



Unione delle Camere Penali Italiane

---

Osservatorio Misure Patrimoniali e di Prevenzione



APPUNTI SPARSI SULLA PREVENZIONE

2024

---

UN ANNO DI LAVORI DELL'OSSERVATORIO

Le misure di prevenzione, strumenti nati con finalità di tutela per l'Ordine Pubblico, si sono progressivamente espanse fino a incidere in maniera sempre più profonda sulle libertà individuali, al di fuori dei canoni costituzionale dello Stato di diritto.

L'Osservatorio sulle Misure di Prevenzione dell'UCPI è nato con l'obiettivo di monitorare, analizzare e denunciare criticità, derive giurisprudenziali e prassi distorsive di un sistema sanzionatorio caratterizzato da presunzioni e contrazioni probatorie che ledono irrimediabilmente principi fondamentali quali la presunzione d'innocenza, l'inviolabilità della libertà personale, la protezione del diritto di proprietà.

Il lavoro collettivo, frutto dell'impegno dei componenti dell'Osservatorio MP, rappresenta un utile strumento di studio, riflessione e proposta attraverso cui si intende offrire alla comunità giuridica, alle istituzioni e all'opinione pubblica uno strumento di approfondimento e di stimolo.

Attraverso la lettura critica delle pronunce giurisprudenziali delle grandi Corti e delle novità legislative, si analizzano i profili di tensione – e talora di aperto contrasto – delle misure di prevenzione con i principi costituzionali e convenzionali che presidiano i diritti fondamentali della persona.

Nel solco della tradizione liberale e garantista che ispira l'UCPI, l'Osservatorio ha inteso non solo ricostruire la portata sostanziale e processuale del "Codice Antimafia", ma soprattutto interrogarsi sulla sua compatibilità con il modello di Stato di diritto delineato dalla Costituzione italiana e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Ne emerge un quadro allarmante, in cui le misure di prevenzione sembrano sempre più affrancarsi dal perimetro di eccezionalità che ne giustificava l'esistenza, fino a configurarsi come strumenti ordinari di repressione anticipata e sommaria, sganciati dal principio di legalità e dal giusto processo.

Questo lavoro rappresenta, pertanto, un invito alla politica, agli operatori del diritto e all'opinione pubblica a valutare con rigore tecnico le ricadute sistemiche delle recenti riforme, nella convinzione che solo attraverso il

rispetto della legalità costituzionale sia possibile perseguire efficacemente la sicurezza senza sacrificare le libertà fondamentali.

L'opera, in perfetta aderenza agli intendimenti e al programma della Giunta, rappresenta una presa di posizione netta contro una legislazione che, nel nome dell'emergenza, deroga sempre più spesso ai principi fondamentali della nostra Costituzione. È un invito alla resistenza culturale e giuridica contro ogni forma di deriva autoritaria.

Il Presidente

Francesco Petrelli

Il Segretario

Rinaldo Romanelli

Il Delegato di Giunta

Valerio Murgano

La materia della prevenzione è quella che, più delle altre, sfugge alle catalogazioni del diritto penale, per costituire un sottosistema sganciato dalle garanzie proprie dei sistemi penali di matrice liberale, pur essendo vocato, sul versante degli effetti, alla inflizione di sanzioni simili alle pene.

Gunther Jakobs ha coniato il concetto di “legislazione del nemico” che è perfettamente aderente al sistema della prevenzione, perché si basa sull’idea che alcuni individui, a causa di una loro ritenuta pericolosità perdano la loro qualifica di soggetti di diritto e vengano considerati esclusivamente come oggetti di repressione preventiva.

Le caratteristiche di asistematicità iscrivono la prevenzione tra i modelli di eccezione, non riconoscendo essa i costituti fondamentali degli altri sistemi sanzionatori, come ad esempio la riserva di Legge e di giurisdizione, la irretroattività in malam partem, la retroattività in bonam partem, il divieto di analogia in malam partem, la prescrizione dell'azione, la stabilità del giudicato.

Ma, a differenza degli stati di eccezione, la prevenzione ha la pretesa di ampliare sempre di più i propri ambiti, regolamentando situazioni ordinarie – di volta in volta attratte allo straordinario mediante continue implementazioni categoriali – con strumenti costruiti per fronteggiare emergenze contingenti o presunte tali. Ieri i briganti, poi gli oppositori politici e poi ancora gli oziosi e i vagabondi, i proclivi a delinquere. Oggi i sospettati di vivere con i proventi di attività delittuose, gli indiziati di appartenere a categorie specifiche di pericolosi, secondo il comune sentire.

A costoro, indipendentemente dall’accertamento giudiziale di un reato, possono essere inflitte misure incidenti. In maniera assai significativi, su diritti di rango costituzionale, come la libertà personale, quella di circolazione, il diritto di proprietà e quello di iniziativa economica.

È naturale, allora, che per i giuristi la materia, oltre a destare una ovvia preoccupazione per la erosione dello Stato di diritto, solleciti continue riflessioni, anche alla luce dei frequenti interventi giurisprudenziali.

E' ciò che ha fatto l'Osservatorio, interrogandosi sulla vera natura della prevenzione, criticando gli approdi legislativi e denunciando la loro incompatibilità con il nostro sistema costituzionale.

