penale contemporaneo.it*, 17 luglio 2013.

sospensione temporanea, oggi amministrazione giudiziaria, sulla quale la Corte non si è mai espressamente pronunciata.

Nel tentativo di qualificazione utilizzeremo quindi i criteri individuati dalla giurisprudenza europea, ma terremo bene a mente la loro applicazione nei casi di confisca *ante delictum* e l'esigenza della Corte edu di prendere le singole decisioni nel continuo bilanciamento di diritti ed esigenze contrapposte.

5. La natura della sospensione temporanea

Poche sono le riflessioni, in dottrina e in giurisprudenza, sulla natura dell'amministrazione giudiziaria.

Come abbiamo visto, l'attenzione degli interpreti si è per lo più concentrata sullo strumento ablatorio perché applicato più frequentemente e considerato più afflittivo.

Nondimeno, la sospensione è destinata a diventare strumento di rilievo nel diritto penale antimafia, poiché idonea a recidere il preoccupante legame tra organizzazione mafiosa e mercato *sano*.

Per tale motivo, un'analisi della misura, anche in relazione alla sua natura, ci pare necessaria. Come abbiamo detto, tenteremo di utilizzare un approccio autonomista e sostanziale facendo ricorso ai criteri individuati dalla Corte europea. Dovremo però attribuire a tali indici un significato originale che sia parametrato non già sulle caratteristiche delle persone fisiche, bensì su quelle giuridiche.

5.1 La riconducibilità a un illecito penale dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica

Il primo criterio da utilizzare è la riconducibilità della sanzione nazionale alla condanna per un "illecito penale"¹¹⁷.

Come abbiamo detto, la definizione di illecito penale è stata chiarita nel celebre caso *Engel*, che tra i criteri (tra cui mantiene comunque un ruolo la qualificazione operata dall'ordinamento) ha attribuito particolare rilevanza alla natura dell'illecito e alla gravità della sanzione.

Ci soffermeremo per il momento sulla "natura dell'illecito" che secondo la giurisprudenza della Corte sarebbe a sua volta ricavabile da ulteriori elementi, quali, ad

¹¹⁷ V. anche Corte EDU, 8 giugno 1995, *Jamil c. Francia*, cit., par. 31.

esempio, il tipo di comportamento sanzionato dalla norma; la struttura della norma; la proiezione comparatistica della norma¹¹⁸; le regole procedurali cui l'illecito è assoggettato¹¹⁹; la qualifica dei soggetti attivi¹²⁰. In particolare, risultano rilevanti per la valutazione della natura dell'illecito l'ambito di applicazione generale della norma (non deve cioè dirigersi verso un gruppo determinato di persone) e il fine della sanzione che deve essere punitivo e di deterrenza¹²¹.

Cominciamo con l'analizzare il tipo di comportamento sanzionato dalla norma. Ricordiamo che la fattispecie preventiva descrive una condotta di agevolazione assente (negli stessi esatti termini) nell'ambito della disciplina penale. Esistono però nel nostro ordinamento reati che, sebbene non coincidano del tutto con l'ambito di applicazione dell'agevolazione *ex art. 34 d.lgs. cit.*, puniscono varie forme di aiuto in favore delle organizzazioni mafiose, quali, ad esempio, l'art. 12 *quinquies*, d.l. n. 306/1992 e gli art. 378 e 418 c.p.

Come abbiamo visto, secondo alcuni, l'agevolazione potrebbe in qualche modo coincidere con la fattispecie di matrice giurisprudenziale del concorso eventuale in associazione mafiosa¹²², che sarebbe però più generica quanto al contesto e più determinata con riferimento al tipo di contributo.

Ancora, un'ipotesi assimilabile potrebbe essere costituita dall'aggravante, prevista dall'art. 7 d.l. 152/1991, del fine di agevolazione mafiosa. Anche in questo caso l'agevolazione della sospensione risulta più tassativa per il contesto (oltre che per il fatto che nell'aggravante l'aiuto è soltanto tra gli scopi dell'agente), ma più indeterminata poiché l'art. 7 può essere contestato, in quanto aggravante, soltanto in presenza di un fatto di reato.

Da questo breve *excursus*, derivano due conclusioni.

La prima è che i comportamenti sanzionati preventivamente con l'amministrazione giudiziaria integrano spesso altre ipotesi delittuose, così che il presupposto della misura di prevenzione finisce spesso per coincidere (anche in questo caso) con un reato "sospettato" seppure non provato.

In secondo luogo, possiamo ritenere che la fattispecie preventiva, anche quando non coincida con il fatto tipico di ipotesi delittuose espressamente previste dal legislatore (avendo

¹¹⁸ Su questi sotto-criteri, v. Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*, cit., par. 53.

¹¹⁹ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, cit., par. 53.

¹²⁰ Commissione, dec. 8 ottobre 1980, *X c. Regno unito*, cit., par. 2, in fine. Su gli altri sotto criteri man mano individuati, v. M. DELMAS-MARTY, *La matière pénale au sens de la Convention européenne*, cit., 819 ss..

¹²¹ V. E. NICOSIA, *Convenzione europea*, cit., 43.

¹²² Su questi profili, v. più ampiamente la sezione predente.

maglie a volte più ampie o altre volte più ristrette) è comunque formulata non già in base a una mera ipotesi di pericolosità ma delinea un tipo facilmente assimilabile alle fattispecie penali: sembra in altre parole formulare un'ipotesi di reità non prevista dallo strumento penale.

Tali due conclusioni potrebbero già farci propendere per la natura penale dell'illecito.

Proseguendo l'analisi, uno dei profili più importanti riguarda l'ambito di applicazione della norma. Le norme dovrebbero potersi applicare all'intera popolazione¹²³, anche se limitate a certe categorie di persone (come ad esempio i "taxpayers" e gli utilizzatori della strada¹²⁴).

A tale proposito, è opportuno evidenziare come la fattispecie preventiva, pur non riguardando l'intera collettività, si rivolge a tutti indistintamente coloro che hanno un potere di gestione su beni connessi ad attività economiche. Si tratta quindi di un illecito di portata generale.

Un altro dei profili da prendere in considerazione è la prospettiva comparata. Valga su tutti l'esempio statunitense¹²⁵.

Ci riferiamo alle *offences* previste dal (già citato) *RICO Statute* del 1970.

In tale *corpus* normativo, come si è detto¹²⁶, la confisca e le altre sanzioni si applicano a chi investe o usa fondi derivanti da uno schema di *racket* in un'attività di impresa (18 U.S.C. § 1962 a)); a chi acquista il controllo di un'impresa attraverso l'attività di un'organizzazione criminale (18 U.S.C. § 1962 b)); a chi conduce gli affari di un'impresa attraverso lo schema di attività di *racket* (18 U.S.C. § 1962 c)); a chi cospira per commettere uno dei tre reati precedenti (18 U.S.C. § 1962 d)). Se è vero che i reati previsti dal Rico non prevedono una condotta meramente agevolatoria, sono ugualmente finalizzati a prevenire e punire ipotesi di contiguità tra mercato e crimine organizzato. Come è stato sostenuto, infatti,

¹²³ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, cit.

¹²⁴ Vedi Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*, cit. e, 23 novembre 2006, *Jussila v. Findalandia*, 45 EHRR 39, nella quale la Corte ha stabilito che punire l'evasione è un'accusa penale, dato che la norma si applica alla generalità dei consociati ed è deterrente e punitiva.

¹²⁵ Qualche spunto può trarsi anche dall'ordinamento tedesco, nel quale l'agevolazione si inserisce nell'istituto del concorso di persone, che adotta, come noto, un modello differenziato. In tale ambito la condotta di *Beihilge*, che si sostanzia in un generico aiuto, detiene una sua autonomia spiegata adoperando la nozione di *Hilfeleistung*. Al di là dei molteplici dubbi che riguardano questo tipo di contributo, dobbiamo rivelare come nell'ordinamento tedesco l'agevolazione (in generale) mantenga una sua autonomia e rilevanza penalistica. Sull'istituto del concorso, v. M. MAIWALD, *Il concorso di persone ed il tentativo dal punto di vista della dottrina tedesca*, in *Studi senesi*, 1996, 488. Sul concetto di *Hilfeleistung*, nozione criticata per il carattere indefinito ed incolore, v. H.H. JESCHECK-T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, 691.

¹²⁶ Sul punto, v. cap. II, sez. I.

le pene che seguono alle *Rico offences* (e, in particolare, la confisca) sarebbero poste al generale scopo di instaurare un «*“cordon sanitaire” between criminals and legitimate business by taking away the criminals’ interest in such legitimate business*»¹²⁷. Riteniamo che, sebbene le fattispecie penali del RICO descrivano la condotta illecita in modo molto più preciso e tassativo di quanto non faccia la fattispecie preventiva di cui all’art. 34 d.lgs. 159 cit., la *ratio* di tutela dello *statute* americano e dell’amministrazione giudiziaria sia la medesima. A nostro parere, i due ordinamenti intendono intervenire sugli stessi comportamenti, ma il *Rico*, a differenza della misura che analizziamo, utilizza lo strumento e le garanzie penalistiche. Conseguentemente, la condotta che nell’ordinamento italiano costituisce presupposto della misura sospensiva (definita di prevenzione) è nell’ordinamento americano vera e propria ipotesi di reato.

Queste riflessioni possono farci propendere per la natura penale dell’infrazione. L’unico ostacolo alla soddisfazione del primo requisito rimarrebbe quello della “condanna”.

È il caso di ricordare che quando la Corte edu, in passato, si è espressa sulla natura delle misure di prevenzione l’assenza di una vera e propria condanna ha giocato un ruolo rilevantissimo: la corte di Strasburgo ha infatti dichiarato che proprio perché prescindono da una condanna non possono essere considerate “pena”¹²⁸. Tra l’altro, i giudici europei hanno mantenuto un atteggiamento cauto che ha spesso portato a non dilatare, più di tanto e nonostante l’approccio sostanziale, il concetto di condanna¹²⁹.

Una prima importante apertura vi è stata però, come abbiamo visto, con la sentenza *Sud Fondi* che ha reinterpretato il requisito, ritenendo sufficiente il mero accertamento di un reato. Nel valutare quindi il primo requisito, possiamo, utilizzando un approccio meno prudenziale, fare riferimento a un concetto di condanna più lato che prescinda dal dato formale.

¹²⁷ C.A. DAAMS, *Criminal Asset Forfeiture. One the most effective weapons against (organized) crime?*, Arnhem, 2003, la quale si riferisce alle parole (a loro volta espressione di un pensiero commune) del senatore McClellan: «*Title IX would punish the criminal appropriately by forfeiting tith government his ill-acquired interests in a legitimate business, and directly aid tha business community by expelling him from legitimate business he had abused*». Sul punto v. anche D.J. FRIED, *Rationalizing Criminal Forfeiture*, cit., 336.

¹²⁸ Corte EDU, 1 luglio 1961, *Lawless c. Irlanda*, cit., par. 19; 18 giugno 1971, *De Wilde, Ooms, Versyo c. Belgio*, cit. par. 87; in dottrina, v. V. BERGER, *Jurisprudence de la Court européenne*, cit., 66 ss.; A.L. SVENSSON-MCCARTHY, *The International law of human right and states of exception*, cit., 551.

¹²⁹ T. VOGLER, *The scope of extradition in the light of the European convention on human rights*, in *Protection des droits de l’homme: la dimension européenne. Mélanges en l’honneur de G.J. Wiarda*, Köln, 1988, 671 ss.

Alla luce di quanto detto finora, possiamo concludere che vi siano sufficienti ragioni per ritenere che la misura sospensiva integri il primo dei requisiti individuati dalla Corte europea.

5.2 La gravità (o severità) della amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche

Vale la pena di intrattenerci a questo punto sul criterio della gravità della sanzione, che in molte decisioni ha giocato un ruolo preponderante¹³⁰.

È ovvio che per l'amministrazione giudiziaria non vale la presunzione di gravità che caratterizza invece le misure limitative della libertà personale. Per valutare tale parametro dovremmo pertanto affidarci, come anticipato, ad un giudizio che osservi «il complessivo effetto limitativo (e potenzialmente incapacitante) per la sfera personale dell'autore innescato dalla sanzione incriminata»¹³¹, con ciò evidentemente anticipando alcune riflessioni attinenti allo scopo della misura.

La valutazione di gravità deve essere ben parametrata sul destinatario di questa sanzione. Sebbene infatti, come si legge nei decreti di applicazione, il contributo agevolante sia per lo più posto in essere da una persona fisica, gli effetti della sanzione ricadono sull'ente. Le limitazioni di libertà e gli strumenti affittivo-punitivi che colpiscono un'impresa non possono che essere del tutto differenti da quelli che invece incidono sui singoli individui. Nondimeno, la Corte di Strasburgo non ha ancora adattato le sue valutazioni a un così differente scenario, né ha sviluppato una sufficiente riflessione sugli enti quali nuovi destinatari degli strumenti penali¹³².

Proveremo quindi a valutare la gravità della misura sospensiva osservando le conseguenze che questa produce sulle imprese.

¹³⁰ Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Oztürk c. Repubblica federale tedesca*, cit.

¹³¹ Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, cit, par. 39 ss. In tale decisione, La corte ha qualificato come “pena accessoria” la decurtazione dei punti dalla patente di guida, a seguito della condanna per un reato in materia di circolazione stradale, in ragione del carattere punitivo e dissuasivo.

¹³² Sul ruolo della conoscenza del diritto commerciale per contrastare fenomeni di *organizational e corporate crime* v. M.F. WEISMANN, *Crime, incorporated. Legal and financial Implications of corporate misconduct*, Chicago, 2009, XVIII, secondo il quale «*It is also helpful to contextualize the crime in the business environment in which it originates. In the end, a deeper understanding of business motivations better explains the underlying theories of prosecution and the reason for engaging in criminal conduct in the first instance*».

5.2.1 Gli effetti limitativi

Il primo effetto che va preso in considerazione per valutare la gravità della misura sospensiva è quello limitativo.

Come detto, l'autorità giudiziaria, quando ha motivo di ritenere che beni connessi ad attività economiche agevolino i soggetti preposti o proposti a una misura di prevenzione¹³³, ne sospende amministrazione e l'affida a un amministratore giudiziario iscritto negli appositi elenchi, così come previsto dall'art. 35, comma 2 del d.lgs. 159/2011.

A differenza dello strumento ablatorio, la sospensione non interviene sulla proprietà dell'imprenditore ma sulla c.d. libertà d'impresa, corollario della libertà di iniziativa economica (costituzionalmente garantita)¹³⁴, inteso come diritto di gestione e organizzazione dell'attività imprenditoriale¹³⁵.

In proposito, è appena il caso di ricordare che la nozione di impresa¹³⁶ e l'analisi dei suoi caratteri è strettamente legata a quella di imprenditore¹³⁷ i cui elementi essenziali sono a) l'esercizio effettivo dell'attività produttiva di beni o servizi (o di intermediazione nella circolazione di beni o servizi); b) la professionalità, ossia l'abitudine dell'attività; e infine c) l'organizzazione dei fattori produttivi, ossia di capitale e lavoro¹³⁸. In questa definizione l'organizzazione risulta uno degli elementi principali.

¹³³ Per l'individuazione dei soggetti destinatari v. cap. II, sez. I.

¹³⁴ Sul punto, v. V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., 8 ss. L'autore, valutando l'attività d'impresa nell'ambito dei principi costituzionali, differenzia la libertà di iniziativa economica e la libertà d'impresa.

¹³⁵ G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 309 secondo il quale «E libertà di iniziativa significa libertà di determinazione, di scelta, di organizzazione e articolazione degli strumenti operativi, libertà di continuare o cessare».

¹³⁶ Sul punto la bibliografia è sterminata. Tra gli altri, v. A. ANGELONI, *Impresa e società*, I, Roma, 1952, 29 ss.; A. ARENA, *Introduzione al diritto commerciale e titoli di credito*, Milano, 1956, 1 ss.; T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1954; ID., *Corso di diritto commerciale*, Milano, III ed., 1962; W. BIGIAVI, *La "piccola impresa"*, Milano, 1947; V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit.; M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955; G. COTTINO, G. BONFANTE, *L'imprenditore*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2001; G. FANELLI, *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950; R. FRANCESCHELLI, *Impresa e imprenditori*, 3 ed., Milano, 1970; F. GALGANO, *Le teorie dell'impresa*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, II, Padova, 1978, 1; A. GENOVESE, *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990; A. GRAZIANI, *L'impresa*, cit.; N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965; G. MINERVINI, *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 109; P. MONTALENTI, *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, Torino, 1981; T. RAVÀ, *La nozione giuridica di impresa*, Milano, 1984; P. SPADA, voce *Impresa*, cit., 68.

¹³⁷ «La definizione generale dell'imprenditore è dunque anche e anzitutto definizione generale dell'impresa, espressa dalle parole che nel testo della disposizione sono rette dal verbo "esercita"» G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, cit., 242; V. anche A. GRAZIANI, *L'impresa*, cit. 24 s. e G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 107.

¹³⁸ Sul punto, v. cap. II.

Anche le teorie dell'impresa che hanno rifiutato la definizione positivamente indicata dall'art. 2082 c.c. hanno comunque attribuito all'organizzazione un ruolo essenziale. Ci riferiamo a una delle tesi cui ha aderito la dottrina più prestigiosa, vale a dire la c.d. teoria istituzionalistica¹³⁹, secondo la quale l'impresa è un «esempio tipico di istituzione» «in quanto *organizzazione di persone fondata sul rapporto di gerarchia e di cooperazione tra i suoi membri in funzione di uno scopo comune*»¹⁴⁰.

Perfino nella teoria economica l'organizzazione risulta momento indefettibile: «per produrre e per scambiare mezzi e servizi (...) occorrono mezzi patrimoniali da impiegare e uomini che lavorano e l'imprenditore coordina - appunto "organizza" questi che sono i tradizionali fattori della produzione, e cioè capitale (...) e lavoro»¹⁴¹.

Non possiamo soffermarci sui diversi orientamenti e sulle riflessioni critiche che hanno sollecitato. Vogliamo soltanto evidenziare come anche nell'ambito di una tesi assolutamente speculare a quella che ha guidato il legislatore del '42 l'organizzazione sia comunque elemento centrale e protagonista principale dell'impresa.

Tornando al testo legislativo, l'impresa è prima di tutto attività¹⁴², intesa come comportamento attuativo di momenti tecnici, intellettivi, giuridici e non solo, e come libertà di iniziativa economica volontaria che può essere imputata soltanto a chi la esercita, salvo meccanismi di sostituzione¹⁴³. Il secondo elemento è appunto l'organizzazione che, a differenza della professionalità e della economicità, non è soltanto un requisito dell'attività ma possiede una sua autonomia¹⁴⁴. Si consideri infatti che la stessa attività può essere messa a

¹³⁹ Il massimo sostenitore della teoria istituzionalista è stato F. Santoro-Passarelli (in *Soggettività d'impresa in Impresa e società. Scritti in memoria di A. Graziani*, V, Napoli, 1968, 1772 ss.); v. anche A. ASQUINI, *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 1 ss.; S. FERRARINI, *L'impresa di navigazione*, I, Milano, 1945, 27; F. FERRARA jr., *Teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, 90; W. BIGIAMI, *La "piccola impresa"*, cit., 106. Ricordiamo come a tale teoria si contrapponessero quelle contrattualistiche. Sul punto, v. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, 1,1, Padova, 1993, 175 ss.

¹⁴⁰ V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., 53. Il corsivo è nostro.

¹⁴¹ V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., 110.

¹⁴² G. AULETTA, voce *Attività*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958. Sui requisiti dell'attività, specie in riferimento all'economicità, si è già detto *supra*.

¹⁴³ G. OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 309 ss.; ID., *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 259 ss.; B. LIBONATI, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 35 ss.

¹⁴⁴ In tal senso G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, cit., 243 s. il quale aggiunge altresì che l'organizzazione, una volta creata «ha esistenza oggettiva fuori dal soggetto e può servire successivamente all'attività di soggetti diversi». V. anche R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, 261 ss.

servizio dell'organizzazione per la sua sopravvivenza, come nel caso di crisi d'impresa¹⁴⁵. L'impresa è pertanto "forma" (organizzazione) di attività.

Difatti, l'organizzazione si ritrova (molto spesso nella formula "attività organizzata") in tutte le disposizioni che riguardano l'impresa: è organizzata l'attività dell'imprenditore *ex art. 2082 c.c.* e del piccolo imprenditore *ex art. 2083 c.c.*, quella del datore di lavoro *ex art. 2070 ,co. 3 c.c.*, quella del professionista quando devono essere estese le norme dell'impresa ai sensi dell'*art. 2238 c.c.*; sono organizzati i beni dell'azienda nell'*art. 2555 c.c.* e i mezzi nell'appalto di cui all'*art. 1655 c.c.*¹⁴⁶.

Il profilo organizzatorio è quindi, come sostenuto dalla dottrina, assolutamente centrale per l'impresa¹⁴⁷. Eccetto casi limite¹⁴⁸, non esiste impresa senza organizzazione la quale va intesa come scelta, raccolta, utilizzazione combinata di mezzi differenti o strumenti e fattori di produzione.

Alla luce di ciò riteniamo che la limitazione maggiore per l'impresa non possa che essere quella che incide sulla gestione e amministrazione, vale al dire sul potere di *organizzazione* che spetta all'imprenditore, ma che può essere limitato, trasferito o addirittura cessare.

Se l'organizzazione è elemento costituente e ineliminabile, potremmo arrivare a ritenere che la sospensione dell'amministrazione (e il suo trasferimento) abbia effetti più penalizzanti dell'ablazione dei beni, volta a limitare invece il diritto di proprietà¹⁴⁹.

Ci sono peraltro ipotesi in cui l'effetto limitativo della misura risulta ancora più rilevante. Si pensi alle società di persone o alle società a responsabilità limitata ove vi è una sostanziale coincidenza tra proprietà e organizzazione. Aggressione al patrimonio e

¹⁴⁵ A. GAMBINO, *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 559 ss.; G. OPPO, *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria*, cit., 501 ss.

¹⁴⁶ Sul punto, v. V. BUONOCORE, *L'impresa*, cit., 110.

¹⁴⁷ In questo senso, A. GRAZIANI, *L'impresa*, cit., 27; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, Torino, 1984, 23; G. MINERVINI, *L'imprenditore*, cit., 11 s.; V. PANUCCIO, *Teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1974, 203; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 1, cit., 98; G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, Torino, 2013, 27 ss.; G. OPPO, voce *Impresa e imprenditore*, cit., 6; E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, 148; G. GUARINO, *L'impresa come modello organizzativo tipico*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 206 ss.

¹⁴⁸ Si tratta di casi non "normali" che potrebbero verificarsi per l'eccessiva latitudine che il legislatore ha dato al concetto di impresa. Sul punto, G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, cit., 100.

¹⁴⁹ Secondo le teorie fino ad adesso analizzate la proprietà dei beni non sarebbe affatto essenziale nell'impresa, potendo quest'ultima anche occuparsi del mero godimento di beni o servizi non propri. In dottrina, il concetto di patrimonio è piuttosto legato all'azienda. V. G. FERRI, *Manuale di diritto*, cit., 31 ss.; V. anche G. AULETTA, voce *Attività*, cit., 981 ss.; P. SPADA, voce *Impresa*, cit., 4.

intromissione nella gestione agirebbero necessariamente insieme, sanzionando l'impresa con una misura molto afflittiva.

Ancora più *grave* ci sembra la misura se è applicata ad imprese che fanno parte di grandi gruppi di società. In questi casi infatti la gestione giudiziaria può vanificare le direttive della *holding* e sacrificare il, pur tanto discusso, "interesse di gruppo"¹⁵⁰.

5.2.2 Gli effetti incapacitanti

Volgendo lo sguardo agli effetti pratici che la misura può produrre, è il caso di ricordare le osservazioni di Angelo Mangione.

L'autore ha evidenziato come l'adozione dell'amministrazione giudiziaria conduca anzitutto al dissolvimento dell'affidamento bancario. Nel caso in cui sia applicata la misura sospensiva, gli istituti di credito tendono infatti a revocare la loro fiducia, preoccupati dalla riduzione della capacità produttiva dell'impresa che è spogliata dal suo *management* e affidata a un amministratore giudiziario, a sua volta sotto il controllo del giudice delegato e del Tribunale. L'attribuzione del potere gestorio a un organo di nomina giudiziale non potrebbe che diminuire la capacità di rientro delle esposizioni ed aumentare il rischio di insolvenza delle imprese. Il pericolo è pertanto che la procedura lasci le imprese "decotte"¹⁵¹.

Questa eventualità risulta molto probabile per le imprese che hanno avuto maggiore contatti con le associazioni mafiose e che hanno operato con forti esposizioni, falsificando i bilanci. Tra l'altro, quest'effetto non può che esacerbarsi in periodi di crisi economica globale (come quello che viviamo) in cui anche una gestione che miri alla mera logica del profitto (diversa quindi da quella dell'amministratore giudiziario) può facilmente condurre l'impresa al dissesto. È altamente probabile che l'imprenditore, dopo il periodo di sospensione, non avendo diritto a una riparazione per le perdite eventualmente subite, debba impostare un

¹⁵⁰ Sul punto, nella dottrina penalistica, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 145; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 127 ss.; E. SCAROINA, *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di impresa*, Milano, 2006, 225, ma già C. PEDRAZZI, *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi; un difficile percorso*, in AA.VV., *I gruppi di società. Convegno internazionale di Studi di Venezia*, a cura di G. Carcano, P. Balzarini, G. Mucciarelli, Milano, 1996, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali – Diritto penale societario*, III, Milano, 2003, 828; nella dottrina civilistica il dibattito si è sviluppato soprattutto in riferimento ai conflitti di interessi e ai cc.dd. vantaggi compensativi. V. P. MONTALENTI, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710; N. ABRIANI, P. MONTALENTI, F. MUCCIARELLI, G. ROSSI, R. SACCHI, *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 613; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2003, 182; F. DI SABATO, *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1988, III, 543.

¹⁵¹ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 355.

faticoso piano di rientro nel sistema bancario e fare fronte ai debiti e agli interessi passivi maturati nei confronti di banche e creditori¹⁵².

In definitiva, ci sembra l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica non sia priva di una certa gravità. Da una parte, l'effetto limitativo opera sulla libertà fondamentale (nonché elemento costituente) del soggetto destinatario; dall'altra, l'effetto incapacitante, pur provvisorio nell'impostazione astratta della norma, può in realtà risultare oltremodo rilevante e in alcuni casi irreversibile.

Ci sembra dunque che la misura in esame produca gravi effetti afflittivi sull'impresa, ma ciò non significa, come vedremo, che non essa non svolga anche una funzione di "bonifica" e "risanamento" dell'ente stesso.

5.3 Funzioni e scopi dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica

L'ultimo criterio individuato dalla giurisprudenza della Corte per stabilire la natura della sanzione è quello relativo allo scopo.

Prima di procedere all'analisi è necessario compiere tre precisazioni.

La prima riguarda l'interpretazione della Corte ed sui fini della pena. Nella giurisprudenza di Strasburgo il criterio dello scopo sembra rivestire un ruolo primario e risulta ben più importante di quello della severità¹⁵³. La pena, per essere tale, deve avere una funzione principalmente repressiva¹⁵⁴ che può però conciliarsi (senza per questo perdere la natura penale) con altri obiettivi, quali quello di prevenzione e riparazione¹⁵⁵. Anche nel caso in cui le componenti preventive prevalgano su quelle afflittive, la misura dovrebbe comunque essere considerata sanzione penale. Non sempre però la Corte di Strasburgo ha applicato tale principio in maniera coerente. Proprio quando ha dovuto valutare la natura delle misure di

¹⁵² A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 356.

¹⁵³ La sanzione sarebbe penale anche in presenza di una sanzione in concreto non grave e che non incide sulla libertà personale, sempre che abbia uno scopo repressivo. Sul punto, v. Corte EDU, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovacchia*, cit., par. 58.

¹⁵⁴ Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztiirk c. Repubblica federale tedesca*, cit., par. 53.

¹⁵⁵ V. Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, cit. par. 30. V anche il caso italiano *Sud Fondi*, laddove è stata dichiarata penale la confisca perché tendeva esplicitamente a punire per impedire la reiterazione della violazione di legge e Corte EDU, *M. c. Germania*, 17 dicembre 2009, in *Cass. pen.*, 2010, 3276 ss. con nota di F. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del "doppio binario" italiano*. Nell'ambito di tale decisione la Corte ha attribuito un rilevante ruolo allo scopo, stabilendo che quello della misura di sicurezza era del tutto assimilabile a quello della pena, in quanto entrambe le misure avevano come fine la protezione della società e la ricollocazione dei detenuti nella società (par. 2 *Strafvollzugsgesetz – StVollzG "Aufgaben des Vollzuges"*).

prevenzione, ne ha sottolineato la finalità preventiva, pur in presenza di evidenti elementi afflittivi, per giustificare l'assenza delle garanzie penalistiche¹⁵⁶. Tralasciemo le ambiguità e incoerenze delle decisioni europee per provare a utilizzare i criteri, nella specie quello dello scopo, nella loro "logica di massima".

La seconda precisazione riguarda la concezione europea dello scopo della pena che sembra differente da quella cui si è giunti nell'ambito del dibattito nazionale¹⁵⁷.

Come si è detto, la pena è un'istituzione sociale che non ha un fine di per sé ontologicamente determinato, ma assume le coloriture che la situazione storica e sociale vi attribuisce¹⁵⁸. Nell'attuale panorama storico, dottrina e giurisprudenza costituzionale italiane aderiscono sempre di più a un modello polifunzionale di tipo mobile che attribuisce a uno piuttosto che agli altri scopi maggiore rilevanza in «funzione delle mutevoli esigenze che reclamano di volta in volta di essere soddisfatte»¹⁵⁹. «Tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione. Il legislatore può cioè, nei limiti della ragionevolezza, far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata»¹⁶⁰. Si tratta di un approccio che rifiuta l'assolutezza delle singole teorie e ammette quindi la compresenza di fini differenti.

¹⁵⁶ Corte EDU, 26 gennaio 1999, *Adamson c. Regno Unito*, cit., par. 1; 17 dicembre 2009, *Bouchacourt c. Francia*, cit., par. 42 ss.; 17 dicembre 2009, *M.B. c. Francia*, cit., parr. 36 ss.; 17 dicembre 2009, *Gardel c. Francia*, cit., parr. 43 ss.

¹⁵⁷ Per le teorie filosofiche riconducibili a Kant, Anselm von Feurebach, Karl von Grolman e Karl C.F. Krause si rinvia alla ricognizione di S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 39 ss. Quanto al panorama italiano si ricorda che il dibattito è stato fecondo soprattutto tra la fine del diciannovesimo secolo sino agli anni trenta del ventesimo e ha visto scontrarsi seguaci della scuola classica, che basavano il diritto penale sul fatto di reato e sostenevano la funzione retributiva, seguaci della scuola positiva e *Modern Schule*, che poneva al centro del diritto penale l'autore e riconosceva alla sanzione penale una funzione preventiva e, infine, allievi della c.d. terza scuola che, utilizzando il modello del doppio binario, attribuiva alle pene vere e proprie una funzione retributiva e alle misure di sicurezza, fondate sulla pericolosità dell'autore, una funzione preventiva. Su quest'ultimo punto, v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, *passim*.

¹⁵⁸ V. D. GARLAND, *Pena e società moderna*, trad. it., Milano, 1999, *passim*; ID., *La cultura del controllo*, cit., *passim*.

¹⁵⁹ G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 132.

¹⁶⁰ La formula è ormai consolidata e più volte ripresa dalla Corte costituzionale. Tra le altre, v. Corte cost., 10 giugno 2011, n. 183, in *Cass. pen.*, 2011, 3711; 21 giugno 2006, n. 257; 11 giugno 1993, n. 306.

Nonostante infatti l'astratta rinuncia a un modello retributivo e di prevenzione generale e una preferenza, accordata in via costituzionale, alla c.d. rieducazione¹⁶¹ (come prevenzione speciale positiva¹⁶²), la *vexata questio* sul *perché punire* è ben lontana dall'essere risolta mediante il secco richiamo alla risocializzazione.

Difatti, da una parte, l'intimidazione, nonostante le molteplici critiche di tipo filosofico che si sono avvicinate nel tempo, è un risultato naturale ed ineliminabile della previsione di un divieto (o di un obbligo)¹⁶³ alla cui violazione consegue la limitazione di una delle libertà fondamentali¹⁶⁴.

Dall'altra parte, la retribuzione, che pure sembra negata da una parte della dottrina moderna¹⁶⁵, persiste «non solo nelle reazioni della gente, ma nella stessa prassi giudiziaria»¹⁶⁶. Si tratta di un'impronta ineliminabile¹⁶⁷ che, secondo alcuni, resta limite

¹⁶¹ Il concetto di rieducazione nel senso di reinserimento sociale è individuato nell'opera di Franz von Liszt *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlino, 1905, 397. Sui possibili significati da attribuire al termine "rieducazione", v. G. FIANDACA, sub *Art. 27, comma 3*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 27-28)*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 222 ss.. V. anche E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 471; ora in AA.VV., *Studi di diritto penale*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 1991, 167. L'autore mette in risalto come la nozione di rieducazione si presti «ad essere variamente intesa, assumendo una gamma di significati che spaziano, senza soluzione di continuità, da un massimo a un minimo di contenuti morali, da accezioni "arricchite" ed interiorizzate ad altre "scarnificate" e proiettate verso l'esterno». Più che di rieducazione, criticata perché legata alla concezione di emenda morale, si parla di risocializzazione. Contro la valenza morale della rieducazione, se pur per ragioni in parte differenti, v. G. BETTIOL, *Sulla rieducazione del condannato*, in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966, 908; E. DOLCINI, *La "rieducazione del condannato"*, cit., 472 sostiene che «nulla, nella Costituzione, autorizza lo Stato a prendersi cura della "moralità" dei cittadini. Dalla Costituzione non si ricava l'immagine di uno Stato che incarni una "idea morale"»; M. PAVARINI, *I nuovi confini della penalità*, Bologna, 1994, 17; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci e E. Dolcini, Milano 1985, 30.

¹⁶² G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione*, cit., 133. L'autore nota come tale preferenza esprima in realtà per lo più «una opzione politico-ideologica in senso umanitario e solidaristico».

¹⁶³ Questa l'opinione anche di K. LÜDERSSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi (trad. it. parziale del volume *Abschaffen des Strafens*, Frankfurt a. M., 1995), Milano, 2005, 134.

¹⁶⁴ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 108. Sull'effetto intimidativo connesso perfino alle c.d. sanzioni interdittive, v. F. PALAZZO, *Le pene accessorie nella riforma della parte generale e della parte speciale del codice*, in *Temi*, 1978, 660 ss.

¹⁶⁵ P. NUVOLONE, *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956, 144; sulle spinte neoretribuzioniste nel panorama italiano v. *infra*.

¹⁶⁶ G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 46.

¹⁶⁷ Vale la pena ricordare che soprattutto il "declino dell'ideale riabilitativo" (D. GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., 66) ha prodotto pulsioni neo-retribuzioniste. V., tra gli altri, M. RONCO, *Il problema della pena*, Torino, 1996. Sul punto cfr. G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforme del diritto penale*, in AA.VV., *Studi di diritto penale*, cit., 45 ss.; ID., *Riforma e collasso del controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1063 ss.; M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, 288 s. Si ricorda che queste istanze sembrano aver trovato parziale riconoscimento in Italia nel Progetto Nordio che «recepisce i principi della retribuzione relativi alla correlazione tra la gravità del delitto e il grado della colpevolezza e la conseguente severità della sanzione» *Introduzione ai lavori della Commissione*, 32.

garantistico della pena e assicura il rispetto del principio di proporzione¹⁶⁸ e di colpevolezza¹⁶⁹. Infine, il nostro ordinamento ammette e promuove il perseguimento di scopi positivi della prevenzione della pena, nel senso sia del rafforzamento della coscienza sociale, sia di recupero del singolo soggetto che delinque¹⁷⁰.

Queste poche riflessioni sul tema ci possono essere utili per comprendere come l'elaborazione dottrinale ma anche quella giurisprudenziale della Corte Costituzionale abbia raggiunto esiti interpretativi sulla funzione della pena differenti da quelli della Corte europea.

Per i giudici di Strasburgo, come abbiamo visto, la pena, per essere tale, deve avere principalmente un carattere afflittivo e una funzione repressiva¹⁷¹, mentre gli scopi preventivi finiscono per essere accessori e addirittura atipici rispetto alla sanzione penale. Nell'elaborazione nostrana, in un'ottica polifunzionale, gli scopi di prevenzione (specie quella speciale, positiva) restano la strada privilegiata¹⁷² e la repressione, astrattamente coincidente con la finalità retributiva, persiste ma resta sullo sfondo. Potrebbe pertanto derivare una preoccupante inconciliabilità dei due orientamenti laddove la Corte edue non applichi le garanzie del diritto penale a una sanzione che ha una funzione marcatamente preventiva.

Questa incongruenza nasce, a nostro parere, dal fatto che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo risulta fortemente influenzata dall'elaborazione anglosassone e, in particolare, della Corte Suprema degli Stati Uniti. A tale proposito, ricordiamo come nel test utilizzato dalla Corte statunitense per valutare il carattere penale delle sanzioni la funzione retributiva (insieme all'effetto deterrente) sia il parametro più rilevante¹⁷³. D'altronde, nonostante anche oltreoceano lo scopo rieducativo abbia assunto nel tempo un peso rilevante¹⁷⁴, la dottrina

¹⁶⁸ G. FIANDACA, sub Art. 27, c. 3, cit., 265.

¹⁶⁹ V. G. BETTIOL, *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, Trieste, 1943 ora in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 617; ID., *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 419. Cfr. le osservazioni critiche di L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1157 e D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 35 ss.

¹⁷⁰ S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 110.

¹⁷¹ Sul punto v. V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 63 s. secondo il quale la concezione della pena proposta dalla Corte EDU segnalerebbe una fatale deriva neo-retribuzionista che oscura completamente il reo. Tale visione non prende però in considerazione l'esistenza di una cospicua giurisprudenza europea più marcatamente reo-centrica.

¹⁷² Tra gli altri, v. L. EUSEBI, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 76.

¹⁷³ *Contra* C.S. STEIKER, *Punishment and Procedure: Punishment Theory*, cit., 775, secondo il quale il carattere deterrente riguarderebbe in realtà sia la sanzione civile sia quella penale.

¹⁷⁴ Sul punto, v. G.P. FLETCHER, *Rethinking criminal law*, New York, 1978, 409, secondo il quale «*It is only when we have a case of punishment before us that we may begin to talk about whether the justification for the punishment is retribution, deterrence, or rehabilitation*».

anglosassone continua ad affidare il ruolo principe nella teoria della pena alle funzioni retributive e di deterrenza¹⁷⁵.

Ciò premesso, a parziale moderazione di tale scontro di visioni, va pure accennato come, da una parte, al di là del fine assegnato alla pena, «essa indica sempre una sofferenza, poiché l'afflittività è carattere essenziale e costante dello stesso concetto di pena»¹⁷⁶. Il carattere afflittivo caratterizza quindi qualsiasi sanzione penale a prescindere da quale sia il fine perseguito¹⁷⁷. Va ancora ricordato che, d'altra parte, i giudici di Strasburgo ammettono anch'essi (con alcune eccezioni, purtroppo riguardanti proprio le misure di prevenzione) la coesistenza di finalità differenti, anche preventive.

Insomma, esiste una differenza tra l'elaborazione italiana e quella europea, ma non così grande da impedire l'utilizzo del criterio dello scopo (tra gli altri) per valutare la natura dell'amministrazione giudiziaria.

L'ultima precisazione è di tipo (non soltanto) terminologico. Come sostenuto da una dottrina, lo scopo e la funzione della pena sono elementi diversi. Lo *scopo* o il *fine* sono elementi legati al piano deontologico dei possibili obiettivi presi di mira dal legislatore; al contrario, la *funzione* riguarda più precisamente il piano "sociologico" o, meglio ancora, empirico, circa gli effetti concretamente dispiegati dalla sanzione¹⁷⁸. Ebbene, utilizzeremo tale distinzione e nel valutare lo *scopo* (questa volta inteso in senso generale) cercheremo di osservare sia il piano astratto del dover essere, sia, avvalendoci di alcune conoscenze empiriche, quello concreto dell'essere¹⁷⁹.

¹⁷⁵ L'importanza della deterrenza nasce dalle riflessioni utilitaristiche e di *Law and economics* diffuse nel panorama anglosassone. Tra i padri dell'utilitarismo, J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, 1948. In generale, sul ruolo della funzione retributiva e i rapporti con l'idea utilitaristica v. A.X. FELLMATH, *Civil and criminal Sanctions in the Constitution and Courts*, in *Geo. L. J.*, 2005, 94, 8. Contrario a questo approccio P.H. ROBINSON, *The Criminal-Civil distinction and the utility of desert*, in *B.U.L. Rev.*, 1996, 76, 201. Il primo ad aver utilizzato l'approccio di *Law and Economics* nel diritto penale è R.A. POSNER, *Economic analysis of law*, 3d ed, 1986, 205, secondo il quale la retribuzione passerebbe proprio attraverso la deterrenza. V. anche R.A. EPSTEIN, *The Tort/Crime Distinction: A Generation Later*, in *B.U.L. Rev.*, 1996, 76, 14. Sulle istanze neoretribuzionistiche sorte negli Stati Uniti con la crisi del *welfare* v. F. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative idea*, New Haven, 1981.

¹⁷⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 731.

¹⁷⁷ C. PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, cit., 64 ss.; ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, cit., 147 ss.

¹⁷⁸ G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione*, cit., 132. L'autore ritiene rilevante tale distinzione poiché considera «ben possibile una divaricazione, più o meno marcata a seconda dei contesti, tra scopi normativi e funzioni reali».

¹⁷⁹ È il caso di ricordare che G. FIANDACA, *Scopi della pena tra comminazione edittale*, cit., 132, sosteneva l'impossibilità di valutare la *funzione* della pena proprio per la mancanza di conoscenze del dato empirico.

5.3.1 Lo scopo dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica

Alla luce di quanto detto proviamo ad interrogarci sullo scopo della misura che analizziamo.

La prima impostazione è quella segnata dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 487 del 1995, secondo la quale la misura avrebbe una funzione meramente cautelare, che sarebbe «diretta a impedire che una determinata attività economica, che presenti connotazioni agevolative del fenomeno mafioso, possa comunque contribuire a realizzare un utile strumento di appoggio per l'attività dei sodalizi criminali, e non necessariamente una funzione ablativa (prevista nel sistema normativo come eventuale e ancorata a ulteriori elementi probatori)»¹⁸⁰.

La dottrina si divide invece in due orientamenti contrari. Secondo un'impostazione, cui abbiamo già fatto cenno, l'amministrazione giudiziaria sarebbe la prima vera e propria misura di prevenzione¹⁸¹. Intervenendo infatti in una situazione di pericolosità o di rischio avrebbe il precipuo fine di prevenire possibili reati.

Secondo un'altra impostazione la misura avrebbe ben poco di preventivo, nel senso di idoneità a sottrarre dall'aggressione della criminalità l'impresa geneticamente lecita, e nello stesso tempo «pur con le buone intenzioni, non ha nulla di "curativo" o "ricostruttivo"»¹⁸². Secondo tale orientamento, l'amministrazione giudiziaria avrebbe uno scopo meramente afflittivo e repressivo¹⁸³. Si tratterebbe pertanto di uno strumento volto non a sostenere l'imprenditore "sano", ma espressivo (come il controllo giudiziario e la confisca) «di una logica ispirata alla massimizzazione della risposta statale, in una riaffermazione ad oltranza delle ragioni dell'ordine pubblico»¹⁸⁴.

La misura non sembra però avere uno scopo soltanto retributivo. Un altro fine può essere desunto dalle parole della stessa dottrina laddove, se pur non espressamente e occupandosi di una norma differente, argomenta in favore dello scopo (anche) pedagogico (di prevenzione generale positiva?) della misura.

¹⁸⁰ Trib. Milano, Sez. mis. prev., 15 aprile 2011, cit.

¹⁸¹ P. MILETTO, *Le misure di prevenzione*, Torino, 1989, 192. V. cap. II, sez. I.

¹⁸² A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 355.

¹⁸³ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 355. L'autore riporta come dimostrazione alcuni degli effetti della misura (che abbiamo descritto *supra*) e che si sostanziano, in breve, nel fatto che l'amministrazione giudiziaria lasci le imprese in stato di dissesto.

¹⁸⁴ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 357.