Lo sforzo che l'Osservatorio ha cercato di approfondire nel corso del 2024 è andato proprio nella direzione di aggiornare costantemente una lettura laica ed indipendente del sistema di prevenzione, nella sua evoluzione giurisprudenziale e dottrinale.

Si è trattato di un lavoro non semplice di catalogazione, studio e commento dei più importanti arresti della giurisprudenza (di legittimità, ma anche costituzionale, di merito e convenzionale) e delle varie novelle legislative, delle quali ultime si è provato anche a dare un contributo per il corretto inquadramento costituzionale.

Questa pubblicazione è composta da 19 documenti elaborati nel corso del 2024 dall'Osservatorio e da 2 questioni di legittimità costituzionale che abbiamo messo a disposizione dei colleghi.

Ne è scaturita un'opera che vogliamo sperare sia stata e sia utile, interessante e formativa per tutti coloro che hanno avuto ed avranno ora, grazie a questa pubblicazione, occasione di leggerla.

Ci hanno confortati in questo anno l'approvazione e il plauso di tanti Colleghi, ma anche di molti Magistrati che hanno voluto conoscere il pensiero dell'Avvocatura su taluni temi particolarmente sensibili.

Questo lavoro è frutto di condivisione di studi, confronto di idee e, soprattutto, di senso di appartenenza di un gruppo di persone e di professionisti straordinario, al quale non può che andare la nostra ammirazione ed il nostro sincero ringraziamento.

I responsabili  
Cosimo Palumbo

Fabrizio Costarella

**NOTA ALL'ORDINANZA EMESSA IN DATA 14.12.2023 E DEPOSITATA IN DATA 27.2.2024, N. 8612-24, CON LA QUALE LA CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE V, HA SOLLEVATO «QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 2641, PRIMO E SECONDO COMMA. COD. CIV., NELLA PARTE IN CUI ASSOGGETTA A CONFISCA PER EQUIVALENTE ANCHE I BENI UTILIZZATI PER COMMITTERE IL REATO, IN RELAZIONE AGLI ARTICOLI 3, 27, PRIMO E TERZO COMMA, 42 E 117 COST., QUEST'ULTIMO CON RIFERIMENTO ALL'ARTICOLO 1 DEL PRIMO PROTOCOLLO ADDIZIONALE ALLA CEDU, LA CUI RATIFICA È STATA AUTORIZZATA CON L. 4 AGOSTO 1955, N. 848 CHE AD ESSO HA DATO ESECUZIONE, NONCHÉ AGLI ARTICOLI 11 E 117 COST., CON RIFERIMENTO AGLI ARTICOLI 17 E 49, PAR. 3, CDFUE, PROCLAMATA A NIZZA IL 7 DICEMBRE 2000».**

La vicenda processuale è sorta dall'attività ispettiva posta in essere dalla Banca d'Italia e dalla Banca Centrale Europea nei confronti di un Istituto di credito, nel corso della quale erano risultate alcune irregolarità. In particolare, era emerso che l'Istituto di credito provvedeva sistematicamente a mettere a disposizione dei soci finanziamenti finalizzati all'acquisto di azioni proprie sia in sede di aumento di capitale sia nell'ambito del mercato secondario. Secondo la stima effettuata nel corso del processo, i finanziamenti erogati dall'istituto di credito ammontavano alla somma complessiva di 963 milioni di euro. Tali condotte, poste in essere dai soggetti apicali dell'istituto, erano state qualificate come agiotaggio manipolativo ed informativo nonché ostacolo alle funzioni di vigilanza, di cui rispettivamente agli artt. 2637 e 2638 c.c.

Il Tribunale di primo grado, ritenuta la responsabilità degli imputati tranne uno, aveva disposto nei confronti dei soggetti condannati la confisca per equivalente per la somma di 963 milioni di euro in applicazione dell'art. 2641, 1 e 2 comma, c.c. Al riguardo, è noto che nell'ambito dei reati finanziari costituisce *ius receptum* il principio secondo il quale i beni utilizzati per commettere i reati sono costituiti dalle somme di denaro investite nelle operazioni all'origine della commissione delle attività criminose. Per una migliore comprensione della vicenda va altresì precisato che il Tribunale, aderendo ad un orientamento ormai definitivamente disatteso dalle Sezioni Unite 6.10.2023 n. 40797, aveva ritenuto che la sottoposizione dell'istituto di credito a procedura concorsuale e segnatamente a liquidazione coatta amministrativa, determinasse l'impossibilità di dar luogo alla confisca in forma diretta nei confronti dell'istituto di credito per la somma di 963 milioni di euro. Di conseguenza, ed in via sussidiaria, era stata disposta la confisca per equivalente, in solido, nei confronti degli imputati attinti dalla sentenza di condanna.

La Corte d'Appello, accogliendo le ragioni esposte dalla difesa degli imputati, aveva provveduto a revocare la confisca per equivalente nei confronti degli imputati in base alle seguenti considerazioni.

*In primis*, nella motivazione della pronuncia si era sottolineato che la confisca per equivalente, sulla scorta di un pacifico orientamento, è una misura di natura sanzionatoria con la conseguenza che essa deve essere rispettosa del principio di proporzionalità. Ed è evidente che una confisca dell'entità di 963 milioni di euro, in aggiunta alla pena detentiva,

non poteva rappresentare una sanzione proporzionata. Al riguardo si era altresì precisato che, nel caso de quo, l'ammontare delle somme di denaro utilizzate dall'istituto di credito per le operazioni non erano riferibili agli imputati, che non ne avevano tratto alcun profitto, ma ad un soggetto terzo. Quanto alle modalità processuali attraverso le quali è stata revocata la confisca, la Corte d'Appello aveva adottato la via della disapplicazione dell'art. 2641 ce. «nel solco della recentissima sentenza della Grande Sezione della Corte GUE 8.3.2022 nel procedimento C-205/20 (e col conforto dei conformi opinamenti di autorevole dottrina che ha avuto modo di sottolineare la portata radicalmente innovativa di tale pronuncia), la diretta disapplicazione della disposizione ex art. 2641 c.c.».

Nel proprio ricorso di legittimità, la Procura Generale, lamentando la violazione dell'art. 2641 c.c. da parte della Corte d'Appello, aveva chiesto che la Corte di Cassazione provvedesse ad annullare la revoca della confisca per equivalente.

All'esito dell'udienza del 14.2.2023, la Corte di Cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641, 1 e 2 comma, nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente i beni utilizzati per commettere i reati, nei termini già sopra riportati.

L'ordinanza appare meritevole di nota in relazione a due profili di particolare interesse sottesi alla decisione. Il primo di tali profili attiene al problema del rispetto della proporzionalità del trattamento sanzionatorio con riferimento all'applicazione della confisca per equivalente.

Si osserva che, nell'ordinanza in commento, la Corte di Cassazione ha mostrato di conformarsi ai principi espressi dalla Corte Costituzionale in materia di *market abuse*. Al fine di una migliore comprensione della questione, appare opportuno sottolineare che, in tale ambito, la Corte Costituzionale aveva determinato la natura penale della sanzione facendo riferimento non alla sua classificazione formale bensì agli effetti sostanziali. In particolare, con le pronunce 68/2017 e 223/2018 la Corte Costituzionale ha sancito la natura sostanzialmente punitiva, ancorché formalmente amministrativa, della confisca per equivalente disposta dall'art. 187-sexies T.U.F. In seguito, con la pronuncia n. 63 del 2019, la Corte Costituzionale ha riconosciuto natura sostanzialmente penale non solo alla confisca amministrativa per equivalente ma anche alla sanzione amministrativa pecuniaria prevista dall'art. 187-bis T.U.F. E ciò perché tale sanzione, prevista fino a cinque milioni di euro, «non può essere considerata come una misura meramente ripristinatoria dello status quo ante, né semplicemente mirante alla prevenzione di nuovi illeciti. Si tratta, infatti, di sanzione dall'elevatissima carica afflittiva, che può giungere, oggi, sino a cinque milioni di euro...e che è comunque sempre destinata nelle intenzioni del legislatore a eccedere il valore del profitto in concreto conseguito dall'autore, a sua volta oggetto di separata confisca».

Sempre nella medesima prospettiva, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-sexies T.U.F., nel testo vigente prima dell'entrata in vigore della legge 23.12.2021 n. 238, c.d. legge europea, nella parte in cui prevede la confisca, sia diretta sia per equivalente, del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo e non del solo profitto.

Infatti, ha osservato la Corte Costituzionale, «mentre l'ablazione del profitto ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca del prodotto -identificato nell'intero ammontare degli strumenti acquistati dall'autore, ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione -così come quella dei beni utilizzati per commettere l'illecito - identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore- hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore». In buona sostanza, secondo le riflessioni della Corte Costituzionale, ciò che determina la qualificazione in termini punitivi della misura ablativa non è tanto la natura diretta o per equivalente della confisca quanto il fatto che essa abbia carattere peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale precedente all'illecito.

Seguendo la medesima prospettiva, la Corte di Cassazione ha osservato che «solo la confisca del profitto del reato ha una funzione ripristinatoria, mentre la confisca del prodotto o dei beni utilizzati per commettere il reato riveste una natura sanzionatorio-punitiva».

E ancora, l'ordinanza ha sottolineato che si deve tener conto dell'intervento del legislatore che con l'art. 26, comma 1, lett. e) della legge 23.12.2021, n. 238 ha riformulato il primo comma dell'art. 187 nel senso che «in caso di condanna per uno dei reati previsti dal presente capo è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto». Inoltre, al secondo comma, è stata eliminata la previsione della confisca dei beni strumentali.

In definitiva, secondo la Corte di Cassazione, gli interventi della Corte costituzionale e quello del legislatore si sono ispirati al principio secondo il quale nei casi di reati concernenti gli abusi di mercato, la confisca deve essere limitata al solo profitto in quanto tale ablazione garantisce appieno la funzione ripristinatoria, mentre la confisca del prodotto e dei mezzi utilizzati per commettere il reato è suscettibile di «assumere carattere sproporzionato».