La legge cui l'autore di riferisce espressamente è la n. 44/1999, che ha modificato la disciplina della n. 172/1911 e che si occupava di attribuire un ristoro economico alle vittime di estorsione. L'art. 4 stabiliva che il risarcimento potesse essere attribuito soltanto in presenza di due condizioni: la mancata adesione alle richieste estorsive da parte della vittima e la sua pronta denuncia.

Secondo Mangione questa misura avrebbe alcune caratteristiche della legislazione emergenziale antimafia, essendo pervasa da componenti pedagogiche ed utilitaristiche, e un chiaro scopo *pedagogico e simbolico*. Essa delineerebbe un preciso modello comportamentale di *resistenza* del cittadino e dell'impresa nei confronti degli ambienti criminali¹⁸⁵. Si tratterebbe del modello economico di imprenditore che lo stesso autore aveva definito "resistente" (rifiuto di modelli criminali e collaborazione con le istituzioni preposte alla repressione dei fenomeni delinquenziali)¹⁸⁶ che coinciderebbe anche con l'unica ipotesi non sottoponibile alla misura sospensiva¹⁸⁷. È lo stesso Mangione che individua il forte legame tra i due istituti. Proprio dal fatto che l'ottica premiale interviene sull'imprenditore che non soltanto rifiuta le richieste della mafia ma si occupa anche di chiamare in soccorso le autorità, si capisce perché le misure previste dai previgenti artt. 3 *quater* e 3 *quinqües* non distinguano tra impresa vittima e collusa: in buona sostanza, per sfuggire dalla misura di prevenzione - questa parrebbe l'intenzione del legislatore - servirebbe qualcosa di più del mero rifiuto di collaborare con le organizzazioni criminali¹⁸⁸.

Se l'art. 4 della legge 44/1999 definisce in positivo il modello di resistenza cui l'imprenditore dovrebbe ispirarsi, ci sembra che possa farlo anche il previgente art. 3 *quater*, seppur in negativo e – come abbiamo detto più volte – in modo indeterminato. Insomma, dalla stessa norma di prevenzione si trarrebbe il comportamento (di resistenza) che l'impresa dovrebbe assumere e questo darebbe ragione della coloritura pedagogica anche di questa misura. In definitiva, è come se Mangione, nel trattare gli scopi della norma riguardante il fondo per le vittime di estorsione, abbia descritto anche la scopo di prevenzione generale positiva¹⁸⁹ della misura sospensiva.

¹⁸⁵ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 361..

¹⁸⁶ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 353 e M. CENTORRINO, V. LA SPENA, G. SIGNORINO, *Il nodo gordiano*, cit., 48.

¹⁸⁷ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 361.

¹⁸⁸ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 362.

¹⁸⁹ Sulla prevenzione generale positiva o integratrice, v. in senso critico, G. DE VERO, *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439. Diffuso è l'orientamento che la considera (non a caso) vicina, perfino coincidente, con le idee

Si tratterebbe quindi di una misura repressiva con uno scopo retributivo e – secondo questa interpretazione – pedagogico, ma non rieducativo.

Diversa è invece l'opinione di Costantino Visconti che evidenzia prima di tutto l'autonomia della sospensione rispetto alla confisca (soltanto eventuale) anche in riferimento agli obiettivi da raggiungere¹⁹⁰.

Difatti, lo scopo della misura non sarebbe quello di privare l'associazione mafiosa del patrimonio attraverso il quale compie l'attività illecita, bensì quello di bonificare l'ente o, in altre parole, predisporre una cura per l'impresa che voglia reinserirsi nella struttura sociale ed economica, con un'intrusione nell'organizzazione d'azienda il più felpata e il meno dannosa possibile¹⁹¹. Questa sembrerebbe l'opinione accolta anche da altra dottrina, che vede in questo strumento di riorganizzazione coatto un'ipotesi di rieducazione dell'ente¹⁹². Ci sembra che quest'opinione colga nel segno: lo scopo primario dell'amministrazione giudiziaria non può essere che quello di recidere il legame tra mafia e mercato e "salvare" le imprese sane, interrompendo coattivamente i rapporti (anche delittuosi) che queste hanno con l'organizzazione criminale. Questo ovviamente non vale a negare che la misura possa soddisfare scopi diversi e che mantenga contestualmente finalità retributive.

5.3.2 La funzione dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche

Dopo aver preso in esame alcune teorie sullo scopo di questa misura (astrattamente) cautelare, è il caso, come anticipato, di analizzarne la funzione guardando alla sua applicazione pratica. Faremo ciò utilizzando i medesimi casi che abbiamo preso in esame per valutare la determinatezza della norma. Si tratta, lo ricordiamo, dei decreti di applicazione e

neoretribuzioniste. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 686. Cfr., da una prospettiva peraltro dichiaratamente retribuzionista, E. MORSELLI, *La funzione della pena alla luce della moderna criminologia*, in *Ind. pen.*, 1991, 510 ss. e ID., *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 48 ss. Sull'incompatibilità, in particolare, della prevenzione generale integratrice con il diritto penale liberale v., tra gli altri, L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990, 57 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 262 ss

¹⁹⁰ C. VISCONTI, *Contro la mafia non solo confisca*, cit., 3.

¹⁹¹ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 269. L'autore, in un altro scritto (C. VISCONTI, *Contro la mafia non solo confisca*, cit. 6), descrive la misura come uno degli strumenti compartecipati da pubblico e privato per eliminare la criminalità dall'impresa, tra i quali vi è anche il d.lgs. n. 231/2001. Su questo profilo, v. cap. III, sez. I.

¹⁹² Questa l'opinione espressa da Giovanni Fiandaca, nell'intervento all'incontro "Le misure di prevenzione: mafie a confronto" tenutosi presso l'Università di Foggia, il 22 maggio 2012 e da Alberto Alessandri, nell'introduzione al seminario "Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti", tenutosi all'Università Bocconi di Milano, il 18 giugno 2013.

revoca della sospensione emessi dal Tribunale di Milano – Sezione misure di prevenzione, nell’arco di poco più di un decennio, a partire dal 2000.

Cominciamo l’analisi dal caso c.d. T.N.T., il più noto e il più paradigmatico. Come detto, con il decreto di sospensione, il collegio giudicante aveva disposto la sospensione temporanea della T.N.T. Global Express s.p.a. dall’amministrazione di sei filiali site in Milano e provincia, ritenendo che affiliati di ‘ndrangheta si fossero stabilmente infiltrati nella società multinazionale, ottenendo un elevato numero di servizi di trasporto. A distanza di sei mesi¹⁹³ il tribunale ha dovuto decidere se prorogare la misura, revocarla disponendo la confisca o revocarla ritenendone assolta la funzione.

Come abbiamo visto nel capitolo precedente, il tribunale ha deciso di revocare la misura poiché l’impresa era stata “bonificata”. Secondo il decreto di revoca, durante l’amministrazione giudiziaria si era provveduto a: sostituire i rappresentanti della T.N.T. e delle società gestite da soggetti indiziati di appartenere alla ‘ndrangheta; approvare un modello di organizzazione, gestione e controllo *ex d.lgs. n. 231/2001*, con un processo particolarmente attento alla «fase di selezione dei fornitori addetti alla movimentazione ed alla distribuzione» (maggiormente esposta all’infiltrazione mafiosa); aggiornare i documenti (soprattutto carichi pendenti) relativi agli operatori preposti allo smistamento; risolvere i rapporti in atto con quei soggetti che, durante il periodo di amministrazione, avevano tenuto un comportamento contrastante con le nuove direttive¹⁹⁴.

T.N.T. ha però mantenuto rapporti contrattuali con alcune delle società gestite in passato dagli affiliati. Era stato peraltro dimostrato che una delle imprese aveva subito tentativi di infiltrazione delle cosche ‘ndranghetiste anche durante l’amministrazione giudiziaria¹⁹⁵. Il Tribunale definisce “allarmante” tale situazione, ma la considera al contempo

¹⁹³ Trib. Milano, Sez. Mis. prev., 23 settembre 2011, cit.

¹⁹⁴ A pagina 13 della relazione dell’amministratore giudiziario del 21 settembre 2011 si legge «Significative a questo riguardo sono risultate le drastiche iniziative assunte dalle filiali di T.N.T. su input o con il benestare dello scrivente, nei confronti di alcuni specifici operatori dell’organico delle società appaltatrici, che si sono resi protagonisti di episodi deplorabili, sia all’interno dei depositi di T.N.T., che all’esterno di questi, ed anche al di fuori degli orari nei quali è svolto il servizio per T.N.T. quali, ad esempio, l’episodio dell’operatore che ha causato volontariamente un principio di incendio nel deposito di Milano Mega, quello dell’operatore che ha minacciato un cliente di T.N.T., e così via, soggetti tutti che sono stati esclusi dalle persone autorizzate ad operare con e per conto di T.N.T.».

¹⁹⁵ Alle pagine 3 e 5 della relazione di giugno 2011, si riferisce di una mail inviata nel maggio 2011 dal responsabile d’area e, *ad interim*, della filiale di Milano Mega agli amministratori nominati dal custode giudiziario di M.F.M. ed Edilscavi (società gestite da consociati), allo stesso custode, all’amministratore delegato in carica di T.N.T., al responsabile dell’auditing e all’amministratore giudiziario. In tale comunicazione il responsabile segnalava «la presenza nella filiale di persone riferibili a M.F.M. non autorizzate ed il tentativo di introdurre nell’organico di M.F.M. persone riferibili agli imputati nel procedimento penale». La relazione

non determinante per impedire la revoca della sospensione. Secondo l'organo decidente infatti vi erano al contempo numerosi elementi confortanti: le quote della società erano state infatti sottoposte a sequestro nell'ambito del parallelo procedimento penale e ciò assicurava, secondo il collegio, il controllo dell'impresa da parte dell'autorità giudiziaria. Ciò – così conclude il decreto - «rappresenta un elemento rassicurante per pensare che, dopo quanto è accaduto, T.N.T. sappia ormai, da sola, discernere i soggetti con i quali ha tutto l'interesse a trattare e quelli con cui invece, recidere i rapporti»¹⁹⁶. In buona sostanza, e nonostante le relazioni intermedie dell'amministratore giudiziario avessero manifestato una certa preoccupazione, il Tribunale ha ritenuto che la procedura avesse raggiunto il suo *scopo* e che la sospensione potesse essere revocata: «Pochi mesi sono trascorsi dalle preoccupanti considerazioni intervenute ancora nel giugno di quest'anno, ma la traccia, per T.N.T., è chiaramente segnata: sta a lei, ormai, non perderla»¹⁹⁷. La misura sospensiva avrebbe sterilizzato l'azienda dal contagio mafioso e colpito il patrimonio dei mafiosi, salvaguardando un'attività economica di grande rilievo¹⁹⁸.

La misura sembra aver svolto nel caso in esame una bonifica dell'impresa, intesa come vera e propria risocializzazione, nel senso di possibilità per l'ente di rientrare nel mercato. La società (destinatario reale della misura¹⁹⁹) viene “umanizzata” e la sanzione ha una funzione di prevenzione speciale positiva. Ciò avviene attraverso l'intervento incisivo sull'organizzazione d'impresa con la collaborazione dell'ente stesso. Tale compartecipazione si sostanzia nella predisposizione di un c.d. modello organizzativo e di ulteriori strumenti di controllo, oltre che nella sostituzione degli amministratori che avevano avuto maggiori contatti con la consorteria mafiosa.

Pur ammettendo ciò, visto il carattere necessariamente polifunzionale delle sanzioni, possiamo valutare se la misura non abbia avuto anche un ruolo differente o ulteriore. Ci sembra infatti che nel caso in esame la sospensione abbia svolto anche una funzione

concludeva: «Se da un lato la determinazione di T.N.T. nella collaborazione con questa Procedura ed il Pubblico Ministero titolare della correlata indagine penale risulta confermata e totale, sussistono ancora, ed in particolare nell'organico dei fornitori di T.N.T., e più propriamente delle imprese alle quali è appaltato il servizio di distribuzione, e non solo con riferimento alle filiali milanesi, situazioni e circostanze che sono quanto meno meritevoli di approfondimenti ed accertamenti che però esulano dalle possibilità e dalle funzioni dello scrivente, così come occorre dare atto che nelle persone fisiche che ricoprono ruoli di responsabilità nelle filiali di T.N.T. Italia, tutto questo determina, momenti di incertezza, tensione e preoccupazioni».

¹⁹⁶ Trib. Milano, Sez. Mis. prev., 23 settembre 2011, cit., 7.

¹⁹⁷ Trib. Milano, Sez. Mis. prev., 23 settembre, 2011, cit., 7.

¹⁹⁸ C. VISCONTI, *Contro le mafie*, cit., 5.

¹⁹⁹ Nonostante il destinatario della misura siano le attività economiche e quindi le società, i decreti, nell'individuazione della c.d. pericolosità, si riferiscono quasi sempre alle condotte di singoli persone fisiche.

retributiva. Ciò si può desumere dal fatto che: a) la T.N.T. aveva mantenuto rapporti contrattuali con le imprese originariamente gestite dalla consorceria; b) la revoca della sospensione è intervenuta nonostante un paio di mesi prima fossero stati avvertiti nuovi e “preoccupanti” “tentativi di infiltrazione”; c) il Tribunale non aveva richiesto nessuna dimostrazione che, al momento della decisione di revoca, tali tentativi si fossero interrotti. Dalla lettura del decreto, sembrerebbe che la misura sia stata revocata in base a «la “costruttiva disponibilità e collaborazione” offerta all’amministratore giudiziario dai nuovi vertici di T.N.T.»²⁰⁰, in assenza di una vera e propria bonifica dell’impresa.

Il Tribunale ha ritenuto infatti l’ente idoneo a rientrare nel mercato poiché aveva sostituito le persone fisiche che avevano ruoli dirigenziali e adottato un modello di organizzazione e gestione. I provvedimenti adottati dall’impresa non sembrano più di tanto incisivi: la sostituzione delle persone fisiche non risulta sempre misura efficace (vista la *rigenerazione* degli affiliati nelle consorzerie) e, come vedremo, è difficilmente ipotizzabile un modello *ex d.lgs. n. 231/2001* idoneo ed efficace a prevenire i delitti di criminalità organizzata. La T.N.T. avrebbe potuto eliminare i “tentativi di infiltrazione mafiosa” e recidere una volta e per tutte il legame con le cosche, risolvendo i rapporti contrattuali con le imprese che in passato erano sotto il completo controllo della mafia; ha preferito al contrario mantenere tali relazioni economiche né tale decisione ha avuto rilevanza ai fini della decisione positiva dei giudici di Milano.

Ci sorge il timore quindi che il Tribunale si sia accontentato di limitare l’amministrazione dell’impresa per un periodo determinato (con una misura sufficientemente afflittiva per un gruppo multinazionale) e, una volta dispiegato anche l’effetto simbolico della sospensione, l’abbia revocata, accontentandosi di una “manifestazione di buoni intenti” dell’impresa, senza richiedere la sua reale e totale bonifica. L’amministrazione giudiziaria appare così come un “male”, seppur temporaneo, che l’ente deve sopportare per la violazione della norma.

Insomma, il primo caso esaminato ci porterebbe a ritenere che la misura abbia uno scopo astrattamente rieducativo, ma svolga questa funzione soltanto in parte e sia, al contempo, afflittiva, retributiva e perfino simbolica.

Il secondo decreto che analizziamo riguarda il caso BNL. Con esso veniva disposta la sospensione temporanea del legale rappresentante della filiale della BNL di Milano

²⁰⁰ Trib. Milano, Sez. Mis. prev., 23 settembre, 2011, cit., 6.

dall'amministrazione di alcuni rapporti bancari ivi accesi da società riconducibili a un gruppo 'ndranghetista. Tali società riuscivano infatti, attraverso un quadro direttivo della banca, ad ottenere finanziamenti e mutui anche in assenza dei requisiti necessari.

Il tribunale anche in questo caso ha disposto la revoca della misura, soprattutto perché i soggetti coinvolti a vario titolo nelle procedure di concessione dei finanziamenti erano in pensione o assegnati ad altri incarichi. Nessuna rilevanza è stata attribuita al fatto che i conti oggetto di sospensione temporanea risultassero ancora accesi al momento della revoca. La BNL dichiarò infatti che tale circostanza dipendeva dall'impossibilità di procedere d'ufficio alla chiusura dei conti, che comunque erano oggetto di sequestro preventivo penale.

Anche da questo caso si ricaverebbe la funzione rieducativa della misura. La *cura* dell'ente sarebbe avvenuta attraverso la sostituzione di alcuni soggetti operanti nella filiale e si sostanzierebbe nella manifestazione di "buona condotta" da parte della Banca. È però necessario ricordare che la sospensione non ha interessato tutta l'attività della filiale ma soltanto l'amministrazione dei conti "mafiosi". Alla luce di questo, non si può dire però che si sia verificato una reale bonifica dei rapporti bancari, che infatti sono rimasti inalterati.

Nel capitolo precedente abbiamo manifestato perplessità sul fatto che il caso in esame potesse essere sussunto nelle ipotesi previste dall'art. 34 d.lgs. 159 cit. Se però accettassimo l'idea (come ha fatto d'altronde il Tribunale di Milano) che la filiale B.N.L. ha subito l'infiltrazione mafiosa, la mancata incidenza reale sui beni che avrebbero agevolato la consorte criminale (vale a dire la permanenza di quei rapporti di conto corrente) mostrerebbe ancora una volta come la sospensione svolga nella prassi una funzione anche retributiva e simbolica: una limitazione temporanea per l'impresa che viene revocata a prescindere dall'effettiva bonifica.

L'ultimo caso che prendiamo in esame riguarda la sospensione della Royal s.r.l. dall'amministrazione dell'attività d'impresa. L'organo giudicante aveva infatti ritenuto che il libero esercizio dell'attività economica della società (commercio di macchinette video-poker) agevolasse affiliati della mafia. In realtà, come visto, l'amministratore di Royal utilizzava l'aiuto di uno degli associati per inserire proprie macchinette presso locali pubblici.

A distanza di sei mesi dall'applicazione della sospensione, il Tribunale di Milano ha revocato la misura²⁰¹. Il modello di *business* della società era infatti passato dalla commercializzazione di macchine da gioco alla gestione esclusiva di macchine di proprietà di

²⁰¹ Trib. Milano, Sez. Mis. prev., 30 settembre 2011, Royal s.r.l., inedita.

Lottomatica Videolot Rete s.p.a., per cui i ricavi della Royal risultavano unicamente legati a quest'attività. Vi era stato inoltre il recesso dai contratti stipulati con alcuni locali ed era stata manifestata l'intenzione di valutare lo scioglimento in generale dei rapporti sorti con l'intercessione del mafioso, con un impegno, anche economico, da parte del Consiglio d'amministrazione a rinunciare a una parte pur modesta dei redditi²⁰². In ultimo, l'impresa aveva adottato un modello di organizzazione *ex* d.lgs. n. 231/2011 con una parte appositamente dedicata alla prevenzione dell'infiltrazione della criminalità organizzata. «Sara il tempo a giudicare se tale modello avrà, da arte della società, piena, effettiva, concreta e incondizionata applicazione: allo stato non si può prendere atto che scelte imprenditoriali così decise, incompatibili con quelle che si rinvergono nelle condotte oggetto del decreto del 24 maggio 2011, meritano la revoca del provvedimento»²⁰³.

Anche in questo caso, la misura sospensiva sembra aver svolto principalmente un effetto di bonifica. Ha permesso il reintegro sociale dell'impresa che ha interrotto ogni rapporto con l'associazione mafiosa.

Nondimeno, ad uno sguardo più approfondito, il decreto mostra anche la funzione retributiva che la sospensione svolge.

Anche in questo caso molti dei provvedimenti presi durante l'amministrazione giudiziaria sembrano "di facciata", specie laddove un ruolo essenziale viene attribuito all'adozione del modello di gestione sulla cui inefficacia, nell'ambito di fatti di criminalità organizzata, avremmo modo di intrattenerci. Tra l'altro, a differenza delle ipotesi precedenti, non vi è stata la sostituzione delle figure dirigenziali sebbene la Royal avesse ottenuto dalla collaborazione con la 'ndrangheta molti più vantaggi rispetto alla B.N.L. e alla T.N.T.

Va detto che tra i cambiamenti intervenuti quello riguardante il settore e modello di *business* assume una concreta rilevanza. Ciò nondimeno, la bonifica dell'impresa avrebbe richiesto la risoluzione di tutti i rapporti che la società aveva instaurato per tramite dell'intermediazione dell'associato, poiché questi costituiscono il legame essenziale tra l'ente e la consorteria. Come abbiamo visto, il Tribunale di Milano non ha ritenuto necessario lo scioglimento e ha considerato sufficiente l'intenzione, espressa dall'impresa, di valutarlo successivamente.

²⁰² Il tribunale ha valutato sufficiente la manifestazione di intenti ritenendo che il termine semestrale fosse insufficiente per estinguere ogni rapporto, vista l'opportunità di «seguire una linea comportamentale coordinata con Lottomatica Videolot Rete, la quale è la titolare del contratto di rete con i singoli esercizi commerciali» Relazione dell'amministratore giudiziario, par. 30.

²⁰³ Trib. Milano, Sez. Mis. prev., 30 settembre 2011, cit., 7.

L'amministrazione giudiziaria non è stata quindi revocata all'esito di una completa bonifica, ma soltanto dopo aver inferto una limitazione alla libertà dell'impresa, accontentandosi di alcuni (non poco importanti) ritocchi. Ciò pone, a nostro parere, in evidenza che la misura non ha soltanto un carattere "rieducativo" della misura, ma anche retributivo e simbolico.

Vale la pena di svolgere un'ulteriore riflessione. Come abbiamo visto (nei casi T.N.T. e Royal) la rieducazione della società sembra basarsi in buona parte sull'adozione del modello di organizzazione e gestione e sulla previsione in esso del c.d. rischio da infiltrazione della criminalità organizzata. Insomma, la bonifica dell'impresa viene attuata attraverso le forme di collaborazione previste dal d.lgs. 231/2001.

Si verificherebbe anche in questo caso l'attuazione di quella «"sicurezza partecipata" tra pubblico e privato nel campo della "profilassi aziendale" contro le infiltrazioni mafiose» dentro la quale potremmo inquadrare «sia una più diffusa applicazione di tipo "prescrizionale" dell'*ex* Sospensione temporanea, sia l'adozione da parte delle imprese di specifici modelli di organizzazione ex 231/2001, in sintonia con il recente inserimento dei delitti di mafia nel catalogo dei reati-presupposto»²⁰⁴.

Sulla funzione di bonifica esercitabile da tale modello e sulla sua compatibilità con il rischio di *mafia* esprimiamo fin da ora le nostre riserve, rimandando per un'approfondita analisi al capitolo che segue.

Quanto fino ad adesso descritto mostra un panorama variegato ma utile ai nostri fini.

La funzione di prevenzione speciale (positiva) in effetti caratterizza l'amministrazione giudiziaria. In tutti i casi analizzati, non si verifica però una totale *bonifica* o *cura* dell'ente, ma nelle maglie dell'applicazione pratica della misura si scorge anche una funzione simbolica e retributiva.

Tale ultima funzione si può osservare anche in relazione agli effetti incapacitanti che l'amministrazione giudiziaria produce. Come si è detto, può facilmente accadere che la procedura, sottoponendo l'ente a una logica diversa da quella di profitto, lo conduca in uno stato di dissesto. Emblematico è il caso, cui abbiamo fatto cenno, di Immobiliare Buccinasco s.r.l. e altre imprese, nell'ambito del procedimento Parco Sud.

Il Tribunale di Milano aveva sospeso l'amministrazione di numerose società, operanti nei settori del movimento terra, dell'edilizia e della compravendita immobiliare, che avevano

²⁰⁴ C. VISCONTI, *Contro le mafie*, cit., 6.

diversi rapporti con la consorteria 'ndranghetista (alcune imprese erano completamente controllate dagli associati, altre intrattenevano soltanto alcuni rapporti contrattuali). Leggendo la relazione conclusiva dell'amministratore giudiziario, ad un anno dall'applicazione della sospensione, si può osservare come la maggior parte delle imprese fossero ormai "decotte"²⁰⁵ e una delle società fosse stata perfino raggiunta da sentenza dichiarativa di fallimento²⁰⁶.

²⁰⁵ Dal testo del decreto di revoca della misura Trib. Milano, mis. prev., 13 ottobre 2010, Kreiamo s.p.a. e altri, inedita. leggiamo:

«Kreiamo SpA:

Come ormai più volte segnalato, dopo una due diligence tecnica ed amministrativa effettuata sul Gruppo Kreiamo, l'unica soluzione perseguibile è stata stigmatizzata in una sostanziale attività di bonifica, con l'obiettivo dichiarato di riportare alle casse erariali - per le società che avevano prodotto risultati positivi - più risorse possibili. Per la società controllante Kreiamo SpA, l'obiettivo primario si è pertanto configurato nel salvataggio della società e nel pagamento all'Erario del debito di circa Euro 300.000 che la società deve corrispondere all'Amministrazione Finanziaria, per IVA non versata. Come già riferito, il salvataggio della società è legato alla cessione di due partecipazioni:

- Immobiliare Cisliano srl;

- Scariona Immobiliare srl;

che, pur con qualche difficoltà, parrebbe concretizzarsi e sulla quale si dirà a breve...

A TRE srl:

Rispetto all'ultima relazione dell'ottobre scorso non si segnalano novità.

La società - oltre a debiti nei confronti della società appaltatrice NICA - si trova esposta nei confronti del sistema bancario (soprattutto nei confronti di Banca Popolare di Intra). L'ipotizzata cessione della partecipazione alla società appaltatrice sembra essere tramontata, a causa di una certa resistenza della banca all'accollo dei debiti da parte del nuovo acquirente. Il Geom.Alfredo Iorio sta comunque ancora lavorando per portare a termine la prospettata operazione.

WED srl:

A quanto consta al sottoscritto, i fornitori non si sono ancora mossi con atti esecutivi, ma la società non ha grandi possibilità di risolvere il proprio stato di decozione, se non attraverso risorse che derivino dalla Capogruppo.

Archimede Costruzioni srl:

Ad avviso di chi scrive, in assenza di risorse aggiuntive, la società è destinata al fallimento.

Immobiliare Castellanza srl

Si conferma quanto già riferito recentemente.

Il Geom.Alfredo Iorio sta tentando di cedere la società ma le possibilità di riuscita sono assai modeste. Già a luglio il sottoscritto aveva invitato l'amministratore a presentare un'istanza di fallimento in proprio, peraltro già autorizzata dal GUP dott.ssa Donatella Banci, ma l'amministratore ne sta ancora tentando la vendita, assumendosi le responsabilità conseguenti in caso di esito infruttuoso.

Immobiliare Cisliano s.r.l.

Come è noto, la cessione della società all'Arch.Strada per il corrispettivo di 1 (uno) euro, consentirebbe alle società del Gruppo Kreiamo (ovvero Kreiamo spa, A Tre srl, Immobiliare Castellanza, Immobiliare Buccinasco) l'incasso, pro-quota in proporzione al credito vantato da ognuna di esse, dell'importo complessivo di Euro 300.000 (trecentomila).

L'atto di vendita (Allegato "A"), già fissato presso il notaio Rosario Franco di Sesto San Giovanni (MI) per il prossimo 2 dicembre 2010 è probabilmente destinato a slittare di qualche giorno per problemi legati al subentro nel debito da parte dell'acquirente nei confronti di MPS Monte Paschi SpA.

Inoltre sempre l'acquirente, Arch.Strada sta incontrando alcune difficoltà nel contrattare la società appaltatrice dei lavori.

Si ritiene di poter essere ragionevolmente ottimisti sull'esito delle trattative anche perché, in caso contrario, vi potrebbe essere una chiara responsabilità precontrattuale da parte dell'Arch.Strada. Non si può escludere la richiesta di uno sconto sul rimborso dei crediti da parte dell'Arch.Strada.

Scariona Immobiliare s.r.l.:

Alla luce di quanto detto fino ad adesso, possiamo ritenere che l'amministrazione giudiziaria svolga solo in alcuni casi una funzione preventiva, volta ad impedire che gli enti *infiltrati dalla mafia* possano delinquere. Si tratta in realtà di uno strumento polifunzionale: è diretto principalmente alla bonifica dell'impresa, in un'ottica di prevenzione speciale positiva, ma lo sottopone altresì a limitazioni afflittive in un'ottica retributiva e di prevenzione generale positiva.

In base a ciò ci sembra che lo scopo e la funzione dell'*ex* sospensione coincidano con quelli della sanzione penale e ciò sia che si faccia riferimento alle riflessioni della dottrina e della giurisprudenza costituzionale italiana (nel senso di polifunzionalità e privilegio per il fine di risocializzazione²⁰⁷) sia che invece si utilizzi la visione della Corte europea, laddove indica la retribuzione come scopo della pena, ma ammette la coesistenza di altre possibili funzioni, soprattutto preventive.

Le trattative per la vendita della società all'Ing. Ruggero Guanella sono ormai in stato avanzato, essendosi conclusa con esito favorevole, oltre alla due diligence amministrativa, anche quella contabile e finanziaria.

Si ricorda che il prezzo richiesto è pari ad Euro 800.000 (ottocentomila) e trae origine dalla differenza tra il valore del terreno (stimato dall'Ing. Ghelfi in Euro 3 milioni) ed i debiti della società.

Si ritiene possibile un arrotondamento tra i 50 ed i 100 mila euro rispetto alla richiesta di Kreiamo SpA.

Da questa operazione – come abbiamo avuto modo più volte di sottolineare – dipendono le sorti del Gruppo.

Cusago Sviluppo Immobiliare srl:

Il destino della società è legato alla vendita di Scariona Immobiliare srl, giacché il potenziale interessato (Sig. Fucci) risulta essere creditore di Scariona Immobiliare per Euro 400.000, somma che gli consentirebbe di finanziare i lavori di costruzione.

La società si trova attualmente in assoluto stato di decozione.

Immobiliare Buccinasco srl:

Rispetto all'ultima relazione dell'ottobre scorso si segnalano due novità:

a) *la vendita al Sig. Mistretta ai corrispettivi concordati;*

b) *la sentenza emessa dal Tribunale di Milano (anche se non risulta ancora notificata alla società) che, ai sensi della L.231/01 irroga alla società una sanzione pari ad Euro 150.000;*

...

Sire srl – Servizi Immobiliari srl – Gestfin srl:

Sono ormai cancellate dal Registro delle Imprese o in corso di chiusura».

²⁰⁶ LA CASA s.r.l. veniva dichiarata fallita con sentenza del Tribunale di Milano – Sezione II Civile emessa in data 25.2.2010. Si legge in particolare che «dalla situazione patrimoniale al 31.12.2009 emerge uno squilibrio patrimoniale di oltre euro 4.000.000». Il Tribunale di Milano, proprio alla luce del fallimento della società, decideva di revocare la sospensione.

²⁰⁷ «La necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si spegne». Corte cost., sent. 26 giugno 1990, n. 301, cit., 1995. V. anche, oltre agli autori già citati, G. VASSALLI, *Funzioni ed insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 344 s..

6. Conclusioni sulla natura dell'amministrazione giudiziaria

Proviamo a questo punto a tirare le somme sulla natura dell'amministrazione giudiziaria, in base ai criteri della Corte europea.

La misura: a) si applica a seguito di un comportamento che, valutato sotto profili sostanziali, può essere considerato illecito penale (riguarda non l'intera collettività ma tutti coloro che possono avere la gestione di beni connessi ad attività economiche; il comportamento da cui deriva l'applicazione della misura è considerato reato in alcuni ordinamenti); b) è grave in quanto produce effetti limitativi sull'elemento essenziale dell'impresa, vale a dire sull'organizzazione e amministrazione, ed effetti incapacitanti sull'attività di impresa; c) è caratterizzata, oltre che da uno *scopo* spiccatamente preventivo (specie in senso positivo) anche da una *funzione* afflittiva e retributiva.

Insomma, alla luce dei criteri sostanziali di matrice europea, l'amministrazione giudiziaria sembra avere tutte le caratteristiche per essere considerata pena (e per essere quindi applicata con le garanzie previste dal diritto penale).

Ciò nonostante, crediamo che difficilmente i giudici di Strasburgo si pronunzieranno a breve sullo strumento che ci occupa.

Anzitutto perché la Corte europea ha sempre negato la natura penale delle misure che l'ordinamento interno definisce cautelari o applica per un tempo determinato.

In secondo luogo, poiché i giudici di Strasburgo, in un'ottica di bilanciamento tra esigenze e, soprattutto, diritti differenti²⁰⁸, procedono "caso per caso"²⁰⁹, i criteri dagli stessi individuati non sono dunque da considerare rigide regole sempre applicabili. Nell'ottica di un giudizio per *tipo d'autore* e *più garantista con i deboli e più giustizialista con i forti*, l'eventuale valutazione della Corte sulla misura in esame potrebbe essere maggiormente orientato ad assicurare esigenze di sicurezza e difesa sociale.

Nondimeno, anche nell'ambito dell'Unione europea vi sono spinte verso un'applicazione più garantistica delle misure patrimoniali *ante delictum*. Ci basti pensare alla già citata Proposta di direttiva in materia di confisca,

In questo filone si pone, come abbiamo visto, la recente sentenza della Corte di Cassazione che ha dichiarato la natura "oggettivamente sanzionatoria" della confisca misura di prevenzione (tanto da riconoscere l'applicazione di un principio sostanziale-cardine nel

²⁰⁸ V. A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione*, Padova, 2004.

²⁰⁹ Sul punto, v. *supra*.

diritto penale come quello di irretroattività)²¹⁰. Ciò dimostrerebbe che, nonostante le esigenze di difesa sociale e l'allarme che provoca la criminalità organizzata, il quadro delle garanzie per la confisca-misura di prevenzione sia destinato a cambiare.

Ciò varrebbe, a nostro parere, anche e *a fortiori* per l'amministrazione giudiziaria.

Come noto, infatti, la Corte Europea, dal caso *Labita*²¹¹ in poi, ha riconosciuto la compatibilità delle misure di prevenzione con i principi convenzionali in quanto fondate su una valutazione di pericolosità sociale del destinatario²¹². Il legame tra misura patrimoniale e pericolosità del soggetto è fortemente attenuato nell'ambito dell'amministrazione giudiziaria. Si tratta infatti di una misura *in rem* (basata sulla finzione della c.d. *guilty property*) e i soggetti titolari dei beni sono assolutamente privi della pericolosità tipica degli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa²¹³. Tra l'altro, il destinatario della misura non sarebbe il partecipe mafioso, *nemico* per eccellenza, ma un soggetto che opera nel mercato.

Perché però la Corte possa esprimersi e interessarsi alla misura dovremo aspettare in che essa acquisiti una maggiore consapevolezza del carattere afflittivo che riguarda le sanzioni che si applicano agli enti e che l'utilizzo dell'amministrazione giudiziaria da parte dei giudici nazionali diventi più frequente.

In definitiva, riteniamo che il riconoscimento della natura penale (e delle relative garanzie: prevedibilità, colpevolezza, principi del giusto processo) della misura in esame sia un traguardo ancora lontano, ma, nello stesso tempo, obbligato.

7. Conclusioni sullo scopo dell'amministrazione giudiziaria

Le riflessioni fin qui svolte ci hanno portato a soffermarci soprattutto sullo scopo e sulla funzione della misura. Si è detto che la funzione repressiva si nasconde nelle pieghe dell'amministrazione giudiziaria²¹⁴, sebbene il suo scopo sia dichiaratamente pedagogico e di bonifica.

La misura mira, come abbiamo visto, a ad arrestare l'infiltrazione delle organizzazioni mafiose nel mercato lecite e ad impedire che determinate attività lecite siano esercitate in

²¹⁰ Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, cit.

²¹¹ Corte EDU, Grande Camera, 1 marzo 2000, *Labita c. Italia*, cit..

²¹² «In tutte le pronunce emesse dalla giurisprudenza sovranazionale in tema di confisca di prevenzione si afferma, oltre alla non necessità di una precedente condotta costituente reato, la doverosità di accertare la pericolosità del soggetto che ne sia destinatario, quale presupposto giustificativo di un intervento ablatorio - sia pure non di carattere penale - strumentale alla tutela di pubblici interessi» Cass., sez. V, 13 novembre 2012, cit., 13.

²¹³ Sul punto, v. cap. II.

²¹⁴ Di avviso contrario, C. VISCONTI, *Proposte per recidere*, cit., 10.

posizioni di contiguità con esponenti della criminalità organizzata. Questo strumento, caratterizzato da componenti afflittive, avrebbe in altre parole il precipuo scopo di spezzare il legame tra mafia e imprese geneticamente sane, lasciando le seconde in grado di continuare ad operare nel mercato.

Abbiamo così individuato una funzione sostanzialmente opposta a quella delle misure di prevenzione. Non c'è traccia nell'amministrazione giudiziaria di quello scopo di neutralizzazione del soggetto o (per quelle patrimoniali) delle cose pericolose²¹⁵ che giustificherebbe, assieme alla particolare pericolosità dei destinatari, la diminuzione di garanzie che caratterizza il sotto-sistema preventivo²¹⁶. Come abbiamo visto, più che svolgere una funzione di neutralizzazione, l'amministrazione giudiziaria si occuperebbe di "curare" o "bonificare" il soggetto destinatario, mantenendo, al contempo, un contenuto retributivo e pedagogico.

Alla luce di tutto quanto esposto possiamo ritenere che l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica sia priva delle caratteristiche essenziali delle misure di prevenzione: i destinatari della sanzione sono soggetti che non attaccano le radici dello Stato di diritto e, in quanto imprese lecite, sono prive di una particolare pericolosità; la misura non esprime una funzione di neutralizzazione ma piuttosto di reintegrazione dell'impresa nel mercato.

Ciò considerato, possiamo arrivare a concludere che lo strumento previsto nell'art. 34 d.lgs. 159 cit. non possa essere inquadrato tra le misure di prevenzione né (soprattutto) possa subire le limitazioni alle garanzie proprie di questo sotto-sistema.

Insomma, la misura prevista dall'art. 34 d.lgs. 159/2011 non può essere sussunta nel paradigma, per come lo abbiamo inteso, del *diritto penale del nemico*.

²¹⁵ V. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., 546. V. sul punto cap. I, sez. II.

²¹⁶ Sul punto, v. cap. I, sez. II.

CAPITOLO III

SPUNTI PER UNA RIFORMA DELL'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA DEI BENI CONNESSI AD ATTIVITÀ ECONOMICHE

SEZIONE I

L'AMMINISTRAZIONE GIUDIZIARIA E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

Sommario: 1. Premessa. – 2. La disciplina della responsabilità degli enti. – 2.1 Natura e struttura della responsabilità degli enti. – 2.2 I modelli di organizzazione e gestione. – 2.2.1 Limiti ed aspetti problematici dei c.d. modelli organizzativi. – 2.3 I reati-presupposto. 2.4 Le sanzioni. Il commissariamento giudiziale. – 2.4.1 Natura e funzioni delle sanzioni applicabili agli enti. – 2.4.2. Le sanzioni interdittive. – 2.4.3 Il commissariamento giudiziale. – 3. Il d.lgs. n. 231/2001 tra collaborazione e prevenzione speciale positiva. Un possibile sostituto dell'amministrazione giudiziaria? – 4. Il rapporto tra d.lgs. n. 231/2001 e la criminalità organizzata. – 5. Responsabilità degli enti e criminalità organizzata: le sentenze del Tribunale di Milano.

1. Premessa

Nelle pagine precedenti abbiamo descritto le caratteristiche essenziali dell'amministrazione giudiziaria. Abbiamo visto come si tratti di una sanzione difficilmente inquadrabile nel sotto-sistema delle misure di prevenzione.

L'impresa che agevola le organizzazioni mafiose non è infatti caratterizzata da quella particolare pericolosità che giustifica l'esigenza di neutralizzazione (in un'ottica di mera prevenzione speciale negativa) e le limitazioni alle garanzie fondamentali del diritto penale.

È vero che la misura in esame è ispirata da una logica di prevenzione del rischio (in particolare, di infiltrazione delle mafie nel mercato) che la renderebbe accomunabile alle misure *praeter delictum* ma, come abbiamo già detto, tale approccio pervade in misura sempre maggiore ampi settori (o sotto-sistemi) del diritto penale e non può essere quindi considerato un tratto distintivo delle sole misure di prevenzione.

L'ottica prevenzionistica caratterizza, tra l'altro, anche la disciplina della "Responsabilità amministrativa degli enti", introdotta l'8 giugno 2001 con il d.lgs. n. 231¹.

Come abbiamo detto, la misura che si applica alle imprese *contigue* sembra porsi proprio al centro di due diversi sotto-sistemi dotati di autonomia dogmatica: quello delle

¹ Come abbiamo già detto, si tratterebbe anche in questo caso di un diritto penale del rischio. Sul punto, v. cap. I, sez. II e A. ALESSANDRI, *Corporate governance nelle società quotate*, cit., 537.

misure di prevenzione e quello della responsabilità degli enti, espressioni di modelli inconciliabili, ma volti, entrambi, alla prevenzione del rischio² e alla tutela della c.d. sicurezza collettiva³.

Nell'*incipit* del nostro lavoro abbiamo definito la disciplina della responsabilità degli enti espressione del "diritto penale dell'amico". Il d.lgs. n. 231 cit. ha infatti introdotto una corresponsabilizzazione dell'impresa che deve conformarsi all'appello preventivo, adottando un modello organizzativo⁴.

In definitiva, il legislatore ha optato per un diritto penale "interattivo" che fa leva sulla capacità di autocontrollo della società. L'ordinamento collabora con l'ente per eliminare (o ridurre) il rischio di reati nel mercato, senza estromettere da quest'ultimo le imprese sostanzialmente sane.

Ciò detto e avendo rinunciato all'idea che l'esigenza di intervenire sulle imprese *contigue* possa essere soddisfatta attraverso gli strumenti e la disciplina del sotto-sistema preventivo, proveremo a valutare l'idoneità a tale scopo della responsabilità c.d. amministrativa degli enti.

Dopo aver tratteggiato alcune delle caratteristiche essenziali della disciplina, cercheremo quindi di valutare la possibilità di sanzionare le imprese *sane* ma *infiltrate* attraverso tale decreto e il modello sanzionatorio del diritto penale *dell'amico*.

2. La disciplina della responsabilità degli enti

Il d.lgs. n. 231 del 2001 ha visto la luce dopo un lungo periodo di gestazione⁵, superando una lunga tradizione giuridica (fedele al brocardo *societas delinquere non potest*) che ne aveva sempre escluso l'ammissibilità⁶.

D'altra parte, il principio secondo il quale gli enti non potevano commettere reati né essere puniti mostrava già da tempo «le rughe impresse dal tempo»⁷ e l'esigenza di colpire

² V. cap. I, sez. II e le già citate riflessioni di M. DONINI, *Sicurezza*, cit., 3565.

³ V. cap. I, sez. II.

⁴ M. CAPUTO, *La mano invisibile. Codici etici e cultura d'impresa*, cit., 29.

⁵ Sul punto, v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, cit., 1 ss. e in part. 6.

⁶ Sul mantenimento di questo dogma hanno giocato un ruolo importante oltre all'ordinamento italiano, quello tedesco, greco e spagnolo. V. C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 174 s. e G. DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti: la "parte generale" e la "parte speciale" del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti*, cit., 60.

⁷ S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in S. VINCIGUERRA, M. CERESA-GASTALDO, A. ROSSI, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2005, 2.

oltre al reo-persona fisica anche l'ente risultava imprescindibile⁸. Erano ormai «maturi (...) i tempi per “fare i conti” con la *criminalità d'impresa* mediante l'introduzione di una inequivoca responsabilità *diretta* (...) della *societas* per i reati lesivi di rilevanti beni collettivi commessi nell'interesse di questa da persone fisiche operanti al suo interno»⁹.

Il legislatore del 2001 ha quindi delineato una nuova forma di responsabilità a carico degli enti collettivi, in base alla quale l'impresa risponde per reati (non per tutti, ma soltanto per quelli espressamente previsti) commessi nel suo interesse o a suo vantaggio da soggetti posti in posizione “apicale” o “subordinata” sempre che l'ente versi nella c.d. “colpa d'organizzazione”.

Nonostante la riforma fu accolta con generale favore¹⁰, i problemi interpretativi che la disciplina ha portato con sé sono numerosissimi. Data l'ampiezza del tema, non potremo che concentrarci su alcuni dei profili che riteniamo più rilevanti ai fini della nostra indagine.

2.1 Natura e struttura della responsabilità degli enti

Ripercorriamo quindi, se pur per brevi cenni, alcuni aspetti della disciplina della responsabilità *ex crimine* dell'impresa. Tale analisi sarà utile quando proveremo a valutare la compatibilità del “modello 231” con l'esigenza punitiva sottesa all'art. 34 d.lgs. n. 159 cit.

Una delle questioni ancora aperte riguarda la natura della responsabilità delle persone giuridiche.

Come noto, la dottrina si è divisa tra chi ne ha ravvisato la natura sostanzialmente penale¹¹, chi invece la considera strumento proprio del diritto amministrativo¹² e chi l'ha

⁸ Sul punto, v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 5 la quale sottolinea che il fatto che il diritto penale dell'economia fosse basato soltanto sulla punizione delle persone fisiche costituisse un'anomalia e una perdita di garanzia. Da una parte, infatti, poiché l'importo della sanzione amministrativa era frequentemente sopportato dall'impresa di cui faceva parte il soggetto agente, una punibilità degli enti esisteva già nei fatti. D'altra parte, nei pochi casi in cui non era l'ente a “pagare” per la persona fisica, la sanzione per comportamenti che derivavano dalla politica aziendale e la facilità per l'impresa di modificare i centri di imputazione formale provocava un aggiramento della responsabilità personale.

⁹ G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo dipendente da reato: criteri di imputazione e qualificazione giuridica*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, cit., 4 s. È il caso di ricordare che numerosi atti internazionali chiedevano ai singoli Stati di introdurre una responsabilità a carico delle persone giuridiche. Tra gli altri, v. la Convenzione europea relativa alla tutela degli interessi finanziari delle comunità europee del 26 luglio 1995; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997; la Convenzione internazionale per la repressione del finanziamento del terrorismo del 9 dicembre 1999.

¹⁰ V., tra gli altri, C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 173, secondo il quale «il nostro paese si è dotato di un modello generale di responsabilità sanzionatoria degli enti collettivi che, per struttura e finalità, sembra capace di integrare un efficace strumento di controllo sociale».

¹¹ V. G. DE VERO, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità punitiva degli enti collettivi*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello*, cit., 89 ss.; A. MANNA, *La c.d. responsabilità*

definita una sorta di *tertium genus*, «partecipe della natura di entrambi gli illeciti, penale ed amministrativo»¹³.

Nonostante una parte della dottrina ritenga irrilevante tale questione¹⁴, crediamo che sia, seppure difficilmente risolvibile, foriera di rilevanti aspetti pratici.

L'analisi precedente ci ha dimostrato come la qualificazione di illeciti e sanzioni, al di là dei *nomina*, sia in ambito europeo essenziale per l'applicazione dei diritti, sostanziali e processuali, propri della materia penale¹⁵. Alla luce di ciò, il problema della qualificazione della responsabilità delle persone giuridiche si trasforma a tutti gli effetti in un problema di garanzie e diventa quindi più urgente.

Il tema meriterebbe un approfondimento autonomo. In questa sede possiamo soltanto limitarci a dire che le infrazioni e le misure previste nel decreto, se valutate con i "soliti" criteri individuati dalla Corte europea, sembrerebbero avere le caratteristiche della materia penale¹⁶. Ciò non vale comunque a negare la peculiarità dello strumento introdotto dal legislatore del 2001, che è data, in particolare, dal destinatario delle sanzioni, vale a dire l'impresa. Si tratta insomma di un diritto punitivo (che dovrebbe essere applicato con le garanzie tipiche del diritto penale, se compatibili) che però non può che avere un volto differente dal diritto penale classico.

Al di là di questo dibattito, ben più interessanti ai nostri fini sono le dispute che hanno preceduto l'adozione del decreto in riferimento alla struttura della responsabilità.

amministrativa, cit., 1109 ss.; T. PADOVANI, *Il nome dei principi ed il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello*, cit., 13 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento: profili sistematici*, in AA.VV., *Societas puniri ipotest*, cit., 23.

¹² Tra gli altri, v. M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 398 secondo il quale «una responsabilità penale in senso stretto, del tipo di quella accolta in altri ordinamenti e di recente anche nel codice francese, avrebbe sollevato da noi problemi, de iure condito, sotto il profilo dell'art. 27 Cost., disposizione che invece non è riguardata da una responsabilità che propriamente penale non è»; G. MARINUCCI, *Societas puniri potest: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1201 ss.; G. COCCO, *L'illecito degli enti*, cit., 116 ss.

¹³ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit. 14. Tale tesi è anche nella relazione alla legge delegata.

¹⁴ Di quest'avviso A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, cit., 45 ss.; D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato" degli enti*, cit., 415 ss.; propende per la natura penale della responsabilità, ma ritiene che la questione andrebbe "sdrammatizzata", G. DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., 80.

¹⁵ Ma ciò era stato intuito già da O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 13.

¹⁶ La Corte EDU non si è tuttavia mai pronunciata sulla disciplina. Pone l'accento sul requisito dell'afflittività, pur sostenendo la natura *ibrida* della responsabilità, O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 15. L'autrice osserva come specialmente le sanzioni interdittive previste dal decreto sembrano incidere in misura rilevante sulla capacità economica della società. Sulla gravità di quest'ultime sanzioni v. F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, cit., 2489 ss.

Si trattava infatti di individuare il presupposto logico, prima che normativo, attraverso il quale giustificare una sanzione a carico dell'ente collettivo per un reato commesso dalla persona fisica.

Ripercorreremo le diverse tesi proposte, con un'avvertenza: esse sono dotate di un elevato grado di elaborazione ma appartengono al passato e non possono essere così facilmente utilizzate, «se non come esempi della possibilità di “modi” diversi di pensare il problema (...) in rapporto ai sistemi positivi di contingente riferimento»¹⁷.

Una delle più note è quella c.d. *finzionistica*, elaborata dalla pandettistica tedesca, in base alla quale la persona giuridica sarebbe da considerare soltanto una finzione, edificata su una struttura giuridica, priva di caratteri di *realtà*; si tratterebbe, secondo quest'orientamento, di una sorta di “disciplina speciale” foriera di immunità¹⁸.

Secondo la tesi opposta, vale a dire quella della “realtà”, di matrice francese, la disciplina della responsabilità degli enti avrebbe creato una sorta di *macranthropo*¹⁹: l'ente sarebbe un vero e proprio soggetto di diritti e i suoi rappresentanti non si porrebbero in un rapporto di alterità rispetto all'impresa, essendone “gli organi”²⁰.

La visione organicistica è stata criticata da alcuni interpreti del diritto²¹ e ha portato con sé numerosi problemi circa l'individuazione dei soggetti-persone fisiche capaci di esprimere il rapporto di immedesimazione con l'ente²². Ciò nonostante essa ha incontrato un certo favore anche in una parte della dottrina italiana²³ ed è stata parzialmente condivisa dal d.lgs. n. 231 cit. Come vedremo meglio, l'impresa risponde infatti del reato posto in essere da determinati individui, se l'illecito è stato commesso “nell'interesse o nel vantaggio” dell'ente²⁴.

L'allontanamento dalle teorie che individuavano l'impresa come una sorta di “omone” avvenne quando si iniziò a discutere del concetto di “colpa d'organizzazione” (sul quale più

¹⁷ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 199.

¹⁸ Per una ricostruzione, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 199.

¹⁹ A. ALESSANDRI, sub *Art. 27*, cit., 155.

²⁰ Riassume la teoria O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 19. V. anche C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., 208 ss.

²¹ Si è detto che se intesa alla lettera, la teoria porterebbe a considerare l'ente come unico autore del reato, potendosi parlare di una sorta di “autoria mediata”, in contrasto con le intenzioni del legislatore delegante e delegato e le esigenze di politica criminale. Sul punto O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 20 che cita, sull'autoria mediata, le riflessioni di C.F. GROSSO, *Responsabilità penale*, cit., 712 e A. ALESSANDRI, sub *Art. 27*, cit., 158.

²² Per una ricostruzione, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 204.

²³ C.E. PALIERO, *La responsabilità*, 2002, 51.

²⁴ Sul punto, v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 20.

ampiamente *infra*) nell'ambito della precolpevolezza²⁵. Perfino nell'ordinamento anglosassone la teoria dell'immedesimazione mostrava per tali ragioni le prime *crepe*²⁶. Sembrava più corretto considerare l'ente non già un *superuomo* ma come una struttura complessa, il cui perno essenziale coincideva con l'apparato organizzativo.

Venendo adesso all'ordinamento italiano, il limite essenziale all'adozione di una responsabilità delle persone giuridiche risiedeva nel principio di responsabilità penale, personale e colpevole, espresso dall'art. 27 Cost.

La teoria organicistica era infatti in grado di risolvere il contrasto con il divieto di responsabilità per fatto altrui, ma, secondo molti, non si conciliava con il principio di colpevolezza²⁷.

Qual è stata dunque la scelta del legislatore delegato del 2001?

Secondo un autore, sebbene il decreto 231 conservi alcuni debiti con la teoria dell'immedesimazione organica²⁸, avrebbe come presupposto (quasi contrario) la scissione tra imprese e persona fisica: «un ente che può anche non possedere una personalità giuridica (...) essendo sufficiente che si ponga in una situazione di alterità dialettica con la gestione dell'attività e le persone fisiche che la svolgono»²⁹.

Riteniamo che la tesi sia soltanto in parte condivisibile. Nel decreto convivono infatti due diversi modelli di imputazione.

Da una parte, come abbiamo detto, ci sembra che la struttura si fondi proprio sul rapporto di immedesimazione organica, laddove riferisce la responsabilità dell'impresa ai soli reati commessi da determinate persone fisiche “nell'interesse o a vantaggio” dell'ente stesso, ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 231 cit.

²⁵ K. TIEDMANN, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 615. Per una ricostruzione v. anche G. DE SIMONE, *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, cit., 1895 ss.

²⁶ Ci si riferisce alle vicende processuali riguardanti i due disastri, di Zeebrugge del 1987 e di Southwall del 1997. In questi due casi le società erano state assolte perché non si era riusciti a provare i comportamenti negligenti dei vertici dell'impresa. Sul punto, v. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 204 e bibliografia ivi citata.

²⁷ Di avviso contrario, A. ROSSI, *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili ed i modelli organizzativi*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, 394.

²⁸ Quest'ultima sembrerebbe ravvisarsi, anche se solo in parte, nel caso di reato commesso da soggetto “apicale”, poiché la colpevolezza per la politica d'impresa finirebbe per coincidere con la colpevolezza dell'autore del reato presupposto. Come è stato giustamente osservato, però, questa immedesimazione sarebbe non assoluta in quanto l'ente può sempre dimostrare, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 231 cit., l'assenza di una propria colpevolezza. Sul punto G. DE SIMONE, *Societas e responsabilità da reato*, cit., 1911.

²⁹ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 204.

Poiché però tale modello risultava inidoneo a superare il contrasto con il principio sancito dall'art. 27 Cost., il legislatore ha previsto un ulteriore criterio tale da fondare la c.d. "colpevolezza d'impresa". Nella relazione governativa si legge che il «reato dovrà costituire anche espressione della *politica aziendale* o quanto meno derivare da una *colpa di organizzazione*»³⁰. Si tratterebbe, come vedremo di qui a poco, di una responsabilità «*ipernormativa e oggettivata, contraddistinta da una spiccata vocazione preventiva ed essenzialmente colposa*»³¹.

La coesistenza di queste due teorie ha quindi dato vita all'attuale fisionomia del decreto n. 231, ben nota ormai ai penalisti: tale responsabilità nasce dalla realizzazione (anche soltanto nella forma tentata) di predeterminati reati; l'autore del reato deve avere una particolare posizione soggettiva (i c.d. soggetti apicali o subordinati, che esprimono in qualche misura un rapporto di immedesimazione con l'ente); il reato deve essere commesso nell'interesse o vantaggio dell'impresa (il criterio rafforzerebbe il rapporto di immedesimazione); l'ente deve aver omesso di predisporre ed efficacemente attuare adeguati modelli di organizzazione e gestione (e ciò fonda la c.d. colpa d'organizzazione)³².

Tralascieremo per adesso l'analisi relativa al criterio di imputazione oggettiva e ci concentreremo invece proprio sulla *colpa* dell'ente.

2.2 I modelli di organizzazione e gestione

Come detto, il d.lgs. n. 231 cit. prevede come criterio di imputazione della responsabilità all'ente una *colpevolezza normativa*, che si sostanzia nella mancata predisposizioni di controlli nell'assetto organizzativo dell'ente volti ad impedire il perpetrarsi di reati nell'ambito dell'attività di impresa³³. L'esigenza di individuare un criterio di imputazione soggettiva (e di colpevolezza) era sorta, come noto, dalla obiezione secondo cui la rimproverabilità necessitava di una struttura fisica e di una "storia individuale"³⁴ e, soprattutto, come detto, dal limite posto dall'art. 27 Cost.

Nell'ordinamento italiano erano infatti previste ipotesi di responsabilità degli enti (si pensi alla materia *antitrust*, radiotelevisiva o dell'intermediazione mobiliare) basate soltanto

³⁰ *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti*, cit., 100.

³¹ G. DE SIMONE, *Societas e responsabilità*, cit., 1911.

³² Per un'efficace sintesi della struttura della responsabilità dell'ente, v. A. ROSSI, *La responsabilità degli enti*, cit., 295 ss.

³³ G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo*, cit., 10. L'autore fa rientrare il comportamento negligente nell'ambito di una specie di *politica organizzativa* dell'ente.

³⁴ A. ALESSANDRI, *Reati di impresa*, cit., 58.

su un modello oggettivo di imputazione. Si trattava però di discipline (almeno nominalmente) amministrative, nell'ambito delle quali il limite del principio di colpevolezza (non essendo costituzionalmente previsto) si poneva in misura meno marcata³⁵. Tali ipotesi sembrano peraltro meno censurabili poiché riguardano singoli sotto-sistemi e non pretendono di fondare, come invece il decreto 231, una impalcatura universale sulle sanzioni a carico degli enti³⁶.

Volendo invece ipotizzare una disciplina generale sulla responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, il legislatore ha dovuto individuare strumenti tali da superare l'astratta incompatibilità con l'art. 27 Cost.

Il decreto ha pertanto costruito la responsabilità «sotto l'ombrello delle coperture costituzionali in materia penale»³⁷ e ha individuato criteri di imputazione soggettiva che fondassero la colpevolezza dell'ente³⁸.

Non potendoci dilungare, ci limiteremo ad inquadrarne gli elementi essenziali, rinviando alla dottrina che se ne è occupata³⁹.

In linea generale, possiamo dire che la responsabilità dell'impresa sorge dal fatto che alcuni reati posti in essere al suo interno sono il risultato o di una diretta politica aziendale ovvero della disorganizzazione e della mancanza di controllo all'interno della società stessa.

Dall'ambito di applicazione del decreto n. 231 esulerebbe la prima ipotesi e vi rientrerebbe soltanto la seconda, essendo il criterio di attribuzione fondato sostanzialmente su base colposa⁴⁰. «Spetta all'impresa assumere le misure necessarie per prevenire gli illeciti penali da parte di chi è in grado di commetterli in vista del ruolo e della posizione che in essa

³⁵ V. M. ROMANO, *Societas*, cit., 1039 ss; C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1038 s.

³⁶ Questo è quanto ci sembra si possa dedurre dalle riflessioni di O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 27, n. 69.

³⁷ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 28.

³⁸ Una scelta che non farebbe che fotografare la normatività della colpevolezza, intesa come rimproverabilità. V. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 29. Sulla forma di colpevolezza ascritta all'ente v. anche A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, cit., 46; M. ROMANO, *La responsabilità amministrative degli enti*, cit., 401.

³⁹ V., tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche*, cit., 46; M. ROMANO, *La responsabilità amministrative degli enti*, cit., 401; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa*, cit., 1106; O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 77 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 147; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit., 71, 112; V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa*, cit., 110.

⁴⁰ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 81 fa notare come sarebbe stato più corretto invece differenziare l'ipotesi in cui il reato è "voluto" dall'ente tra le scelte di politica aziendale da quelle in cui l'illecito è consentito da una sorta di *culpa in vigilando*. L'autrice evidenzia però anche le ragioni che giustificano tale unificazione (82). Sul punto *infra*. Sulla possibile distinzione tra dolo e colpa nella responsabilità dell'ente collettivo, v. F. VOLK, *La responsabilità penale degli enti collettivi*, cit., 194 s.

riveste»⁴¹. Il reato rientrerebbe infatti tra i rischi di impresa che quest'ultima potrebbe prevenire agendo nel campo delle dinamiche organizzative e gestionali⁴².

La scelta di indirizzare la risposta sanzionatoria nei confronti della seconda ipotesi (quella, cioè, "colposa") è derivata direttamente dal fatto che il legislatore intendeva colpire quelle «realità imprenditoriali *fisiologicamente* sane anche se operanti in modo occasionalmente illegale (...) piuttosto che [gli] enti criminali»⁴³.

La colpevolezza è stata quindi tradotta nella necessaria adozione di modelli organizzativi e di gestione, seguendo l'esempio dei *compliance programs* americani⁴⁴. La costruzione della c.d. colpa d'organizzazione attraverso l'obbligo⁴⁵ di adozione del modello ha ecceduto però rispetto alla delega, la quale prevedeva infatti che tali protocolli potessero precludere l'applicazione delle sanzioni interdittive e permettere la diminuzione da un terzo alla metà delle sanzioni pecuniarie. Nella formulazione del decreto l'adozione di un modello idoneo e la sua efficace attuazione si sono trasformate invece da circostanza attenuante a elemento liceizzante⁴⁶.

Ancora, la colpa d'organizzazione è costruita su un modello unitario⁴⁷, nonostante il decreto n. 231 distingua i casi in cui il reato sia commesso da un soggetto collocato ai vertici

⁴¹ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 77.

⁴² C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 181.

⁴³ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 82.

⁴⁴ Sul punto, v. C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni del diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 118 s.; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, cit., 473 s.

⁴⁵ Sebbene secondo l'impostazione tradizionale si tratterebbe di un onere, ci sembra più corretto considerarlo un vero e proprio obbligo. Ciò si desume dalla struttura della responsabilità dell'ente ma soprattutto risulta chiaro se si considerano alcune norme del diritto societario, a seguito della riforma del 2003. In particolare, l'art. 2381 c.c. impone agli organi societari «di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa azionaria, informandone il consiglio di amministrazione, chiamato, a sua volta, a "valutare" tale adeguatezza»; l'art. 2403 c.c. impone ai sindaci di vigilare sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza della struttura organizzativa, amministrativa e contabile della società. Sul punto, v. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. 231/2001*, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, III, cit., 2057 s. e bibliografia ivi citata. V. anche G. FORTI, *Uno sguardo "ai piani nobili" del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1257, che pone a sostegno del carattere obbligatorio anche l'art. 30, T.U. Sicurezza, introdotto con il d.lgs. n. 81/2008.

⁴⁶ Così, S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 17. Sulla diversa natura attribuita all'adozione del modello (come esimente, esclusione della punibilità o causa impeditiva della realizzazione degli elementi costitutivi della responsabilità) v. la ricostruzione di T. EPIDENDIO, *Commento all'art. 6*, in AA.Vv., *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda, E.M. Mancuso, G. Spangher, G. Varraso, Torino, 2006, 61 ss. Dobbiamo inoltre ricordare come nel nostro ordinamento i modelli svolgono una funzione anche riparatoria. Difatti, dall'adozione dei modelli *post delictum*, se ovviamente idonei, deriva la riduzione della sanzione pecuniaria e l'inapplicabilità di quelle interdittive. Sul punto v. G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., 1254.

⁴⁷ G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., 1255; v. anche le riflessioni di F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., 2496 ss.

dell'azienda o sottoposto all'altrui direzione. In entrambe le ipotesi infatti il criterio d'imputazione soggettiva coincide con la mancata adozione dei modelli. Secondo alcuni, il legislatore non sarebbe stato in grado di cogliere le differenze che si pongono nei due casi: nel primo, i soggetti esprimerebbero un coinvolgimento pieno, mediato dal solo rapporto di immedesimazione organica (anche quando quindi non rappresentino la politica d'impresa); i secondi mostrerebbero una colpa d'organizzazione in senso stretto⁴⁸.

In verità, come noto, le due ipotesi nel dettato normativo non sono del tutto identiche, ma è stata prevista una distinzione in relazione all'onere della prova⁴⁹. Nella prima, l'onere della prova (positiva, di adozione e attuazione del modello e di elusione fraudolenta da parte del dirigente) spetterà all'ente⁵⁰, nella seconda (la prova negativa, di mancanza di tale apparato organizzativo) graverà in capo alla pubblica accusa⁵¹. Questo porterebbe, secondo alcuni, a connotare diversamente, da un punto di vista dogmatico, l'adozione del modello, a seconda di chi sia l'autore del reato presupposto. Nel caso di apicale si tratterebbe di una scusante, nel caso di subordinato l'onere si trasformerebbe in un elemento positivo dell'illecito dell'ente⁵².

Tralasciando la questione prettamente dogmatica, osserviamo soltanto come la differenza dell'onere della prova sembrerebbe giustificata dal diverso rapporto che esiste tra i soggetti e l'impresa⁵³ e risulta, anche se non si adotta una visione antropomorfa della responsabilità degli enti, tutto sommato condivisibile.

⁴⁸ G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, cit., 12 ss. Ritene invece che ciò sia stato tradotto nel decreto 231 G. DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit. 106 ss.

⁴⁹ Sulla difficile distinzione tra le due ipotesi, v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 109 s. secondo la quale ne deriverebbe «un sistema nato vecchio». (110); G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo*, cit., 15. Contrario alla concezione unitaria E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, cit., 1745 ss.

⁵⁰ In particolare, in base all'art. 6, l'ente deve fornire la prova che l'organo apicale abbia adottato e attuato efficacemente modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire il rischio di reato; abbia istituito un organismo deputato a vigilare sull'osservanza del *compliance program*; che tale controllo sia stato effettivo ed adeguato; che il reato non costituisca il frutto dell'iniziativa fraudolenta di un *vertice*.

⁵¹ Osserva S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 18 s. che la differenziazione tra soggetti apicali e subordinati nella costruzione dell'illecito dell'ente richiama (e forse è dovuta) alla teoria civilistica anglosassone dell'identificazione, ma l'inversione dell'onere della prova «resta farina del sacco italiano».

⁵² G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo*, cit., 16; G. DE SIMONE, *I profili sostanziali*, cit. 107 e 112, secondo il quale entrambi i casi rappresenterebbero però una colpevolezza essenzialmente colposa, molto vicina alla misura oggettiva della colpa. Secondo E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità*, cit., 1765, non si tratterebbe di una scusante, poiché, nel caso in cui il reato presupposto sia realizzato da soggetti apicali, l'ente è comunque condannato, pur in presenza di un modello idoneo ed efficace, alla pena della confisca.

⁵³ Secondo alcuni, addirittura, nel caso di un soggetto "apicale" non dovrebbe neppure prevedersi la necessità di un criterio di colpevolezza. Tra gli altri, v. D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato"*, cit., 4126; G. DE VERO, *La responsabilità dell'ente collettivo*, cit., 12. Secondo l'autore i vertici dell'azienda

Il d.lgs. n. 231 cit. definisce inoltre i requisiti del modello organizzativo ma la descrizione risulta assolutamente vaga.

Diversamente non poteva essere. Il panorama delle imprese (e, conseguentemente, delle ipotizzabili strutture organizzative), per tipologia societaria e settore d'attività, è impossibile da compendiare in un testo scritto. «Per le caratteristiche sistemiche delle aziende, che hanno entità singolarmente distinte e con propri caratteri distintivi irripetibili, il modello organizzativo non può che essere generico e standardizzato»⁵⁴. Si tratta, quindi, come abbiamo anticipato, di una sorta di delega che il legislatore, consapevole del proprio *deficit* cognitivo, conferisce al privato: è la richiesta di collaborazione dello Stato all'impresa. L'ente adotta cioè una serie di regole cautelative per «orientare l'attività dell'ente in modo virtuoso, per evitare piani inclinati verso l'illegalità, per prevenire le smagliature nelle possibilità di controllo, per favorire un'efficiente circolazione delle informazioni»⁵⁵.

Insomma, come abbiamo anticipato, il sistema dei modelli ha creato un *enforcement* interattivo e si «ispira[...] ad un paradigma di tipo aperto»⁵⁶ che inserisce tra le fonti del diritto penale quella privata e attribuisce rilievo, per la prima volta *ex lege*, all'autoregolamentazione⁵⁷. È stato istituito un «autentico *supporto materiale* del dovere organizzativo», «regole *autonorme*, che integrano un programma di autodisciplina» volto a «mappare le aree esposte al rischio-reato e individuare i soggetti più esposti al rischio»; «forgiare regole cautelari orientate a ridurre il rischio-reato»; «predisporre adeguati meccanismi di controllo sulla funzionalità del modello e sulla necessità di adeguamenti»; e «prevedere un sistema disciplinare rivolto a sanzionare i comportamenti devianti, implementato da meccanismi di scoperta/chiarimento degli illeciti»⁵⁸.

Quali sono i pregi di un paradigma di imputazione così costruito? Come è stato sostenuto, il sistema dei modelli introdotto dal decreto n. 231 permette una mirata funzionalità della risposta sanzionatoria, poiché la pena è omogenea alla reazione (tra reato commesso e

esprimerebbero un coinvolgimento pieno, dovuto all'immedesimazione organica con l'ente; gli illeciti commessi dai dipendenti segnalerebbero soltanto un *deficit* di controllo e vigilanza. L'autore conseguentemente critica il fatto che il legislatore abbia previsto cornici edittali uniche e non misurate in base ai diversi collegamenti "soggettivi" del reato con l'ente (13). V. anche più di recente. C. PIERGALLINI, *Paradigma dell'autocontrollo*, cit., 2052.

⁵⁴ P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, in AA.VV., *Reati e responsabilità*, cit., 140.

⁵⁵ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 225.

⁵⁶ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 93.

⁵⁷ Ciò non toglie che vi siano altre ipotesi di autodisciplina nell'ordinamento, ma nessuna di queste ha subito un riconoscimento legislativo. Tra le altre v. il settore della responsabilità medica e l'importanza delle linee guida. V. M. CAPUTO, *La mano invisibile*, cit.

⁵⁸ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 2056 s.

settore d'impresa) e interattiva (fino addirittura alla fase esecutiva). Nello stesso tempo soddisfa esigenze di prevenzione speciale, e ciò si evince dalla progressione sanzionatoria; di prevenzione generale negativa, poiché i modelli hanno il fine di azzerare (o meglio, limitare) i rischi di reato; e infine di prevenzione generale positiva, come strumento di ricomposizione del conflitto⁵⁹. Secondo un orientamento, la responsabilità basata sull'adozione del modello organizzativo avrebbe potenzialità preventive, «propulsive e di miglioramento in chiave di legalità delle culture aziendali»⁶⁰. Sul punto avremo modo di tornare.

2.2.1 Limiti ed aspetti problematici dei c.d. modelli organizzativi

Nonostante i numerosi aspetti positivi, già da tempo si ravvisano i limiti che il sistema della collaborazione fondato sull'adozione del modello porta con sé. Un autore, anticipando quanto sarebbe effettivamente accaduto nel diritto vivente, sottolineava che «se nonostante la presenza del modello (...) è stato commesso un reato (...) ciò significa che il modello, sebbene astrattamente idoneo a prevenire il reato, non si è in concreto rilevato capace ed allora non è ragionevole far dipendere l'irresponsabilità dell'ente dall'adozione di un modello il quale, sebbene astrattamente idoneo a prevenire il reato, ha in concreto fallito la prova»⁶¹. Come è stato osservato, il modello (così come molte delle regole cautelari) può soltanto ridurre il rischio di un reato e non già creare una barriera assoluta per la commissione dell'illecito penale: «come nella scienza, il rischio zero non esiste»⁶².

Forse più conveniente sarebbe stato, rifacendosi alla disciplina dei *compliance programs* nordamericani, lasciare i modelli come mera causa di attenuazione della responsabilità⁶³.

⁵⁹ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit. 114 s. Sulle funzioni svolte dalla responsabilità degli enti v. anche C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 189 s.

⁶⁰ G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., 1250, il quale richiama una delle conclusioni dell'indagine Assonime del 2008, dove si legge: «il principale contributo positivo che deriva dall'ingresso del d.lgs. 231/2001 nel nostro ordinamento, e che trova conferma nell'indagine effettuata, è rappresentato dal riconoscimento del valore delle procedure organizzative come strumenti per assicurare il buon governo dell'impresa. Inoltre, la normativa ha rappresentato l'occasione per ripensare in modo radicale l'efficienze delle strutture organizzative dell'impresa e dei controlli interni» *L'esperienza pratica di ASSONIME. Indagine sull'attuazione del decreto legislativo 231/2008*, Roma, Maggio 2008, 35.

⁶¹ S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 20; v. anche A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 225.

⁶² A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 225.

⁶³ S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 20. Ricordiamo però che negli Stati Uniti, l'adozione da parte dell'ente dei *compliance programs* può anche "impedire" l'esercizio dell'azione penale e consentire l'attuazione di una specie di *probation*. V. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 219.

Si è detto inoltre che la disciplina del d.lgs. n. 231 cit. ha guardato proprio ai modelli americani. Oltreoceano però i *compliance programs* non erano e «non sono un enigma, un evento misterioso e imprevedibile che improvvisamente si palesa, uscendo come Atena dalla testa di Giove, ma hanno radici profonde e ben individuabili nel sistema statunitense»⁶⁴. I modelli negli Stati Uniti hanno attraversato un lungo percorso di sedimentazione. Essi sono infatti derivati dai c.d. codici etici diffusi negli Stati Uniti fin dal XX secolo. Ci basti pensare che negli anni Novanta il 90 % delle imprese aveva adottato un modello⁶⁵ e in molte aziende americane sono previste da tempo strutture apposite come i comitati che si occupano dell'etica aziendale⁶⁶. Tale lunga gestazione è riuscita ad attribuire ai *compliance programs* oltreoceano una certa effettività.

In Italia, al contrario, l'imposizione del modello è stata improvvisa ed è venuta "dall'alto". Le imprese si sono trovate così, assolutamente impreparate, a elaborare regole cautelari per la prevenzione dei reati. «Il rischio di fallimento si annida dunque in una sostanziale impreparazione cui si accompagnerà fatalmente la pessimistica riluttanza nei confronti della ristrutturazione organizzativa societaria in chiave preventiva»⁶⁷.

Se questo era il presagio, nell'applicazione pratica del decreto n. 231 l'adozione del modello si è trasformato in una costosa pratica burocratica. Si è generato un sistema di modelli generici o in *ciclo-stile*, sostanzialmente (e spesso inevitabilmente) di facciata⁶⁸, che hanno, al contempo, un prezzo ingente per l'impresa.

Ma non è tutto. Fin dall'introduzione della disciplina, era stato osservato, con *apprensione*, che lo strumento dei modelli ("idonei ed efficacemente attuati") lasciava uno spazio incontrollabile alla discrezionalità del giudice⁶⁹.

⁶⁴ C. DE MAGLIE, *L'etica*, cit., 104.

⁶⁵ Sul punto, v. R.L DAFT, *Organizzazione aziendale*, Milano, 2004, 357.

⁶⁶ R.L DAFT, *Organizzazione*, cit., 355.

⁶⁷ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 86. L'autrice osserva come la riluttanza del mondo dell'impresa si sia mostrata anche nella fase preparatoria del decreto legislativo. Sul punto, G. LATTANZI, *Introduzione*, in AA.VV., *Reati e responsabilità*, cit., 1 ss.

⁶⁸ Profetico il timore di O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 115.

⁶⁹ G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo*, cit., 1133 secondo il quale sarebbe stato quindi più opportuno che le norme fossero state previste in atti normativi legislative o regolamentari «che delineino un *corpus* tendenzialmente esaustivo di disposizioni intese ad evitare che nell'esercizio di attività lecite si commettano determinati reati portatori di particolare pregiudizio sociale». Tali prescrizioni dovrebbero essere, secondo l'autore, obbligatoriamente adottate dall'ente e dovrebbero essere caratterizzate da norme integrabili successivamente. Nonostante le perplessità dell'autore siano in parte condivisibili, riteniamo che la soluzione proposta sia tutt'altro che risolutiva. Il legislatore non è in grado di entrare nelle strutture aziendali che possono essere molteplici e in continuo divenire.

Anche tra le stesse imprese si era diffuso un sentimento di “malessere”, poiché temevano che la c.d. autoformazione imponesse di investire alti costi in diversi “saperi”, ma che la sua efficacia dipendesse dall’imprevedibile arbitrio del giudice⁷⁰.

Tali preoccupazioni erano fondate. Il modello si è rivelato una procedura non soltanto *costosa* ma anche tendenzialmente *inefficace*.

In dodici anni di applicazione del decreto n. 231, soltanto in un caso l’autorità giudiziaria ha ritenuto “adeguato il modello” ed ha assolto l’impresa⁷¹. In tutti gli altri procedimenti l’accertamento dell’adeguatezza dei protocolli sembra avvenuta attraverso un giudizio *post hoc propter hoc* (o con il pregiudizio del senno del poi), in base al quale, come avevamo anticipato, il fatto che sia stato compiuto un reato porta l’autorità giudiziaria a considerare il modello inidoneo o inefficace a prevenire illeciti del tipo di quelli commessi. Così l’impresa è gravata dall’obbligo di predisposizione (a un caro costo) del modello di organizzazione o gestione ma «nessuna garanzia di esenzione da responsabilità può assistere l’ente collettivo, dal momento che residua un margine molto ampio di apprezzamento discrezionale da parte del giudice in ordine all’effettiva idoneità dei protocolli a realizzare un’adeguata prevenzione criminosa»⁷².

Secondo un orientamento, la soluzione potrebbe essere quella di ricostruire un rapporto di fiducia tra imprese e magistratura (compito che peraltro spetterebbe alla seconda)⁷³ o ancora dotare i giudici di un bagaglio di conoscenze sull’organizzazione di impresa⁷⁴.

Intervenire sulla c.d. cultura giudiziaria potrebbe probabilmente *alleviare* i mali della disciplina del 2001, ma non *guarirli* del tutto: il diritto vivente del decreto 231 ha mostrato i primi grandi segnali di fallimento. Il sistema dei modelli organizzativi si sarebbe mostrato come un processo burocratico e formalizzato, quasi del tutto inutile.

⁷⁰ C. PIERGALLINI, *Il volto e la “formalizzazione” delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio*, cit., 525.

⁷¹ Trib. Milano, 17 novembre 2009, Impregilo Spa, confermata da App. Milano, 21 marzo 2012, Impregilo Spa entrambe rinvenibili in *penalecontemporaneo.it*. Nel caso in esame, l’ente era chiamato a rispondere per l’illecito dipendente dal reato di agiotaggio (art. 25 ter co. 1 lett. a, r), commesso dal presidente del consiglio di amministrazione e dall’amministratore delegato della società. Il tribunale di primo grado e la Corte d’appello hanno ritenuto che il modello fosse adeguato e che il soggetto agente (apicale) lo avesse eluso fraudolentemente.

⁷² G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1137 s.

⁷³ G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili”*, cit., 1251.

⁷⁴ G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili”*, cit., 1270.

Sono state per tale motivo elaborate diverse proposte di riforma che si muovono però in direzioni opposte. Da una parte, è stata richiamata la possibilità di selezionare criteri certi di “convalida” dell’idoneità preventiva del modello, di individuare un ente certificatore o addirittura di positivizzare i modelli⁷⁵. Su un piano sostanzialmente opposto si pone invece quella dottrina secondo cui la responsabilità dell’ente dovrebbe fondarsi su un più generale *deficit organizzativo* non stretto nelle maglie del modello di organizzazione e gestione⁷⁶.

Entrambe le tesi, pur apprezzabili, hanno punti critici.

Da una parte, ci sembra difficile ipotizzare una positivizzazione delle regole organizzative, dato che esse riguardano una realtà magmatica e mutevole come quelle delle imprese che operano nel mercato. Peraltro, affidarsi a un certificatore non farebbe che accentuare la burocratizzazione che già caratterizza la disciplina del modello organizzativo.

D’altra parte, il ricorso a un più generale *deficit organizzativo* da valutare caso per caso potrebbe essere più rispondente alla realtà del fenomeno economico, ma meno confacente a quella giudiziaria. In tal modo sarebbe attribuito al giudice, privo di una preparazione aziendalistica, il compito di muoversi in complesse valutazioni di *governance* societaria. La proposta potrebbe essere invece più efficace laddove si istituissero dei Tribunali specializzati e quindi si incidesse anche sulla cultura della magistratura.

2.3 I reati-presupposto

Proseguendo in quest’analisi ondivaga e apparentemente arbitraria, è il caso di ricordare che il decreto del 2001 ha una struttura complessa composta da due nuclei essenziali: il primo è costituito dal reato della persona fisica; il secondo dal comportamento omissivo riferibile all’ente «e ciascun nucleo è unito all’altro da un nesso di collegamento reciproco: il reato deve avere qualche rapporto con l’ente e le omissioni dell’ente debbono avere a che fare con il reato»⁷⁷. L’impresa non risponde infatti di tutti gli illeciti penali commessi dalla persona fisica ma soltanto per alcuni appositamente previsti in una lista, presente nel decreto dall’art. 24 e seguenti.

⁷⁵ Su questi punti, v. C. PIERGALLINI, *Il volto e la “formalizzazione”*, cit., 538 ss., secondo il quale dovrebbe avvenire per la materia degli enti qualcosa di simile all’ambito della colpa professionale, in cui rivestono un ruolo relevantissimo i protocolli e le linee guida. Anche nel campo dei modelli di organizzazione, «le associazioni di categoria dovrebbero, quindi, puntare al confezionamento di modelli e protocolli “pilota”, destinati a veicolare la nervatura delle cautele, suscettibili, poi, di integrazioni di “dettaglio”, dovute alle peculiarità organizzative e operative di ciascun ente». Ancora secondo l’autore la progressiva positivizzazione porterebbe la colpa organizzativa verso le sponde più “rassicuranti” della colpa specifica (544).

⁷⁶ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 225.

⁷⁷ S. VINCIGUERRA, *La struttura dell’illecito*, cit., 6.

Come noto, il legislatore delegato aveva previsto inizialmente (a differenza della legge delega⁷⁸) un numero esiguo di reati-presupposto, tra i quali vi erano quelli contro la Pubblica Amministrazione e contro il patrimonio dello Stato o di enti pubblici, oltre al reato di inosservanza della misura cautelare o della sanzione interdittiva applicata all'ente.

La montagna – così si era detto - aveva partorito un topolino⁷⁹.

La scelta, definita *minimalista*, era però giustificata dall'esigenza di importare “con cautela” nel nostro ordinamento la disciplina e di sperimentarne gradualmente portata ed efficacia⁸⁰.

Come noto, la lista minima ebbe vita assai breve.

Abbiamo infatti assistito a un progressivo ampliamento del novero dei delitti-presupposto, che non si è mosso però – come invece sarebbe stato auspicabile - nella direzione della criminalità economica⁸¹. Il collegamento con l'attività d'impresa è infatti man mano sfumato con il passare del tempo.

Poco dopo l'entrata in vigore del decreto, nella lista sono stati inclusi, senza «un disegno unitario di politica criminale»⁸²: i falsi numnari⁸³, i reati societari (art. 3, d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61; i delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 2, l. 14 gennaio 2003, n. 7) e i delitti contro la personalità individuale (art. 5.1. 11 agosto 2003, n. 228).

Rispetto ai reati di terrorismo⁸⁴ e di riduzione o mantenimento in schiavitù si è detto che si tratterebbe di scelte soltanto simboliche (addirittura «massmediatiche») che «anziché

⁷⁸ Come è stato osservato, la delega distingueva tra i reati-presupposto, quelli che derivavano dal conseguimento di un profitto illecito e quindi riferibili alla politica d'impresa e quelli che invece rientravano criminologicamente «nel cono d'ombra del rischio d'impresa». Secondo questa tesi il legislatore delegato avrebbe dato spazio soltanto a quelli riguardanti il profitto. C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 192. Si ricorda invece come il *Progetto preliminare di riforma del codice penale* (Commissione Grosso) del 2001 aveva optato per una scelta “universale”, considerando tutti i reati come possibili presupposto della responsabilità delle persone giuridiche (v. art. 121).

⁷⁹ C.F. GROSSO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 955; G. LATTANZI, *Introduzione*, in *Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse*, Supplemento a *Cass. pen.*, 2001.

⁸⁰ M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo. – La progressiva espansione dei reati presupposto*, in *Giur. it.*, 2009, IV, 8. Ritiene al contrario che la scelta non fosse affatto giustificata, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, cit., 262.

⁸¹ Sul punto, M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 8.

⁸² S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 10.

⁸³ Con l'art. 6 d.l. n. 350/2001, conv. da l. n. 409/2001 che ha inserito l'art. 25 *bis* nel d.lgs. 231 cit. Come osserva S. VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, cit., 9, questi reati sarebbero difficilmente realizzabili nell'ambito di imprese che non siano prettamente criminali.

⁸⁴ Per alcune osservazioni sull'introduzione, tra i delitti presupposto, di quelli con finalità di terrorismo e di eversione v. M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 10. L'autore evidenzia che, per come è costruito il decreto 231, le uniche condotte che potrebbero rilevare sarebbero quelle di

muoversi in direzione di una razionalizzazione criminologica del *societas delinquere potest* rischiano di alimentare una confusione tra l'area della "criminalità d'impresa" e quella, affatto diversa, della "impresa-associazione criminale"⁸⁵.

Anche le modifiche successive hanno riguardato soltanto in parte la criminalità d'impresa. Si pensi, ad esempio, all'introduzione degli "abusi di mercato" (art. 9, l. 18 aprile 2005, n. 62), dei "delitti contro l'industria e il commercio" o dei "delitti in materia di violazione del diritto d'autore" (art. 15, comma 7, l. 23 luglio 2009, n. 99). L'introduzione di tali reati, sebbene in linea con lo scopo principale del decreto, non è andata tuttavia esente da critiche, a causa di un menomato apparato sanzionatorio (si pensi all'inapplicabilità delle sanzioni interdittive per i reati societari) o per la rinuncia al sistema del *carrot-stick* (è il caso dell'inapplicabilità dell'art. 16 d.lgs. n. 231 cit. sulle condotte riparatorie per reati societari e abusi di mercato).

Ancora, altri reati, inquadrabili nella criminalità d'impresa propriamente detta, come i delitti di "omicidio colposo o lesioni gravi o gravissime commesse con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro" (art. 25 *septies*, introdotto con la legge 3 agosto 2007, n. 123 e poi il d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) e i "reati ambientali" (art. 25 *undecies* introdotto con il d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121) hanno creato non pochi problemi interpretativi e di coordinamento con la *vecchia* parte generale del decreto e, in particolare, con il criterio di imputazione oggettiva (dell'interesse o vantaggio)⁸⁶.

Oltre a questi, però, il legislatore ha introdotto anche reati assai eterogenei e scarsamente compatibili con una lecita attività di impresa. Si pensi (non a caso) ai delitti di criminalità organizzata (art. 24 *ter*, con legge 18 marzo 2008, n. 48) e alle "pratiche di mutilazione genitale femminile" (art. 25 *quater* 1, con legge 89 gennaio 2006, n. 7)⁸⁷.

Le riforme sulla parte speciale sono state quindi piuttosto deludenti: «è come se la spada affilata fosse usata laddove è più difficile fondare la responsabilità dell'ente, mentre di fronte alla criminalità di impresa si presenta spuntata in partenza»⁸⁸. Da una parte, il legislatore ha introdotto reati con forte (e pressoché esclusiva) valenza simbolica,

finanziamento; laddove inoltre si includessero anche le ipotesi in cui la finalità terroristica o eversiva è una mera circostanza aggravante, il modello di organizzazione dovrebbe prevedere (e prevenire) un numero indeterminati di reati. Sul punto v. *infra*.

⁸⁵ C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 195.

⁸⁶ Sul punto il dibattito è ampio. Tra gli altri, v. O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1325 ss.

⁸⁷ Questa norma sarebbe volta a colpire le strutture sanitarie che compiono tali pratiche. M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 12.

⁸⁸ M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 13.

accompagnati da sanzioni interdittive molto gravi; dall'altra, ha previsto risposte sanzionatorie miti per la criminalità d'impresa⁸⁹.

Tra l'altro, le riforme intervenute hanno prodotto una modifica della disciplina non soltanto in termini quantitativi ma anche qualitativi⁹⁰. L'evoluzione della lista dei reati-presupposto ha reso ancora più complessa l'adozione di un modello idoneo ed efficace. L'ente si trova nell'assoluta impossibilità di costruire sistemi organizzativi che siano in grado di prevenire tutti i reati inclusi nel decreto.