Secondo la Corte tali principi, tenuto conto dell'identità di ratio applicativa, sono applicabili anche all'art. 2641 ce. nella parte in cui prevede la confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato. Per le ragioni sopra esposte, tale disposizione, che si cumula alla severa pena detentiva già prevista, dà luogo ad un trattamento sanzionatorio complessivamente sproporzionato per eccesso. Infatti, la confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato, non essendo correlata ad alcun reale vantaggio conseguito dal destinatario della misura, rappresenta una risposta sanzionatoria non conforme ad un criterio di proporzionalità.

Nel caso di specie, l'inesigibilità della somma di 963 milioni di euro per la quale è stata disposta la confisca per equivalente, comporta solo il risultato di realizzare un «permanente vincolo obbligatorio sul patrimonio dei soggetti condannati». Ed una pena troppo severa, non può che essere avvertita dal destinatario come ingiusta, finendo così per essere di ostacolo alla rieducazione del condannato.

In conclusione, secondo la Corte di Cassazione, la confisca per equivalente dei beni strumentali prevista dall'art. 2641 ce. collide con l'art. 27 Cost. in relazione al principio della personalità e della

funzione rieducativa della pena. La disposizione normativa appare altresì in contrasto con l'art. 27 anche per il fatto che l'automatismo della confisca per equivalente, che per sua natura si calcola in modo rigido senza poter essere modulata, determina l'applicazione di una "pena fissa".

Inoltre, la confisca per equivalente dei beni strumentali di cui all'art. 2641 c.c. contrasta con gli artt. 3 e 42 Cost. poiché incide in senso limitativo sul diritto di proprietà dell'autore dell'illecito.

Sul piano dei principi della disciplina europea, l'ordinanza ha inoltre sottolineato che la sanzione in esame si pone in contrasto con l'art. 1 Prot. addiz. CEDU e con l'art. 17 CDFUE.

Ne consegue che l'art. 2641 ce. dà luogo alla sussistenza della ed. "doppia pregiudizialità" che sussiste quando una disposizione viola sia una norma costituzionale, sia un parametro convenzionale.

L'ordinanza, ed è questo il secondo aspetto significativo, appare interessante in relazione alla scelta del rimedio esperibile a fronte della predetta "doppia pregiudizialità". Due, infatti, sono le possibilità che il Giudice può percorrere per evitare di applicare una norma contraria ai principi costituzionali e convenzionali.

Una è costituita dalla disapplicazione, totale o parziale della norma nazionale che confligge con il diritto dell'Unione, mentre l'altra è la proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

Come già anticipato, la Corte d'Appello aveva adottato la soluzione della disapplicazione parziale dell'art. 2641 c.c., in applicazione del principio espresso dalla sentenza della Grande Sezione della Corte GUE 8.3.2022.

Si osserva che la citata sentenza della Grande Sezione ha affermato che il requisito di proporzionalità previsto dalla direttiva 67/2014 è di carattere incondizionato e comporta il divieto, di portata assoluta, di adottare sanzioni sproporzionate. Tale requisito presenta altresì un carattere sufficientemente preciso dal momento che la discrezionalità di ciascuno Stato trova un inequivocabile limite nel divieto di prevedere sanzioni sproporzionate. La sentenza ha precisato, infine, che il principio di proporzionalità costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che si impone agli Stati membri anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione. In forza di tali considerazioni, in definitiva, la Grande Sezione ha affermato che il requisito della proporzionalità deve ritenersi dotato di effetto diretto e può essere invocato dall'imputato nella controversia penale che lo riguarda. Interessanti, al riguardo le osservazioni dell'Avvocato Generale presentate nell'ambito del procedimento: «il requisito di proporzionalità sancito dall'articolo 20 della direttiva 2014/67 costituisce il fondamento per attenuare e correggere le disposizioni nazionali, attraverso l'effetto diretto del requisito di proporzionalità. In altri termini, il requisito di proporzionalità non è il fondamento dell'imposizione o dell'aggravamento delle sanzioni, bensì il fondamento sul quale le sanzioni legittimamente inflitte sono ridotte al fine di essere rese conformi al diritto dell'Unione».

La Corte di Cassazione, pur ritenendo astrattamente possibile la scelta processuale della Corte di Appello, ha ritenuto più opportuno, in luogo della disapplicazione dell'art. 2641, c.c., sollecitare

l'intervento correttivo della Corte Costituzionale.

In tal senso, l'ordinanza ha richiamato la sentenza n. 269 del 2017 con la quale la Corte Costituzionale aveva precisato che «di fronte a casi di doppia pregiudizialità -vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con Il diritto dell'Unione- la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che Il diritto dell'unione non osta al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali». In buona sostanza, in tale pronuncia si era precisato che pur sussistendo i presupposti per la disapplicazione di una norma alla luce del diritto europeo, ciò non impedisce che il Giudice nazionale possa sollevare questione di legittimità costituzionale. Anche nella pronuncia n. 149/2022 la Corte Costituzionale ha ribadito che «secondo un'ormai copiosa giurisprudenza costituzionale, l'eventuale effetto diretto negli ordinamenti degli stati membri dei diritti riconosciuti dalla Carta (e delle norme di diritto derivato attuative di tali diritti non rende inammissibili le questioni di legittimità costituzionale che denuncino il contrasto tra una disposizione di legge nazionale e quei medesimi diritti, i quali intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla stessa Costituzione italiana». In pratica, in presenza di una ipotesi di doppia pregiudizialità, il Giudice nazionale non è tenuto a percorrere la via della disapplicazione della norma interna ma è libero di sollevare questione di legittimità costituzionale anche in ragione del fatto che il ricorso alla Corte costituzionale appare preferibile considerato che la correzione della norma, avendo efficacia erga omnes, ha un effetto di stabilizzazione dell'ordinamento.