La situazione è ulteriormente complicata dai c.d. "reati non previsti", ma richiamati da quelli che rientrano nella lista. Tra le ipotesi delittuose recentemente introdotte vi sono per esempio i reati di associazione a delinquere, semplice e mafiosa e i delitti di riciclaggio e ricettazione (art. 25 *octies* d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231)⁹¹. I primi implicano una indeterminata serie di reati-scopo, mentre i secondi hanno come presupposto il compimento di qualsiasi reato non colposo.

Ci si chiede se il modello debba spingersi fino alla prevenzione degli illeciti, scopo e presupposto. Se così fosse, si imporrebbe, in aperta violazione del principio di legalità⁹², un obbligo assolutamente *inesigibile* in capo all'ente. Come è stato sostenuto, «è difficilmente pensabile – con onestà intellettuale – che il modello sia in grado di anticipare, virtuosamente, tutte le possibilità di reato»⁹³. Ciò poteva forse avvenire in presenza di una lista ristretta di reati, ma il progressivo ampliamento dell'elenco (che si avvicina in questo al modello francese) non può che rendere il sistema dei modelli organizzativi inefficace. Tant'è vero che – come abbiamo visto – alcuni iniziano a sostenere la necessità di rivedere, con le modifiche di parte speciale, anche la parte generale e, in particolare, la colpevolezza normativa fondata proprio sull'adozione del modello⁹⁴.

Insomma, con l'aumentare del reati-presupposto, la crisi dei modelli è diventata conclamata⁹⁵.

⁸⁹ M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 13, il quale considera invece positivamente l'introduzione dei delitti di omicidio e lesione in materia anti-infortunistica (art. 25 *septies*); i delitti di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 25 *octies*); e le fattispecie introdotte dalla legge n. 42/2008 in attuazione della Convenzione *Cybercrime*.

⁹⁰ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 208.

⁹¹ Su questi ultimi v. M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 16 s.

⁹² Di quest'avviso, E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità*, cit., 1747.

⁹³ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 217.

⁹⁴ V. la dottrina citata sopra e M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 17 s.

⁹⁵ Un recente disegno di legge (presentato dall'AREL nel 2010) ha ipotizzato possibili correttivi, in particolare con l'introduzione di una certificazione del modello preventivo da parte di un certificatore pubblico o

2.4 Le sanzioni. Il commissariamento giudiziale

Come noto, il d.lgs. n. 231/2001 prevede un sistema binario⁹⁶, dal punto di vista delle sanzioni, che si dividono sostanzialmente in pecuniarie e interdittive. A queste si aggiungono la misura della confisca, anche per equivalente, e la pubblicazione della sentenza. Le sanzioni sono differenziate in base a una logica di contenuto. D'altronde, un ruolo fondamentale è stato attribuito alle sanzioni interdittive, che rischierebbero di essere svalutate se lette in un sistema di mera accessorialità⁹⁷. Tutte le misure riguardano, direttamente o indirettamente, il profitto o l'utile economico della società ma hanno uno scopo preventivo, generale e speciale e utilizzano il *carrot-stick approach*⁹⁸. Difatti, se da una parte sono previste severe risposte punitive, dall'altra è esaltato il ruolo del post-fatto che dà diritto a diminuzioni di pena e che si sostanzia nell'adozione di modelli organizzativi idonei a prevenire il reato della specie per il quale si è configurata la responsabilità dell'ente. Tali condotte possono addirittura precludere l'applicazione delle sanzioni interdittive⁹⁹.

2.4.1 Natura e funzioni delle sanzioni applicabili agli enti

Anche sulla natura delle sanzioni previste dal decreto si è a lungo discusso. Se si opta per la natura penale, si pone il problema della possibile compatibilità con il finalismo rieducativo che deve caratterizzare la pena, secondo quanto previsto dall'art. 27 comma 3 Cost.¹⁰⁰.

privato. Questa innovazione dovrebbe circoscrivere la discrezionalità dell'organo giudiziale sulla valutazione dei modelli, poiché il certificato di idoneità dovrebbe essere sufficiente per ottenere l'esclusione di responsabilità dell'ente. Temiamo che il rimedio sia peggiore del male. Da una parte, infatti, non risolve il problema in quanto il modello non deve essere soltanto astrattamente idoneo ma anche efficace e deve rispondere ai (anche a singoli) mutamenti nella realtà aziendale. Dall'altra, si attribuisce a un soggetto privato (con ulteriori costi per l'impresa) un compito sostanzialmente inesigibile. Per alcune osservazioni critiche, v. G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti*, cit., 1137 ss.

⁹⁶ L'espressione è della *Relazione al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231*, cit., 129.

⁹⁷ C. PIERGALLINI, *Apparato sanzionatorio*, cit., 196.

⁹⁸ Sul punto, R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi*, cit., 130.

⁹⁹ R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 131.

¹⁰⁰ Un orientamento ritiene che la funzione rieducativa possa esplicarsi anche in riferimento alle imprese. Tra gli altri, v. E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 23 ss. F. FOGLIA MANZILLO, *Le società commerciali verso un nuovo sistema sanzionatorio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2000, 195.; F. PALAZZO, *Associazioni illecite e illeciti di associazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 441; in ultimo v. le riflessioni di G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa, Milano, 2006 (disponibile anche in versione on line al sito: http://www.assbb.it/CMI/quaderno_etica_15.pdf). Secondo un altro orientamento lo scopo rieducativo sarebbe incompatibile con un'entità, composta da personale umano sostituibile, la cui attività e politica d'impresa potrebbe continuamente mutare. V. A. ALESSANDRI, *Reati*

La questione è ben lungi dall'essere risolta ed è connessa alle diverse teorie che fondano la responsabilità dell'ente: il fatto che il legislatore del 2001 l'abbia basata sulla c.d. colpa d'organizzazione fa presumere che l'impresa sia capace di adottare un cambio di strategia o politica aziendale e possa quindi essere rieducata. Come è stato detto, guardando alla struttura della responsabilità (più che alla pena in sé), ne deriva un modello che spinge le imprese a «cambiare le condizioni in cui gli esseri umani lavorano e che possono accrescerne la probabilità d'errore», in un continuo *apprendimento*¹⁰¹. L'ente sarebbe infatti incentivato ad adottare un atteggiamento (e conseguenti procedure) di resistenza alla cultura che occulta nell'ambito della società gli illeciti commessi e le loro dinamiche¹⁰², creando un nuovo clima, strategia e politica aziendale (in un'ottica di regolamentazione responsiva)¹⁰³. Insomma, la persona giuridica potrebbe essere rieducata in quanto titolare anch'essa di una certa cultura (aziendale) e ciò potrebbe avvenire sia *ex ante* con la predisposizione dei modelli, dietro la minaccia della sanzione, sia *ex post* per evitare la reiterazione di quell'illecito¹⁰⁴.

La prassi mostra però immagini diverse delle imprese che, pur adottando complessi modelli organizzativi di “facciata”¹⁰⁵, hanno come logica, o politica aziendale, quella, fondamentale, di aumentare i guadagni. D'altronde, la tesi secondo cui l'attività d'impresa può essere funzionalizzata anche a scopi di utilità sociale, differenti da quelli di profitto, è espressione di concezioni economiche e politiche ormai tramontate¹⁰⁶ e viene negata anche dagli studiosi del diritto penale¹⁰⁷.

Riteniamo pertanto che la suggestiva idea secondo cui l'ente detenga una propria scala di valori e possa per questo essere rieducato (diversa è la “cura” o “bonifica”, magari coatta, dell'impresa) debba essere una volta per tutte rigettata.

Ciò non ci porta però ad escludere la natura penale delle sanzioni. L'analisi compiuta alla luce della giurisprudenza della Corte EDU ha mostrato il ruolo più che ancillare che la funzione rieducativa ha tra i criteri che identificano le pene. Per esigenze di brevità non

d'impresa, cit., 59; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 141. Sul fine di rieducazione in generale v. cap. II, sez. II.

¹⁰¹ G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili”*, cit., 1260.

¹⁰² C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo*, cit., 2063 s.

¹⁰³ G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili”*, cit., 1260.

¹⁰⁴ Sul punto, v. l'ampia ricostruzione di G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico*, cit., in part. 39 ss. Secondo l'autore l'ente sarebbe dotato di una propria personalità distinta da quella della persona fisica e, addirittura, di una propria biografia. Il *compliance program* agirebbe quindi come rinforzo culturale.

¹⁰⁵ G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili”*, cit., 1265. L'autore è tuttavia uno dei maggiori sostenitori della responsabilità degli enti, così come costruita nel d.lgs. n. 231/2001.

¹⁰⁶ Sul punto, v. N. IRTI, *L'ordine giuridico nel mercato*, Bari, 1998.

¹⁰⁷ Di questo avviso, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 221 e 241 ss.

possiamo riproporre per le sanzioni previste dal d.lgs. n. 231 cit. la stessa indagine svolta in riferimento all'amministrazione giudiziaria. Quanto detto in quella sede ci porterebbe però a sostenere il carattere punitivo delle sanzioni applicabili agli enti in un'ottica di afflittività e *deterrence*, senza trascurare le peculiarità che contraddistinguono il *genus* della responsabilità delle imprese.

2.4.2 Le sanzioni interdittive

Venendo più specificamente alle singole sanzioni e tralasciando il discorso su quelle pecuniarie¹⁰⁸, ricordiamo che le misure interdittive sono il vero *osso duro* del decreto 231. Sebbene esse si applichino soltanto per i reati per i quali sono espressamente previste (art. 13, comma 1 d.lgs. 231 cit.), sono le uniche ad essere in grado di neutralizzare la c.d. criminalità d'impresa¹⁰⁹. Si tratta infatti di strumenti che possono limitare la capacità giuridica, la facoltà o i diritti dell'impresa o arrivare addirittura a paralizzarne l'attività¹¹⁰. Quanto detto sopra in riferimento agli elementi essenziali dell'impresa¹¹¹, non può che convalidare tale tesi. Le sanzioni che intervengono (limitandola o annullandola) sull'attività dell'ente risultano infatti le più afflittive e le più efficaci in un'ottica di prevenzione sia speciale (negativa, ossia di neutralizzazione dell'ente) sia generale (negativa, in un'ottica di dissuasione)¹¹².

L'applicazione di queste sanzioni è legata, come noto, non soltanto ad alcune tipologie di reati- presupposto, ma anche ad almeno una delle due condizioni previste dall'art. 13, lett. a) (e cioè che «l'ente abbia tratto un profitto di rilevante entità» e «il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione, quando, in

¹⁰⁸ Sul punto rinviamo a R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 135 ss. e C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 197 ss.

¹⁰⁹ Come ricorda, R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, 153, la misura pecuniaria rischia di essere percepita dall'impresa semplicemente come un costo di gestione e di essere scaricata sui consumatori «attenuandone, così, la capacità afflittiva e intimidatoria».

¹¹⁰ Si tratta infatti delle seguenti misure: interdizione dallo svolgimento di un'attività; incapacità di contrarre con la pubblica amministrazione; revoca o sospensione di licenze, autorizzazioni etc; esclusione da o revoca di agevolazioni, finanziamenti, contributi e sussidi; divieto di pubblicizzare beni o servizi. Sul punto, v. C. PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, cit., 204. L'elenco, previsto all'art. 9, comma 2 riproduce sostanzialmente quello della legge delega (art. 11 comma 1, lett. l) della l. n. 300 del 200) fatta eccezione per la chiusura dello stabilimento o della sede commerciale. I redattori del decreto sostenevano infatti che questa si adattasse soltanto a quei reati che non erano stati recepiti nel decreto stesso. Sul punto, v. R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 151.

¹¹¹ V. cap. II, sez. I.

¹¹² Così, R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 154. V. anche F. PALAZZO, *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999, 115. Vi riconosce però anche una funzione specialpreventiva, positiva F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., 2500 secondo il quale questo scopo si evidenzia soprattutto alla luce del gradualismo sanzionatorio tipico delle misure.

questo caso la commissione del reato è stata determinata o agevolata da gravi carenze organizzative»¹¹³) e b) (nel caso di «reiterazioni degli illeciti»)¹¹⁴.

Le sanzioni interdittive sono generalmente applicate in via temporanea. L'art. 16 d.lgs. n. 231 cit. prevede però: a) l'interdizione permanente dell'attività a carico di enti che, sebbene condannati con sentenza definitiva già tre volte all'interdizione temporanea all'esercizio dell'attività negli ultimi sette anni, si siano rese nuovamente responsabili per un reato da cui è derivato un profitto di rilevante entità; b) l'applicazione in via definitiva della sanzione del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione ovvero del divieto di pubblicizzare beni o servizi se l'ente è stato già condannato, in via definitiva, alla medesima sanzione almeno tre volte negli ultimi anni; c) l'interdizione definitiva dell'esercizio dell'attività se l'ente, o una sua unità organizzativa, viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità.

L'ultima misura è prevista, come accennato, per i casi di *impresa illecita* per cui appare giustificata la cessazione dell'attività.

Rimane tuttavia un dubbio sulla compatibilità di una misura simile, laddove l'ente venga «stabilmente utilizzato allo scopo prevalente di agevolare la commissione di reati», tra i quali, ad esempio, proprio il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. Queste imprese «agevolanti» dovrebbero cessare l'attività senza prospettive di recupero?

Tenteremo nel proseguo di fornire una risposta al quesito (che, a questo punto dell'indagine, sembrerebbe addirittura retorico).

2.4.3 Il commissariamento giudiziale

Proseguendo la nostra carrellata sulle sanzioni previste a carico degli enti, è il caso di soffermarci sulla misura che presenta maggiori analogie con l'amministrazione giudiziaria, vale a dire il commissariamento giudiziale che pure è strettamente legato a quelle interdittive.

Il fatto che le sanzioni interdittive possano produrre sugli enti effetti «devastanti»¹¹⁵, ha portato il legislatore del 2001 a prevederne l'inapplicabilità, senza però rinunciare del tutto a punire l'impresa.

¹¹³ Sulle due condizioni e le possibili implicazioni interpretative, v. F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., 2507 ss.

¹¹⁴ V. F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., 2513.

¹¹⁵ R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 158.

Dalla necessità di contemperare queste due esigenze nasce il ricorso al commissario giudiziale, avvicinato al *corporate probation* statunitense¹¹⁶.

L'art. 15 d.lgs. n. 231 cit. sancisce che in presenza dei presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione, non definitiva¹¹⁷, dell'attività dell'impresa, il giudice deve disporre la prosecuzione dell'attività da parte di un commissario, al posto della sanzione, per un periodo corrispondente alla durata della misura irrogabile quando ricorre almeno una delle due seguenti condizioni: a) «l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività»; b) «l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare (...) rilevanti ripercussioni sull'occupazione» (per questo secondo parametro il giudice dovrà tenere conto delle dimensioni dell'ente e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato).

Il fine principale della norma è impedire l'interdizione di un'attività quando questa può avere effetti molto dannosi su interessi pubblici¹¹⁸, senza però frustrare l'esigenza di "punizione dell'ente"¹¹⁹.

Attraverso l'istituto in parola, l'attività viene infatti proseguita ma è "sottratta" ai *manager* interni e attribuita a un soggetto di nomina giudiziale¹²⁰. Sebbene il dato testuale non preveda una necessaria sostituzione o decadenza degli organi amministrativi, l'introduzione coatta del commissario, quale organo di gestione, porta necessariamente a rilevanti mutamenti dei compiti e dei poteri di *governance*¹²¹.

«L'istituto, oltre a intervenire per tutelare interessi della collettività, ha anche finalità "curative"» sull'impresa¹²². L'amministratore nominato dal giudice ha infatti il compito di eliminare i difetti organizzativi che hanno permesso il compimento del reato da parte della persona fisica: si occupa pertanto di far adottare e attuare all'ente modelli di organizzazione e

¹¹⁶ Sul punto, v. R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 159, secondo il quale una misura simile sarebbe prevista anche nel caso di cui all'art. 2049 c.c., ove l'amministratore giudiziale viene nominato per tutelare i soci di minoranza e in caso di grave irregolarità

¹¹⁷ In questo caso, ai sensi dell'art. 15 comma 2, d.lgs. n. 231 cit. il ricorso al commissariamento viene precluso.

¹¹⁸ R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 159.

¹¹⁹ A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, cit., 84.

¹²⁰ Sul punto, v. A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, cit., 83 ss.

¹²¹ Di questo avviso, F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., 2525, il quale precisa che il compito di ridisegnare l'assetto organizzativo spetta, secondo il dettato della legge, al giudice.

¹²² R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 162. L'autore richiama l'espressione usata da F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, cit., in riferimento all'amministrazione controllata o alla nomina di un commissario speciale.

controllo idonei a prevenire i reati analoghi a quello commesso. Alla luce di ciò, si comprende come il commissariamento sia la sanzione che maggiormente soddisfa l'esigenza di prevenzione speciale positiva che anima l'intera disciplina del decreto n. 231.

Evidenti sono poi le analogie con la misura dell'amministrazione giudiziaria, sia in relazione alle modalità di intervento sia rispetto agli scopi che si prefiggono i due istituti: si tratta di una sostituzione nell'apparato gestorio volto ad impedire la reiterazione o il perpetrarsi di reati all'interno dell'impresa.

Proviamo ad osservare più da vicino alcune delle somiglianze più importanti, oltre a quelle già emerse.

Anzitutto, è il caso di ricordare come il *commissario giudiziale* abbia sostanzialmente gli stessi poteri dell'*amministratore giudiziario*. Come è stato giustamente osservato, in base all'art. 15 d.lgs. n. 231 cit., il vero *dominus* dell'intervento sarebbe il giudice mentre il commissario svolgerebbe piuttosto ruoli esecutivi¹²³. Nelle pieghe delle norme del c.d. Codice Antimafia può a nostro parere intravedersi la stessa "ripartizione dei ruoli". I pochi cenni che abbiamo dedicato ai singoli decreti ci hanno mostrato inoltre come alcune delle indicazioni (e perfino delle preoccupazioni) dell'amministratore vengano ignorate dall'organo giudicante, a dimostrazione del fatto che, nonostante i numerosi poteri attribuiti al primo, il secondo mantiene un ruolo di assoluta preponderanza.

Ancora, il commissario giudiziale ha il compito di riorganizzare l'impresa e adottare un modello organizzativo idoneo ed efficace a prevenire il rischio di reato¹²⁴. Spetta pertanto a tale soggetto colmare le carenze organizzative. Sebbene questo compito non sia espressamente attribuito dal c.d. Codice Antimafia all'amministratore giudiziario e nonostante l'applicazione della *ex* sospensione non presupponga l'accertamento della c.d. colpa d'organizzazione, abbiamo visto come, nella prassi, numerose volte la "bonifica" dell'ente durante il periodo di amministrazione si sostanzia proprio nell'adozione di un modello che prevenga il rischio dei reati afferenti alla criminalità organizzata.

È il caso inoltre di osservare che, così come le misure interdittive, anche il commissariamento può essere applicato in via cautelare in base all'art. 45 d.lgs n. 231 cit.¹²⁵.

¹²³ R. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, cit., 162. Ci basti pensare al fatto che, ai sensi dell'art. 15 comma 3, il commissario «non può compiere atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del giudice».

¹²⁴ A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, cit., 85.

¹²⁵ Sulle misure cautelari nell'ambito del decreto 231, v. M. CERESA-CASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, in S. VINCIGUERRA, A. ROSSI, M. CERESA-CASTALDO, *La responsabilità dell'ente per il reato*, cit.,

Come si legge nella relazione di accompagnamento al decreto, la misura, applicata prima della condanna, avrebbe lo scopo di «"paralizzare" o ridurre l'attività dell'ente quando la prosecuzione dell'attività stessa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati»¹²⁶. Il commissariamento può essere pertanto applicato non soltanto quando la responsabilità dell'ente sia stata accertata ma anche se «sussistono gravi indizi per ritenere la sussistenza della responsabilità dell'ente per un illecito amministrativo dipendente da reato e vi sono fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede»¹²⁷.

Insomma, il commissariamento sarebbe a tutti gli effetti una sanzione punitiva, con scopi curativi che potrebbe, però, in vista di alcune esigenze, essere applicata anche sulla base di indizi.

L'istituto, applicato in via cautelare, sembra necessitare della stessa base probatoria richiesta per l'amministrazione giudiziaria (o forse di qualcosa in più)¹²⁸, con buona pace delle garanzie penalistiche che il decreto 231, pur nella sua natura *mista*, tenta comunque di assicurare.

130 ss.; F. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti*, cit., 243 ss. Osserva come tali misure (specie quelle interdittive) possano produrre effetti anche irreversibili e non sanabili anche a seguito dell'archiviazione del procedimento o dell'assoluzione E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità*, cit., 1747. A tal proposito si ricorda la Proposta di legge C-3640 che prevede «l'esclusione dall'applicazione indiscriminata delle sanzioni interdittive in via cautelare» nel caso in cui esse possano compromettere seriamente la sopravvivenza dell'ente «in un mercato, come quello attuale, altamente concorrenziale». L'art. 2 della Proposta prevede che a meno che l'ente non avesse come unico scopo quello criminoso, non possono applicarsi le misure cautelari interdittive prima della sentenza di condanna di primo grado e senza la richiesta del Pubblico Ministero approvata dalla Corte d'Appello competente (qualora vi sia il pericolo grave della reiterazione del reato). Sul punto, v. E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità*, cit., 1748. In particolare, sul commissariamento applicato in via cautelare, v. A. MARANDOLA, *Punti fermi e "equivoci interpretativi" in tema di misure cautelari destinate all'ente responsabile dell'illecito da reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 757.

¹²⁶ *Relazione allo schema*, cit., 117.

¹²⁷ Sono state tuttavia evidenziate alcune inconciliabilità tra l'istituto del commissariamento e la fase cautelare: anzitutto tra i compiti del commissario rientra quello di adottare un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire i reati del tipo di quelli commessi e quest'adempimento presuppone necessariamente l'accertamento della responsabilità dell'ente; in secondo luogo, nel predisporre e attuare il modello il commissario può porre in evidenza elementi sfavorevoli per l'ente nella fase del processo; in un ultimo, l'adozione di un modello e la predisposizione di un organo di controllo sono operazioni molto onerose. Sul punto, v. P. DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Giur. mer.*, 2003, 5, 260. Sulla prima osservazione è il caso però di ricordare che il giudice cautelare, al contrario di quello dell'esecuzione, non può imporre in capo al commissario l'obbligo di adottare e attuare il modello di organizzazione. Così, G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 558.

¹²⁸ Sul punto, in relazione però alle misure interdittive applicate in via cautelare, V. M. CERESA-CASTALDO, *L'accertamento dell'illecito*, cit. 134, secondo il quale sarebbe necessario documentare anche il ricorrere delle condizioni previste per l'applicazione delle sanzioni interdittive.

Nonostante la somiglianza con la misura (astrattamente) *praeter delictum* prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 159 cit., permangono comunque delle differenze (non da poco) tra le due sanzioni, sulle quali avremo modo di tornare.

Prima di concludere questa breve ricognizione sul commissariamento, è il caso di ricordarne i punti deboli. In primo luogo, nel formulare l'art. 15 d.lgs. n. 231 cit., il legislatore ha previsto limiti/presupposti molto stringenti e ciò ha comportato un'applicazione molto sporadica della sanzione, avvenuta per lo più in sede cautelare¹²⁹.

In secondo luogo, ricordiamo come il commissariamento sia volto soltanto alla tutela di interessi pubblicistici (in particolare, quello dei lavoratori). Per tale ragioni eventuali profitti vengono confiscati, senza che ne possa beneficiare l'impresa¹³⁰.

È facilmente intuibile però come al fine di tutelare gli interessi dei lavoratori (o del popolo dei risparmiatori, in caso di grande impresa quotata) l'ente non soltanto deve proseguire la propria attività, ma lo deve fare anche in una logica di profitto che le permetta la permanenza nel mercato, una volta terminato il periodo di commissariamento. In altre parole, affinché siano assicurate garanzie di occupazione ai lavoratori, è necessario che l'impresa possa ottenere vantaggi economici dall'esercizio dell'attività. Diversamente, ed esattamente come accade nell'amministrazione giudiziaria, la "cura" dell'ente finirebbe per lasciarlo in uno stato di dissesto o grave difficoltà economica.

3. Il d.lgs. n. 231/2001 tra collaborazione e prevenzione speciale positiva. Un possibile sostituto dell'amministrazione giudiziaria?

L'analisi fin qui svolta ci permette di comprendere perché il modello punitivo creato dal decreto n. 231 del 2001 potrebbe essere uno strumento alternativo all'art. 34 d.lgs. n. n. 159/2011.

Come visto, la *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina coincide (almeno in parte) con quella dell'amministrazione giudiziaria: non già un'ottica di neutralizzazione dell'impresa,

¹²⁹ Nel panorama giurisprudenziale i casi in cui l'autorità giudiziale ricorre al commissariamento sono pochissimi e si contano a partire del 2011. Contraria alla scelta del legislatore delegato di limitare a ipotesi così circoscritte l'utilizzo del commissariamento A. ROSSI, *Le sanzioni dell'ente*, cit., 86. Favorevole invece C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1360, secondo il quale «era facile intravedere percorsi alternativi, salvo appiattirsi sopra una attuazione di tipo letterale che, di fatto, avrebbe consacrato la sepoltura delle sanzioni interdittive e un'espansione incontrollata e inopportuna del commissariamento».

¹³⁰ Secondo un orientamento, proprio la previsione della confisca dei profitti attribuirebbe alla misura un carattere afflittivo. C. PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio*, cit., 1360 e F. MUCCIARELLI, *Le sanzioni interdittive temporanee*, cit., 2527.

ma la collaborazione con quest'ultima al fine (non soltanto di prevenzione generale¹³¹ ma anche) di eliminare il rischio di reato e permettere all'ente di continuare ad operare nel mercato, soddisfacendo così scopi di prevenzione speciale e integratrice.

Il limite prodotto dalla colpevolezza normativa, la progressione sanzionatoria e il tipo di sanzioni previste dovrebbero incentivare l'ente a collaborare prima della commissione di un delitto o successivamente, modificando il sistema di valori interni. Anche se volessimo rifiutare l'idea che le imprese siano titolari di un effettivo codice culturale, le caratteristiche descritte sarebbero comunque in grado, almeno in astratto, di provocare una collaborazione (ovviamente, coatta) dell'ente nell'ottica di un «riadeguamento alle aspettative sociale insit[e] nel rispetto della legalità»¹³². L'ente in sostanza sarebbe portato ad attivarsi, adottando regole cautelari (organizzative) per prevenire il rischio di reati: per riparare il danno posto in essere nel passato e soprattutto per «assicurare le condizioni per la mancata produzione di danni futuri (tutto ciò, attraverso un primordiale (...) raccordo tra la teorica giuridico-penale e quella aziendalistica)»¹³³.

Insomma, la finalità del decreto del 2001 è assimilabile a quella dell'amministrazione giudiziaria.

Tra l'altro, analizzando alcuni decreti di sospensione temporanea, abbiamo avuto modo di osservare come l'attività di bonifica sia spesso coincisa non soltanto con la rimozione delle singole persone fisiche, ritenute in qualche modo (spesso assai indeterminato) responsabili dell'agevolazione, ma soprattutto con l'adozione di modelli di organizzazione e gestione *ex* decreto n. 231 costruiti al fine di prevenire il rischio dei reati di "criminalità organizzata".

Alla luce di queste riflessioni la responsabilità degli enti dipendente da reato e le relative sanzioni potrebbero facilmente ed efficacemente sostituire la misura preventiva, perseguendo i medesimi scopi ma con più garanzie.

Abbiamo però osservato che nella disciplina del decreto n. 231, l'onere di attivazione per la modifica dell'assetto di *governance* è lasciato all'impresa. Il compito (pur coatto) di

¹³¹ Sul punto, O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 113 secondo la quale la commisurazione in sede giudiziale della pena si baserebbe sulla singola situazione e non rischierebbe di cadere in condanne (e quindi sanzioni) esemplari; la risposta sarebbe mirata al settore di attività o stabilimento dove il reato è stato posto in essere («funzionalità della risposta sanzionatoria»); il decreto n. 231 descriverebbe un sistema "interattivo", essendo possibile per l'ente ottenere una riduzione del carico sanzionatorio fino alla fase esecutiva sempre che riesca a dimostrare un ravvedimento, eliminando i *deficit* organizzativi che «lo rendono rimproverabile» (114).

¹³² O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 115.

¹³³ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 116.

intervenire per riorganizzare e “bonificare” l’ente è lasciato all’imprenditore e non affidato a un soggetto nominato dal giudice ed esterno all’impresa, come invece accade nell’amministrazione giudiziaria.

A ben guardare, tra le pene individuate dal d.lgs. n. 231/2001 rivestono però un ruolo molto rilevante proprio quelle che incidono sull’attività (sanzioni interdittive) e il commissariamento giudiziale che interviene sull’organizzazione e gestione societaria per bonificare l’impresa senza arrecare danni ad interessi di rilievo pubblico. Attraverso questa misura la “cura” dell’ente sarebbe lasciata ad un soggetto di nomina giudiziale esattamente come nel caso dell’amministrazione *ex art. 34*, d.lgs. n. 159 cit.

Insomma, guardando soltanto agli elementi essenziali, il modello delineato dal decreto n. 231 sembrerebbe idoneo per finalità, modalità e infine destinatari a sostituire la misura preventiva che si applica alle imprese: si tratterebbe di una misura *post delictum*, punitiva, che potrebbe intervenire sulle imprese che agevolano la criminalità organizzata senza rinunciare alle garanzie processuali e sostanziali (almeno ad alcune di queste) del diritto penale¹³⁴.

È quindi corretto rinunciare al modello della “sospensione” ed affidare l’esigenza di tutela sottesa a quest’ultima alla responsabilità degli enti?

Una prima obiezione potrebbe essere di carattere generale. Abbiamo già manifestato una certa sfiducia nei confronti del d.lgs. n. 231 cit. nella sua attuale formulazione.

Per rispondere in maniera più adeguata al quesito, vale tuttavia la pena di interrogarci più in particolare sul rapporto tra la disciplina della responsabilità degli enti e il fenomeno della criminalità organizzata e dell’infiltrazione di quest’ultima nel mercato lecito.

4. Il rapporto tra d.lgs. n. 231/2001 e criminalità organizzata

Il d.lgs. n. 231/2001 ha, come detto, individuato una forma di responsabilità degli enti volta a prevenire e sanzionare reati commessi nell’ambito di organizzazioni complesse che hanno finalità non disapprovate dall’ordinamento. I reati non inficiano, anche quando sono espressione di precise politiche dell’impresa, la liceità generale dell’attività dell’ente¹³⁵. Nel tempo però le riforme della parte speciale del decreto hanno creato numerose eccezioni a questa regola.

¹³⁴ Come noto, specie alcune delle garanzie sostanziali, ricevono espressa tutela nella disciplina del 2001. In particolare sul principio di legalità e il divieto di irretroattività della norma v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 68 ss.

¹³⁵ M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 8.

Abbiamo fatto riferimento all'introduzione dei reati di falso nummario (art. 25 *bis*), dei delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico (art. 25 *quater*) e contro la persona (art. 25 *quater* 1). I commentatori hanno nel tempo evidenziato «lo strabismo legislativo» sotteso a queste innovazioni¹³⁶ e la difficoltà di conciliarle con la c.d. colpa d'organizzazione.

La criminalità organizzata è stata introdotta nel d.lgs. n. 231 con la l. 16 marzo 2006, n. 146 che ha ratificato la Convenzione e i Protocolli della Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale¹³⁷. Tale legge ha previsto la responsabilità degli enti per alcuni reati associativi (tra cui il delitto di cui all'art 416 *bis* c.p.), per gli illeciti penali in materia di traffico di migranti e per i delitti contro l'amministrazione della giustizia di cui agli art. 377 *bis* e 378, a condizione che assumessero carattere transnazionale¹³⁸.

La legge 15 luglio 2009, n. 94 (c.d. Pacchetto sicurezza del 2009), art. 2, comma 29 ha definitivamente introdotto nel testo del d.lgs. n. 231 l'art. 24 *ter*, inserendo nella lista dei reati-presupposto i “delitti di criminalità organizzata”, anche se privi del carattere della transnazionalità.

In particolare, gli illeciti previsti dal nuovo art. 24 *ter* sono: l'associazione per delinquere finalizzata alla riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù (art. 600 c.p.), alla tratta di persone (art. 601 c.p.) o all'acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), e allo sfruttamento o all'agevolazione dell'immigrazione clandestina (art. 12, comma 3 *bis*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) (art. 416 comma 6 c.p.); le associazioni di tipo mafioso anche straniere (art. 416 *bis* c.p.) nonché i delitti commessi “avvalendosi” delle condizioni previste dalla stessa norma o “al fine di agevolare” tali associazioni; lo scambio elettorale politico-mafioso (art. 416 *ter* c.p.); il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.); l'associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti o psicotrope (art. 74, d.p.r. 309/1990)¹³⁹. Sono inclusi inoltre, ma prevedono una pena minore, i reati di associazione a delinquere semplice (art. 416 c.p.) e di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione,

¹³⁶ M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, cit., 10 ss.

¹³⁷ Tale riforma era stata già sollecitata dal Piano d'azione contro la Criminalità Organizzata adottato dal Consiglio europeo il 28 aprile 1997.

¹³⁸ Sul punto, v. M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti da reato*, cit., 12.

¹³⁹ Nel caso in cui la persona fisica compia questi reati si applica all'ente la pena pecuniaria da quattrocento a mille quote. La pena è minore (da trecento a ottocento quote) se l'impresa si rende responsabile del secondo gruppo di reati. È prevista anche la pena interdittiva per almeno un anno e l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività, ai sensi dell'art. 16 comma 3 d.lgs. 231 cit., se l'ente viene stabilmente utilizzato allo scopo, unico e prevalente, di consentire o agevolare la commissione dei delitti. Per una ricognizione, v. M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in AA.VV., *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta, Trento, 2009, 374.

detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse, di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo (art. 407, comma 2, lett. a), n. 5 c.p.p.).

È stato detto che il legislatore desiderasse, attraverso tale modifica, coinvolgere nella sanzione e nell'attività di contrasto ai crimini organizzati non soltanto le persone fisiche ma anche gli enti «veicoli di commissione di attività criminali *resistenti al cambiamento e alla neutralizzazione dei soggetti persone fisiche* che solo temporaneamente se ne avvalgono»¹⁴⁰.

Anche gli autori (invero pochi) che hanno valutato positivamente questa modifica ne hanno tuttavia evidenziato alcune criticità¹⁴¹.

In via preliminare, possiamo dire che le modifiche del 2006 e del 2009 hanno reso il decreto n. 231 applicabile ad una imprenditoria criminale per la quale «la logica della *moral suasion* ad un agire etico e legalmente conformato, realizzabile mediante l'adozione e l'implementazione di un congruo *compliance program*, appare non solo impraticabile, ma neanche aspettativa bizzarra»¹⁴².

Proveremo ad osservare più da vicino le *bizzarrie* che sono state prodotte.

Il richiamo all'art. 416 *bis* c.p. si riferirebbe alle ipotesi di imprese *intrinsecamente illecite* (per non dire *mafiose*)¹⁴³ che appartengono alla mafia o sono da quest'ultima gestite o controllate. Si tratterebbe del caso in cui un rappresentante della società o un suo dipendente partecipa ad un'associazione di tipo mafioso (o ne è capo, promotore o fondatore)¹⁴⁴. Nel d.lgs. n. 231 cit. l'unico riferimento a tale tipo di impresa è contemplato all'art. 16 che cita le società stabilmente utilizzate all'unico (o prevalente) scopo di consentire la commissione di reati.

¹⁴⁰ M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 373.

¹⁴¹ V. M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 373 che avverte come la riforma segni «un passo fin troppo ampio rispetto alla logica "gradualistica" che finora aveva caratterizzato il lento incedere delle persone giuridiche sulla scena del diritto penale». Esprime invece un parere del tutto positivo, A.M. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., 30 ss.

¹⁴² S. BARTOLOMUCCI, *A dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Il modello organizzativo e la giurisprudenza - Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal-preventiva*, in *Corr. giur.*, 11, 9 ss.

¹⁴³ Sul punto, v. O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 68 ss.

¹⁴⁴ Gli esiti della ricerca "L'espansione della criminalità organizzata in nuovi ambiti territoriali e le sue infiltrazioni nel sistema sociale dell'attività d'impresa", condotta dall'Università Commerciale Luigi Bocconi, dimostrano come tale situazione sia anzi piuttosto diffusa. Tra i 410 indagati per 416 *bis*, 112 sarebbero imprenditori, intesi questi ultimi come coloro che si occupano di attività di impresa già prima di entrare nell'associazione mafiosa.

È stato tuttavia già sollevato il timore della «possibile crisi di rigetto che l'impianto del tipo di criminalità in esame potrebbe determinare nel paziente "responsabilità degli enti" al momento della predisposizione dei modelli comportamentali»¹⁴⁵.

Da una parte, infatti, come abbiamo detto più volte, il decreto n. 231 è costruito per imprese tendenzialmente *sane* ma che sono caratterizzate da «illegalità *di contorno*»¹⁴⁶ e il sistema fondato sul contenimento del rischio attraverso il modello organizzativo sarebbe del tutto incompatibile con la criminalità mafiosa. Non è neppure ipotizzabile un modello idoneo a prevenire la condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso posta in essere da un amministratore o da un dipendente dell'impresa¹⁴⁷.

Ma vi è di più. L'introduzione nel decreto dei delitti associativi estende in modo indeterminato le ipotesi di responsabilità degli enti. Difatti, attraverso la contestazione del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. (lo stesso vale per l'art. 416 c.p.) può essere addebitato all'impresa qualsiasi delitto-scopo dell'associazione¹⁴⁸. Il modello idoneo a prevenire l'associazione mafiosa dovrebbe essere quindi capace di individuare ed evitare qualsiasi reato-manifestazione della consorceria.

Come è stato correttamente sostenuto, le fasi di *risk assessment* e *risk management*, che sono necessarie per la predisposizione del modello, sono realizzabili (se davvero lo sono) soltanto grazie alla determinatezza dell'illecito presupposto¹⁴⁹. Conseguentemente, qualora il reato da prevenire sia l'associazione mafiosa con tutti i differenti scopi illeciti, l'elaborazione di un modello idoneo (ed efficacemente attuabile) diventa sostanzialmente impossibile: non si potrebbero delimitare (e quindi individuare) le attività c.d. "a rischio", né prevedere protocolli capaci di prevenire realmente un ventaglio così ampio e variegato di illeciti penali.

¹⁴⁵ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 70. L'autrice si riferiva però più specificatamente ai delitti con finalità di terrorismo.

¹⁴⁶ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 70.

¹⁴⁷ Questa l'opinione espressa da A. ALESSANDRI, nell'intervento al convegno "In ricordo di Giorgio Marinucci", tenutosi presso l'Università degli Studi di Milano in data 7 novembre 2013.

¹⁴⁸ Sebbene riferito al delitto di associazione a delinquere semplice, G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., 18; M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 375 cita un interessante esempio a propositi dell'art. 416 c.p.: si pensi al caso in cui gli amministratori di tre o più società si siano accordati e compiano attività di frode fiscale. Se vi saranno i presupposti (oggettivi e soggettivi) per la responsabilità dell'impresa, quest'ultima risponderà per il delitto di associazione a delinquere e dei reati fiscali che pure non sono ricompresi nella lista del decreto 231. Sulla violazione del principio di legalità che questa introduzione può produrre v. sempre M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 378.

¹⁴⁹ M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 379.

L'esito sarà la predisposizione di «mappature vaghe e procedure comportamentali indefinite»¹⁵⁰.

In ultimo, ci sembra difficile immaginare che un soggetto/persona fisica partecipi ad un'associazione mafiosa e lo faccia nell'interesse o vantaggio dell'ente senza per questo trasformarlo in un'impresa "della mafia".

L'unico caso ipotizzabile sarebbe quello in cui l'imprenditore assuma, come dipendenti, membri della consorteria mafiosa. In tale ipotesi, mancherebbe però probabilmente il rapporto di immedesimazione organica tra persona fisica e giuridica e l'associato non agirebbe nell'interesse o a vantaggio della seconda che si troverebbe più probabilmente in un rapporto di sottoposizione¹⁵¹. L'unico interesse perseguito dal partecipe/dipendente sarebbe di nuovo quello della "mafia".

Pur ammettendo astrattamente l'ipotesi in cui il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. sia commesso da "apicali" o "sottoposti" nell'interesse o a vantaggio dell'ente, ci troveremo di fronte ad un'impresa che è direttamente controllata, gestita dalla mafia o, addirittura, di proprietà della consorteria. Si tratterebbe di un'impresa avente come scopo unico (magari in alcuni casi prevalente) lo svolgimento di attività delittuosa¹⁵². In questa ipotesi si applicherebbe all'ente la pena dell'interdizione definitiva dell'attività. Questa sanzione sarebbe in aperto contrasto non soltanto con la logica di recupero o di prevenzione del d.lgs. n. 231¹⁵³, ma apparirebbe inconciliabile con quella, assai simile, che caratterizza l'amministrazione giudiziaria.

Insomma, si riproporrebbero nuovamente un'esigenza e una funzione di neutralizzazione riferita a un soggetto particolarmente pericoloso e diverso dall'impresa *sana* ma *inquinata* che invece ci interessa maggiormente. La disciplina della responsabilità degli enti, con il richiamo al delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., non potrebbe quindi supplire allo strumento dell'amministrazione giudiziaria.

¹⁵⁰ M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 380.

¹⁵¹ Questo sembrerebbe il caso descritto da R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., 260.

¹⁵² D'altronde, anche laddove l'impresa illecita avesse finalità di lucro al pari di un'impresa *sana*, essa sarebbe comunque insensibile alla disciplina prevista dal decreto 231. Non potrebbero immaginarsi mutamenti organizzativi tali da privare l'ente della mafiosità, che non lo lascino in totale stato di dissesto economico. Ciò perché le imprese gestite o di proprietà della mafia agiscono nel mercato grazie a riserve illecite di liquidità. In caso di condanna (e perfino in sede preventiva) queste riserve verrebbero confiscate lasciando l'ente senza possibilità di sopravvivenza.

¹⁵³ Secondo O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 70 la sanzione doveva piuttosto essere quella di un divieto assoluto e lo scioglimento avrebbe dovuto riguardare l'associazione piuttosto che l'ente. L'autrice si riferisce in particolare alle associazioni sovversive ma il discorso può valere, *mutatis mutandis*, anche per quelle di tipo mafioso.

Il richiamo a tale fattispecie delittuosa apre tuttavia lo spazio, all'interno della lista di reati del d.lgs. 231 cit., per il c.d. concorso esterno, punibile, come detto, ai sensi degli artt. 110 e 416 *bis* c.p.¹⁵⁴. Alla luce di ciò, potrà essere addebitato all'ente l'eventuale concorso eventuale in associazione a delinquere di tipo mafioso posto in essere da un soggetto "apicale" o "dipendente" dell'impresa che, pur non partecipando al vincolo associativo, fornisca un contributo (nei termini che abbiamo descritto *supra*) all'associazione mafiosa.

Si può facilmente ipotizzare il caso dell'imprenditore (o di un suo dipendente) che, pur non facendo parte dell'associazione mafiosa, fornisca a queste un contributo idoneo a rafforzarla e faccia ciò al principale fine di procurare un vantaggio alla propria impresa.

Ebbene, questa ipotesi ricalcherebbe maggiormente la condotta agevolatoria descritta dell'art. 34 d.lgs. n. 159 cit.

Avevamo infatti rifiutato la tesi, di matrice giurisprudenziale, che include il c.d. concorrente esterno tra gli "appartenenti all'associazione mafiosa" (presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione) e accolto quella che invece riconduce tale condotta nella c.d. zona di contiguità e quindi nell'ambito di applicazione dell'amministrazione giudiziaria.

Ciò nonostante, risulta comunque difficile utilizzare, per queste ipotesi, la disciplina del d.lgs. n. 231 cit., per diverse ragioni, tutte, a questo punto della trattazione, facilmente intuibili.

La prima riguarda lo stesso istituto del c.d. concorso esterno, i cui confini appaiono indecifrabili e la cui applicazione pratica, considerati i requisiti che si richiedono, sembra quasi impossibile. Sembrerebbe infatti che le autorità inquirenti abbiano quasi rinunciato all'utilizzo di tale istituto (a causa della difficoltà di giungere a una condanna) e preferiscano ricorrere ad altri strumenti del diritto penale¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Secondo M. PELISSERO, *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 16, la novella del 2009 mirerebbe a colpire proprio questo tipo di condotte se commesse nell'ambito di strutture societarie organizzate. Come nell'ipotesi dei delitti con finalità di terrorismo «ritorna lo scopo di colpire le attività di fiancheggiamento a reati associativi, quasi una sorta di concorso "esterno" dell'ente». L'autore si riferiva però alla l. 16 marzo 2006, n. 146.