In attesa che la Corte costituzionale si esprima sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641 c.c., nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere il reato, si osserva che l'ordinanza rappresenta in ogni caso una pronuncia di particolare rilevanza.

In primo luogo, perché ribadisce la necessità che il complessivo trattamento sanzionatolo, nell'ambito del quale va valutata anche la componente afflittiva della confisca per equivalente, appaia proporzionato ed adeguato al fatto considerato nelle sue componenti oggettive e soggettive.

Ed inoltre perché, in linea con la pronuncia n. 269/2017 della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione ha affermato che, pur essendo percorribili entrambi i rimedi, le esigenze di certezza del diritto inducono a privilegiare la scelta di sollevare questione di legittimità costituzionale rispetto a quella di disapplicare la norma nazionale.

I. I nuovi territori della prevenzione.

È ormai evidente che la continua mutazione impressa alle misure di prevenzione - da iniziale bando di soggetti ai margini della società, a mezzo di repressione politica, ad arma di contrasto della criminalità mafiosa, a strumento di lotta alla criminalità da profitto - ne ha snaturato l'iniziale funzione, rendendole, oggi, il più modellabile e "performante" istituto legislativo, per apprestare rapidi interventi di contenimento e di punizione - qui lo sviamento finalistico - dei più disparati fenomeni criminali (o presunti tali).

In questo lungo percorso evolutivo, come era naturale che fosse, la prevenzione ha perso i primigeni tratti caratteristici, che ne facevano uno strumento di applicazione residuale, fino a divenire il nucleo stabile attorno al quale orbita la politica criminale italiana.

Con funzione sempre meno special-preventiva e sempre più repressivo/sanzionatoria, ed anche di prevenzione generale, come è evidente dalla continua implementazione dei "casi" e dal progressivo aggravamento dei "modi" attraverso i quali queste misure si esplicano.

Sicché, ormai, non residua un ambito del diritto penale sostanziale che non sia presidiato anche dall'azione di prevenzione: reati contro l'ordine pubblico, contro la persona, contro la pubblica amministrazione, contro la personalità dello Stato, contro il patrimonio, contro l'incolumità pubblica, contro la famiglia.

Questa considerazione consente di apprezzare immediatamente e senza particolari sforzi ermeneutici l'evoluzione per così dire funzionale delle misure di prevenzione, ormai divenute un parallelo sistema sanzionatorio, quasi un terzo binario, la cui forte deformalizzazione costituisce un pericolo sempre più incombente per le libertà individuali.

Più queste misure conquistano spazi di applicazione ("nuovi territori", appunto), meno diventa necessario istruire un processo penale, tantopiù che le garanzie di cui il rito accusatorio è presidiato consentono di "segnalarlo" come inadatto alla repressione dell'emergenza di turno.

Così tramontano le garanzie del diritto penale liberale e diventa più facile consentire l'aggressione dei diritti di rango costituzionale, fino a quando il ripetersi di questa ciclicità non farà sprofondare il nostro sistema giuridico nel totalitarismo temuto da Böckenförde, tra coercizione giuridica e comando autoritativo senza limiti.

È un esempio la continua recente produzione legislativa in materia di prevenzione, che ha nella L.24.11.2023, n. 168<sup>1</sup> solo l'ultima delle sue manifestazioni.

II. L'ennesima implementazione dell' art.4 del Cam.

L' art.2 della legge in commento, significativamente rubricato "Potenziamento delle misure di

---

1

La legge origina dal D.D.L. n. 1294 presentato alla Camera il 12.07.2023 dai Ministri Roccella Piantedosi e Nordio, rapidamente approvato da entrambi i rami del Parlamento il 24.11.2023.

prevenzione”, aggiunge, infatti, alle categorie di soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali indicati all’art.4 del Codice dell’antimafia gli indiziati dei delitti consumati o tentati di omicidio in danno dell’ascendente, o del discendente o contro il coniuge o contro il convivente, anche laddove il vincolo sia cessato, del delitto di mutilazione degli organi genitali femminili, del delitto di violenza sessuale.

La novella si pone nel solco di “politica criminale” segnato – e fortunatamente subito abbandonato – dall’ art.5 del D.L.31.10.2022, n.162 che, come noto, implementava il novero dei potenziali destinatario delle misure di prevenzione personali con i “ravers”.