¹⁵⁵ Questa la conclusione che sembrerebbe potersi trarre dall'indagine empirica "L'espansione della criminalità organizzata in nuovi ambiti territoriali e le sue infiltrazioni nel sistema sociale dell'attività d'impresa", condotta dall'Università Bocconi di Milano in collaborazione con l'Università di Palermo. In tutti i procedimenti per 416 *bis*, archiviati o rinviati a giudizio nel decennio 2000-2010, presso il Tribunale di Milano, risultano soltanto 6 imputazioni per concorso eventuale in 416 *bis* c.p. Soltanto in uno di questi casi l'imputato è un imprenditore. Sembrerebbe che la procura contesti più frequentemente la partecipazione in associazione mafiosa o altro reato non associativo (falso, corruzione, etc.) aggravato ai sensi dell'art. 7 d.l. 152/1991. Sul punto v. *infra*.

Restano, d'altro canto, tutti i problemi di compatibilità con la c.d. colpa d'organizzazione che abbiamo provato a descrivere in riferimento al delitto di associazione mafiosa: un modello che si occupi del rischio di concorso eventuale in associazione mafiosa deve essere idoneo a prevenire il compimento di una condotta indeterminata e che si può esprimere attraverso i più differenti delitti-scopo.

L'art. 25 *ter* ha previsto la responsabilità dell'ente anche per i delitti commessi con il metodo mafioso o al fine di agevolare l'attività dell'associazione.

Da una parte, specie la seconda ipotesi (del fine di agevolazione) risulta astrattamente compatibile con la struttura del decreto 231: un soggetto può commettere un reato con il dolo specifico di agevolare l'associazione mafiosa, ma tale scopo può non escludere che la condotta sia posta in essere anche a nell'interesse o vantaggio dell'impresa¹⁵⁶. Il caso prospettato può peraltro essere più facilmente assimilato alla condotta agevolatoria descritta dalla fattispecie di prevenzione.

Anche a quest'ipotesi però sono legati un numero indeterminato di reati. Risulta impossibile per l'ente individuare un modello di organizzazione e gestione che sia idoneo a prevenire il rischio di qualsiasi reato la persona fisica possa commettere al fine di agevolare la consorceria mafiosa.

Alla luce delle brevi riflessioni qui svolte, ci sembra che l'analisi del rapporto tra modello 231 e criminalità organizzata dia esiti deludenti e che la particolare esigenza di contrastare l'attività fiancheggiatrice delle imprese *sane* alle organizzazioni mafie non possa essere soddisfatta attraverso la disciplina del 2001.

5. Responsabilità degli enti e criminalità organizzata: le sentenze del Tribunale di Milano

A sostegno delle riflessioni finora svolte può essere invocato il diritto vivente.

Per quello che ci consta vi sono nel panorama giurisprudenziale, anche di merito, soltanto due casi in cui è stato contestato l'illecito amministrato di cui all'art. 24 *ter* d.lgs. n. 231 del 2001.

¹⁵⁶ Interessante l'esempio di M. SCOLETTA, *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, cit., 376 il quale ipotizza il caso in cui un amministratore di una società commerciale commetta il delitto di turbativa degli incanti, corruzione, estorsione, truffa ai danni dello Stato per agevolare un'associazione mafiosa «in una logica di “scambio di favori”» con un membro della consorceria mafiosa.

Il fatto che non vi siano altri procedimenti in cui la responsabilità dell'ente consegue al compimento di delitti di criminalità organizzata può essere già di per sé sintomatico dell'*inadeguatezza* del decreto n. 231 nel contrastare tale fenomeno. Ciò nondimeno, vale la pena di intrattenerci un po' più a lungo sui procedimenti a nostra disposizione, concentrandoci in particolare su quello che offre maggiori spunti di riflessione e che riguarda la complessa vicenda processuale del gruppo Valle.

Si tratta della famiglia 'ndrangetista operante nell'*hinterland* milanese (in particolare nei territori di Bareggio, Cisliano, Milano e province limitrofe) e legata a una potente cosca della 'ndrangheta di Reggio Calabria. La consorterìa, nel territorio milanese, si era *infiltrata* in diversi settori dell'economia legale, quali quello immobiliare, edilizio e della ristorazione, acquisendo la gestione e il controllo di numerose imprese¹⁵⁷. L'esistenza del sodalizio è stata accertata dal Tribunale di Milano¹⁵⁸ e poi confermata in appello¹⁵⁹. Ne è derivata la condanna della maggior parte degli imputati per il delitto punito ai sensi dell'art. 416 *bis* c.p.

In tale contesto, secondo l'impostazione della procura di Milano, il delitto di associazione mafiosa era stato commesso nell'interesse o vantaggio di tredici imprese che operavano in settori differenti, quali quello edilizio, immobiliare, dei bar e della ristorazione, della vendita di materiale elettronico, della gestione di sale giochi e, infine, dei rifiuti, ai sensi dell'art. 24 *ter* d.lgs. n. 231 del 2001. Il Tribunale di Milano ha tuttavia dichiarato l'insussistenza degli illeciti amministrativi contestati.

Vale la pena, prima di analizzare i motivi che hanno portato a tale decisione, di descrivere sommariamente le imprese che sono state destinatarie della contestazione¹⁶⁰. Si trattava, fatta eccezione per un caso, di società a responsabilità limitata, alcune delle quali dichiarate fallite prima dell'intervento dello strumento punitivo. La maggior parte delle imprese erano state inoltre costituite dai membri verticistici del gruppo mafioso, ancorché intestate fittiziamente a terzi¹⁶¹.

¹⁵⁷ Tra gli scopi dell'organizzazione criminale vi erano anche attività illecite, tra cui, soprattutto, quella usuraia. V. Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, inedita.

¹⁵⁸ Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, cit.

¹⁵⁹ App. Milano, 19 giugno 2013, Cusenza e altri, inedita.

¹⁶⁰ Si tratta, in particolare, delle imprese: Anamel Immobiliare s.r.l., Gestione Immobiliari Marile s.r.l.; Europlay s.r.l., General Contract s.r.l.; Ruff Garden City s.r.l., International Café s.r.l., V.P.A. Costruzioni s.r.l.; Playmoney s.r.l.; Se.ri.co. Consulting Group s.r.l.; Germi s.a.s.; Jody bar s.r.l.; La Giada s.r.l.; Seguro s.r.l.

¹⁶¹ La procura di Milano aveva infatti contestato, tra gli altri, il delitto di cui all'art. 12 *quinquies* d.l. 306/1992, conv. con modificazioni nella legge n. 356/1992.

Le imprese sottoposte a procedimento non erano quindi in un rapporto di contiguità con la 'ndrangheta, ma appartenevano ai capi o ai partecipi¹⁶² della cosca¹⁶³. Sono i membri della consorterìa che «decidono la costituzione della società, che scelgono gli amministratori, che assumono dipendenti, che gestiscono ogni vicenda societaria, stabilendo chi debbano essere i componenti la compagine societaria e che strumentalizzano a tal punto i soci e gli amministratori formali, da sostituirsi ad essi non solo nell'ambito decisionale, ma anche materialmente nel compimento di concreti atti di gestione, quali la firma di documenti ed assegni»¹⁶⁴. Siamo quindi di fronte a strumenti societari geneticamente illeciti, fondati cioè per essere posti a servizio della consorterìa.

Insomma, nell'ipotesi in cui il decreto 231 è stato chiamato in soccorso è avvenuto non già per le imprese *malate ma curabili*¹⁶⁵ bensì per vere e proprie *imprese mafiose*¹⁶⁶ ben lontane dall'oggetto di indagine che ci ha occupato in questo lavoro.

Tra le imprese cui è stato contestato l'illecito vi sono però tre casi che non rientrano nella categoria (pur problematica)¹⁶⁷ dell'impresa illecita. Si tratta di società che non sono state costituite su iniziativa del gruppo criminale, ma di soggetti estranei, molto prima dei fatti oggetto del procedimento¹⁶⁸. Tali imprese, come si legge nella sentenza, sono state "fagocitate" dalla consorterìa: un membro del gruppo criminale acquistava quote della società, mentre i componenti vertistici ne acquisivano nel tempo il totale controllo, diventandone i principali finanziatori. L'ente diventava «progressivamente (...) una società appartenente al sistema "Valle", ponendosi cioè come società riconducibile alla famiglia»¹⁶⁹. Nel tempo, in sostanza, gli effettivi ruoli e funzioni sociali «venivano svuotati di ogni contenuto»¹⁷⁰. Sebbene tali imprese fossero geneticamente sane, al momento del giudizio (ma in verità, anche a quello dell'indagine) erano (anch'esse) sotto il totale controllo della

¹⁶² Il partecipe era però legato da stretti rapporti familiari con i capi.

¹⁶³ Nella specie, i fratelli Valle Fortunato ed Angelo e Spagnuolo Antonio Domenico.

¹⁶⁴ Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, cit., 65. L'espressione, pur astrattamente applicabile a tutte le ipotesi, è riferita a Europlay s.r.l.

¹⁶⁵ Questa l'espressione usata dal dott. Storari, sostituto procuratore presso il Tribunale di Milano all'incontro "L'espansione della criminalità organizzata nelle attività d'impresa al Nord" tenutosi presso l'Università Commerciale "Luigi Bocconi" in data 11 ottobre 2013.

¹⁶⁶ Ciò si desume anche da quanto dichiara, in una intercettazione, Valle Fortunato, che precisa «la Gestione Immobiliare Marilena è una società nostra, la mia». Si richiamano anche le dichiarazioni di uno dei dipendenti della Europlay s.r.l. che ammette, in sede di sommarie informazioni: «Il mio datore di lavoro era Valle Fortunato». V. Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, cit., 45 e 57.

¹⁶⁷ V. cap. II, sez. I.

¹⁶⁸ Si tratta di Se.Ri.Co Consulting Group s.r.l., Germi s.a.s. e Seguro s.r.l.

¹⁶⁹ Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, cit., 99. L'espressione è riferita alla Se.Ri.Co. Consulting Group s.r.l.

¹⁷⁰ Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, cit., 107. L'espressione è riferita alla Germi s.a.s.

consorteria; erano società della cosca. Anche queste imprese non sarebbero *curabili* o *risocializzabili* ma astrattamente destinatarie della pena dell'interdizione definitiva dell'attività ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 231/2001.

Se si volge lo sguardo al secondo procedimento, riguardante la famiglia dei Barbaro, nel noto procedimento "Paco sud", si osserva come si tratti, ancora una volta di imprese interamente controllate dagli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa¹⁷¹.

Insomma, nelle uniche ipotesi in cui il d.lgs. n. 231 cit. è stato utilizzato per la criminalità organizzata non ha riguardato "imprese agevolanti" ma le imprese *della mafia*, *incurabili* e da *neutralizzare*.

Veniamo adesso ai motivi per i quali il tribunale di Milano, nell'ambito del procedimento Valle, ha dichiarato insussistente l'illecito amministrativo. Va premesso che la sentenza non brilla per chiarezza né si sofferma a lungo sulla questione. La decisione si limita infatti a ricordare che il reato di associazione di tipo mafioso è stato inserito nella lista dei delitti-presupposto soltanto, come detto, con l'art. 2, comma 29 della legge 15 luglio 2009, n. 94 entrata in vigore l'8 agosto 2009 e che prima di questa data «nessun comportamento poteva dare luogo ad una responsabilità amministrativa derivante dall'illecito penale di cui all'art. 416 bis c.p., poiché quest'ultimo non rientrava tra quelli che di detta responsabilità amministrativa potevano costituire presupposto»¹⁷². Ciò perché il decreto n. 231 all'art. 2 prevede che valga anche per la responsabilità degli enti il principio di legalità e quello della irretroattività della norma penale. Conseguentemente, gli illeciti posti in essere dalle persone fisiche prima di quella data non possono implicare la responsabilità delle singole imprese.

Questa parte della decisione non comporta problemi interpretativi e anzi farebbe sperare che, nonostante tutto, nel futuro (ossia nel caso di reati commessi dopo il 2009) ipotesi simili possano rientrare nello spazio di applicazione del d.lgs. n. 231/2001.

La seconda parte della motivazione ci induce però a pensare che tale possibilità non sia così facilmente concretizzabile e anticipa alcuni nodi interpretativi problematici che potrebbero emergere nei prossimi anni.

¹⁷¹ Si tratta del proc. n. 41849/07. Le imprese, condannate in primo e secondo grado, ai sensi dell'art. 24 *ter* d.lgs. n. 231/2001 (Immobiliare Buccinasco s.r.l. e Kreiamo s.p.a.) erano di proprietà della famiglia Barbaro. Sul punto, la sentenza è pressoché priva di motivazione. Si può soltanto notare che nonostante l'illiceità delle imprese, esse sono state condannate alla sola pena pecuniaria e non (come sarebbe stato più opportuno) allo scioglimento.

¹⁷² Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, cit., 316.

Vale la pena di riportare interamente un passaggio della decisione. Secondo il Tribunale di Milano «mentre per le altre ipotesi di illecito amministrativo la condotta integrativa degli estremi di reato ben può coincidere, “in re ipsa”, con uno dei componenti contemplati dal citato art. 5, e dare luogo pertanto a responsabilità amministrativa (si pensi ad esempio all’illecito di indebita percezione in favore di una persona giuridica di erogazioni in danno dello Stato), difficilmente, di per sé, la promozione della “societas sceleris” – consistente nella realizzazione delle condotte propedeutiche alla sua “costituzione” -, l’organizzazione della medesima – consistente nella realizzazione delle condotte propedeutiche al suo concreto funzionamento – e la partecipazione alla stessa – per la quale non è necessaria la realizzazione di atti che si annoverino tra i fini di essa, essendo sufficiente l’adesione alla stessa e la fattiva, concreta disponibilità a porre successivamente in essere quanto necessario per la sua perpetuazione – coincideranno con uno dei comportamenti delineati dal detto art. 5, andando in tal modo ad integrare gli estremi dell’illecito amministrativo derivante da reato, ma vi sarà la necessità della realizzazione, nel divenire della vita della “societas sceleris” di una delle condotte contemplate da ultima disposizione»¹⁷³.

Il collegio ha precisato che la realizzazione di tali condotte non era stata provata. Il fatto che fosse stata riconosciuta l’aggravante di cui all’art. 7 d.l. n. 152/1991 a carico di tutti i condannati per associazione mafiosa implicava inoltre «un giudizio di strumentalità degli atti imprenditoriali all’interesse dell’associazione a delinquere e dei loro comportamenti»¹⁷⁴, incompatibile con i requisiti previsti dall’art. 5 d.lgs. n. 231 cit.

In definitiva, secondo l’organo giudicante, molte delle condotte poste in essere dagli associati e provate in sede di giudizio erano precedenti all’agosto del 2009. In secondo luogo, era illogico pensare che le persone fisiche avessero agito allo scopo di agevolare la mafia e l’impresa contestualmente, a meno che questa circostanza non fosse stata provata.

Priva di valore è la richiamata necessità di provare il criterio di imputazione oggettiva. Può avere al contrario rilevanti conseguenze (anche *pro futuro*) il fatto che i giudici abbiano sottolineato la difficile conciliabilità tra le due finalità. Il principio espresso dalla sentenza rischia di colpire (e secondo noi, giustamente) le fondamenta dell’illecito amministrativo dipendente dal reato di cui all’art. 416 *bis* c.p.

¹⁷³ Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, cit., 316.

¹⁷⁴ Trib. Milano, 20 luglio 2012, Valle e altri, cit., 217.

A nostro parere, anche laddove infatti non venisse contestata la suddetta aggravante, sarebbe comunque difficilmente immaginabile che un soggetto sia capo o partecipe (risulti quindi titolare della c.d. *affectio societatis*) di un'associazione mafiosa nell'interesse o vantaggio dell'ente.

Ci sembra più facilmente ipotizzabile l'ipotesi contraria: che l'affiliato gestisca o controlli un'attività economica (spesso si tratta di una *mala gestio*) nell'interesse esclusivo del gruppo criminale.

In definitiva, il caso in esame (che è anche quello in cui il Tribunale argomenta più a lungo) sembra suggerire la difficile conciliabilità tra il modello di responsabilità disciplinato dal d.lgs. n. 231 cit. e il reato di associazione di tipo mafioso.

A questo punto vale la pena di chiedersi se la stessa incompatibilità logica vi sarebbe nei casi in cui il delitto presupposto non fosse un reato associativo ma fosse commesso al fine di agevolare l'associazione mafiosa.

In un'ipotesi simile, le persone fisiche non sarebbero membri dell'associazione e il fine di agevolare il gruppo criminale potrebbe astrattamente coincidere o coesistere con quello di procurare un vantaggio all'ente. Nondimeno, la motivazione della sentenza appena esaminata richiama proprio il dolo specifico di agevolazione dell'aggravante per evidenziare la difficile conciliabilità tra il fenomeno della criminalità organizzata e la disciplina della responsabilità degli enti. Sembrerebbe quindi che si possano incontrare le medesime difficoltà applicative per il caso in cui il delitto-presupposto sia l'art. 416 *bis* c.p. e quello in cui sia qualsiasi altro reato aggravato dal "fine di agevolare la mafia".

Insomma, anche volgendo lo sguardo al diritto vivente, la disciplina del d.lgs. n. 231 cit. ci sembra uno strumento inidoneo per contrastare fenomeni allarmanti come la criminalità organizzata. In particolare, crediamo che l'esigenza di indirizzare una sanzione punitiva (basata su prove o indizi di reità) nei confronti dell'ente che si trovi in un rapporto di contiguità con l'associazione non possa trovare soddisfazione attraverso la responsabilità c.d. amministrativa degli enti descritta nel d.lgs. n. 231 cit.

La sanzione rivolta all'impresa che agevola la mafia non può quindi essere sussunta nel paradigma del *diritto penale dell'amico*.

Tesi di dottorato "Mafia e imprese: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche"
di RUSSO ROBERTA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2014

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

INTERMEZZO

DIFFICILI RINUNCE. L'IMPRENDITORIA CONTIGUA E LA SANZIONE DELL'AMMINISTRAZIONE
GIUDIZIARIA

Sommario: 1. Premessa. 2. L'imprenditoria *contigua*. – 3. Tra esigenza di tutela e bilanciamento di diritti. La nuova era della sospensione dell'amministrazione dei beni. - 3.1 Il c.d. caso Ilva. Brevi note sulla vicenda. 3.2 Dai controlli al commissariamento. – 3.3 Amministrazione giudiziaria e misure "salva Ilva": punti di divergenza. – 3.4 Amministrazione giudiziaria e misure "salva Ilva": punti di contatto. – 4. Conclusioni

1. Premessa

In base all'analisi svolta finora, sembrerebbe che gli strumenti predisposti dal nostro ordinamento, sia *ante* sia *post delictum*, siano incapaci di colpire le imprese che si trovano nella zona di contiguità fra mercato sano e criminalità organizzata efficacemente e senza ledere le garanzie minime del diritto penale.

La misura preventiva è risultata infatti ingiustificatamente priva di garanzie se applicata nei confronti di imprese geneticamente lecite e con lo scopo di permetterne il reingresso nel mercato.

Lo strumento punitivo, nella particolare disciplina del d.lgs. n 231/2001, è apparso inadatto ed inefficace.

Dovremmo pertanto rinunciare a punire le imprese "colluse" (ma non mafiose) e a utilizzare a tal fine l'amministrazione giudiziaria.

Una conclusione simile non può tuttavia che essere insoddisfacente. Nonostante le difficoltà incontrate, riteniamo infatti che non si possano negare le suddette esigenze di criminalizzazione né il pregio della sanzione che interviene sull'organizzazione.

2. L'imprenditoria *contigua*

Quanto al primo punto è sotto gli occhi di tutti (e le prime pagine ci sono servite per dimostrarlo) che i rapporti tra economia e *mafie* siano sempre più stretti¹.

Come abbiamo avuto modo di ricordare, «la mafia diversifica gli investimenti operando su mercati globali. Questo comporta un mutamento nella struttura dell'organizzazione mafiosa. Al *nucleo operativo occulto*, si è sovrapposta una possente

¹ Sul punto, v., più ampiamente, cap. I, sez. I e bibliografia ivi citata.

sovrastruttura finanziaria (...) Il sistema mafioso, prima composto solo di uomini, ora si compone di uomini e società commerciali»².

Le forme di imprenditoria c.d. *contigua* sono lo strumento attraverso il quale l'organizzazione mafiosa riesce ad inquinare il "mondo dell'economia" e «senza ess[e], si limiterebbe a porre in essere forme di sfruttamento di tipo estorsivo o parassitario delle risorse imprenditoriali locali»³.

Il potere delle *mafie* non dipende infatti soltanto dall'operato degli affiliati ma anche (dovremo dire soprattutto?) dai contributi provenienti da soggetti esterni, e in particolare dalle imprese⁴.

Specie nelle zone geografiche in cui l'attività d'impresa è più proficua⁵, gli sforzi della consorte si rivolgono infatti non soltanto alle attività criminose (e quindi alla ricerca di proventi illeciti) ma in misura pressoché analoga a quelle lecite economiche⁶, nell'ambito delle quali gli utili vengono reinvestiti e riciclati.

I rapporti di scambio tra mafia e mercato rendono più difficile la persecuzione del delitto e, soprattutto, danneggiano gli equilibri del mercato e gli operatori sani, incapaci di concorrere con le imprese controllate, gestite o agevolate dalla mafia⁷. «È indubbio che le imprese-rete mafiose, nel loro insieme, puntano a una sostanziale soppressione delle regole sulle quali si fonda la concorrenza di mercato e all'eliminazione di tutti i soggetti economici presenti sullo stesso segmento imprenditoriale, determinando lo stravolgimento dei principi su cui si regge ogni sistema economico di tipo capitalistico»⁸.

Si tratta quindi di un'emergenza sempre più allarmante.

² F. M. IACOVIELLO, *Concorso eventuale in associazione mafiosa*, cit., 2082.

³ A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 159.

⁴ G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia e diritto penale*, in AA.VV., *Scenari di mafia*, cit., 205, il quale, utilizzando la tesi del fenomeno mafioso come "rete di relazioni" sociali, ipotizza addirittura che le condotte dei sostenitori esterni dovrebbero essere punite più gravemente dei meri partecipi/soldati; R. SCIARRONE, *Mafie, relazioni e affari*, cit., 3 ss.

⁵ Ma come dimostra lo studio AA.VV., *Alleanze nell'ombra*, cit., *passim* ciò avverrebbe anche nelle zone del Mezzogiorno. V. anche cap. I, sez. I.

⁶ Questo è quanto risulta dall'indagine empirica "L'espansione della criminalità organizzata in nuovi ambiti territoriali e le sue infiltrazioni nel sistema sociale dell'attività d'impresa", condotta dall'Università Commerciale Luigi Bocconi.

⁷ Sul punto, v. anche, di recente, A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 125 e 130 ss. che segnala, richiamando il *report* del Consiglio Superiore della Magistratura, *Criminalità organizzata ed economia illegale*, 54, l'effetto di distorsione del processo di investimento e l'effetto depressivo sugli investimenti stessi.

⁸ A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 156.

Sembra tuttavia difficile individuare l'area d'illiceità dei comportamenti delle società, ma soprattutto selezionare «una più efficace riposta alla penetrazione mafiosa nel mondo dell'economia»⁹.

Se si volge lo sguardo alle prassi, si osserva come la giurisprudenza utilizzi, per ottemperare a sentite esigenze di difesa sociale, le soluzioni più disparate, in un'ottica non sempre ragionevole.

Qualche indizio si trae dall'analisi dei procedimenti di competenza della DDA di Milano. Come abbiamo detto, è elevatissimo il numero di imprenditori imputati e poi condannati per il delitto di cui all'art. 416 *bis* (per lo più nelle vesti di partecipi), specie se si considera che da questa categoria sono stati esclusi i soggetti originariamente mafiosi che avevano acquisito nel tempo il controllo di un'impresa.

Abbiamo già avuto modo di osservare la presenza nell'ambito dei procedimenti milanesi di 112 imprenditori¹⁰ su 410 partecipi dell'associazione¹¹.

Si tratterebbe pertanto di soggetti che, svolgendo un'attività imprenditoriale, si sono avvicinati così tanto alla mafia da essere considerati dall'autorità giudiziaria membri della consorterìa. A ciò si contrappone il fatto che soltanto un esponente dell'imprenditoria è stato imputato per concorso eventuale in associazione mafiosa, astrattamente più idoneo a definire il contributo del soggetto che resta privo della c.d. *affectio societatis*.

Ci sembra che, non potendo far ricorso all'istituto del concorso eventuale, il cui esito processuale sarebbe stato assai incerto e avrebbe probabilmente vanificato gli ingenti "sforzi investigativi", l'autorità giudiziaria (almeno nel distretto milanese) rinunci all'istituto del c.d. concorso esterno e utilizzi quello più vantaggioso, da un punto di vista probatorio, della "partecipazione"¹².

Come è stato sostenuto, la prova della partecipazione all'associazione mafiosa si svincola dal requisito della causalità richiesto per dimostrare il c.d. concorso esterno¹³ e diventa quindi più semplice da usare in sede processuale¹⁴.

⁹ A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 160.

¹⁰ Per un totale di 126 imprenditori indagati per associazione di tipo mafioso.

¹¹ Su un totale di 760 indagati per associazione di tipo mafioso.

¹² A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 161. È il caso di ricordare che G. TURONE, *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *Quaderni del C.S.M.*, I, 1998, 99, 466 s. ricorda come non sia necessario per dimostrare la partecipazione l'affiliazione rituale «se la condotta di tale soggetto, complessivamente considerata, sia *per facta concludentia* significativa sotto il profilo dell'*affectio societatis*». Sulla condotta di partecipazione la bibliografia è sconfinata. Tra gli altri, v. C. VISCONTI, *Contiguità mafiosa*, cit., 126 ss.

¹³ Sul punto v. cap. II, sez. I. e C. VISCONTI, *Contiguità mafiosa*, cit., 87 ss.

Nei procedimenti milanesi un ruolo assolutamente marginale riveste inoltre, sempre per la c.d. imprenditoria *contigua* ma non mafiosa, l'art. 7 d.l. 152/1991. Nonostante la Procura di Milano contesti l'aggravante in numerose ipotesi, sono pochissimi i casi in cui è riconosciuta a carico di imprenditori che non siano indagati anche per il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p.¹⁵

Se questo è quanto accade nel Tribunale di Milano, in quelli del meridione lo strumento privilegiato (se pur incerto e discusso) è ancora quello del concorso eventuale in associazione mafiosa¹⁶.

Insomma, è oramai comprovato che la zona d'ombra tra mafie e mercato è sempre più ampia e più *pericolosa*, ma che la risposta del diritto penale vive un'epoca di assoluta incertezza.

Alla luce di una situazione simile, non possiamo rinunciare a chiamare in soccorso gli strumenti del diritto penale, trovando una soluzione che sia più accettabile ed efficace¹⁷.

3. Tra esigenze di tutela e bilanciamento dei diritti. La nuova era della sospensione dell'amministrazione dei beni

Nel paragrafo precedente, abbiamo fatto cenno agli strumenti utilizzati in concreto dall'autorità giudiziaria per punire le forme di imprenditoria *contigua*, ma le soluzioni adottate (contestazione della condotta di partecipazione o di concorso c.d. esterno), essendo indirizzate alle persone fisiche, non sono in grado di colpire l'ente. Il problema non è soltanto quello di predisporre una sanzione a carico dell'imprenditore ma anche di incidere sulle persone giuridiche¹⁸.

¹⁴ Questa l'opinione espressa da G. FIANDACA, nell'intervento al Convegno "L'espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord", tenutosi l'11 ottobre 2013 presso l'Università Commerciale "Luigi Bocconi".

¹⁵ Dall'indagine empirica condotta dall'Università Bocconi (v. sopra) risulta che l'aggravante sia stata contestata a 114 soggetti, tra i quali 84 imputati per associazione di tipo mafioso e 30 per altri reati. Tra quest'ultimi soltanto 11 sono imprenditori.

¹⁶ Questa l'opinione espressa da G. FIANDACA, nell'intervento al Convegno "L'espansione della criminalità organizzata nell'attività d'impresa al Nord", tenutosi l'11 ottobre 2013 presso l'Università Commerciale "Luigi Bocconi".

¹⁷ Sull'esigenza, in generale, di individuare strumenti più efficaci per le nuove forme di infiltrazioni delle organizzazioni criminali nel mercato, v. A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 153 il quale pone però l'accento sulla necessità che provvedimenti di questo tipo siano presi su un piano internazionale.

¹⁸ Sulla necessità di colpire gli enti collettivi A.M. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., 270. Questa esigenza si lega a quella più generale di contrastare la criminalità organizzata agendo sul patrimonio. V. cap. II, sez. I e, tra gli altri, v. EAD, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche*, cit., 270; L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., 5.

Nell'arsenale del diritto penale, se vogliamo escludere la responsabilità c.d. amministrativa degli enti dipendente da reato, l'unica misura che potrebbe, seppur indirettamente, avere un certo effetto repressivo e preventivo sulle imprese è la confisca prevista dagli artt. 416 *bis*, comma 7 e 12 *quinquies* e *sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv., con modificazioni, nella legge 7 agosto 1992, n. 356.

L'analisi di questi strumenti meriterebbe un'autonoma trattazione. In questa sede ci limitiamo a ricordare che la misura ablatoria sarebbe in grado di incidere in via riflessa sull'impresa attraverso la confisca delle quote societarie (oltre che degli altri beni dell'impresa)¹⁹ ma sarebbe per lo più destinato alle imprese gestite, controllate o di proprietà della mafia.

Se volgiamo lo sguardo alle imprese "infiltrate" o *malate*, ma "curabili" l'intervento ablatorio potrebbe essere al contempo troppo *timido* o troppo *aggressivo*.

In alcune ipotesi infatti la confisca indebolirebbe soltanto l'associazione mafiosa che, facendo ricorso ai suoi fondi illeciti, sarebbe in grado di aggredire nuovamente l'impresa originariamente sana anche dopo la grossa perdita patrimoniale dovuta all'ablazione delle quote societarie.

Nei casi in cui la misura incida in misura massiccia sul patrimonio dell'impresa (si pensi alla confisca di un intero ramo aziendale²⁰), essa finirebbe per lasciare l'ente in crisi, incapace di continuare la sua attività d'impresa e più facile preda (necessitando di nuovi finanziamenti) delle *spinte fameliche* dei gruppi criminali. In definitiva, lo strumento ablatorio potrebbe in un caso non esplicare alcun effetto afflittivo e nessuna funzione di prevenzione generale, nell'altro, pur svolgendo una funzione simbolica, non permettere all'impresa *curabile* il reingresso nel mercato.

La sanzione dell'amministrazione giudiziaria si pone al contrario come una misura capace di bilanciare esigenze di difesa sociale e di tutela del mercato (e di tutti coloro che in essi vi operano o da esso dipendono: soci incolpevoli, creditori, lavoratori e perfino consumatori)²¹. «Sullo sfondo sta il tema generalissimo del *bilanciamento tra diritti in conflitto*, tutti di elevatissimo rango costituzionale»²². L'espressione, di Francesco Viganò, potrebbe astrattamente riguardare proprio il tema che ci occupa. L'autore si riferiva però a una

¹⁹ V. le cap. II, sez. I.

²⁰ V. Trib. Napoli, Sez. mis. prev., 6 luglio 2011, cit.

²¹ V. l'ampia analisi nel cap. II, sezz. I e II.

²² F. VIGANÒ, *Editoriale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 1.

vicenda particolare, il c.d. caso Ilva, nell'ambito del quale si vedevano contrapposte la libertà di iniziativa economica dell'impresa e il diritto al lavoro da una parte, e i diritti alla vita, alla salute e all'ambiente dall'altra²³. Si tratta di un'ipotesi per molti versi distante da quella di cui ci occupiamo e rispetto alla quale è opportuno mettere in luce gli elementi di divergenza.

Esistono tuttavia anche alcuni importanti punti di contatto. I c.d. decreti "Salva-Ilva" e "Ilva-bis" pongono in risalto la necessità di nuove sanzioni dirette all'ente, gettando una particolare luce sul c.d. commissariamento, come misura che possa salvaguardare l'attività d'impresa senza rinunciare a una *cura* della stessa.

Prima di procedere vale però la pena di ricordare che il caso dell'Ilva di Taranto non ha posto soltanto problemi di bilanciamento di interessi (o di diritti o esigenze) ma anche di poteri, fra politica e magistratura²⁴. Dedicheremo soltanto qualche cenno a questo secondo profilo poiché esso esula dal nostro tema ed è strettamente connesso alle peculiarità del procedimento a carico dell'impresa siderurgica tarantina²⁵.

3.1 Il c.d. caso Ilva. Brevi note sulla vicenda

La vicenda²⁶ riguarda, come noto, l'acciaieria, attiva da più di un secolo²⁷, di proprietà e sotto il controllo del Gruppo Riva. A luglio del 2010²⁸ alcuni membri della famiglia Riva, il direttore dello stabilimento e i dirigenti capo area di alcuni reparti sono stati accusati per i reati di disastro colposo e doloso, omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, danneggiamenti aggravato di beni pubblici, getto e sversamento di sostanze pericolose, inquinamento atmosferico e avvelenamento di sostanze alimentari. Secondo la Procura della

²³ Per una sintesi, F. VIGANÒ, *Editoriale*, cit., 2.

²⁴ F. VIGANÒ, *Editoriale*, cit., 2. Sul punto v. le riflessioni di R. BIN, *L'ilva e il soldato Baldini*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 5 ss.

²⁵ Come è stato osservato la questione Ilva solleva un ultimo interrogativo riguardante il ruolo della magistratura penale. Ci si chiede infatti se esso debba essere relegato a quello attribuitogli dal diritto penale illuminista o se i giudici possano al contrario svolgere anche una funzione preventiva in difesa dei beni giuridici anche se le minacce non si sono trasformate in veri e propri danni. Sul punto, F. VIGANÒ, *Editoriale*, cit., 2. Anche tale tema è di grande attualità e interesse, né è del tutto estraneo dalle riflessioni che ci hanno spinto fin qui. Per esigenze di brevità siamo tuttavia costretti a rinviare ad altra sede per alcune riflessioni in merito.

²⁶ Per una ricostruzione v. S. D'ANGIULLI, *Caso Ilva di Taranto. Adesso o mai più*, in *Ambiente e territorio*, 2013, 1, 117 ss.

²⁷ È però il caso di ricordare che l'Ilva è attiva fin dal 1905 e fu acquistata prima dalla Banca commerciale italiana nel 1921, poi dall'IRI nel 1933. È stata privatizzata soltanto nel 1995 dopo essere stata di proprietà pubblica per più di vent'anni (dal 1961 al 1988). Per una ricostruzione, v. F. DI CRISTINA, *Il decreto "salva Ilva"*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 4, 375.

²⁸ In verità, vi era già stata una condanna definitiva nei confronti dei vertici dell'impresa siderurgica per il reato di cui all'art. 674 c.p., per aver diffuso nelle aree limitrofe allo stabilimento polveri minerarie provenienti dai depositi e per non aver predisposto misure per evitarne lo spargimento. V. Cass., Sez. III, 28 settembre 2005, Riva, in *Giust. Pen.*, 2006, II, 545.

Repubblica di Taranto, l'Ilva aveva emesso ingenti quantità di sostanze dannose per l'organismo e per l'ambiente, tra cui alcune cancerogene ed altamente tossiche²⁹. Nel luglio del 2012 il Gip di Taranto ha disposto il sequestro preventivo *ex art.* 321 c.p.p. di sei impianti dell'area e caldo e gli arresti dei nuovi vertici, ravvisando, «nella zona del tarantino, una grave ed attualissima situazione di emergenza ambientale e sanitaria, imputabile alle emissioni inquinanti, convogliate, diffuse e fuggitive, dello stabilimento Ilva spa». Il Giudice aveva poi nominato quattro custodi-amministratori per lo spegnimento degli impianti e il blocco dell'attività. Il provvedimento veniva confermato dal Tribunale di del Riesame il quale attribuiva ai custodi, sotto il controllo del Pubblico Ministero, la possibilità di valutare le operazioni da compiere per la cessazione delle emissioni nocive, restando tuttavia preclusa l'utilizzazione degli impianti.³⁰

Il 7 agosto 2012 il governo adottava il decreto legge n. 129 attraverso il quale finanziava opere di bonifica dello stabilimento.

Con il decreto del 10 agosto 2012 il Gip confermava i sequestri e, in conformità con quanto sancito dal Tribunale del Riesame, invitava i custodi ad adottare tutte le misure necessarie per evitare il protrarsi della situazione di pericolo. Successivamente, il Ministero dell'ambiente provvedeva a modificare l'AIA (Autorizzazione integrata Ambientale)³¹ del 2011, stabilendo che l'Ilva avrebbe potuto continuare l'attività d'impresa soltanto nel rispetto delle condizioni in esse previste³². Molte delle prescrizioni dell'AIA coincidevano con le indicazioni date dal Gip ma vi erano delle discordanze in relazione all'attuazione della misure.

²⁹ La perizia epidemiologica presentata dalla Procura di Taranto attesta, nei sette anni presi in considerazione, un totale di 11.550 morti per cause cardiovascolari e respiratorie e un totale di 26.999 ricoveri per cause cardiache, respiratorie e cerebrovascolari. La perizia si conclude così: «l'esposizione continuata agli inquinanti dell'atmosfera emessi dall'impianto siderurgico ha causato e causa nella popolazione fenomeni degenerativi di apparati diversi dell'organismo umano che si traducono in eventi di malattia e di morte».

³⁰ La ripresa dell'attività sarebbe stata possibile soltanto dopo la totale eliminazione delle emissioni nocive. V. G. ARCONZO, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione procedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Riv. trim dir. pen. cont.*, 2013, 1, 18.

³¹ Nell'autorizzazione sono previsti i limiti alle emissioni inquinanti e norme sulla riqualificazione industriali e sulle eventuali sanzioni irrogabili in caso di inosservanza delle prescrizioni. Per un'approfondita analisi, v. F. DI CRISTINA, *Il decreto "salva Ilva"*, cit., 371 ss. il quale ricorda che il procedimento per ottenere tale autorizzazione è stato introdotto con il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 372 più volte modificato fino al 2010 anche per recepire la direttiva IPCC – *Integrated Pollution Prevention and Control* (2008/1/Ce). L'autorizzazione è rilasciata agli impianti industriali che appartengono a determinate categorie rientranti nell'Allegato n. VIII del Codice degli Appalti.

³² Come è stato osservato, però, dopo il secondo decreto del Giudice per le indagini preliminari, il Governo sembrava voler sollevare un conflitto di attribuzioni. Aveva mutato idea soltanto dopo la pubblicazione di alcune intercettazioni dalle quali risultavano i numerosi tentativi dei dirigenti dell'Ilva di nascondere le informazioni sulle emissioni inquinanti dell'impianto siderurgico. Sul punto, v. G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., 18.

Il 6 novembre 2012 l'Ilva comunicava al Governo di non poter adempiere alle direttive AIA «né di poter elaborare alcun piano industriale» a causa degli intervenuti sequestri³³. Come dichiarato in una successiva richiesta di dissequestro, il mantenimento del sequestro avrebbe portato «inevitabilmente alla definitiva cessazione dell'attività produttiva e alla chiusura del polo produttivo». La situazione è poi peggiorata quando il Giudice per le indagini preliminari ha disposto (il 26 novembre 2012) il sequestro di tutti i lavorati prodotti quali profitto e provento di attività illecita³⁴.

Si era così creata una situazione di *impasse*: i dirigenti dell'Ilva ribadivano l'impossibilità di continuare l'attività e l'autorità giudiziaria rimaneva ferma nel non concedere il dissequestro degli impianti e dei prodotti.

È pertanto intervenuto l'organo esecutivo con il decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207³⁵, convertito poi con modificazioni nella legge 24 dicembre 2012, n. 231. Il legislatore, nel tentativo di bilanciare i diversi interessi contrapposti e considerata la «priorità strategica di interesse nazionale», ha stabilito una disciplina derogatoria rispetto a quella ordinaria, per garantire la «la continuità del funzionamento produttivo dello stabilimento ILVA»³⁶.

3.2 Dai controlli al commissariamento

Con il primo provvedimento del dicembre del 2012, l'organo esecutivo ha previsto una disciplina generale riguardante l'efficacia dell'«autorizzazione integrata ambientale in caso di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale» (artt. 1 e 2) e una espressamente rivolta all'Ilva (art. 3)³⁷.

L'art. 1, dopo aver definito lo «stabilimento di interesse strategico nazionale»³⁸, prevedeva che in presenza di tali complessi, se c'era la necessità di tutelare l'occupazione e la

³³ Il documento è rinvenibile sul sito aia.minambiente.it.

³⁴ Per un'analisi più approfondita delle singole note stampa dell'Ilva e i diversi provvedimenti del Gip di Taranto, v. G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., 18. Ritiene che i prodotti lavorati dello stabilimento non siano «prodotto o profitto del reato», D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, in *Riv. it. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 51 secondo il quale «nel caso Ilva, il sequestro è caduto su normali prodotti industriali, la cui produzione non è e non potrebbe essere oggetto di divieto».

³⁵ Recante «Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale».

³⁶ V. il preambolo del d.l. n. 207 del 2012.

³⁷ A. SPERTI, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto Ilva*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 12. Sulla legge provvedimento anche A. MORELLI, *Il decreto ILVA*, cit., 10.

³⁸ Come è stato osservato vi sono altre disposizioni nell'ordinamento che fanno riferimento al «sito (od area) di interesse». Tra gli altri v. l'art. 2, d.l. 23 maggio 2008, n. 90, recante «Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile»; l'art. 25, l. 23 luglio 2009, n. 99 recante «Disposizioni per lo sviluppo e

produzione, il Ministero dell'ambiente poteva autorizzare la prosecuzione dell'attività di impresa per un massimo di 36 mesi; che le disposizioni trovavano applicazione anche quando fosse stato disposto il sequestro sui beni dell'impresa («tra l'AIA e il sequestro giudiziario, dispone in altre parole il decreto legge, prevale comunque l'AIA»)³⁹ e che i titolari dell'AIA mantenevano la gestione e la responsabilità degli stabilimenti.

L'art. 3 era al contrario direttamente rivolto all'Ilva⁴⁰, definita «stabilimento di interesse strategico nazionale»⁴¹, e permetteva la prosecuzione della produzione e la vendita dei prodotti, riesaminando l'autorizzazione integrata ambientale⁴². Tali disposizioni si ponevano in aperto contrasto con il provvedimento di sequestro che aveva invece impedito all'impresa l'esercizio dell'attività.

Entrambe le parti del decreto prevedevano quindi la possibilità che l'impresa continuasse ad esercitare la sua attività. L'art. 1, comma 4 stabiliva infatti che «i provvedimenti di sequestro non impediscono (...) l'esercizio dell'attività di impresa», e il comma 3 dell'art. 3 sanciva, con specifico riferimento all'Ilva, che «a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, [l'impresa] è immessa nel possesso dei beni (...) ed è in ogni caso autorizzata, nei limiti del provvedimento di cui al comma 2 [l'autorizzazione integrata ambientale] alla prosecuzione dell'attività produttiva nello stabilimento ed alla conseguente commercializzazione dei prodotti per un periodo di 36 mesi».⁴³

l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia»; l'art. 19, l. 12 novembre 2011, n. 183, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato» (legge di Stabilità 2012). Sul punto, v. G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., 20 il quale riporta anche un elenco dei provvedimenti che fanno riferimento al diverso discorso dei «programmi di interesse strategico nazionale». L'autore precisa però nella l. n. 231/2012 tale locuzione è stata utilizzata per la prima volta in riferimento a stabilimenti industriali.

³⁹ G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., 20

⁴⁰ Si tratterebbe di una sorta di provvedimento *ad entem* mascherato da norma di legge. Sul punto, G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., 22; ma anche R. BIN, *L'Ilva e il soldato*, cit., secondo cui il testo «cerca goffamente di mascherare quello che l'atto effettivamente è. Il provvedimento per il caso concreto è ammantato da un involucri di disciplina generale che è del tutto trasparente».

⁴¹ Ai sensi del decreto, uno stabilimento è di «interesse strategico nazionale» quando siano soddisfatte due condizioni: l'impianto deve occupare un numero di lavoratori subordinati non inferiori alle duecento unità da almeno un anno e deve sussistere «l'assoluta necessità» di salvaguardare l'occupazione e la produzione. G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., 18 osserva come questa definizione faccia emergere l'incoerenza della legge che affida al decreto del Presidente del Consiglio l'individuazione degli stabilimenti strategici e definisce tale con una legge lo stabilimento dell'Ilva.