Già all’ indomani di tale novella, si era segnalato che l’idea di accomunare ai mafiosi quei soggetti indiziati di reati del tutto estranei alle tipiche modalità espressive della criminalità organizzata offriva una idea plastica dell’approccio fortemente repressivo di questo legislatore, che utilizza lo strumentario eccezionale ed assai scarsamente garantito della prevenzione per fronteggiare fenomeni criminali che non hanno alcuna comunanza con quelli tradizionalmente presidiati dal codice dell’antimafia, che si caratterizzano per il grave allarme sociale e la loro natura lucrogenetica.

In tale occasione si era osservato che la scelta del legislatore – ennesima dopo l’ampliamento risalente al 2017 degli artt. i-bis) e i-ter) dell’art. 4 del D.Lgs.159/2011 agli indiziati dei delitti di cui agli artt.640 bis, dei delitti contro la P.A. e dei delitti di cui agli 572 e 612 bis c.p. – rappresentava un passo ulteriore verso la assegnazione alla prevenzione di un compito prettamente sanzionatorio del tutto scisso dall’accertamento della pericolosità del soggetto, che è – evidentemente – altro dall’accertamento della reità e che rappresenta l’unica base legale accettabile secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte Edu.

Le osservazioni spese allora possono senz’altro riprodursi adesso a commento della legge in argomento.

Ciò osservato in linea di principio, va tuttavia evidenziato come il testo normativo presenta alcune ulteriori vistosissime criticità, che certamente lo collocano al di fuori della legalità costituzionale.

Innanzitutto non può non rilevarsi che l’assoggettabilità alle misure di prevenzione personale degli indiziati dei delitti di violenza di genere indicati dalla novella e la loro inclusione nel novero dei soggetti dalla pericolosità qualificata fa venir meno il necessario requisito dell’abitudine e del collegamento al fenomeno associativo che tradizionalmente connota la pericolosità non mafiosa e non lucrogenetica di cui all’ art.4 Cam.

Ciò consentirà di evitare surrettiziamente il contrasto con i principi espressi da C.Cost.n.24/2019 e dalla giurisprudenza di legittimità da essa richiamata, secondo cui l’abitudine richiesta dall’art. 4 del C.A.M. ai fini dell’ applicazione delle misure di prevenzione per pericolosità generica *“richiede una «realizzazione di attività delittuose [...] non episodica, ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto» (Cass., n. 31209 del 2015), in modo che si possa «attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate» (Corte di cassazione, sezione prima, sentenza 15 giugno 2017-9 gennaio 2018, n. 349), talora richiedendosi che esse*

*connotino «in modo significativo lo stile di vita del soggetto, che quindi si deve caratterizzare quale individuo che abbia consapevolmente scelto il crimine come pratica comune di vita per periodi adeguati o comunque significativi» (Corte di cassazione, sezione seconda, sentenza 19 gennaio 2018-15 marzo 2018, n. 11846).*

In secondo luogo non può non evidenziarsi che il richiamo indiscriminato all'art.609 bis c.p. consente l'applicazione della misura di prevenzione anche agli indiziati di delitti di scarso impatto sulla sfera della libertà sessuale della vittima, quali, ad esempio quelli riconducibili alla fattispecie attenuata di cui all'ultimo comma dell'art. 609 bis c.p..

Né pare comprensibile, ed anzi appare in palese contrasto con il principio di ragionevolezza, la previsione per la quale la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, se applicata nei confronti dell'indiziato di uno dei delitti in argomento, che rifiuti di indossare il braccialetto elettronico, non possa avere una durata inferiore ai tre<sup>2</sup> anni, laddove la previsione della **“minima durata temporale della misura”**, istituito di nuovissimo conio, non è normativamente prevista nemmeno per il partecipe dell' associazione mafiosa.

Se, dunque, appare chiaro che la novella legislativa – che prevede modalità di controllo invasive e dirette di tutti i movimenti del proposto (mediante l'imposizione del c.d. braccialetto elettronico) o, in alternativa, una durata minima triennale della misura, associata a controlli frequenti e sensibili limitazioni della libertà di movimento - costituisce una ipotesi di privazione della libertà personale, e se l'art. 5 della Convenzione EDU, che disciplina e tutela la libertà personale, nel prevedere tassativamente i casi nei quali un cittadino possa essere privato, anche per brevissimo tempo, di tale diritto fondamentale ed inalienabile, non contempla l'applicazione di misure di prevenzione personali, che non costituiscono, pertanto, mezzo legittimo di tale privazione, ne deriva un ulteriore corollario.

Considerato che la giurisprudenza comunitaria ha precisato che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno qualora una persona abbia accettato tale privazione, in quanto il consenso è sempre revocabile e che tale eventualità non elimina il dovere degli organi statali di controllare la legittimità della privazione della libertà subita dalla vittima (Al-Jedda/ Regno Unito; Al-Skeini/Regno Unito), si ricava che la norma scrutinata può essere denunciata come violativa dell'art. 13 Cost. per come interpretabile alla luce del disposto degli artt. 25, 117 Cost. e 5 Convenzione EDU.

Sotto altro aspetto, le modalità alternative di esecuzione della misura di prevenzione, conseguenti al rifiuto, da parte del proposto, delle particolari modalità di controllo previste dall'art. 275-bis cpp presentano anche profili di irragionevolezza.