⁴² Sul decreto v. F. DI CRISTINA, *Il decreto "salva Ilva"*, 369.

⁴³ Si tratta peraltro di un provvedimento retroattivo, come stabilito dalle commissioni parlamentari della Camera chiamate in sede referente dell'esame della legge di conversione, a seguito del quale è stato infatti introdotto nell'art. 3 comma 3 la locuzione «ivi compresi quelli realizzati antecedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, ferma restando l'applicazione di tutte le disposizioni contenute nel presente decreto». Sul punto v. A. SPERTI, *Alcune riflessioni*, cit., 13.

Insomma, il c.d. decreto c.d. Salva Ilva aveva come fine principale quello di consentire all'impresa la prosecuzione della sua attività, condizionata ad alcune prescrizioni e sotto il controllo dell'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (da ora, ISPRA) e di un garante nominato *ad hoc*. Quest'ultimo doveva agire in collaborazione con l'ISPRA ed era supportato dalle Agenzie regionali e provinciali per la protezione dell'ambiente. Tra i suoi compiti vi era quello di vigilare sull'attuazione delle prescrizioni di legge, promuovere iniziative di informazioni e consultazione per i cittadini⁴⁴ e denunciare all'autorità ministeriale le criticità nell'attuazione dell'AIA, proponendo misure idonee a risolverle, tra cui anche l'amministrazione straordinaria⁴⁵.

L'impresa manteneva quindi i poteri gestori, pur essendo sottoposta a un controllo amministrativo. In concreto, tale potere di vigilanza veniva attribuito a un *ex* membro della magistratura⁴⁶.

Dopo l'entrata in vigore del decreto l'Ilva chiedeva, proprio in base all'art. 3, comma 3, il dissequestro dei beni e degli impianti. La Procura di Taranto immetteva gli stabilimenti nel possesso dell'impresa, senza però revocare il sequestro, ed esprimeva parere negativo sulla reimmissione in proprietà dei beni⁴⁷. Nello stesso senso si pronunciava il Gip con un'ordinanza dell'11 ottobre 2012, sostenendo che la norma contenuta nella legge n. 231/2012 non potesse avere efficacia retroattiva. Nella fase di conversione il governo precisava, con emendamento, che l'Ilva poteva commercializzare anche i prodotti «realizzati antecedentemente alla data di entrata in vigore» del decreto legge.

La situazione immediatamente successiva è stata segnata da momenti di forte tensione.

⁴⁴ Vale la pena di precisare, tuttavia, che in base al decreto la vigilanza delle obbligazioni AIA spettavano non già al Garante, ma all'ISPRA. Questa duplicazione dei *controllori* ha prodotto un'incertezza normativa sull'effettiva funzione del primo, da cui è derivata la nota del Garante del 20 marzo 2013. La nota ha sua volta determinato un'interrogazione parlamentare (C.50058) alla quale il Ministro dell'ambiente ha risposto confermando le linee delineate dal Garante. Si può leggere della questione nel *Rapporto del 2 luglio 2013 del Garante dell'Autorizzazione Integrata Ambientale per l'ILVA di Taranto*, rinvenibili su *penale contemporaneo.it*.

⁴⁵ Tra le facoltà attribuite al garante vi erano quelle di liquidare beni non funzionali all'esercizio dell'impresa o valutare i mezzi attraverso i quali provvedere al fabbisogno industriale.

⁴⁶ Si tratta del dott. Vitaliano Esposito, nominato con decreto del 16 gennaio 2013 del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottato nella riunione dell'11 gennaio 2013, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e con il Ministro della Salute.

⁴⁷ Anche per questa ricostruzione, v. G. ARCONZO, *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1/2013, 28. Il parere negativo dipendeva dalla considerazione secondo cui il decreto legge non poteva essere applicato retroattivamente.

Da una parte, il tribunale del Riesame e il Gip di Taranto, su proposta della Procura, sollevavano questione di legittimità costituzionale⁴⁸; la procura di Taranto opponeva il conflitto di attribuzione⁴⁹; i procedimenti pendenti presso i tribunali venivano sospesi per la procedura di legittimità costituzionale; e l'autorità giudiziaria continuava a rigettare le istanze di dissequestro⁵⁰.

In particolare, il Gip del Tribunale di Taranto lamentava l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 3 della legge 231/2012 in relazione agli artt. 3,4, comma 2, 24, comma 1, 25, comma 1, 27, comma 1, 31, 41, comma 2, 101, 102, 103, 104, 107, 111, 112, 113 e 117, comma 1. Il decreto del 2012, secondo il giudice, aveva infatti espropriato la funzione giurisdizionale e stabilito come unica sanzione quella amministrativa pecuniaria, vanificando «il principio di responsabilità penale personale in capo agli autori dei reati commessi»; era stato così menomato il diritto di tutela giudiziale per coloro che avevano subito un danno alla salute e prodotto un irragionevole bilanciamento degli interessi e dei valori in questione⁵¹. Il Tribunale di Taranto riteneva illegittimo il solo art. 3 della legge n. 231/2012 in relazione agli artt. 3, 24, 102, 104 e 122 Cost. nella parte in cui autorizzava «in ogni caso» l'Ilva «alla commercializzazione dei prodotti ivi compresi quelli realizzati antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto».

Dall'altra parte, il 18 gennaio 2013 il governo emetteva un comunicato nel quale affermava «il convincimento che, nell'assoluto rispetto della Magistratura e nell'intento comune prioritario di tutelare l'ambiente e la salute dei lavoratori e dei cittadini di Taranto, ed in attesa del giudizio di costituzionalità in corso, debba essere applicata integralmente e immediatamente la legge (decreto-legge 3 dicembre 2012 n. 207 convertito in legge 24 dicembre 2012 n. 231) da parte di tutti i soggetti interessati, così da innescare il circolo

⁴⁸ Si tratta delle ordinanze. Gip Taranto, 22 gennaio 2013 e Trib. Taranto, 15 gennaio 2013, in Gazz. Uff., 6, prima serie speciale, 2013.

⁴⁹ Sul punto v. G. ARCONZO, *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale*, cit., 30.

⁵⁰ Il Procuratore della Repubblica, attraverso un comunicato stampa, dichiarava: «all'Autorità giudiziaria non è consentita l'adozione di misure "di compromesso", magari anche comprensibili da diversi altri punti di vista, ma che non trovino il loro fondamento in specifiche disposizioni normative processuali e penali». Sul punto e per una ricostruzione dei singoli provvedimenti dell'autorità giudiziaria v. G. ARCONZO, *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale*, cit., 31 ss. Una prima apertura dell'autorità giudiziaria vi è stata l'11 febbraio 2013, quando, alla luce di una relazione dei custodi amministratori che sottolineava la deteriorabilità dei prodotti sequestrati, il Gip, su richiesta della Procura, ha autorizzato la vendita degli stessi con il sequestro del provento.

⁵¹ Secondo il Gip di Taranto il decreto violerebbe anche gli obblighi internazionali ed europei che impongono il rispetto del principio di precauzione e la Convenzione EDU in relazione al diritto all'equo processo.

virtuoso di risanamento ambientale/tutela della salute/tutela dell'occupazione che deve risolvere il problema ILVA di Taranto»⁵².

Insomma, lo scontro era aperto.

Come noto, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile o infondati i ricorsi presentati⁵³. Tra tutte le questioni proposte, quella che ci interessa maggiormente riguarda il «drammatico bilanciamento»⁵⁴ tra i diversi interessi in gioco. Secondo l'autorità giudiziaria, nel testo della legge, le esigenze di tutela della salute e di un ambiente salubre erano state notevolmente comprese rispetto a quelle dell'iniziativa economica e della produzione. La Corte costituzionale ha però ritenuto infondata la questione, sostenendo che la legge n. 231 tracciava, al contrario, «un percorso di risanamento ambientale ispirato al bilanciamento tra la tutela dei beni indicati e quella dell'occupazione, cioè tra beni tutti corrispondenti a diritti costituzionalmente protetti»⁵⁵. La Corte ha negato che si dovesse privilegiare un unico principio (che altrimenti diverrebbe “tiranno”), escluso che tra i diritti della Carta costituzionale si potesse individuare una rigida gerarchia e ribadito l'esigenza di cercare un bilanciamento dinamico improntato su un'ottica di ragionevolezza.

Ebbene secondo il giudice delle leggi: «Il punto di equilibrio contenuto nell'AIA non è necessariamente il migliore in assoluto – essendo ben possibile nutrire altre opinioni sui mezzi più efficaci per conseguire i risultati voluti – ma deve presumersi ragionevole, avuto riguardo alle garanzie predisposte dall'ordinamento quanto all'intervento di organi tecnici e del personale competente; all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili; alla partecipazione di enti e soggetti diversi nel procedimento preparatorio e alla pubblicità dell'*iter* formativo, che mette cittadini e comunità nelle condizioni di far valere, con mezzi comunicativi, politici ed anche giudiziari, nelle ipotesi di illegittimità, i loro punti di vista»⁵⁶.

Al di là dei numerosi punti di tensione, il decreto 207 e la successiva legge 231 avevano introdotto un sistema per il quale l'impresa poteva continuare a svolgere la sua attività, adeguandosi alle prescrizioni previste nell'autorizzazione ambientale (peraltro revisionata) e soprattutto sotto il controllo di un apposito garante con un conseguente

⁵² La citazione è rinvenibile in G. ARCONZO, *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale*, cit., 31. Il testo completo del comunicato è rinvenibile sul sito del Governo.

⁵³ In particolare, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso sul conflitto di attribuzione con le ordinanze del 13 febbraio 2013, nn. 16 e 17. Ha inoltre dichiarato la legittimità del decreto con la decisione Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85. Tutte le pronunce sono rinvenibili in *penalecontemporaneo.it*

⁵⁴ A. MORELLI, *Il decreto Ilva*, cit., 7.

⁵⁵ Corte cost., 9 maggio 2013, cit., 49.

⁵⁶ Corte cost., 9 maggio 2013, cit., 53.

«rafforzamento ed un allargamento dei controlli sull'osservanza delle prescrizioni contenute nell'AIA»⁵⁷. La *partnership* tra pubblico e privato permetteva una certa ingerenza del primo attraverso una fitta rete di controlli.

La questione non era però giunta al termine.

Fin dalla prima verifica trimestrale dell'ISPRA erano state osservate numerose violazioni riguardanti gli interventi di adeguamento, l'esercizio della gestione e il superamento dei limiti di emissioni. Tutte le verifiche di carattere amministrativo avevano evidenziato la «permanente, grave sussistenza di pericoli ambientali e per la salute derivanti anche dalla mancata attuazione dell'autorizzazione integrata ambientale, adeguatamente contestata»⁵⁸.

Il Garante proponeva pertanto il commissariamento dei vertici dell'Ilva, le cui dimissioni avevano reso l'azienda «nave senza nocchieri, in gran tempesta». Lo stesso “controllore” giudicò inidoneo il modello organizzativo adottato dall'impresa per la prevenzione dei reati.

Alla luce delle numerose riserve espresse dagli organi di controllo amministrativi, il Presidente della Repubblica emanava (su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del Ministro dello sviluppo economico) il d.l. 4 giugno 2013, n. 61 convertito, con modificazioni, nella legge 3 agosto 2013, n. 89.

Il provvedimento ha sostanzialmente sostituito il controllo pubblico (amministrativo) con la diretta gestione da parte di un Commissario straordinario⁵⁹, stabilendo, all'art. 1, che «il Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio, può deliberare il commissariamento straordinario dell'impresa, esercitata anche in forma di società, che gestisca almeno uno stabilimento di interesse strategico nazionale (...) la cui attività produttiva abbia comportato e comporti oggettivamente pericoli gravi e rilevanti per

⁵⁷ Corte cost., 9 maggio 2013, cit., 49.

⁵⁸ Preambolo del d.l. 4 giugno 2013, n. 61 recante “Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale”. Le relazioni trimestrali dell'Ilva sono rinvenibili all'indirizzo http://www.isprambiente.gov.it/it/garante_aia_ilva/aia-e-controlli.

⁵⁹ È però il caso di ricordare che con il d.l. 7 agosto 2012, n. 129, il Governo aveva già provveduto a nominare un commissario straordinario per attuare le prescrizioni del Protocollo d'intesa siglato dal Ministero dell'Ambiente, dalla Provincia di Taranto, dal Comune e dal Commissario straordinario del porto del 26 luglio 2012 e a provvedere all'emergenza sanitaria e ambientale della città di Taranto. V. F. DI CRISTINA, *Il decreto “salva Ilva”*, cit., 378.

l'integrità dell'ambiente e della salute a causa della inosservanza reiterata dell'autorizzazione integrata ambientale»⁶⁰.

Il commissario può proseguire l'attività di impresa per un massimo di 36 mesi per «conservare la continuità aziendale» e per coprire i costi necessari per gli interventi di adeguamento all'AIA⁶¹.

Il legislatore ammette nuovamente la prosecuzione dell'attività e impone, anche in questo caso, ai sensi dell'art. 11, l. n. 89 cit., l'obbligo per il giudice di svincolare le somme oggetto di sequestro (anche quelle disposte ai sensi del d.lgs. n. 231/2001).

Questa volta però attribuisce, con modalità che ci sono ben note, i poteri gestori e di amministrazione al commissario, sospendendo quelli dei titolari dell'impresa ai quali resta soltanto l'informazione sull'andamento della gestione⁶². L'ingerenza pubblica si estrinseca però anche attraverso la nomina ministeriale di un comitato di tre esperti che, sentito il commissario, predispone e propone alle autorità governative il «piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria che prevede le azioni e i tempi necessari per garantire il rispetto per le prescrizioni di legge e dell'a.i.a.»⁶³ e si sostituisce «limitatamente ai tempi di attuazione» alla stessa AIA⁶⁴. Il progetto, una volta approvato, deve essere tradotto dal commissario in un «piano industriale di conformazione dell'attività produttiva», previamente comunicato al titolare dell'impresa (o, come si legge nel decreto, al socio di maggioranza, nonché al rappresentante legale o ad altro soggetto appositamente designato dall'assemblea dei soci)⁶⁵. Il piano deve essere inoltre approvato dalle autorità governative⁶⁶.

⁶⁰ L'articolo 1, comma 1 *bis*, d.l. 4 giugno 2013, n. 61, introdotto dalla legge di conversione precisa poi che l'accertamento dell'inosservanza delle prescrizioni dell'AIA deve essere compiuta dall'Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), «con il supporto delle Agenzie regionali e provinciali per la protezione dell'ambiente (ARPA) in contraddittorio con l'impresa interessata», a conferma che i controlli sono di tipo prettamente amministrativo.

⁶¹ Art. 1, comma 2, d.l. 4 giugno 2013, n. 61.

⁶² Ai sensi dell'art. 1, comma 4, d.l. 4 giugno 2013 n. 61 «è garantita al titolare dell'impresa, ovvero al socio di maggioranza, nonché al rappresentante legale all'atto del commissariamento o ad altro soggetto, appositamente designato dall'Assemblea dei soci, l'informazione sull'andamento della gestione e sulle misure di cui al comma 2. Il presidente del Consiglio dei ministri, con decreto motivato, può sostituire fino a due terzi dei componenti degli organi di controllo; il restante terzo è nominato dagli azionisti di minoranza. Tutti i componenti restano in carica per la durata del commissariamento».

⁶³ Art. 1, comma 5, d.l. 4 giugno 2013, n. 61, il quale precisa che il piano deve essere predisposto e proposto dal comitato definitivamente entro 120 giorni dalla nomina. Entro 60 è invece definito un piano provvisorio che viene pubblicato per ricevere eventuali critiche ed osservazioni.

⁶⁴ Art. 1, comma 7, d.l. 4 giugno 2013, n. 61.

⁶⁵ Art. 1, comma 6, d.l. 4 giugno 2013, n. 61. I soggetti così individuati possono presentare eventuali osservazioni.

⁶⁶ In particolare, quello predisposto dal comitato degli esperti con decreto dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, sentita la regione competente, e quello del commissario dal Ministro dello sviluppo economico (art. 1, comma 7, d.l. 4 giugno 2013 cit.).

Si è così instaurato un rapporto di collaborazione tra il pubblico e il privato non lontano da quello che abbiamo provato a descrivere nell'ambito del commento al d.lgs. n. 231 del 2001.

Vale la pena di ricordare che l'art. 1, comma 7 del decreto prevede che la predisposizione e l'osservanza dei piani «equivalgono e producono i medesimi effetti, ai fini dell'accertamento di responsabilità (per il commissario, il sub commissario e gli esperti del comitato) derivanti dal rispetto dei modelli di organizzazione dell'ente» previsto dal decreto n. 231 per i soggetti c.d. apicali. La disposizione non è facilmente intellegibile. In base a questa previsione, il commissariamento (seppur amministrativo) viene addirittura valutato come un gestore privato dell'ente. Crediamo che la finzione, oltre che "incomprensibile" dal punto di vista della portata applicativa, trascuri un dato di assoluta rilevanza: il commissariamento impone all'impresa una forte limitazione della libertà di iniziativa economica, incidendo sul carattere essenziale dell'organizzazione e dell'amministrazione. Si tratta quindi di un intervento dello Stato che interrompe la gestione privata, esattamente come l'amministrazione giudiziaria di cui ci occupiamo. D'altronde, il comma 10 dell'art. 1 del decreto 4 giugno 2013, n. 61 precisa che «l'attività di gestione dell'impresa (...) è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto e il commissario non risponde delle eventuali diseconomie dei risultati», a meno che non abbia agito con dolo o colpa grave. Alla luce di ciò, non si può considerare in alcun modo il commissariamento come una gestione privata (né si dovrebbe valutare la responsabilità del commissario come quella del c.d. apicale *ex d.lgs. n. 231/2001*).

In definitiva, attraverso il decreto del giugno del 2013 si è passati dal mero controllo del Garante⁶⁷ a un'ipotesi di amministrazione "amministrativa", con un approccio gradualistico volto a bonificare l'impresa con un intervento quanto meno invasivo.

3.3 Amministrazione giudiziaria e misure "Salva Ilva": elementi di divergenza.

L'*affair* Ilva è caratterizzato da numerose peculiarità. Si tratta di un caso unico (nel panorama nazionale) e che certamente si differenzia per molti aspetti dalle ipotesi che abbiamo indagato, vale a dire dalle misure applicabili alle imprese che agevolano la mafia.

Vale la pena, prima di trarre alcune conclusioni, di evidenziare le differenze (almeno quelle macroscopiche) tra i due fenomeni.

⁶⁷ La figura del Garante è stata soppressa dall'art. 2 *quater* del d.l. 4 giugno 2013, n. 61.

Come abbiamo detto in entrambi i casi (ma forse dovremmo dire in tutti i casi in cui è applicata una sanzione) il problema essenziale è quello di bilanciare diritti contrapposti. Il primo *iato* tra commissariamento e amministrazione giudiziaria riguarda però proprio le tipologie di beni e interessi oggetto di *bilanciamento*.

Nel caso dello stabilimento siderurgico si sono contrapposti la libertà di iniziativa economica e di produzione industriale e il diritto alla salute e a un ambiente salubre. Proprio il fatto che tra gli interessi in gioco vi fosse il bene “salute” ha reso, agli occhi di molti, la soluzione compromissoria coincidente con il commissariamento e, soprattutto, con il “controllo del garante” difficilmente accettabile. L’idea che «la tutela della salute sia un supremo interesse della collettività in grado di limitare l’iniziativa economica – e, contestualmente anche il lavoro, senza il quale nessuna iniziativa economica privata e immaginabile – è un principio affermato costantemente, sin dal 1957, dalla Corte costituzionale»⁶⁸. Anche in un recentissimo intervento (sentenza n. 250 del 2009⁶⁹) il Giudice dei diritti aveva sostenuto che il valore dell’impresa è «certamente recessivo a fronte di un’eventuale compromissione, se del caso indotta dal mutamento della situazione ambientale, del limite assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell’ambiente in cui l’uomo vive». Insomma, il bene salute è considerato primario e travolge (probabilmente) gli altri, soprattutto in situazioni angosciose come quella dell’Ilva di Taranto⁷⁰.

Nell’ambito della fattispecie preventiva di cui all’art. 34 d.lgs. n 159 cit. si contrappongono invece il diritto di libertà di iniziativa economica, il diritto alla sicurezza collettiva⁷¹ e le esigenze di tutela generale del mercato⁷². Nessun ruolo è giocato dal diritto

⁶⁸ V. G. ARCONZO, *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale*, cit., 39 e 40 anche per una rassegna delle più importanti sentenze della Corte costituzionale sul tema.

⁶⁹ Corte cost., sent. 24 luglio 2009, n. 250, in *Giur. cost.*, 2009, 3376 ss.

⁷⁰ Ci basti pensare, a questo proposito, che tra gli abitanti della città di Taranto vi è un «eccesso tra il 10% e il 15% nella mortalità generale e per tutti tumori in entrambi i generi», «un eccesso compreso tra il 50% (uomini) e il 40% (donne) di decessi per malattie respiratorie dell’apparato respiratorio» e «un eccesso di circa il 30% nella mortalità per tumore del polmone, per entrambi i generi». I dati sono tratti dallo “Studio Epidemiologico Nazionale dei Territori e degli Insediamenti Esposti a Rischio da inquinamento in 44 siti inquinati italiani», curato dall’Istituto Superiore di Sanità e rinvenibile all’indirizzo web <http://www.iss.it/epam/?lang=1&id=387&tipo=11>

⁷¹ Il richiamo è al pur discusso concetto di ordine pubblico materiale. Sul punto la bibliografia è sterminata. Tra gli altri, G. CORSO, voce *Ordine pubblico*, cit., 1057.; G. DE VERO, *Tutela dell’ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 68 ss.; G. INSOLERA, *L’associazione per delinquere*, Padova, 1983, 162; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. e dir.*, 1963, 359; e la recente ricostruzione di F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, 25 ss.

fondamentale alla salute. Ciò rende l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economica espressione di un compromesso meno arbitrario e più facilmente accettabile.

Un'altra peculiarità del caso Ilva, che ne attribuisce carattere di unicità, è che in esso sono emerse frizioni nei rapporti fra differenti poteri e, in particolare, tra la funzione tipica giurisdizionale e la gestione governativa di situazioni complesse⁷³.

Da una parte, come accennato, il sequestro preventivo ha inciso sulla gestione di uno stabilimento strategico per l'economia nazionale, «mettendo in gioco attività produttiva ed occupazione, a fronte dell'esigenza di bloccare l'attività ritenuta delittuosa e di avviarne il risanamento»⁷⁴. Si tratta quindi di un approccio giurisprudenziale (ben noto) che guarda al futuro piuttosto che al passato in un'ottica non già di punizione per il danno, ma di prevenzione del rischio⁷⁵. I provvedimenti cautelari (come il sequestro), pacificamente abusati dalla giurisprudenza, si calano perfettamente in questa esigenza e si atteggiavano, come è stato sostenuto, ad «atti di giustizia»⁷⁶.

D'altra parte, con il decreto n. 207 del 2012, la politica ha «atto irruzione nel campo in cui era intervenuta la magistratura»⁷⁷, vanificando la portata del provvedimento giurisdizionale e attribuendo all'attività amministrativa il ruolo di gestione dell'impresa. È stata infatti autorizzata la prosecuzione dell'attività anche in presenza di un sequestro disposto dall'autorità giudiziaria e vanificato di fatto, attraverso l'autorizzazione della «commercializzazione dei prodotti, ivi compresi quelli realizzati antecedentemente alla data di entrata in vigore» del decreto, il sequestro preventivo dei beni in giacenza.

Un'altra differenza tra le misure "Salva-Ilva" e l'amministrazione giudiziaria risiede nel fatto che le prime sono disciplinate dal diritto amministrativo e valorizzano, conseguentemente, competenze, poteri e responsabilità dell'autorità amministrativa⁷⁸. Come si è già accennato, la prosecuzione dell'attività è condizionata al rispetto dell'AIA, il cui inadempimento dà vita ad una sanzione amministrativa pari fino al 10% del fatturato

⁷² È il caso di ricordare che G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 470 pongono tra gli interessi tutelati dalla fattispecie di associazione di tipo mafioso, che definiscono plurioffensiva, oltre al c.d. ordine pubblico e all'ordine democratico anche le esigenze di tutele del mercato e la libertà di iniziativa economica.

⁷³ V. D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., 44.

⁷⁴ D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., 45.

⁷⁵ F. VIGANÒ, *Editoriale*, cit., 3.

⁷⁶ D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., 45.

⁷⁷ D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., 46.

⁷⁸ D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., 45

risultante dall'ultimo bilancio approvato; lo stesso commissario è di nomina amministrativa e non giudiziaria.

Il “controllo de garante” e il “commissariamento” sono misure amministrative di bonifica.

Al contrario, l'amministrazione di cui all'art. 34 d.lgs. n. 159 cit. ha natura giurisdizionale e, sebbene sia inquadrata nell'ambito delle misure di prevenzione (definite amministrative per molto tempo⁷⁹), non è espressione di un diritto amministrativo *ad impresam* ma strumento del diritto punitivo sotto il controllo dell'autorità giudiziaria: è il giudice che decide di sospendere l'amministrazione privata e affidarla ad un amministratore da lui stesso nominato.

Da ciò consegue un'ulteriore osservazione: nell'ambito del caso Ilva le misure (amministrative) sono state individuate come mezzi per la bonifica dell'impresa, ma ne è stato completamente sottovalutato il carattere affittivo cui abbiamo fatto ampio cenno nelle pagine precedenti⁸⁰. Abbiamo parlato infatti degli effetti limitativi e incapacitanti che può avere sull'impresa l'avocazione statale dell'apparato organizzativo e gestionale. Nell'ambito dei due decreti i procedimenti di controllo e di amministrazione pubblica sono stati visti soltanto come un beneficio per l'ente, trascurando il fatto che ogni *strumento di cura* (anche quello rivolto alla persone giuridiche) passa necessariamente per il tramite di una *medicina amara*. L'aver ignorato ciò ha determinato l'assoluta amministrativizzazione (anche nelle procedure) delle misure e l'assenza di tutte le garanzie del diritto penale. In pochi tuttavia hanno sentito l'esigenza di invocare forme di tutela processuale e sostanziale poiché, come detto, anche a causa di un dibattito politico e massmediatico in parte fuorviante, perfino la misura del Commissariamento è stata vista come un *privilegio* per il Gruppo Riva⁸¹. D'altra parte, l'attitudine *fagocitante* del diritto amministrativo-punitivo è evidente già da un po' di tempo, senza che se ne riescano a fermare le istanze di espansione⁸².

Un'ultima distinzione riguarda i destinatari delle misure. Mentre i decreti del 2012 sono specificatamente rivolti agli stabilimenti di interesse strategico nazionale (e sono stati

⁷⁹ V. cap. II, sez. I.

⁸⁰ V. cap. II, sez. II.

⁸¹ Di avviso contrario, G. GUIZZI, *Il commissariamento di società per azioni ai sensi del d.l. 61/2013 tra funzionalizzazione dell'impresa e problemi di tutela costituzionale della partecipazione azionaria. Prime note a margine del (la seconda puntata del) caso ILVA*, in *Corr. giur.*, 2013, 10, 1189 ss. L'autore evidenzia il carattere affittivo della misura e il limite che pone al diritto costituzionalmente tutelato di libertà di iniziativa economica. Aggiunge che il decreto viola anche il diritto di proprietà laddove sospende il diritto di voto dei soci.

⁸² Sul punto, v. il fondamentale C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit.

pensati per una impresa specifica, ossia l'Ilva), l'amministrazione giudiziaria può essere disposta nei confronti di qualsiasi ente. Anzi, come abbiamo visto, la tecnica di descrizione della fattispecie preventiva non riesce davvero a restringere il capo di applicazione della misura sospensiva che finisce per colpire tutte le imprese genericamente *infiltrate* dalla mafia⁸³.

3.4 Amministrazione giudiziaria e misure "Salva Ilva": punti di contatto

Sebbene, come visto, ci siano numerosi elementi di differenza tra il commissariamento amministrativo dell'Ilva e l'amministrazione giudiziaria antimafia, vi sono comunque alcuni punti di contatto.

In entrambe le ipotesi le misure intervengono su attività (e imprese diremo noi) legittime e sono «volte a contemperare interessi di per sé tutti meritevoli di considerazione»⁸⁴.

Abbiamo visto come anche nel caso dell'Ilva vi sia stata un'intrusione dei pubblici poteri nella c.d. regolazione dell'economia, attraverso il criterio della continuità⁸⁵. In altre parole, nonostante l'importanza degli interessi in gioco, a fronte di un illecito commesso all'interno dell'impresa e della pericolosità delle condotte, lo Stato decide di intervenire permettendo all'ente la prosecuzione dell'attività: «l'assioma, in astratto condivisibile, "prima risanare, e poi riavviare l'attività produttiva", pur nella sua cristallina logica cartesiana, in un caso di tale complessità e rilevanza, sembra dimostrare tutta la sua fragilità»⁸⁶. Nel caso del controllo del Garante, l'ordinamento individua in tale soggetto il punto di collegamento tra pubblico e privato, cercando di limitare soltanto in minima parte la capacità organizzativa e di gestione dell'ente; nel caso del commissariamento avoca a sé l'amministrazione dell'impresa, per cui l'attività d'impresa è proseguita ma sotto l'egida di un soggetto pubblico.

Sebbene il decreto n. 62 del 2013 introduca un nuovo approccio incentrato su poteri di gestione amministrativa⁸⁷, si tratta in ogni caso dell'intrusione dell'autorità pubblica nella gestione privata, esattamente come avviene nell'amministrazione giudiziaria. Al di là dei

⁸³ V. cap. II, sez. I.

⁸⁴ D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., 46.

⁸⁵ Questa l'idea di F. DI CRISTINA, *Il decreto "salva Ilva"*, cit., 379.

⁸⁶ A. MURATORI, *Decreto salva Ilva: scelte difficili*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 1, 8.

⁸⁷ D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa*, cit., 46.

titolari di tale potere, il tipo di limitazione imposto all'impresa è analogo a quello dell'art. 34, d.lgs. n. 159 cit. e dalla sanzione prevista nell'art. 15 d.lgs. n. 231/2001⁸⁸.

È vero che nell'ordinamento esistono numerose ipotesi di amministrazione pubblica (si pensi alle c.d. procedure concorsuali) ma le misure previste nei decreti "Salva-Ilva" hanno la peculiarità di "dipendere" o "derivare" o essere in qualche modo legate al reato commesso dalla persona fisica.

Ciò detto, nonostante l'eccezionalità della vicenda Ilva, ci sembra che essa richiami esplicitamente l'esigenza di prevedere nuove forme di sanzioni a carico dell'impresa, destinatario atipico del diritto punitivo e al centro di un complesso coacervo di interessi.

Quello che si può desumere è che, a meno che non si tratti di imprese *irrecuperabili* perché intrinsecamente illecite (nel qual caso potrebbero essere applicati strumenti punitivi già noti come lo scioglimento e la confisca), l'esigenza di una *bonifica dell'impresa* dovrebbe necessariamente passare attraverso la prosecuzione dell'attività.

Quest'ultima potrebbe, a seconda della gravità delle condotte illecite (per il nostro caso, come vedremo, a seconda della "gravità dell'infiltrazione"), essere sottoposta al controllo dell'autorità pubblica ovvero rimessa nelle mani dell'organo di nomina giudiziaria.

Insomma, nonostante le numerosissime differenze che esistono tra l'amministrazione giudiziaria e le misure previste dai decreti "Salva-Ilva", sussiste un tratto che le accomuna: nel tentativo di bilanciare diversi interessi per assicurare la bonifica delle imprese il legislatore si affida a strumenti punitivi differenti dal sequestro o dalla confisca che permettano, al contempo, l'ingerenza dello Stato nella gestione e la prosecuzione dell'attività.

Non possiamo quindi rinunciare alla misura dell'amministrazione giudiziaria per gli enti *malati ma curabili*.

4. Conclusioni

Le riflessioni fin qui svolte manifestano la necessità di cercare soluzioni ai problemi proposti.

L'individuazione delle forme di imprenditoria contigua punibili e la previsione di risposte sanzionatorie che assicurino all'impresa, infiltrata ma geneticamente sana, il reingresso nel mercato sono destinati a diventare compiti sempre più urgenti.

⁸⁸ Secondo G. GUIZZI, *Il commissariamento di società per azioni*, cit., 1191, il commissariamento dell'Ilva sarebbe ancora più afflittivo di quello previsto nella disciplina della responsabilità degli enti.

Il rischio è che il legislatori si ritrovi, in un particolare momento di allarme sociale, a cercare una risposta veloce ma (come molto spesso accade) inappropriata, Data la complessità del tema, è necessario invece (non tamponare, ma) pianificare una soluzione funzionale allo scopo e che sia in grado di contemperare le esigenze di difesa sociale con le garanzie fondamentali del diritto penale.

Tesi di dottorato "Mafia e imprese: l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche"
di RUSSO ROBERTA

discussa presso Università Commerciale Luigi Bocconi-Milano nell'anno 2014

La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (Legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche).

Sono comunque fatti salvi i diritti dell'università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte.

SEZIONE II

PROSPETTIVE *DE JURE CONDENDO*. SPUNTI PER UNA RIFORMA MINIMA E MASSIMA

Sommario: 1. Premessa. 2. Una riforma *minima*. Vantaggi e punti critici. – 3. Una riforma *massima* da valutare con prudenza. – 3.1 “Il delitto-presupposto” dell’amministrazione giudiziaria. – 3.2 Le sanzioni a carico dell’ente: criteri di imputazione. – 3.3 Le diverse sanzioni applicabili agli enti. – 4. Spunti per un’indagine futura

1. Premessa

Giunti a questo punto dell’indagine, proveremo a fornire, in un’ottica *de jure condendo*, alcune possibili soluzioni, che, prescindendo dai due paradigmi del diritto penale del nemico e dell’amico, assicurino una risposta più efficace al fenomeno dell’infiltrazione delle *mafie* nel mercato e bilancino esigenze di difesa sociale e libertà fondamentali.

Siamo consci della difficoltà di trovare una sistematizzazione soddisfacente «a tavolino»¹, ma ci impegneremo comunque in questo sforzo alla luce degli esiti non del tutto appaganti che la prassi ha prodotto.

Proveremo anzitutto a ipotizzare una proposta di riforma *minima* che, attraverso interventi *chirurgici*, modifichi l’attuale art. 34 d.lgs. n. 159 cit. nei suoi aspetti più problematici.

In un secondo momento, proveremo a proporre, con una modifica più incisiva, un nuovo strumento per contrastare la contiguità tra mafia e mercato, che sia in grado di assicurare il rispetto delle garanzie tipiche del diritto penale.

Le risposte che proveremo a fornire non potranno certo essere risolutive, consapevoli, come siamo, che il contrasto a un fenomeno come quello dell’imprenditoria contigua non può essere affidato a un solo strumento che opera come una monade nell’ambito del diritto penale antimafia. Ci limiteremo soltanto a fornire, raccogliendo i suggerimenti emersi dall’indagine, alcuni spunti di riflessione per una riforma futura.

¹ Pone l’accento su tale problema C. VISCONTI, *Proposte per recidere*, cit., 13, il quale precisa che sarebbe preferibile la strada del “paradosso dei millepiedi”: «per non inciampare è meglio non chiedersi la precisa sequenza in cui vanno mossi i piedi».

2. Una riforma minima. Vantaggi e punti critici

La prima proposta nasce dall'esigenza di lasciare l'intervento (per i casi di imprenditoria contigua) in una fase *ante o praeter delictum*. Non manca chi considera necessario sanzionare le imprese in presenza di meri indizi, e quindi prima che sia accertato un fatto di reato, per prevenire la *contaminazione* del mercato².

Il procedimento analizzato sopra, riguardante il gruppo 'ndranghetista facente capo a Valle Francesco potrebbe esserne una prova. In tale caso, l'associazione mafiosa era riuscita a *fagocitare* tre imprese geneticamente sane. Progressivamente e attraverso un sistema di finanziamenti e prestiti, la consorterìa era riuscita a ottenere il totale controllo delle società. Le misure di prevenzione avrebbero forse potuto fermare l'infiltrazione e permettere all'impresa il re-ingresso nel mercato.

Le innegabili esigenze di difesa sociale e di efficacia dello strumento non possono farci però dimenticare "l'altra faccia" del diritto penale e il conseguente rispetto di alcune garanzie fondamentali³ che possono subire delle limitazioni soltanto in presenza di alcuni (pur contestabili) presupposti di eccezionalità. Abbiamo detto più volte che tali limiti possono essere giustificati (nell'ambito del diritto di prevenzione) dalla particolare pericolosità dei soggetti destinatari delle misure⁴ e dallo scopo di neutralizzazione che le caratterizza⁵. Avevamo anche osservato come la misura dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche non abbia nessuno dei due caratteri. Risulterebbe pertanto ingiustificato l'applicazione della disciplina processuale e sostanziale delle misure di prevenzione.

Laddove quindi, per le citate esigenze di difesa sociale, volessimo lasciare l'amministrazione giudiziale nel sotto-sistema preventivo dovremmo necessariamente ancorarla a uno dei due requisiti. In particolare, dovremmo restringere la sfera di applicabilità della *ex* sospensione temporanea alle sole imprese realmente dotate di una certa pericolosità, escludendo non soltanto gli enti c.d. *vittima* ma anche tutte le ipotesi che denotano un grado

² Questa l'opinione espressa dal Prof. Alberto Alessandri in occasione dell'incontro "Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti" tenutosi presso l'Università Commerciale Luigi Bocconi, il 20 giugno 2013. Dello stesso avviso sembrerebbe C. VISCONTI, *Contro le mafie*, cit., *passim*; ID., *Proposte per recidere*, cit.

³ Una certa preoccupazione destano ad esempio le parole del dott. Storari, Sostituto procuratore presso il Tribunale di Milano, nel suo intervento in occasione dell'incontro "L'espansione della criminalità organizzata nelle imprese del Nord". Secondo il magistrato la Procura preferirebbe usare lo strumento dell'amministrazione giudiziaria *ex art. 34*, d.lgs. n. 159/2011 piuttosto che gli strumenti del decreto d.lgs. n. 231/2001 perché il primo assicurerebbe un processo più veloce e con minori esigenze probatorie.

⁴ V. cap. II, sez. I.

⁵ V. cap. II, sez. II.

minimo di infiltrazione che non coinvolge gli esponenti di vertice ma solo singoli membri o singoli settori dell'impresa.

A tal fine, possono sicuramente esserci d'aiuto alcuni spunti offerti dal già citato "Progetto per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata" elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Fiandaca nel 2001⁶. Come detto, il progetto prevedeva l'applicazione di una serie di misure nei confronti delle società, nella consapevolezza (a cui pare non siano invece giunti i redattori del c.d. Codice antimafia) che le persone giuridiche rappresentano il reale mezzo attraverso il quale la criminalità organizzata fa ingresso nel mercato lecito.

In particolare, come abbiamo già detto, il Progetto della Commissione Fiandaca stabiliva che le misure di prevenzione nei confronti della società avrebbero dovuto trovare applicazione laddove vi fosse stato il fondato motivo, desunto da elementi di fatto, che una società (ma anche un ente privo di personalità giuridica): a) fosse finanziata, in tutto o in parte rilevante, da un'associazione mafiosa o dai suoi membri; b) fosse controllata, anche mediante fiduciari o soggetti interposti, da un'associazione mafiosa o da suoi partecipi; c) fosse amministrata, anche indirettamente o di fatto, da partecipi ad associazioni mafiose o da soggetti operanti nell'interesse esclusivo o prevalente di queste; d) svolgesse la propria attività economica avvalendosi della protezione di un'associazione mafiosa; e) esercitasse un'attività economica prevalentemente orientata ad agevolare, anche indirettamente, un'associazione mafiosa; f) fosse sottoposta, direttamente o indirettamente, alle condizioni di assoggettamento e intimidazione di cui all'art. 416 *bis* c.p.

La scelta della misura preventiva più opportuna era stata poi attribuita al giudice il quale poteva decidere tra una gamma di strumenti dotati di differente carico afflittivo, tra i quali anche il controllo giudiziario, l'amministrazione giudiziaria e lo scioglimento della società.

Tra i molti pregi della proposta segnaliamo anzitutto la definizione dei presupposti di pericolosità attraverso ipotesi tipiche, che eliminerebbe l'eccessiva indeterminatezza della fattispecie preventiva, e in secondo luogo la predisposizione di diverse misure applicabili a secondo del grado di contaminazione dell'ente. In tal modo, l'organo decidente avrebbe potuto applicare, ad esempio: la misura dello scioglimento della società (o l'applicazione di una delle misure interdittive) in caso di *impresa mafiosa* (finanziata in tutto, amministrata o

⁶ V. cap. II, sez. I.

controllata completamente dalla organizzazione mafiosa)⁷; strumenti quali il controllo e l'amministrazione giudiziaria nei casi di imprese *malate ma curabili*.

Un altro pregio del Progetto sta nell'aver attribuito una certa rilevanza proprio alle misure del controllo e dell'amministrazione giudiziaria, da applicarsi in un'ottica di gradualità, a differenza di quanto avveniva nella disciplina previgente e nello stesso d.lgs. n. 159 cit.

Ciò nondimeno, alcune delle ipotesi tipiche descritte nel progetto ripropongono gli stessi problemi che caratterizzano la fattispecie preventiva.

Ci riferiamo anzitutto alla società "sottoposta alle condizioni di assoggettamento e intimidazione". Si tratta infatti di un'impresa *vittima* della mafia che ingiustificatamente dovrebbe subire, in una fase antecedente al procedimento penale o alla condanna dell'associazione, una limitazione delle libertà fondamentali.

Numerose perplessità possono esprimersi anche in relazione all'ipotesi *sub e*) la quale richiama nuovamente l'indecifrabile condotta agevolatoria. L'utilizzo delle due categorie, vista la difficile distinzione tra imprenditore vittima e colluso, rischia di attribuire nuovamente ai presupposti di pericolosità il carattere di indeterminatezza. Nonostante i numerosi sforzi della dottrina⁸, non ci sembra che si sia giunti a soluzioni pacifiche e il distinguo tra i due tipi di ente resta difficile da individuare.

Insomma, per i motivi su cui ci siamo soffermati in precedenza, l'inclusione, tra le società cui è possibile applicare la misura preventiva, anche di quelle c.d. agevolanti o sottoposte alla mafia riproporrebbe la situazione di incertezza e imprevedibilità attualmente

⁷ Un tentativo di definizione, che peraltro non si discosta più di tanto dall'elenco individuato dal Progetto della Commissione Fiandaca, è stato di recente proposto da A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 118 ss., secondo il quale per impresa mafiosa si intenderebbe l'ente direttamente costituito dall'organizzazione mafiosa «con l'intento di gestir[lo] sul mercato attraverso propri affiliati, utilizzando i proventi illeciti derivanti dall'espletamento di tali attività imprenditoriali per finanziare le esigenze organizzative della stessa consorteria e per sostenere economicamente i singoli consociati» e quello gestito, direttamente o indirettamente, da un imprenditore mafioso che agisce nel suo interesse e che opera nel mercato attraverso i proventi dell'attività criminale. L'autore precisa però che questa seconda ipotesi sarebbe più problematica, mancando, a differenza della prima, un rapporto strutturale tra imprenditore e organizzazione criminale. Vi sarebbe un collegamento soltanto eventualmente funzionale, ma comunque «necessariamente soggettivo» (119).

⁸ Tra gli altri, v. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit. 327 ss e in part. 383, secondo il quale «una cosa è pagare per poter svolgere "normalmente" la propria attività imprenditoriale, altro è pagare per entrare in un sistema "anormale" di esercizio dell'impresa: indubbio, allora, che i tutti in quei casi (...) in cui l'imprenditore ottiene appalti e commesse grazie all'intermediazione della mafia locale (...) la sua prestazione si configurerà piuttosto come un apprezzabile contributo al rafforzamento di un settore di attività dell'organizzazione criminale, piuttosto cruciale per il mantenimento del potere di tutta l'associazione mafiosa». Lo stesso autore precisa però che le emergenze fattuali in sede di procedimento non possono che essere selettive ed evidenziare soltanto una parte di quel complesso *continuum* che costituisce i rapporti tra mafia e imprese. Il vero sforzo dovrebbe essere quindi compiuto sul terreno della prova.

esistente. Le due voci rischierebbero di atteggiarsi come clausole aperte tali da svuotare di contenuto l'elenco ipotizzato nel Progetto.