Si è detto che la norma prevede, per le ipotesi di pericolosità di cui all'art. 4 lett. i-ter C.A.M., una durata minima della sorveglianza speciale pari al triplo di quella prevista per tutte le altre ipotesi di pericolosità, semplice o qualificata.

Tale scelta non appare sorretta da criteri di ragionevolezza, alla luce della complessiva ratio legis e

---

<sup>2</sup> Nel D.D.L. si prevedeva una durata non inferiore ai due anni.

del principio di proporzionalità e strumentalità delle reazioni ordinamentali, dal momento che le fattispecie di pericolosità di cui all'art. 4, lett. i-ter subiscono un trattamento significativamente più gravoso rispetto a quelle di pericolosità qualificata di cui all'art. 4, lett. a, b, d, f, che, pure, prevedono limiti edittali di pena assai superiori ad alcune della fattispecie oggi rientranti nel catalogo della lettera i-ter, e sono di maggior allarme sociale, per il loro inserimento tra i reati contro l'ordine pubblico.

Sotto l'aspetto della proporzionalità (altro marcatore della ragionevolezza), poi, il termine minimo di durata della sorveglianza speciale è incongruo rispetto alla pena concretamente irrogabile, per talune delle ipotesi di reato del catalogo (ad esempio, gli atti persecutori), all'esito del processo.

Ciò che tradisce la funzione general preventiva della riforma, in contrasto con quella special preventiva dello strumento prevenzionale.

Se ne ricava che la norma scrutinata può essere denunciata come violativa dell'art. 3 Cost., indicando come *tertium comparationis* l'art. 4, lett. a, b, d, f.<sup>3</sup>

L'intervento che desta, se possibile, ancora maggiore preoccupazione in termini di ingiustificata falcidia delle garanzie di difesa è quello recato dall' art.2, co.1, lett.d), a tenore del quale, ove sussistano motivi di particolare gravità, il **presidente del Tribunale**<sup>4</sup> può **con decreto** (provvedimento monocratico, dunque) e nella pendenza del procedimento di prevenzione, disporre **provvisoriamente** la sorveglianza speciale, se l'interessato raggiunto dal divieto di avvicinamento alle persone cui occorre prestare protezione o a determinati luoghi da esse abitualmente frequentati, non presta il consenso alle modalità di controllo previste dall' art.275 bis c.p., ovvero risulti la non fattibilità tecnica delle medesime modalità di controllo<sup>5</sup>. Si prevede, inoltre, che la misura possa essere mantenuta sino alla definitività del provvedimento applicativo della sorveglianza speciale.

Questi i profili di gravissima criticità rilevabili *prima facie*:

- 1) Si introduce nei confronti dei soggetti indiziati dei delitti di cd."violenza di genere" una misura di prevenzione personale per così dire "cautelare", dal contenuto assai simile a quello della sorveglianza speciale, che si affianca a quella già prevista dal vigente art.282 ter c.p.p.( non a caso implementata con ulteriori prescrizioni dall' art.10, co.1, lett.d) del d.d.l.), per mano di un giudice monocratico, non di un collegio;
- 2) Il provvedimento non è descritto come impugnabile e non è, dunque, soggetto al controllo incidentale del tribunale del riesame, come, invece, accade per la misura di cui all' art.282 ter c.p.p. nè al successivo vaglio di legittimità;
- 3) Essendo stato collocato nel "distretto" della prevenzione, non è necessario, ai fini della

---

<sup>3</sup> L' osservatorio ha già approntato una questione di legittimità costituzionale rendendola disponibile sul sito dell' Unione.

<sup>4</sup> Data la collocazione della norma nel Cam, deve ritenersi che si faccia riferimento al Presidente della sezione Misure di prevenzione del tribunale distrettuale.

<sup>5</sup> La non fattibilità tecnica delle misure di controllo è stata aggiunta quale condizione applicativa dell' obbligo di presentazione durante l' esame parlamentare del d.d.l.

sua applicazione, il sostrato indiziario assicurato dall' art. 273 c.p.p., né si prevede alcuna forma di esercizio del diritto di difesa per il soggetto che ne sia destinatario, dopo che ne venga fatto segno: manca addirittura l'interrogatorio di garanzia;

- 4) Il provvedimento provvisorio, che ha un contenuto afflittivo ben maggiore di quello previsto dall' art. 282 ter c.p.p. (al divieto si accompagna, infatti, l' obbligo di presentazione all' autorità di P.S.) è, di fatto, "senza tempo", poiché se ne prescrive la durata sino a quando non sia divenuta definitiva la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, laddove, invece, il divieto di avvicinamento disposto dal Gip nell'ambito del procedimento penale soggiace ai limiti temporali imposti dall' art. 308 c.p.p..

Non può, poi, mancarsi di rilevare che la violazione delle prescrizioni imposte all'indiziato ex art. 4, co.1, lett. *i-ter* è sanzionata con la reclusione da uno a cinque anni ed è consentito l'arresto anche fuori dei casi di flagranza, così come è già previsto dall' art. 75 Cam per la violazione degli obblighi e delle prescrizioni imposte con obbligo o divieto di soggiorno. Peccato che mentre l'art. 75 presuppone l'applicazione della misura di prevenzione e, dunque, un minimo di approfondimento istruttorio ad opera del Tribunale, il delitto di nuovo conio si perfeziona a seguito della violazione delle prescrizioni imposte provvisoriamente dal presidente del Tribunale.