In quest'elenco è stata peraltro prevista una nuova ipotesi altrettanto critica, vale a dire quella dell'ente che svolge la propria attività avvalendosi della protezione della cosca⁹. Un caso simile è immaginabile più che altro in quelle zone geografiche dove operano le c.d. mafie tradizionali, laddove il sistema dell'offerta di protezione (che costituisce l'altra medaglia dell'intimidazione e dell'omertà) continua a resistere nonostante il mutare dei tempi e del contesto¹⁰. D'altra parte, essa risulta fortemente connotata da un punto di vista sociologico e assolutamente indeterminata.

Ma vi è di più. Riutilizzando le formule dell'ente agevolatore, dell'ente vittima e di quello "protetto", si attenua il carattere di *allarmante pericolosità* che giustifica, come detto più volte, le misure che intervengono *praeter delictum*, in violazione dei fondamentali principi di garanzia tipici del diritto penale.

Per tale motivo, e immaginando una modifica che non muti del tutto il sistema di prevenzione, si potrebbe utilizzare la proposta del Progetto Fiandaca limitatamente alle ipotesi in cui l'ente sia finanziato, controllato in tutto o in parte da un'associazione mafiosa o dai suoi membri o sia da questi amministrato, lasciando la scelta nella scala di misure astrattamente applicabili all'organo giudiziario.

Tra gli aspetti positivi della proposta, vi è principalmente l'aver mantenuto la natura preventiva della misura, che può quindi essere applicata in una fase antecedente alla condanna (o perfino all'imputazione) in modo da arrestare l'espansione delle cosche mafiose prima che *fangocitino* le imprese o *inquinino* interi settori d'attività economica.

In secondo luogo, crediamo che il fatto di aver selezionato ipotesi-*tipi d'autore* (anche se enti collettivi) caratterizzati da maggiore pericolosità possa rendere più giustificato l'inquadramento della misura nel sotto-sistema preventivo.

La selezione di ipotesi tipiche potrebbe fornire un rilevante aiuto all'attività degli organi giudiziari e garantire il rispetto del principio di legalità, ancorché inteso nell'accezione europea di prevedibilità e accessibilità della norma penale¹¹.

⁹ Sul significato de termine "protezione" in un contesto di mafia, v. G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia*, cit., 208.

¹⁰ Sia consentito rinviare per alcuni riferimenti bibliografici sul punto a R. RUSSO, *Associazione mafiosa in crisi?*, in *Corte d'assise*, 2013, in corso di pubblicazione.

¹¹ Sul punto, v. cap. II, sez. I.

Infine, così costruito, lo strumento preventivo potrebbe atteggiarsi in modo differente a seconda del grado di *mafiosità* dell'impresa, con un approccio, volto, a seconda dei casi, alla neutralizzazione o al recupero dell'ente.

La soluzione che abbiamo provato ad individuare, riadattando il contributo offerto dal Progetto Fiandaca del 2001, non è però esente da punti critici, alcuni dei quali difficilmente superabili.

Anzitutto, nell'articolato, se pur con le modifiche che abbiamo proposto, vengono individuate differenti tipologie di *infiltrazione* e diversi strumenti sanzionatori.

L'ipotesi dell'*impresa mafiosa* e la sua neutralizzazione attraverso lo scioglimento o l'interdizione dell'attività ci sembra fenomeno comprensibilmente sussumibile nel diritto preventivo.

Al contrario, resta qualche dubbio rispetto alle imprese che sono soltanto in parte gestite, controllate o amministrare dalla consorteria ma che, considerate recuperabili, sono sottoposte alla sanzione dell'amministrazione giudiziaria. Quest'ultima, come detto, produce infatti un effetto afflittivo ma ha come funzione principale quella di prevenzione speciale positiva. Lo scopo e l'effetto della sanzione e il tipo di impresa che si intende colpire richiamerebbero la necessità di utilizzare il diritto penale e l'applicazione di tutte le sue garanzie. Tale obiezione potrebbe essere superata soltanto alla luce dello sforzo di delimitazione dei soggetti destinatari, ma soprattutto invocando le solite esigenze di difesa sociale.

In secondo luogo, la tipizzazione dei destinatari, pur assicurando una maggiore prevedibilità della sanzione, non tiene conto del fatto che i rapporti tra imprese e organizzazioni mafiose assumono «forme e modalità variegate ed estremamente composite»¹² e il riferimento a condotte troppo determinate rischia di produrre grosse lacune. Sono comunque ipotizzabili ipotesi di consorzio tra enti e associazione mafiosa che non rientrino nelle ipotesi descritte. Si potrebbe ad esempio pensare ai casi in cui l'impresa "si avvale" della forza della consorteria, corrispondendole periodiche somme di denaro. Si tratterebbe in sostanza del c.d. patto di scambio o di protezione che risulta tutt'altro che definito¹³. Ci sembra quindi che l'esigenza di tipizzazione che avevamo richiamato all'inizio dell'indagine

¹² A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 159, il quale arriva alla conclusione che non sia possibile tipizzare i contribuiti che l'impresa può fornire all'associazione mafiosa e che questi assumono rilevanza soltanto se letti insieme a «le altre posizioni, gli altri ruoli e gli altri contributi consortili» (160).

¹³ V., tra gli altri, A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 158 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 345.

potrebbe essere soddisfatta dall'articolato descritto ma finirebbe per circoscrivere in limiti troppo stretti le ipotesi di contiguità da punire, senza risolvere del tutto i profili di incertezza.

Oltre alle perplessità manifestate finora si aggiungono quelle che sono state proposte nel passato in riferimento al progetto Fiandaca. Si è criticato ad esempio il debole *standard* probatorio richiesto per l'applicazione delle misure¹⁴, o ancora la sottovalutazione delle caratteristiche afflittive e punitive di alcune sanzioni¹⁵.

Un'ultima questione riguarda il tipo di responsabilità addebitata all'impresa. Difatti, come è stato sostenuto, si è creato (se pur in fase di prevenzione) il pericolo di una «diretta corresponsabilizzazione di fatto della persona giuridica»¹⁶.

Il Progetto Fiandaca non si è infatti interrogato sull'individuazione dei criteri per imputare la responsabilità all'impresa (a differenza di quanto accade invece nella disciplina del decreto n. 231) e in tal modo la persona giuridica può subire una sanzione per il solo fatto di trovarsi in una determinata situazione.

È però il caso di ricordare che l'articolato è stato elaborato in un momento antecedente (o al massimo contestuale) all'emanazione del decreto n. 231/2001, prima del quale la responsabilità delle persone giuridiche era un istituto semi-sconosciuto nel nostro ordinamento. Soltanto con il d.lgs. n. 231 cit. si è ipotizzata una disciplina generale e la struttura essenziale della responsabilità.

Conseguentemente, l'ipotesi di riforma proposta, traendo ampio spunto dal Progetto Fiandaca, risulta anch'essa deficitaria di quel bagaglio cognitivo che un decennio di applicazione (e di "non applicazione") della disciplina della responsabilità degli enti ha portato con sé.

3. Una riforma *massima* da valutare con prudenza

Abbiamo visto che la possibile riforma *minima* impone un certo ripensamento dell'apparato preventivo ma lascia irrisolte molte questioni problematiche.

Per tale motivo, tentiamo di ipotizzare un secondo tipo di modifica più ampia, che definiamo *massima* e che ci spinge necessariamente fuori dal campo delle misure *praeter delictum*.

¹⁴ A. MANGIONE, *Politica del diritto e "retorica dell'antimafia"*, cit., 1195; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 433 s.

¹⁵ A. MANGIONE, *Politica del diritto e "retorica dell'antimafia"*, cit., 1195.

¹⁶ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 440.

Prima di procedere è però il caso di precisare che nel valutare tale seconda possibilità, ci riferiremo soltanto alle c.d. imprese che forniscono un contributo alla consorteria senza essere *mafiose*. Per quanto attiene infatti agli enti finanziati, gestiti e controllati completamente o in parte dalle organizzazioni mafiose, condividiamo le proposte del progetto Fiandaca: le imprese “della mafia”, dotate di particolare pericolosità, possono essere destinatarie di interventi preventivi, che ne comportino la neutralizzazione, attraverso lo scioglimento o l’interdizione definitiva dell’attività.

Per i motivi che abbiamo analizzato (assenza di pericolosità, esigenza di bonifica dell’ente e carattere afflittivo della misura) l’amministrazione giudiziaria che si applica alle imprese che “agevolano” la mafia non può essere inquadrata nel sotto-sistema delle misure di prevenzione, ma deve essere “trasferita” in sede penale e applicata con le sue garanzie tipiche.

3.1 “Il delitto-presupposto” dell’amministrazione giudiziaria

I presupposti della sanzione dovrebbero pertanto essere non già indizi di pericolosità (una pericolosità dai contorni peraltro magmatici), ma vere e proprie prove di reità.

Riteniamo che, nonostante le conseguenze sanzionatorie debbano riguardare l’ente, il presupposto della misura debba comunque coincidere con una condotta (quindi penalmente rilevante e non soltanto pericolosa) della persona fisica, a differenza di quanto ipotizzava il Progetto Fiandaca ed è attualmente previsto per l’amministrazione giudiziaria. Questi ultimi si fondano infatti sull’idea che il presupposto applicativo della misura coincide con un’astratta pericolosità reale e la sanzione è quindi direttamente riferita all’impresa. Come abbiamo detto, tuttavia, la pericolosità della *res* non è altro che una finzione giuridica. Sarebbe al contrario più corretto parlare di una “pericolosità relazionale”¹⁷, derivante dal rapporto tra un soggetto e il bene, se non addirittura riconoscere che tale caratteristica è in ogni caso riferita ad un individuo¹⁸. L’analisi dei decreti più importanti ha peraltro confermato tale idea: la condotta di agevolazione è sempre posta in essere da una persona fisica e la pericolosità non può che essere ricondotta all’imprenditore e al modo con cui quest’ultimo esercita la sua “libertà d’iniziativa economica”.

¹⁷ Sul punto, v. cap. II, sez. II e A. BALSAMO, G. LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione*, cit., 311.

¹⁸ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., 389. Come abbiamo detto, secondo l’autore la pericolosità deriverebbe comunque dalla scelta dell’individuo. Di conseguenza la pericolosità sarebbe umana e non reale.

Nell'individuare la fattispecie penale della persona fisica non possiamo tuttavia utilizzare la formula agevolatoria che troviamo nell'art. 34 d.lgs. n. 159 cit.. Ne avevamo già segnalate le criticità¹⁹: essa rende la fattispecie preventiva indeterminata e nella prassi assolutamente imprevedibile²⁰.

Rifiutato il ricorso alla locuzione "agevolazione", riteniamo che, per definire la condotta posta in essere dagli imprenditori c.d. contigui, si possa invece ripensare a uno strumento, più in generale valorizzato specie dagli anni Ottanta in poi²¹, che sembra trovare, più in dottrina che in giurisprudenza, un rinnovato riconoscimento; vale a dire, il concorso eventuale in associazione mafiosa.

Come noto, l'istituto, di matrice giurisprudenziale, è stato elaborato proprio per quei soggetti che non aderiscono alla strutta associativa ma in qualche modo contribuiscono alla sua esistenza e al suo radicamento nel territorio²².

Abbiamo tuttavia fatto riferimento alle difficoltà, interpretative e applicative, che l'istituto del c.d. concorso esterno ha comportato, tanto che, con un'affermazione in parte provocatoria, il Procuratore Generale Francesco Iacoviello dichiarava, soltanto qualche tempo fa: «al concorso esterno non crede più nessuno»²³.

Si è quindi più volte detto che lo strumento del concorso eventuale, pur astrattamente utile, necessitava di un ripensamento da parte del legislatore²⁴.

Al di là delle tesi abolizioniste²⁵, non è mancato chi ha prospettato possibili soluzioni.

I termini della questione sono noti e già in parte affrontati²⁶. Un primo orientamento ha richiamato la necessità di prevedere una sorta di clausola generale di "agevolazione"²⁷; un

¹⁹ Contrario all'utilizzo della categoria dell'agevolazione (dolosa) (e peraltro «corredata (...) da indistinto riferimento al rafforzamento o mantenimento dell'associazione quale secondo termine della relazione eziologica») per le ipotesi di contiguità, C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 487.

²⁰ V. cap. II, sez. I.

²¹ Ma, come visto, ben più risalente. Sul punto, v. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 19 ss.

²² Sul punto, v. cap. II, sez. I, e bibliografia ivi citata. V. in particolare G. FIANDACA, *La contiguità mafiosa degli imprenditori*, cit., 473 ss; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 327 ss.

²³ F. IACOVIELLO, *Requisitoria*, cit., 809.

²⁴ V. per tutti C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 483 ss. L'autore, pur ammettendo che i complessi rapporti tra organizzazioni criminali e imprese non possano essere affrontati soltanto con lo strumento penalistico, precisa che tale consapevolezza non «autorizza a predicare il necessario abbandono del campo da parte del diritto penale e, piuttosto, richiede un nuovo impegno al fine di calibrarne l'intervento in modo da coniugare efficacia politico-criminale e salvaguardia dei principi fondamentali». Sul tale profilo, v. anche A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 197

²⁵ Sul punto v. S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 68 e 75 che, suggerendo l'abolizione *tout court* del concorso eventuale in associazione mafiosa, propone che la punibilità dei comportamenti sia legata a fattispecie monosoggettive poste a tutela di alcuni beni giuridici fondamentali e rilevanti, come la persona, la pubblica amministrazione, etc. Per critiche a quest'opinione, v. G. FIANDACA, *Le associazioni per delinquere qualificate*, in AA.VV., *I reati associativi (Atti del convegno di Studi, Courmayeur, 10-12 ottobre 1997)*, Milano, 1998, 63 ss. e C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 484 ss.

secondo si è espresso in favore di una espressa tipizzazione delle diverse forme di contiguità all'associazione, secondo il modello dell'art. 416 *ter* c.p.²⁸. Ci sembra, alla luce dell'analisi svolta, che nessuna delle due proposte sia del tutto soddisfacente.

La prima creerebbe una fattispecie sostanzialmente analoga a quella (preventiva) dell'amministrazione giudiziaria, fortemente indeterminata e incapace di orientare il giudice nell'attività di selezione dei comportamenti da sanzionare²⁹. La seconda sarebbe difficilmente percorribile per il *deficit* cognitivo che riguarda il tema dell'infiltrazione mafiosa nel mercato e nella società³⁰.

Un ulteriore spunto, in un'ottica *de jure condendo*, potrebbe trarsi dal *Rico Statute*. Il testo legislativo – lo ricordiamo – sembra edificato su una più profonda cognizione del dato empirico. Si riferisce però soltanto ai rapporti tra mafia e mercato e punisce (con rimedi civili, ordini restrittivi, e soprattutto con la confisca): ogni persona che abbia ricevuto proventi derivanti da attività di *racketeering*, per aver usato o investito gli stessi nell'acquisizione di interessi, di un qualsiasi rapporto o di un'operazione con un'impresa la cui attività riguarda il commercio tra Stati o straniero; ogni persona che, attraverso la commissione di un insieme di atti di *racketeering*, acquisisce o mantiene ogni interesse o controllo in un'impresa la cui attività riguarda il commercio tra Stati o straniero; ogni persona, che, essendo dipendente o associata ad un'impresa la cui attività riguarda il commercio tra Stati o straniero, gestisce gli affari di tale impresa attraverso un insieme di atti di *racketeering*³¹. Ebbene, tra le ipotesi elencate potremmo riconoscere sia le c.d. imprese “della mafia”, sia le imprese c.d. contigue e ne verrebbero invece escluse quelle che sono in una condizione di assoggettamento.

Il modello americano sembrerebbe quindi soddisfare l'esigenza di maggiore tassatività e apparirebbe idoneo, alla luce delle riflessioni fin qui svolte, a compendiare i diversi idealtipi di infiltrazione. Non a caso qualche pagina addietro lo avevamo presentato come un possibile modello da imitare. Avevamo però anche avvertito che “*non è tutto oro quel che luccica*”.

²⁶ V. la ricognizione di C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 486.

²⁷ G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in AA.VV., *I reati associativi*, cit., 41.

²⁸ G.A. DE FRANCESCO, *Commento agli artt. 11-bis e 11-ter d.l. 8 giugno 1992 n. 306*, in *Legisl. pen.*, 1993, 131; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 485, nt. 92.

²⁹ Per critiche analoghe rispetto alla proposta di riforma, v. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 488 il quale però solleva anche le difficoltà che potrebbero sussistere quando l'agevolante richiama l'esercizio di diritti o funzioni legittime come causa di giustificazione (488 s.).

³⁰ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 490.

³¹ Sul *Rico Statute* v. cap. II, sez. I e, in dottrina, tra gli altri, v. P.W. LOW, *Federal Criminal Law*, cit., 585 ss.; R. BLAKEY, J.R. BLAKEY, *Civil and Criminal RICO*, cit., 43.

Nell'applicazione del *Rico*, sono emerse alcune difficoltà³²; soprattutto la disciplina anglosassone è stata utilizzata per colpire non già ipotesi di infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia ma il concorso in delitti economici. Lo sforzo di tipizzazione può essere quindi vanificato non soltanto dalla mancanza di conoscenza del dato empirico ma altresì dalla continua mutevolezza del reale che caratterizza in particolar modo il contesto economico.

Tipizzazioni *estreme* come quelle del *Rico* possono infatti diventare in breve tempo inadeguate, a meno che non interverga, come accaduto negli Stati Uniti, il ruolo creativo e l'interpretazione evolutiva della giurisprudenza.

Il rifiuto di concetti vaghi come quello di "agevolazione" o di fattispecie iperdeterminate (come quelle del *Rico Statute*) non deve portarci a concludere che non sia possibile individuare una soluzione in sede normativa. *Tertium datur*.

A tal fine spunti interessanti possono trarsi delle proposte di Visconti e (più recentemente) di Fiandaca.

Il primo, al fine di punire le ipotesi di contiguità, ha formulato una nuova fattispecie di concorso c.d. esterno, in base alla quale: «2. Fuori dai casi di partecipazione e salvo che la condotta integri un reato più grave, è punito con la reclusione da due a cinque anni chiunque, strumentalizzando il ruolo ricoperto in enti pubblici o privati oppure l'esercizio di una professione o di un'attività economica, si adoperi per avvantaggiare un'associazione di tipo mafioso»; «3. nei casi previsti nel secondo comma, si applica la pena della reclusione non inferiore ai tre anni quando alla condotta realizzata consegue il risultato vantaggioso per l'associazione»; «4. nei casi previsti nel secondo comma, non è punibile chi, in presenza di concrete minacce o del pericolo concreto di violenze da parte dell'associazione mafiosa, agisca all'esclusivo fine di salvare sé o un proprio congiunto da un grave nocimento alla persona ovvero di evitare un danno patrimoniale di così rilevante entità da compromettere l'esercizio della propria impresa o professione»³³.

La proposta di Visconti presenta numerosi pregi.

³² Sulle quali rinviamo al cap. II, sez. I.

³³ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 494. L'autore ipotizza, al comma 1, anche una nuova formulazione per la condotta di partecipazione «Risponde di partecipazione ed è punito con la reclusione tra tre a sei anni, chiunque risulti stabilmente inserito in una associazione di tipo mafioso per avervi fatto ingresso come membro secondo le regole che essa si è data o per aver ripetutamente operato nell'ambito delle attività della medesima condividendone gli scopi».

Il primo è quello di aver reso alternativamente ininfluyente la circostanza che l'associazione mafiosa si sia effettivamente avvantaggiata del comportamento del concorrente e il movente che ha spinto l'*extraneus* ad agire, a meno che non sia quello di salvaguardare «sé, i prossimi congiunti o la propria attività imprenditoriale o professionale»³⁴.

In secondo luogo, l'autore ha rinunciato alla descrizione della condotta attraverso l'improvabile modello causale³⁵.

L'indeterminatezza della clausola "adoperarsi" è bilanciata da una serie di tipologie determinate e differenziate di contiguità («strumentalizzando il ruolo ricoperto in enti pubblici o privati oppure l'esercizio di professioni o di attività imprenditoriali»). Tale provenienza qualificata, come ricordato dallo stesso autore, permette di escludere i comportamenti che hanno minor rilevanza e la "strumentalizzazione" potrebbe essere in grado di imporre all'organo decidente «di accertare sul piano oggettivo prima ancora che soggettivo, la realizzazione di una qualche forma di deviazione dai criteri cui usualmente si uniforma il tipo di attività che viene in questione»³⁶.

«In altri termini per esserci strumentalizzazione non basta a nostro avviso la semplice intenzione soggettiva di avvantaggiare l'organizzazione criminale, ma questa intenzione deve tradursi in una oggettiva distorsione dell'attività spiegabile soltanto con la prospettiva di favorire il sodalizio mafioso»³⁷.

L'ultimo pregio della proposta sta nell'aver escluso tra i soggetti punibili il c.d. imprenditore vittima, evitando di imporre a capo del singolo l'obbligo di «collaborare con le forze di polizia» per sopperire alle inefficienze dell'apparato pubblico³⁸.

Nonostante i numerosi aspetti positivi della proposta, sembra ancora più condivisibile e quindi mutuabile quella, più recente, del Prof. Fiandaca, il quale ipotizza la seguente norma di parte speciale: «Chiunque, strumentalizzando una pubblica funzione o un pubblico servizio, ovvero eccedendo i limiti del legittimo esercizio di un'attività politica, economica,

³⁴ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 498.

³⁵ Sottolinea come l'utilizzo del modello causale (riferito al "rafforzamento" o alla "conservazione" dell'organizzazione criminosa) per definire il contributo del concorrente c.d. esterno non costituisca una «strada obbligata», G. FIANDACA, *Il concorso "esterno" tra sociologia*, cit., 206. Tra coloro che hanno sostenuto l'abbandono del modello causale, v. S. ALEO, *Il sistema penale*, Milano, 2005, 471 che vi sostituiva i criteri tipici della teoria dell'organizzazione; G. DE FRANCESCO, *Concorso di persone, reati associativi, concorso nell'associazione: profili sistematici e linee di politica legislativa*, in AA.VV., *Scenari di mafia*, cit., 128 che utilizza invece il criterio dell'idoneità *ex ante*.

³⁶ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 500.

³⁷ C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 500.

³⁸ L'autore sottolinea come tale esclusione sia stata costruita come una scusante. C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia*, cit., 501

professionale o di altra natura, opera a vantaggio di un'associazione criminale, in cambio di vantaggi ingiusti per sé o per altri, è punito...»³⁹.

L'ipotesi costituisce un'evoluzione di quella proposta da Costantino Visconti, alla quale è stata aggiunta la formula «eccedendo i limiti del legittimo esercizio dell'attività svolta». Attraverso questa precisazione si è tentato di espungere le c.d. “azioni neutrali”⁴⁰.

Un altro aspetto positivo della seconda proposta riguarda l'esclusione del soggetto (e per il caso che ci interessa, dell'imprenditore) vittima, non già attraverso la complessa categoria della scusante ipotizzata da Visconti, ma per tramite dell'introduzione nel fatto tipico della formula “nell'interesse o a vantaggio”, la quale include evidentemente soltanto chi opera per complicità interessata⁴¹.

L'unico elemento che potrebbe essere rivisto riguarda il concetto di attività economica, sul quale avevamo già espresso le nostre perplessità⁴². Una formula più facilmente interpretabile (oltre che maggiormente rispettosa dell'esigenza di significato unitario del diritto) potrebbe essere quella di “attività imprenditoriale” (utilizzata, peraltro, nella proposta di Visconti).

3.2 Le sanzioni a carico dell'ente: criteri di imputazione

Precisati i confini della fattispecie imputabile alla persona fisica, resta la necessità di individuare i criteri per ascrivere una qualche forma di responsabilità all'ente e renderlo quindi destinatario di una sanzione, in particolare quella dell'amministrazione giudiziaria.

Come abbiamo avuto modo di vedere, la questione è stata al centro del dibattito italiano soprattutto prima dell'adozione del d.lgs. n. 231/2001, il quale sembrerebbe in parte aver accolto la tesi dell'immedesimazione organica, introducendo tuttavia il limite della c.d. colpa d'organizzazione⁴³. La soluzione adottata dal legislatore del 2001, pur avendo numerosi pregi, ha mostrato in dieci anni di applicazione le prime debolezze⁴⁴.

Non è questa la sede per riflettere su una riforma integrale del decreto n. 231 che meriterebbe ben altro approfondimento ed esulerebbe dal nostro oggetto d'indagine. Ricordiamo ancora una volta che tale decreto pensava a forme di criminalità economica

³⁹ G. FIANDACA, *Il concorso “esterno”*, cit., 211.

⁴⁰ G. FIANDACA, *Il concorso “esterno”*, cit., 211.

⁴¹ G. FIANDACA, *Il concorso “esterno”*, cit., 211.

⁴² V. cap. II, sez. I.

⁴³ Tant'è vero che sono state prospettate possibili ipotesi di riforma del decreto proprio in riferimento alla struttura della responsabilità V. cap. III, sez. I.

⁴⁴ V. sempre cap. III, sez. I.

“tipica”, vale a dire che è stato studiato per gli enti c.d. *sani* al cui interno vengono posti in essere illeciti economici (reati societari, finanziari etc.) strettamente connessi con l’attività d’impresa. Sebbene in molti ritengano che lo iato tra criminalità economica ed economia criminale stia progressivamente riducendosi⁴⁵, il d.lgs. n. 231 è indirizzato strettamente alla prima forma di delinquenza ed è costruito secondo il paradigma del *diritto penale dell’amico*. Tale modello, come abbiamo visto, è incompatibile con il contrasto alla c.d. imprenditoria contigua (e, *a fortiori*, con quella *mafiosa*).

Ciò detto e assunta l’autonomia sistemica della disciplina della criminalità organizzata (che permette scelte vistosamente derogatorie il diritto penale classico), possiamo provare a ipotizzare un criterio di imputazione che riguardi soltanto i casi che esaminiamo: le ipotesi in cui un soggetto, che opera nell’ambito di una struttura organizzata, «eccedendo i limiti del legittimo esercizio di un’attività imprenditoriale operi a vantaggio di un’associazione criminale, in cambio di vantaggi ingiusti per sé o per altri».

Per far ciò ci serviremo delle teorie elaborate nel passato, ma soprattutto, in un’ottica di funzionalità allo scopo, delineeremo una possibile soluzione che (mutuando, ad altri fini, l’espressione di Asworth sulla *vicarious liability*) «[is] not a legal theory, but pragmatism»⁴⁶.

A tal fine, richiamiamo la c.d. teoria dell’immedesimazione organica, secondo la quale l’ente è responsabile se l’autore ne è il rappresentante, amministratore, dirigente. Alcuni dubbi potrebbero proporsi per il fatto commesso dal dipendente. In linea di principio, includendo nella lista di soggetti attivi anche l’ultimo, si potrebbe finire per sospendere la libertà d’organizzazione dell’impresa anche per comportamenti poco rilevanti. Nondimeno, la mancata inclusione del dipendente tra i soggetti che possono instaurare il rapporto di immedesimazione potrebbe lasciare spazi vuoti di tutela. Sicché il particolare allarme che desta il fenomeno mafioso e la carica lesiva che l’infiltrazione della criminalità organizzata esprime nel mercato può farci propendere per un’opzione più estensiva che includa tra i soggetti attivi anche quello che ha un ruolo subordinato.

Tale scelta sarebbe però bilanciata dalla previsione di un ulteriore criterio di imputazione, oggettivo, mutuato dall’art. 5 del d.lgs. n. 231/2001: l’ente sarebbe dunque destinatario della sanzione soltanto se il concorrente c.d. esterno (lo ricordiamo: che ha ecceduto i limiti dell’esercizio di un’attività economica) sia rappresentante, amministratore,

⁴⁵ Da ultimo, A. CENTONZE, *Contiguità mafiose*, cit., 139 ss.

⁴⁶ A. ASWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford, V ed., 2006, 114.

dirigente e dipendente dell'impresa (anche di fatto) e abbia agito (anche) nell'interesse o a vantaggio dell'impresa.

Come noto, l'interesse si può riferire alla volontà del soggetto agente/persona fisica ed è valutabile *ex ante*: è necessario che la persona fisica abbia agito o nel solo interesse della società o nel proprio che però in qualche modo coincida con il primo⁴⁷. Il vantaggio ha una connotazione al contrario oggettiva e la sua valutazione opera *ex post*: anche qualora il soggetto non avesse tra i motivi d'azione l'interesse dell'ente quest'ultimo potrebbe comunque ottenerne un vantaggio⁴⁸.

Un'ipotesi così formulata permetterebbe di escludere dalla sfera di applicabilità della norma tutti i casi in cui l'impresa è estranea allo scambio di "vantaggi" tra il concorrente c.d. esterno e l'associazione mafiosa. Non sarebbe ad esempio soggetta a tale disciplina la filiale della B.N.L. nella vicenda che abbiamo esaminato⁴⁹. Ricordiamo come nel caso citato il quadro direttivo della filiale aveva permesso ad alcuni correntisti, membri dell'associazione mafiosa, di ottenere finanziamenti in assenza delle condizioni necessarie. E questa condotta aveva motivato la sospensione dell'amministrazione giudiziaria dei conti correnti di cui erano titolari gli affiliati. Durante l'analisi del decreto, avevamo però osservato come il comportamento del direttore non fosse altro che un abuso bancario, posto in essere da un soggetto a danno (e non già a vantaggio) della filiale o della B.N.L. Ebbene, attraverso il criterio "dell'interesse o vantaggio" l'ipotesi descritta, su cui avevamo manifestato numerose perplessità, non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della norma proposta.

Pur mutuando il criterio di imputazione oggettiva dalla disciplina del decreto n. 231, ci sembra più opportuno non adottare anche lo sbarramento previsto dall'art. 5, comma 2, secondo il quale «l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi». Sebbene infatti il vantaggio per l'ente possa dipendere anche da eventi casuali, tale limitazione della responsabilità è apparsa fin dall'inizio eccessiva e contraddittoria rispetto al criterio del vantaggio (anche se difficile da

⁴⁷ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 62 s.

⁴⁸ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 63. L'autrice precisa che il requisito del vantaggio si adatta maggiormente agli illeciti commessi con colpa dalla persona fisica. Come noto, non tutta la dottrina accoglie questa differenziazione. Una parte considera invece i due termini una endiade. Di quest'avviso, D. PULITANÒ, *La responsabilità "da reato"*, cit., 425; A. MANNA, *La c.d. responsabilità amministrativa*, cit., 1114 che respinge la lettura soggettivista e M. PELISSERO, in M. PELISSERO, G. FIDELBO, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)*, in *Legisl. pen.*, 2002, 581 che invece la ritiene necessaria.

⁴⁹ V. cap. II, sez. I.

aggirare poiché imposta dalla delega)⁵⁰. Nell'ipotesi che stiamo considerando risulta assolutamente necessario sanzionare l'impresa anche laddove il concorrente c.d. esterno abbia agito allo scopo di avvantaggiare l'associazione mafiosa e non l'ente⁵¹, ove cioè il soggetto non abbia agito nell'interesse dell'impresa, ma la sua condotta le ha procurato comunque un vantaggio. Sono infatti numerosissimi i casi in cui il beneficio per l'ente è soltanto un effetto secondario, senza che ciò sia indizio di una minore infiltrazione della consorceria nell'impresa.

Nelle pagine precedenti, abbiamo inoltre evidenziato l'inconciliabilità tra la c.d. colpa d'organizzazione (specie se tradotta nell'obbligo di adottare i c.d. modelli organizzativi) e i "delitti di criminalità organizzata". Si potrebbe allora ripensare il criterio di imputazione soggettiva come effettivo *deficit* organizzativo, come tale accertato dal giudice, a prescindere dall'adozione o mancata adozione di un modello preventivo, così anche in modo da evitare che l'impresa si senta costretta a sobbarcarsi l'onere di costosi e burocratizzati modelli di organizzazione. Oppure ci si potrebbe spingere oltre nel senso che stiamo per specificare. Ci sembra cioè che la risposta a un fenomeno così allarmante e grave, come quello del rapporto tra imprese e mercato, possa *sopportare qualche limitazione di garanzia* e si possa quindi porre la sanzione in capo all'ente soltanto in base al criterio oggettivo. Tale opzione ci sembra peraltro compatibile sia con il tipo di reato-presupposto sia con il fine "di bonifica" dell'impresa che persegue. In altre parole, se si intende "ripulire" l'impresa dalle "contaminazioni" mafiose, è necessario farlo a prescindere dello sforzo compiuto dalla società per prevenire il rischio di reato.

3.3 Le diverse sanzioni applicabili agli enti

Individuato il presupposto e i criteri per porre la sanzione a carico dell'ente, non ci resta che precisare le singole sanzioni applicabili.

La misura che riteniamo più efficace (cui peraltro è dedicata tutta la nostra indagine) è proprio l'amministrazione giudiziaria che il legislatore potrebbe peraltro comminare in un termine minimo e massimo. Spetterebbe al giudice valutare nella fase di cognizione e poi in quella esecutiva, il tempo necessario (in base al tipo d'impresa e alla gravità di infiltrazione)

⁵⁰ Sul punto, O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, cit., 64, in base alla quale sarebbe questa la ragione per la quale una parte della dottrina considererebbe la locuzione "nell'interesse o a vantaggio" un'endiadi.

⁵¹ Il caso in cui il concorrente esterno abbia agito al solo scopo di avvantaggiare se stesso è difficilmente ipotizzabile e comunque incompatibile con la fattispecie di parte speciale ipotizzata dal Prof. Fiandaca.

affinché la pena raggiunga il suo scopo, nonché controllarne le modalità di esecuzione affinché si eviti che le imprese sottoposte finiscano per trovarsi in uno stato di dissesto⁵².

A questa sanzione si potrebbe associare, nella fase cautelare (ma anche in quella di condanna nelle ipotesi “di infiltrazione” meno grave), lo strumento del controllo giudiziario⁵³. In tal modo, amministrazione e controllo diverrebbero, con un approccio gradualistico, strumenti privilegiati per il contrasto all’infiltrazione della mafia nel mercato.

Proviamo a riassumere il quadro della proposta.

Nel caso in cui si propendesse per tale ipotesi *massima*, l’autorità giudiziaria potrebbe utilizzare strumenti differenti secondo la situazione di fatto.

Laddove si trovasse di fronte ad un’impresa *della mafia* (di proprietà o amministrata e gestita da membri della consorteria) potrebbe applicare in fase preventiva le misure più gravi dell’interdizione definitiva dell’attività o dello scioglimento dell’ente. Le stesse sanzioni potrebbero essere anche previste in sede penale, al di fuori del paradigma del diritto penale dell’amico di cui è espressione la disciplina del d.lgs. n. 231 cit.

Laddove invece si trattasse di un ente *malato ma curabile*, l’autorità giudiziaria potrebbe intervenire soltanto nell’ambito del procedimento penale, in misura più o meno incisiva con gli strumenti (comunque afflittivi) del controllo o dell’amministrazione giudiziaria.

4. Spunti per una ricerca futura

Alla luce del quadro emerso e delle prospettive *de jure condendo* ipotizzate, possiamo ritenere che l’amministrazione giudiziaria sia uno strumento necessario per il contrasto alla criminalità organizzata, specie nei casi in cui quest’ultima riesca a tessere rapporti con il mercato lecito. Si tratta infatti di una pena funzionale allo scopo, che si rivolge agli enti collettivi, che sacrifica notevolmente la libertà di iniziativa economica ma assicura alle imprese *geneticamente sane* il reingresso nel mercato (*rectius*: la risocializzazione).

Ma vi è di più. Abbiamo la sensazione che tale strumento, che implica l’avocazione allo stato della gestione d’impresa, meriti una rivalutazione da parte del legislatore (oltre che

⁵² Sul rischio che le imprese vengano lasciate, dopo l’amministrazione, “decotte”, v. cap. II, sez. II. È il caso di osservare che l’ipotesi di fallimento dell’impresa risulta più probabile per quelle imprese *mafiose*, la cui liquidità proviene quasi del tutto da attività illecite.

⁵³ Dello stesso avviso, se pur nell’ambito del sottosistema preventivo, C. VISCONTI, *Proposte per recidere*, cit., 21.

degli interpreti del diritto) non solo nell'ambito del sistema della disciplina antimafia ma in generale.

Ogni qual volta ci siano «specificità concrete di fini sociali che necessitano tutela»⁵⁴ può trovare giustificazione una limitazione della libertà sancita dall'art. 41 Cost. e tutte le volte che ci si trovi di fronte ad un'impresa *malata ma curabile* l'amministrazione giudiziaria risulta l'unico strumento che può produrre effetti sia afflittivi sia, soprattutto, *curativi* per l'impresa. D'altra parte, una disciplina sanzionatoria rivolta all'impresa, che non voglia produrre "troppe" conseguenze riflesse e sia in grado di proteggere i numerosi interessi dei terzi (lavoratori, soci, creditori), non può che aspirare al risanamento dell'impresa.

Sarà compito della ricerca futura rivalutare, nell'ottica di un generale ripensamento del sistema sanzionatorio delle imprese, il ruolo da attribuire all'amministrazione giudiziaria.

⁵⁴ B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, già in *Riv. soc.*, 1998, 1520 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2013, 615 ss. L'autore sostiene la lettura unitaria dei tre commi dell'art. 41 Cost.. Di quest'avviso anche C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss.; A. BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1971, 603 ss.; A. PACE, *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, III, Milano, 1992, 1591 ss.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, a cura di R. Facchin, Padova, 1988
- AA.VV., *Lotta alla criminalità organizzata. Gli strumenti normativi. Atti della giornata di studio (Macerata, 13 maggio 1993)*, a cura di G. Giostra, G. Insolera, Milano, 1995
- AA.VV., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999
- AA.VV., *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia e M. Palma, Roma, 2001
- AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2001
- AA.VV., *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società*, a cura di F. Giunta, Torino, 2002
- AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. Garuti, Padova, 2002
- AA.VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di F. Palazzo, Padova, 2003
- AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2004
- AA.VV., *I modelli organizzativi ex d.lgs. n. 231 del 2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, a cura di C. Monesi, Milano, 2005
- AA.VV., *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di David Garland*, a cura di A. Ceretti, Milano, 2005
- AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali a materiale probatorio*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò, E. Melchionda, Padova, 2005
- AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino, 2006
- AA.VV., *La gestione del rischio in medicina: profili di responsabilità nell'attività medico-chirurgica*, a cura di S. Canestrari, M.P. Fantini, Torino, 2006
- AA.VV., *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienze penalistica, oggi*, a cura di M. Pavarini, Bologna, 2006
- AA.VV., *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini, M. Papa, Milano, 2007

- AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. Gamberini, R. Orlandi, Bologna, 2007
- AA.VV., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di A.M. Maugeri, Milano, 2008
- AA.VV., *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2008
- AA.VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010
- AA.VV., *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazione normativa*, a cura di G. Fiandaca, C. Visconti, Torino, 2010
- AA.VV., *Alleanze nell'ombra. Mafie ed economie locali in Sicilia e nel Mezzogiorno*, a cura di R. Sciarrone, Roma, 2011
- AA.VV., *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, a cura di A.S. Barkow, R.E. Barkow, New York, 2011
- AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2012
- ABRAMS D.E., *Crime Legislation and the Public Interest: Lessons from Civil Rico*, in *SMU Law Rev.*, 1996, 50, 33 ss.
- ABRIANI N., MONTALENTI P., MUCCIARELLI F., ROSSI G., SACCHI R., *Una tavola rotonda sui vantaggi compensativi nei gruppi*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 613 ss.
- ACQUAROLI R., *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma, 2012
- ADORNO R., CALÒ L., *Il nuovo "codice antimafia"*, in *Foro it.*, 2011, V, 325 ss.
- AGAMBEN G., *Stato di eccezione*, Torino, 2003
- AIELLO A., *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005
- ALEO S., *Diritto penale e complessità. La problematica dell'organizzazione e il contributo dell'analisi funzionalista*, Torino, 1997
- ALEO S., *Il sistema penale*, Milano, 2005
- ALESSANDRI A., *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984
- ALESSANDRI A., voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 45 ss.
- ALESSANDRI A., voce *Impresa (Responsabilità penali)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 193 ss.

- ALESSANDRI A., sub Art. 27, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 150 ss.
- ALESSANDRI A., Corporate governance *nelle società quotate: riflessi penalistici e nuovi reati societari*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, 521 ss.
- ALESSANDRI A., *Il ruolo del danno patrimoniale nei nuovi reati societari*, in *Le società*, 2002, 797 ss.
- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 534 ss.
- ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 2103 ss.
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2011
- ALLEN F., *The Decline of the Rehabilitative idea*, New Haver, 1981
- AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967
- AMATO G., *Quale discrimen tra concussione e corruzione?*, in *Cass. pen.*, 1998, 2918 ss.
- AMATO G., *E' una misura accessoria la confisca del veicolo dopo il rifiuto di sottoporsi al test alcolimetrico*, in *Guida dir.*, 2010, 38, 68 ss.
- AMODIO E., *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 310 ss.
- AMODIO E., *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.*, 1985, III, 632 ss.
- AMODIO E., *Orari degli uffici giudiziari e garanzie costituzionali*, in *Cass. pen.*, 1996, 1103 ss.
- ANGELINI F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007
- ANGELONI A., *Impresa e società*, I, Roma, 1952
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983
- ARCONZO G., *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione procedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Riv. trim dir. pen. cont.*, 2013, 1, 16 ss.
- ARCONZO, *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 28 ss.
- ARENA A., *Introduzione al diritto commerciale e titoli di credito*, Milano, 1956

- ARLACCHI P., *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, 1983
- ARNONE M., *Economie delle mafie: dinamiche economiche e di governace*, in *Studi sulla questione criminale*, 2009, 3, 7 ss.
- ASCARELLI T., *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1954
- ASWORTH A., *Principles of criminal law*, Oxford, V ed., 2006
- ASQUINI A., *Profili dell'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, 1 ss.
- AULETTA G., voce *Attività*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 981 ss.
- AULETTA G., SALANITRO N., *Diritto commerciale*, Milano, 2001
- BALDASSARE A., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1971, 603 ss.
- BALSAMO A., *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 3504 ss.
- BALSAMO A., *Il "Codice Antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2012
- BALSAMO A., CONTRAFFATTO V., NICASTRO G., *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010
- BALSAMO A., MALTESE C., *Il Codice Antimafia*, Milano, 2011
- BALSAMO A., PARASPORO C., *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 2009, 3183 ss.
- BARATTA S., *Prefazione* al volume di S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, I ss.
- BARGI A., *L'accertamento della pericolosità delle misure di prevenzione. Profili sistematici e rapporti con il processo penale*, Napoli, 1988
- BARNET T., *Legal Fiction and Forfeiture: An Historical Analysis of the Civil Asset Forfeiture Reform Act*, in *Duq. L. Rev.* 2001, 44, 77 ss.
- BARTOLI R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008
- BARTOLOMUCCI S., *A dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Il modello organizzativo e la giurisprudenza - Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal-preventiva*, in *Corr. giur.*, 11, 9 ss.

- BASILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- BATTAGLINI E., *I caratteri differenziali tra corruzione e concussione*, in *Giust. pen.*, 1931, I, 664 ss.
- BATTAGLIO S., «Indizio» e «prova indiziaria nel processo penale», in *Riv. it. proc. pen.*, 1995, 375 ss.
- BAUMAN Z., *Vita liquida*, Bari, 2006
- BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it., Roma, 2000
- BELFIORE E.R., *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, a cura di M. Bartolino, L. Eusebi, G. Forti, Napoli, 2011, 1742 ss.
- BELLANTONI G., *Polizia tributaria e accertamenti penali*, in AA.VV., *Scritti di procedura penale*, a cura di G. Bellantoni, Catanzaro, 1993, 62 ss.
- BENUSSI C., *In tema di corruzione e concussione*, in *Ind. pen.*, 1985, 409 ss.
- BENTHAM J., *An introduction to the principles of morals and legislation*, New York, 1948
- BERGER V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1994
- BERNARDI A., sub Art. 7, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, 249 ss.
- BERSANI G., *Criteri distintivi tra corruzione e concussione: proposte per una ulteriore riforma e ruolo della giurisprudenza*, in *Riv. pen.*, 1995, 941 ss.
- BERTONI R., *Prime considerazioni sulla legge antimafia*, in *Cass. pen.*, 1983, 1014 ss.
- BETTIOL G., *Sulla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 642 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 908 ss.
- BETTIOL G., *Colpevolezza normativa e pena retributiva*, Trento, 1943 ora in *Scritti giuridici*, II, Padova, 1966, 617 ss.
- BETTIOL G., *Colpa d'autore e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 419 ss.
- BIGIAVI W., *La "piccola impresa"*, Milano, 1947
- BIGIAVI W., *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1949
- BIN R., *Soft law, no law*, in AA.VV., *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a cura di A. Somma, Torino, 2009, 30 ss.
- BIN R., *L'ilva e il soldato Baldini*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 5 ss.

- BLAKEY G.R., BLAKEY J.R., *Civil and Criminal RICO: An Overview of the Statute and Its Operations*, in *Def. Couns. J.*, 1997, 64, 36 ss.
- BLAKEY G.R., GETTINGS B., *Racketeering Influenced and Corrupt Organization (RICO): Basic Concepts-Criminal and Civil Remedies*, in *Tempo. L.Q.*, 1980, 53, 1009 ss.
- BLAKEY G.R., PERRY T.A., *An analysis of the Myths that Bolster Efforts to Rewrite RICO and the Various Proposal for Reform: "Mother of God – Is this the End of RICO?"*, in *Vand. L. Rev.*, 1990, 43, 951 ss.
- BLOCK A., *East Side West Side. Organizing Crime in New York 1930-1950*, Cardiff, 1980.
- BONAZZI G., *Storia del pensiero organizzativo*, Bologna, 1995
- BONETTI M., *Gli indizi nel nuovo processo penale*, in *Ind. pen.*, 1989, 487 ss.
- BONINI S., *Lotta alla criminalità organizzata e terroristica, garanzia dell'individuo, garanzia della collettività: riflessioni schematiche*, in *Cass. pen.*, 2009, 2216 ss.
- BRICOLA F., *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno C.N.P.D.S., Alghero, 26-28.4.1974*, Milano, 1975, 29 ss.
- BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 2, 221 ss.
- BRICOLA F., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 3 ss.
- BRICOLA F., *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Di Amato, I, Padova, 1990, 121 ss.
- BUONOCORE V., *Introduzione*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, V ed., 2003, 1 ss.
- CAIRO A., *Le misure di prevenzione patrimoniali*, in AA.VV., *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di R. Tartaglia, Roma, 2012, 1044 ss.
- CALIFA A.J., *RICO Threaten Civil Liberties*, in *Van. L. Rev.*, 1990, 43, 805 ss.
- CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, I, Torino, 2013
- CAPRIOLI F., *Una pronuncia innovativa in tema di rapporti tra processo di prevenzione e processo penale per il reato di associazione mafiosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1179 ss.
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009
- CAPUTO M., *La mano invisibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità degli enti*, in *penalecontemporaneo.it*, 8 novembre 2012

- CARDOPATRI F., *Inferenza probatoria e massime d'esperienza, prova, presunzione e indizio*, in *Giur. mer.*, 1999, 3, 632 ss.
- CASANOVA M., *Le imprese commerciali*, Torino, 1955
- CASANOVA M., *Impresa e azienda*, Torino, 1984
- CAVALLONE B., *Crisi delle "maximen" e disciplina dell'istruzione probatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 678 ss.
- CENTONZE A., *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Milano, 2013
- CENTONZE F., *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *A.G.E. - Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, 219 ss.
- CENTORRINO M., LA SPENA V., SIGNORINO G., *Il nodo gordiano. Criminalità mafiosa e sviluppo del mezzogiorno*, Roma-Bari, 1997
- CISTERNA A., *Una decisione supportata dai giudici di Strasburgo che si erano già espressi per le udienze "aperte"*, in *Guda dir.*, 2010, 13, 80 ss.
- CISTERNA A., *Il Codice Antimafia tra istanze compilative e modelli criminologici*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 231 ss.
- CISTERNA A., DE SIMONE M.V., FRATTASI B., GAMBACURTA S., *Commento al codice antimafia*, San Marino, 2012
- CHIAVARIO M., *La Convenzione europea nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969
- COCCO G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 90 ss.
- COFFEE, JR. J.C., *Does "Unlawful" Mean "Criminal"?: Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in *B.U. L. Rev.*, 1991, 71, 194 ss.
- COLUSSI V., *Capacità e impresa*, Padova, 1974
- COMOGLIO P., *Prove ed accertamento dei fatti nel nuovo c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 113 ss.
- COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca nella legge antimafia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 84 ss.
- CONTE G., *Poteri di accertamento, misure patrimoniali e sanzioni amministrative antimafia*, in *Foro it.*, 1984, V, 261 ss.
- CONTENTO G., *La concussione*, Bari, 1970

- CONTENTO G., *Commento agli articoli 317 e 317-bis del codice penale*, in CONTENTO G., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Roma-Bari, 2002, 539 ss.
- CORDERO F., *Procedura penale, App.*, Milano, 1982
- CORSI F., *Impresa e imprenditore*, in AA.VV., *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, Milano, 2011, 470 ss.
- CORSO G., *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979
- CORVI A., *Requisiti e limiti della partecipazione nel reato di associazione a delinquere*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 600 ss.
- COTTINO G., *Diritto commerciale*, 1,1, Padova, 1993
- D'ANGIULLI S., *Caso Ilva di Taranto. Adesso o mai più*, in *Ambiente e territorio*, 2013, 1, 117 ss.
- D'ASCOLA N., *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Arch. pen.*, 2012, 797 ss.
- DAAMS C.A., *Criminal Asset Forfeiture. One the most effective weapons against (organized) crime?*, Arnhem, 2003
- DAFT R.L., *Organizzazione aziendale*, Milano, 2004
- DALLA CHIESA N., *L'impresa mafiosa*, Milano, 2012
- DALLA CHIESA N., PANZARASA M., *Buccinasco. La 'ndrangheta al Nord*, Milano, 2012.
- DE FRANCESCO G.V., *In tema di rapporti fra politica criminale e dogmatica: sviluppi e prospettive della dottrina del reato*, in *Arch. pen.*, 1975, 27 ss.
- DE FRANCESCO G., *Gli enti collettivi: soggetti dell'illecito o garanti dei precetti normativi?*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 753 ss.
- DE FRANCESCO G., *Il concorso esterno nell'associazione mafiosa torna alla ribalta del sindacato di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2012, 2552 ss.
- DE LALLA P., *Logica delle prove penali*, Napoli, 1970
- DE LIGUORI L., *Fattispecie preventiva ed associazione mafiosa: realtà e simbolismo della nuova emergenza*, in *Cass. pen.*, 1990, 691 ss.
- DE MARSICO A., *Sul valore dell'iniziativa nella differenza tra corruzione e concussione*, in *Arch. pen.*, 1948, 204 ss.
- DE MAGLIE C., *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni del diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 89 ss.
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002

- DE SALVIA M., *Principali orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritto penale*, in *Riv. int. dir. dell'uomo*, 2000, 32 ss.
- DE SIMONE G., *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 657 ss.
- DE SIMONE G., *Societas e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, a cura di M. Bartolino, L. Eusebi, G. Forti, Napoli, 2011, 1883 ss.
- DE VERO G., *Tutela dell'ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988
- DE VERO G., *La circostanza aggravante del metodo e del fine di agevolazione mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 42 ss.
- DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1126 ss.
- DE VERO G., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 439 ss.
- DE VERO G., *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Delitti e pene nella giurisprudenza della Corti europee*, a cura di G. de Vero, G. Panebianco, Torino, 2007, 11 ss.
- DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008
- DE VERO G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1137 ss.
- DEL TUFO V., *Il diritto penale italiano al vaglio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: attuazione dei principi della Convenzione e ruolo del giudice interno*, in *Crit. dir.*, 2000, 457 ss.
- DELMAS-MARTY M., *Modèles e mouvements de la politique criminelle*, Paris, 1983
- DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, trad. it., Milano, 1992
- DELMAS-MARTY M., *La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et le droit pénal de fond*, in *Dir. uomo*, 1992, 3, 13 ss.
- DENNIS JR. E.S.G., *Current RICO Policies of the Department of Justice*, in *Vand. L. Rew.*, 1990, 43, 651 ss.
- DENORA G., *Condotta di agevolazione e sistema penale*, Napoli, 2006

- DERSHOWITZ A.M., *Terrorismo*, trad. it., Roma, 2003
- DI CHIARA G., *Commento all'art. 24 D.L. 8/6/1992 n. 306*, in *Legisl. pen.*, 1993, 239 ss.
- DI CHIARA G., *Procedimento di prevenzione, rito di Cassazione e pubblicità dell'udienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 404 ss.
- DI CRISTINA F., *Il decreto "salva Ilva"*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, 4, 375 ss.
- DI GERONIMO P., *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi post factum ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari*, in *Giur. mer.*, 2003, 5, 260 ss.
- DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006
- DI GIOVINE O., *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 93 ss.
- DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, 1325 ss.
- DI GIOVINE O., *Sanità ed ambito applicativo della disciplina della responsabilità degli enti: alcune riflessioni sui confini tra pubblico e privato*, in *Cass. pen.*, 2011, 1889 ss.
- DI GIOVINE O., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, IV, a cura di M. Bertolino, L. Eusebi, G. Forti, Napoli, 2011, 2197 ss.
- DI GIOVINE O., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 159 ss.
- DI RAIMONDO M., *Diritto di polizia*, Rimini, 1995
- DI SABATO F., *Concentrazioni e gruppi nel diritto interno*, in *Giur. comm.*, 1988, III, 543 ss.
- DOLCINI E., *La "rieducazione del condannato" tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 471; ora in AA.VV., *Studi di diritto penale*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 1991, 167 ss.
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 23 ss.
- DONINI M., voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 286 ss.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale: tra democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- DONINI M., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, 735 ss.

- DONINI M., “Fatto” e “autore” nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitalia e Franz von Liszt redivivi, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 1525 ss.
- DONINI M., *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss.
- ECO U., *L'antiporfirio*, in AA.VV., *Il pensiero debole*, a cura di G. Vattimo, P.A. Rovatti, Milano, 1992, 52 ss.
- ECO U., *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, 1996
- EMMERSON B., ASHWORTH A., *Human rights and Criminal Justice*, London, 2001
- EPIDENDIO T., *Commento all'art. 6*, in Aa.Vv., *Responsabilità “penale” delle persone giuridiche*, a cura di A. Giarda, E.M. Mancuso, G. Spangher, G. Varraso, Torino, 2006, 61 ss.
- EPSTEIN R.A., *The Tort/Crime Distinction: A Generation Later*, in *B.U.L. Rev.*, 1996, 76, 1 ss.
- ESPOSITO A., *Il diritto penale “flessibile”*, Torino, 2008
- ESPOSITO C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, 33 ss.
- EUSEBI L., *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990
- EUSEBI L., *La riforma del sistema sanzionatorio penale: una priorità elusa? Sul rapporto fra riforma penale e rifondazione della politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 76 ss.
- EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1157 ss.
- EUSEBI L., *Ripensare le modalità di risposta ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulekmanovic c. Italie*, in *Cass. pen.*, 2009, 4938 ss.
- FALZEA A., voce *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 442 ss.
- FANELLI G., *Introduzione alla teoria giuridica dell'impresa*, Milano, 1950
- FASSONE E., *Primi appunti sulla valutazione della prova nel nuovo processo*, in *Quest. giust.*, 1989, 859 ss.
- FAZZALARI E., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 1960
- FELLMATH A.X., *Civil and criminal Sanctions in the Constitution and Courts*, in *Geo. L. J.*, 2005, 94, 1 ss.
- FERRAJOLI L., *Delitto politico, ragion di stato e Stato di diritto*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 2000, 1984, 52 ss.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2007

- FERRANTE U., *Gli indizi nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1991, 1, 125 ss.
- FIANDACA G., *Commento all'art. 1 l. 13/9/1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 1983, 257 ss.
- FIANDACA G., *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 836 ss.
- FIANDACA G., *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, in *Foro it.*, 1987, II, 364 ss.
- FIANDACA G., *Le misure di prevenzione cambiano trucco (ma non volto)*, in *Legisl. pen.*, 1989, 19 ss.
- FIANDACA G., *La contiguità mafiosa degli imprenditori tra rilevanza penale e stereotipo criminale*, in *Foro it.*, 1991, II, 472 ss.
- FIANDACA G., *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 23 ss.
- FIANDACA G., sub Art. 27, comma 3, in AA.VV., *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (artt. 27-28)*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1991, 222 ss.
- FIANDACA G., voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 108 ss.
- FIANDACA G., voce *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, in *Dig. disc. pub.*, IX, Torino, 1994, 566 ss.
- FIANDACA G., *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Foro it.*, 1995, V, 21 ss.
- FIANDACA G., *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 19-20 novembre 1993*, Padova, 1995, 15 ss.
- FIANDACA G., *La parte speciale tra codificazione e legislazione speciale*, in AA.VV., *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, a cura di M. Stile, Milano, 1996, 237 ss.
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in AA.VV., *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, 1 ss.
- FIANDACA G., *Le associazioni per delinquere qualificate*, in AA.VV., *I reati associativi (Atti del convegno di Studi, Courmayeur, 10-12 ottobre 1997)*, Milano, 1998, 63 ss.

- FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137 ss.
- FIANDACA G., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 353 ss.
- FIANDACA G., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, 132 ss.
- FIANDACA G., *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del convegno di Modena del 15 dicembre 2001*, a cura di M. Donini, Milano, 2003, 1 ss.
- FIANDACA G., *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica – Considerazioni sollecitate dalla requisitoria del P.G. Francesco Iacoviello nel processo Dell’Utri*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 1, 251 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 23 ss.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2013
- FIANDACA G., VISCONTI V., *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2006, II, 86 ss.
- FILIPPI L., CORTESI M.F., *Novità sulle misure di prevenzione*, in AA.VV., *Il Decreto sicurezza – d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, 241 ss.
- FIGLIOLA A., *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell’impresa*, Firenze, 1985
- FIGLIOLA F., *Non convince la scelta della “pericolosità” unica*, in *Guida dir.*, 2011, 42, 10 ss.
- FIGLIOLA F., *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia, in materia di stupefacenti nell’ambito di manifestazioni sportive*, Milano, 2012
- FLETCHER G.P., *Rethinking criminal law*, New York, 1978
- FIGLIOLA L., *Infedeltà patrimoniale e conflitto d’interessi nella gestione d’impresa*, Milano, 1997

- FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007
- FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale «Moderno»*, Padova, 1997
- FORTI G., *Sulla distinzione tra i reati di corruzione e concussione*, in *Stud. iur.*, 1997, 725 ss.
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000
- FORTI G., "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, 155 ss.
- FORTI G., *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica. Associazione per lo Sviluppo degli Studi di Banca e Borsa. Quaderno n. 15*, Milano, 2006.
- FORTI G., *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di "blow in the whistle"*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, a cura di C. Beria D'Argentine, Milano, 2009, 173 ss.
- FRANCESCHELLI R., *Impresa e imprenditori*, III ed., Milano, 1970
- FRANCESCHELLI V., «Veramente falso»: ovvero di come le vicende penali possono avere fortuna e creare allarme e sconforto se elevate a principi generali del diritto civile, in *Cass. pen.*, 2000, 276 ss.
- FRIED D.J., *Rationalizing criminal forfeiture*, in *Journal Crim. L. & Crim.*, 1988, 62, 328 ss.
- GAGLIARDI R., *Sospetto e Indizio. Presunzione e congetture*, in *Riv. di polizia*, 1969, 720 ss.
- GAETA P., MACCHIA A., *Il rito camerale nel processo di prevenzione davvero incompatibile con il "giusto processo"? Pensieri sparsi (e perplessità) a margine di una pronuncia della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2008, 2658 ss.
- GAITO A., *De profundis annunciato per le udienze camerale*, in *Osservatorio proc. pen.*, 2007, 2, 40 ss.
- GAITO A., FURFARO S., *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1065 ss.
- GALGANO F., *Le teorie dell'impresa*, in AA.VV., *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, II, a cura di F. Galgano, Padova, 1978, 1 ss.
- GALGANO F., voce *Imprenditore*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1992, 3 ss.

- GALLO E., voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Trecc.*, XX, Roma, 1986
- GAMBETTA D., *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1992
- GAMBINO A., *Profili dell'esercizio dell'impresa nelle procedure concorsuali alla luce della disciplina dell'amministrazione straordinaria*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 559 ss.
- GARLAND D., *Pena e società moderna*, trad. it., Milano, 1999
- GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it., Milano, 2004
- GAROFOLI C., *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali — Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1998, 75 ss.
- GENOVESE A., *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990
- GIALANELLA A., *I patrimoni di mafia – La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1988
- GIALANELLA A., *Il punto sulla questione probatoria nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Quest. giust.*, 1994, 787 ss.
- GIALANELLA A., *Prevenzione patrimoniale e strategia dell'«actio in rem»: la pericolosità «in sé» della cosa, la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni e la ricchezza «contigua»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 281 ss.
- GIALANELLA A., *L'art. 2-quater della l. n. 575 del 1965: il punto sull'oggetto e l'esecuzione del sequestro e della confisca di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2004, 364 ss.
- GIANFROTTA F., *Le misure di prevenzione previste dalla legge antimafia*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1998, 104 ss.
- GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Società*, 1958, 227 ss.
- GIANNITI P., *Corruzione e concussione. Riflessioni sui caratteri differenziali*, in *Giur. it.*, 1995, IV, 33 ss.
- GIDDENS A., *Le conseguenze della modernità: fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, 1994
- GIORDANO P., *Senza controllo sull'effettiva applicazione la filosofia dell'inasprimento non basta*, in *Guida al dir.*, 2008, 32, 79 ss.
- GIUNTA F., *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227 ss.

- GOLDSMITH M., *RICO and enterprise Criminality: A Response to Gerard E. Lynch*, in *Colum. L. Rev.*, 1988, 88, 774 ss.
- GOLDSMITH M., *Rico and "pattern": the search for "continuity plus relationship"*, in *Corn. L. Rev.*, 1988, 73, 971 ss.
- GOLDSMITH M., *Judicial immunity for White Collar Crime: The ironic Demise of Civil RICO*, in *Harv. J. on Leg.*, 1993, 30, 1 ss.
- GOVERNA R., *Sulla natura della confisca del veicolo prevista dal codice della strada*, in *Giur. it.*, 2011, II, 657 ss.
- GRAZIANI A., *L'Impresa e l' imprenditore*, Napoli, 1959
- GRILLO P., *Gli artt. 3 quater e quinquies della l. 575/65: nuove misure di prevenzione nella lotta contro la criminalità organizzata (parte prima)*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, I, 129 ss.
- GRISPIGNI F., *Diritto penale italiano*, Milano, 1952
- GROSSO C.F., *La contiguità alla mafia tra partecipazione, concorso in associazione mafiosa ed irrilevanza penale*, in AA.VV., *La Mafia, le Mafie*, a cura di G. Fiandaca, G. Costantino, Roma, 1994, 192 ss.
- GROSSO C.F., *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 950 ss.
- GUARINO G., *L'impresa come modello organizzativo tipico*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 206 ss.
- GUAZZAROTTI A., *Bilanciamenti e fraintendimenti: ancora su Corte costituzionale e CEDU*, in *Quad. Cost.*, 2010, 592 ss.
- GUGLIELMUCCI G., *Nozione di indiziato di appartenenza mafiosa e di indiziato di misure di prevenzione*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1988, 12
- GUIZZI G., *Il commissariamento di società per azioni ai sensi del d.l. 61/2013 tra funzionalizzazione dell'impresa e problemi di tutela costituzionale della partecipazione azionaria. Prime note a margine del(la seconda puntata del) caso ILVA*, in *Corr. giur.*, 2013, 10, 1189 ss.
- GURULÉ J., GUERRA THOMNPOSON S., O'HEAR M., *The Law of Asset Forfeiture*, San Francisco, II ed., 2000
- HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria del diritto e della democrazia* (1992), trad. it., Napoli, 1996

- HARRIS D.J., O' BOYLE M., WARBRICK C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009
- HOBBS T., *Leviatano*, I, trad. it., Roma-Bari, 1974
- IACOVIELLO F.M., *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*, in *Cass. pen.*, 1995, 858 ss.
- IACOVIELLO F.M., *Concorso eventuale in associazione mafiosa: il fatto non è più previsto dalla giurisprudenza come reato*, in *Cass. pen.*, 2001, 2073 ss.
- IACOVIELLO F.M., *Requisitoria nel processo Dell'Utri*, in *Cass. pen.*, 2012, 804 ss.
- IANNELLI D., *L'impresa*, in *Giur. sist. di dir. civ. comm.*, 14, a cura di W. Bigiavi, Torino, 1987, 13 ss.
- ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979
- INSOLERA G., *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983
- INSOLERA G., *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in *Foro it.*, 1995, II, 423 ss.
- IRTI N., *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965
- IRTI N., *L'ordine giuridico nel mercato*, Bari, 1998
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999
- JAKOBS G., *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit*, in AA.VV., *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, a cura di A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt, München, 2000, 47 ss.
- JAKOBS G., *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS*, 2004, 89 ss.
- JAKOBS G., *Derecho penal de ciudadano y derecho penal del enemigo*, in AA.VV., *Derecho penal del enemigo, El descurso penal de la exclusión*, a cura di L. Cancio-Meliá, G. Jara Diéz, Madrid, Buenos Aires, 2006, 26 ss.
- JENSEN M.C., MECKLING W.H., *Theory of the Firm: Managerial Behavior Agency Costs and Ownership Structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976, 3, 4, 305 ss.
- LA SPINA A., DINO A., SANTORO M., SCIARRONE R., *L'analisi sociologica della mafia oggi*, in *Rass. it. sociol.*, 2009, 301 ss.
- LA SPINA A., LO FORTE G., *I costi dell'illegalità*, in *Riv. econ. Mezzogiorno*, 2006, 3/4, 509 ss.
- LA SPINA A., SCAGLIONE A., *I costi dell'illegalità*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2011, 1, 79 ss.

- LAGHI L., *Il "danno del privato" come elemento distintivo tra le fattispecie di corruzione e concussione*, in *Giust. pen.*, 1997, II, 649 ss.
- LANDOLFI A., *Brevi riflessioni sulla concussione: il discrimine dalla corruzione e il concetto di utilità*, in *Giur. mer.*, 2001, IV, 847 ss.
- LANDRY T.K., *"Punishment" and the Eight amendment*, in *Ohio St. L. J.*, 1996, 57, 1607 ss.
- LAURO N., *Note in tema di prova indiziaria e presunzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, 1408 ss.
- LAVAGNA C., *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. e dir.*, 1963, 359 ss.
- LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, 1961
- LEVY L.W., *A License to Steal: The Forfeiture of Property*, Chapil Hill, 1996
- LIBONATI B., *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981
- LIBONATI B., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1520 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2013, 615 ss.
- LICATA F., *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1077 ss.
- LOSAPPIO G., *Il sottosistema nel diritto penale. Definizione e ridefinizione*, in *Ind. Pen.*, 2005, 7 ss.
- LOW P.W., *Federal Criminal Law*, New York, II ed., 2003.
- LUHMANN N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990
- LÜDERSSSEN K., *Il declino del diritto penale*, trad. it., Milano, 2005
- LYNCH G.E., *Rico: the Crime of being criminal*, part. I e II, in *Columbia L. Rev.*, 1987, 87, 661 ss.
- LYNCH G.E., *A conceptual, practical, and political Guide to RICO Reform*, in *Vand. L. Rev.*, 1990, 43, 769 ss.
- MCCAW E.E., *Asset forfeiture as a Form of Punishment: A Case for Integrating Asset Forfeiture into Criminal Sentencing*, in *Am. J. Crim. L.*, 2011, 38, 181 ss.
- MACRÌ C., *Reato associativo, misure di prevenzione e professionalità del giudice*, in AA.VV., *Mafia, 'ndrangheta e camorra. Analisi politica e intervento giudiziario*, a cura di G. Borrè, L. Pepino, Milano, 1983, 136 ss.
- MACRÌ C., MACRÌ V., *La legge antimafia*, Napoli, 1983

- MAIELLO V., *La prevenzione patrimoniale "in trasformazione"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 805 ss.
- MAISANO A., *Misure patrimoniali antimafia e tutela dei creditori*, in *Giur. comm.*, 1986, II, 897 ss.
- MANES V., sub Art. 7, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova, 2011, 262 ss.
- MANES V., *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, 534 ss.
- MANGANO P., *La confisca nella legge 13 settembre 1982, n. 646 ed i diritti dei terzi*, in *Ind. pen.*, 1987, 647 ss.
- MANGIONE A., *La "contiguità" alla mafia tra "prevenzione" e "repressione". Tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 705 ss.
- MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001
- MANNA A., *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1189 ss.
- MANNA A., *La c.d. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 501 ss.
- MANNA A., *Concorso esterno (e partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una "nemesi" annunciata*, in *Arch. pen.*, 2012, 473 ss.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2009
- MARANDOLA A., *Punti fermi e "equivoci interpretativi" in tema di misure cautelari destinate all'ente responsabile dell'illecito da reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 757 ss.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1964, 463 ss.
- MARINUCCI G., *Riforma e collasso del controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, 1063 ss.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale*, Milano, 2007
- MASCIANDARO D., *Banche e riciclaggio. Analisi economica e regolamentazione*, Milano, 1994
- MASCIANDARO D., *Economia del riciclaggio e politica antiriciclaggio*, in *Giorn. econ. ann. econ.*, 1995, 54, 4-6, 211 ss.
- MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001

- MAUGERI A.M., *La revoca ex tunc come espressione del diritto di difesa contro il provvedimento definitivo di confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1301 ss.
- MAUGERI A.M., *La lotta contro l'accumulazione dei profitti illeciti: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 487 ss.
- MAUGERI A.M., *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di F. Cassano, Roma, 2009, 39 ss.
- MAUGERI A.M., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in AA.VV., *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 420 ss.
- MAUGERI A.M., *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in AA.VV., *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, a cura di S. Mazzaresse, A. Aiello, Milano, 2010, 187 ss.
- MAUGERI A.M., *La confisca ex art 3 quinquies l. 575/'65: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca*, in *penalecontemporaneo.it*, 29 giugno 2011
- MAUGERI A.M., *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 2, 180 ss.
- MAUGERI A.M., *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?*, in *penale contemporaneo.it*, 17 luglio 2013
- MAZZACUVA F., *Un "hard case" davanti alla corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1240 ss.
- MAZZACUVA F., *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *penale contemporaneo.it*, 16 luglio 2013
- MELCHIONDA A., *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità "da reato" degli enti. Il ruolo dei c.d. "codici etici"*, in AA.VV., *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, a cura di S. Scarponi, Trento, 2007, 215 ss.

- MENDITTO F., *Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (Libri I, II, IV e V): esame, osservazioni e proposte*, in *penale contemporaneo.it*, 1 luglio 2011
- MENDITTO F., *Le luci e le (molte) ombre del c.d. Codice Antimafia*, in *Cass. pen.*, 2012, 792 ss.
- MENDITTO F., *Sequestro di prevenzione ordinario, anticipato, urgente e applicazione disgiunta della misura patrimoniale nel caso di misura personale in atto: caratteri distintivi e norme applicabili*, osservazioni a Cass., Sez. I, 20 marzo 2012, Vrenna, in *penalecontemporaneo.it.*, 2 ottobre 2012
- MENDITTO F., *Le prime modifiche al Codice Antimafia: d.lgs. n. 218/2012 e l. 228/2012*, in *penalecontemporaneo.it*, 31 dicembre 2012
- MEREU I., *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno C.N.P.D.S., Alghero, 26-28.4.1974*, Milano, 1975, 197 ss.
- MEREU I., *Storia dell'intolleranza in Europa*, Milano, 1995
- MILETTO P., *Le misure di prevenzione*, Torino, 1989
- MILITELLO P., *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988
- MINERVINI G., *L'imprenditore. Fattispecie e statuti*, Napoli, 1966
- MOCCIA S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionale*, Padova, 1988
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997
- MOLINARI P., voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. Dir.*, II, Agg., Milano, 1998, 3 ss.
- MONTAGNI A., *Concussione e corruzione: ancora sugli indici di qualificazione delle condotte*, in *Giur. mer.*, 1994, 3, 490 ss.
- MONTALENTI P., *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, Torino, 1981
- MONTALENTI P., *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710 ss.
- MORRA M., *Corruzione e concussione. Nuovi problemi e questioni controverse*, Torino, 2004
- MORSELLI E., *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 48 ss.

- MORSELLI E., *La funzione della pena alla luce della moderna criminologia*, in *Ind. pen.*, 1991, 510 ss.
- MOSCONI G., *Complessità del diritto e ambivalenza del controllo*, Padova, 1992
- MUCCIARELLI F., *Le sanzioni interdittive temporanee nel d.lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 2489 ss.
- MURATORI A., *Decreto salva Ilva: scelte difficili*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, 1, 8 ss.
- MUSCATIELLO V.B., *Il concorso esterno nelle fattispecie associative*, Padova, 1995
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974
- MUSCO E., *Funzioni e limiti del sistema penale*, in *Riv. Guardia di Finanza*, 1996, 36 ss.
- NADDEO M., *Un passo avanti verso il consolidamento garantistico del processo di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 832 ss.
- NANULA G., *La lotta alla mafia. Strumenti giuridici, strutture di ordinamento, legislazione vigente*, Milano, 2009
- NAPOLI L., *La società dopo moderna. Dal rischio all'emergenza*, Perugia, 2007
- NAPPI A., *I presupposti per l'applicazione delle misure cautelari reali e personali*, in AA.VV., *Contributi allo studio del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio, D. Ferranti, A. Pascolini, Milano, 1989, 184 ss.
- NAPPI A., *La corte di Cassazione nell'ordinamento democratico: contributi giurisprudenziali all'evoluzione del diritto processuale penale*, in *Cass. pen.*, 1995, 2032 ss.
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006
- NICOSIA E., *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica, e problemi ricostruttivi-applicativi*, Torino, 2012
- NOBILI M., *Nuove polemiche sulle cosiddette "massime di esperienza"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 123 ss.
- NOCETI A., PIERSIMONI M., *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011
- NOYA S.T., *Hoisted by Their Own Petard: Adverse Inference in Civil forfeiture*, in *Jour Crim. Law & Crim.*, 1996, 86, 493 ss.
- NOVELIO F., *Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1999, 2713 ss.
- NUVOLONE P., *Il rispetto della persona umana nella esecuzione della pena*, in *Iustitia*, 1956, 144 ss.

- NUVOLONE P., *Giustizia penale e diritti dell'uomo*, in *Ind. pen.*, 1969, 3 ss.
- NUVOLONE P., voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 632 ss.
- OPPO G., *Profilo sistematico dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 259 ss.
- OPPO G., *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, 109 ss.
- OPPO G., *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 309 ss.
- OST F., *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in AA.VV., *Raisonner la raison d'Etat*, a cura di M. Delmas-Marty, Parigi, 1989, 448 ss.
- OTTAVIANO V., *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1962, 267 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992
- PACE A., *L'iniziativa economica privata come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in AA.VV., *Studi in memoria di Franco Piga*, III, Milano, 1992, 1591 ss.
- PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 798 ss.
- PADOVANI T., *Metamorfosi e trasfigurazione. La nuova disciplina dei delitti di concussione e corruzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 789 ss.
- PALAZZO F., *Associazioni illecite e illeciti di associazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 441 ss.
- PALAZZO F., *Le pene accessorie nella riforma della parte generale e della parte speciale del codice*, in *Temi*, 1978, 660 ss.
- PALAZZO F., *Introduzione ai principi di diritto penale*, Torino, 1999
- PALAZZO F., *Sistema delle fonti e deontologia in diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2005, 277 ss.
- PALAZZO F., *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. Giust.*, 2006, 675 ss.
- PALAZZO G., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, I, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 515 ss.

- PALIERO C.E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” e una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894 ss.
- PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.
- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1038 ss.
- PALIERO C.E., *L’autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1220 ss.
- PALIERO C.E., *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, a cura di C. Beria D’Argentine, Milano, 2009, 277 ss.
- PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale*, Napoli, 2011
- PALIERO C.E., TRAVI A., *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988
- PALOMBI E., *Ancora sulla distinzione tra corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 110 ss.
- PALOMBI E., *La concussione*, Torino, 1998
- PANUCCIO V., *Teoria giuridica dell’impresa*, Milano, 1974
- PAOLI L., *Mafia e mutamenti di paradigma: atteggiamento, impresa o fratellanze multifunzionali e segrete?*, in *Polis*, 2001, 2, 341 ss.
- PAOLI L., *La mafia è sconfitta?*, in *Il Mulino*, 2001, 3, 477 ss
- PAPA M., *Prefazione*, in R. MINNA, *Crimini associati, norme penali e politica del diritto. Aspetti storici, culturali, evoluzione normativa*, Milano, 2007, I ss.
- PATALANO V., *Diritto Penale e Criminologia. Alle origine della “questione criminale”*, Napoli, 2006
- PAVARINI M., *I nuovi confini della penalità*, Bologna, 1994
- PEDRAZZI C., voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 64 ss. ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di parte generale*, I, Milano, 2003, 147 ss.
- PEDRAZZI C., *Dal diritto penale delle società al diritto penale dei gruppi; un difficile percorso*, in AA.VV., *I gruppi di società. Convegno internazionale di Studi di Venezia*, a cura di G. Carcano, P. Balzarini, G. Mucciarelli, Milano, 1996, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia. Problemi generali – Diritto penale societario*, III, Milano, 2003, 828 ss.

- PELISSERO M., *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008
- PELISSERO M., *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo. – La progressiva espansione dei reati presupposto*, in *Giur. it.*, 2009, IV, 7 ss.
- PERDONÒ G.L., *Le novità in materia di guida in stato di ebbrezza e in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova, 2008, 393 ss.
- PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010
- PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996
- PIERGALLINI C., *Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1353 ss.
- PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico criminali*, Milano, 2004
- PIERGALLINI C., *Il volto e la “formalizzazione” delle regole cautelari nei modelli di prevenzione del rischio-reato*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività medica e d’impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, 525 ss.
- PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, a cura di M. Bartolino, L. Eusebi, G. Forti, Napoli, 2011, 2049 ss.
- PISTORELLI L., *La confisca del veicolo in caso di rifiuto dei Test alcolimetrici tra interpretazioni giurisprudenziali e innovazioni legislative*, in *Cass. pen.*, 2011, 57 ss.
- PIVA D., *La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2012
- PORZIO M., *Formalismo ed antiformalismo nello sviluppo della metodologia giuridica*, Napoli, 1962
- PULITANÒ D., *Politica criminale*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano 1985, 30 ss.
- PULITANÒ D., *Quale scienza del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1209 ss.
- PULITANÒ D., *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 415 ss.

- PULITANÒ D., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, 953 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005
- PULITANÒ D., *La requisitoria di Iacoviello: problemi da prendere sul serio – Ancora a proposito della requisitoria del P.G. nel processo Dell’Utri*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 257 ss.
- PULITANÒ D., *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2012, 9 ss.
- PULITANÒ D., *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, in *Riv. it. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 44 ss.
- RAVÀ T., *La nozione giuridica di impresa*, Milano, 1984
- REED T.G., *The defense case for RICO reform*, in *Vand. L. Rev.*, 1990, 42, 691 ss.
- REED T.G., *On the Importance of Being Civil: Constitutional Limitations on Civil Forfeiture*, in *N.Y.L. Sch. L. Rev.*, 1994, 39, 255 ss.
- RIVOLTA G.C.M., *Gli atti d’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 107 ss.
- ROBINSON P.H., *The Criminal-Civil distinction and the utility of desert*, in *B.U.L. Rev.*, 1996, 76, 201 ss.
- ROCCHI F., *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del “doppio binario” italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 3276 ss.
- ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, 398 ss.
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006
- ROMOLI F., *Pubblicità dell’udienza e articolo 6 CEDU. Riflessioni a margine della sentenza della Consulta n. 93/2010: gli auspici frustrati per un nuovo corso “comunitariamente orientato”*, in *Osservatorio proc. pen.*, 2010, 1, 6 ss.
- RONCO M., *Il problema della pena*, Torino, 1996
- RONCO M., *Sulla differenza tra corruzione e concussione: note tra ius conditum ed ius condendum*, in *Giust. pen.*, 1998, II, 610 ss.
- RORDORF R., *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Le società*, 2001, 1297 ss.

- ROSSI A., *La responsabilità degli enti: i soggetti responsabili ed i modelli organizzativi*, in AA.VV., *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa (un dialogo con la giurisprudenza)*, a cura di R. Bartoli, Firenze, 2010, 394 ss.
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema nel diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998
- RUGA RIVA C., *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci, II*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 1743 ss.
- RUGGIERO A., *Amministrazione dei beni sequestrati e confiscati*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1988, 12
- RUGGIERO A., *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione*, Padova, 2004
- RUSSO L.A., *La gestione dei patrimoni sequestrati e la tutela dei terzi nel sistema della l. n. 646/82*, in *Il Fallimento*, 1985, 1008 ss.
- RUSSO R., *Neuroscienze e diritto penale: una panoramica oltreoceano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1762 ss.
- RUSSO R., *Le misure patrimoniali antimafia applicabili agli enti*, in *Arch. pen.*, 2012, 120 ss.
- SALCUNI G., *La nozione comunitaria di pena: preludio ad una teoria comunitaria del reato?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, 199 ss.
- SANCHEZ S., *La expansión del derecho penal*, Madrid, II ed., 2001
- SAVINO F., *Misure di prevenzione e pubblicità processuale: la Corte costituzionale dice sì*, in *Legisl. pen.*, 2010, 533 ss.
- SCAROINA E., *Societas delinquere potest. Il problema del gruppo di impresa*, Milano, 2006
- SCARPINATO, *La mafia dei mandanti*, in *Micromega*, 1996, 4, 10 ss.
- SCIARRONE R., *Mafie al Nord*, in *Il Mulino*, 2013, 5, 889 ss.
- SCOLETTA M., *Nuove ipotesi di responsabilità amministrativa degli enti*, in AA.VV., *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, a cura di S. Corbetta, A. Della Bella, G.L. Gatta, Trento, 2009, 373 ss.
- SCORDAMAGLIA V., *Unicuique suum - Jedem das Seine. Il sofisma della inammissibilità*, in *Giust. pen.*, 2009, II, 358 ss.
- SEMINARA S., *Sub art. 318-322*, in AA.VV., *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi, G. Forti, G. Zuccalà, Padova, 2008, 769 ss.

- SIRACUSANO F., *Commento all'art. 14, l. 13-9-1982 n. 646*, in *Legisl. pen.*, 1983, 300 ss.
- SIRACUSANO F., *Il d.lgs. 159 del 2011 e il divieto di propaganda elettorale*, in *Arch. pen.*, 2012, 2, 633 ss.
- SPADA P., voce *Impresa*, in *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 1 ss.
- SPERTI A., *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto Ilva*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 11 ss.
- STEIKER C.S., *Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide*, in *Geo. L.J.*, 1997, 85, 775 ss.
- STELLA F., *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 459 ss.
- STELLA F., *Giustizia e modernità*, Milano, 2003
- STORTONI L., *Criminalità organizzata e legislazione d'emergenza in Dei delitti e delle pene*, 1992, 39 ss.
- SVENSSON-MCCARTHY A.L., *The International law of humans rights and states of exception*, Boston, 1998
- SWENSON W., *The Organizational Guidelines' "Carrot and Stck" Philosophy adn Thei Focus on "Effective" Compliance*, in U.S. Sentencing Commission, *Corporate Crime in america: Strengthneing the "Good Citizen" Corporation*, 1995, 22 ss.
- TAYLOR III W.W., *Forfeiture under 18 U.S.C. par. 1963 – Rico's Most Powerful Weapon*, in *Ann. Crim. L. Rew.*, 1980, 17, 379 ss.
- TAYLOR III W.W., *Problem of Proportionality in RICO Forfeitures Symposium: Law and the Continuing Enterprise: Perspective on RICO*, in *Notre Dame L. Rev.*, 1989, 65, 830 ss.
- TAORMINA C., *Il provvedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988
- TESSITORE G., *La nuova legge antimafia e il precedente "modello" americano: spunti comparatistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1038 ss.
- TESSITORE G., *Spunti di riflessione tra i rapporti tra processo penale e processo di prevenzione nella nuova legge antimafia*, in *Foro it.*, 1984, V, 252 ss.
- TESSITORE G., *Emergenza e garantismo nella legislazione antimafia. Profili storici dall'Unità d'Italia al Fascismo*, in *Nuovi quaderni del meridione*, 1985, 92, 408 ss.
- TESSITORE G., *Le misure patrimoniali antimafia: dalle ordinanze del prefetto Mori alla legge Rognoni-La Torre*, in *AA.VV., Ricerche di scienze politiche*, a cura di F. Teresi, Palermo, 1986, 67 ss.

- TIEDMANN K., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 615 ss.
- TOMMASINI R., *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986
- TUCCI G., *Ascesa e caduta della confisca "urbanistica"*, in AA.VV., *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Atti del Convegno nazionale, a cura di G. Tucci, 2009, 61 ss.
- TUMMINELLO L., *La mafia come metodo e come fine: la circostanza aggravanti di cui all'art. 7 del d.l. 152/1991, convertito nella l. 203/1991*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 903 ss.
- TURCO E., *La confisca del veicolo ex art. 186 7 comma cod. strada sanzione penale accessoria?*, in *Foro it.*, 2010, II, 499 ss.
- TURONE G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008
- TWINING W.L., MORGANI P.E., *The utilitarian Justification of torture: Denial, Desert and disinformation*, in *Punishment and Society*, 2000, 2, 181 ss.
- UBERTIS G., voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, X, Torino, 1995, 296 ss.
- UBERTIS G., *Lessico e struttura della prova penale*, in *Quaderni del C.S.M.*, 1998, 14.
- UBERTIS G., *L'autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, 20 ss.
- VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012
- VALENTINI V., *Legalità penale convenzionale e obbligo di interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 2, 174 ss.
- VALENTINI V., *Dietro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti-corrruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 2, 118 ss.
- VAN CLEAVE R.A., "Death is different", is money different? *Criminal punishment, Forfeitures, and punitive damages – Shifting Constitutional paradigms for assessing proportionality*, in *S. Cal. Interdis. L. J.*, 1993, 12, 217 ss.
- VAN DUK P., VAN HOOF G.J.H., *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, III ed., The Hague, 1998
- VARESE F., *Mafie in movimento. Come il crimine organizzato conquista nuovi territori*, Milano, 2011

- VASSALLI G., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 1021 ss.
- VASSALLI G., *Note in margine alla riforma del concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 1939 ss.
- VIGANÒ F., *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2006, 687 ss.
- VIGANÒ F., *Il contrasto al terrorismo di matrice islamico-fondamentalistica: il diritto penale sostanziale*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. de Maglie, S. Seminara, Padova, 2007, 159 ss.
- VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritto dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 46 ss.
- VIGANÒ F., *Il diritto sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Giur. mer.*, 2008, suppl. 12, 81 ss.
- VIGANÒ F., *Editoriale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2013, 1, 1 ss.
- VIGNA P.L., BELLAGAMBA G., *La legge dell'ordine pubblico*, Milano, 1975
- VINCIGUERRA R., *Osservazioni sulla confisca antimafia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 213 ss.
- VINCIGUERRA S., *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2008, II, 1916 ss.
- VINCIGUERRA S., CERESA-GASTALDO M., ROSSI A., *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (D.lgs. n. 231/2001)*, Padova, 2005
- VISCONTI C., *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003
- VISCONTI C., *Sulla requisitoria del P.G. nel processo Dell'Utri: un vero e proprio atto di fede nel concorso esterno*, in *Riv. trim. di. pen. cont.*, 2012, 1, 247 ss.
- VISCONTI C., *Uno stato di diritto non fornisce alibi al concorso esterno*, in *L'Unità*, 16 marzo 2012
- VISCONTI C., *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 gennaio 2012
- VISCONTI C., *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in *penale contemporaneo.it*, 7 gennaio 2014
- VOGLIOTTI M., *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in materia penale*, Torino, 2011

- VOLK K., *Reità e partecipazione nel Corpus Juris*, Relazione al convegno di Napoli “Ambito e prospettive di uno spazio giuridico penale europeo”, 29-30 marzo 2001, Napoli, 2004
- WEISMANN M.F., *Crime, incorporated. Legal and financial Implications of corporate misconduct*, Chicago, 2009
- WILLIAMS M.R., *Inst. for Just., Policing for Profit: The Abuse of Civil Asset Forfeiture* 6-7 (2010), rinvenibile in http://www.ij.org/images/pdf_folder/other_pubs/assetforfeituretoemail.pdf
- ZAFFARONI E.R., *El enemigo en derecho penal*, Buenos Aires, 2006
- ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA.VV., *Le convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, a cura di V. Zagrebelsky, Milano, 2011
- ZANELLI E., *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962