Durante il pur brevissimo percorso parlamentare, il testo dell'originario D.D.L. è stato ulteriormente implementato di una disposizione attinente alle misure di prevenzione: al V comma dell'art. 165 del codice penale che, come noto, disciplina gli obblighi del condannato a pena condizionalmente sospesa, è stata aggiunta la disposizione secondo la quale nel caso di perdita di efficacia di una misura cautelare ai sensi dell'art. 300 del codice di procedura penale, la cancelleria del Giudice ne dà immediata comunicazione all'autorità di P.S. ai fini delle tempestive valutazioni concernenti l'eventuale proposta di applicazione delle misure di prevenzione personali, fermo restando quanto previsto dall' art. 166, II co. c.p.. Sulla proposta eventualmente presentata, il Tribunale ha l'obbligo di esprimersi entro il termine di dieci giorni.

Ci pare evidente l'eccentricità della disposizione, di cui si coglie, ancora una volta, l'idea che la misura di prevenzione possa "servire" a riparare le inefficienze garantistiche del processo, già avvertita nella ratio dell'art. 578 ter c.p.p..

Ed infatti, se è vero che ai sensi dell'art. 300, co.3 del codice di rito le misure cautelari disposte nell'ambito di un procedimento penale in esito al quale è stata pronunciata sentenza di condanna perdono efficacia se la pena irrogata è dichiarata estinta ovvero condizionalmente sospesa e se è vero che ai sensi del II co. dell'art. 166 c.p. la condanna a pena condizionalmente sospesa non può costituire in alcun caso di per sé sola motivo per l'applicazione di una misura di prevenzione, proprio non si comprende lo spazio applicativo della norma di nuovo conio, a meno di non voler pensare al caso affatto residuale dell'estinzione della pena per decorso del tempo. Fattispecie, questa, del tutto disarmonica rispetto allo statuto "classico" della prevenzione. Ovvero, a meno di voler pensare che si sia voluto rimarcare che la concessione della sospensione condizionale

della pena non può essere di ostacolo all' applicazione della misura di prevenzione, se il condannato presenta indici di pericolosità. In tale seconda ipotesi, non si comprende come tale evenienza possa coesistere con la prognosi favorevole sulla condotta futura del condannato, che necessariamente presuppone la concessione della sospensione condizionale della pena da parte del giudice della cognizione.

### .III. Conclusioni.

Nessuno dubita del fatto che i fatti di cd. violenza di genere rappresentino un grave vulnus per la tutela della civile convivenza ed un fattore di allarme sociale; né può fondatamente sostenersi che nell' attuale congerie storica gli strumenti di contrasto a tali forme di crimine sino ad ora disponibili si stiano dimostrando idonei a scongiurarle.

Ciò che tuttavia non appare accettabile è che per fronteggiare utilmente tali fatti si sia scelto lo strumento delle misure di prevenzione.

L' opzione è certamente improvida, nella misura in cui:

- 1) Il fatto di tentato femminicidio o di violenza sessuale, non ha nulla a che vedere con la criminalità mafiosa e con l'eccezionale allarme sociale che ne deriva e che giustifica le misure di prevenzione;
- 2) Se a queste, derivate da un approccio culturale securitario e da una visione ordinamentale di polizia, viene riconosciuta copertura costituzionale è perché – ancora – se ne giustifica l'attitudine a contrastare la criminalità organizzata: quando esse, invece, sono pensate allo scopo di svolgere una funzione di deterrenza rispetto a "fenomeni criminosi" di diversa origine, consistenza ed impatto sociale, non può che denunziarsene l'illegalità costituzionale;
- 3) Il modello procedimentale e sostanziale di prevenzione non può essere di continuo esportato in ambiti diversi da quello per il quale esso venne concepito, difettando in toto l'eccezionalità del rischio sociale che solo giustificerebbe il sacrificio delle garanzie di libertà della persona;
- 4) Gli innesti al Cam attuati con la legge in commento appaiono addirittura in contrasto con il processo – assai lento – di progressiva giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione da più parti auspicato a sostegno della – non condivisa – prospettiva del loro mantenimento nel sistema giuridico italiano, dal momento che introducono disposizioni in netto contrasto con le più elementari guarentigie poste a presidio delle libertà e del diritto di difesa del cittadino incolpato.

**NOTA A SENTENZA N. 44214 DEL 3 NOVEMBRE 2023 (NON MASSIMATA), RESA DALLA I SEZIONE PENALE  
DELLA CORTE DI CASSAZIONE.**

La sentenza è, ad oggi, l'unico pronunciamento di legittimità sulla estensione del diritto alla prova, di cui all'art. 7, comma 4-bis CAM, ai procedimenti relativi all'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali.

All'esito della L. 161/17, infatti, nell'ottica di un progressivo – ma ancora del tutto insufficiente – allineamento del procedimento di prevenzione alle garanzie proprie del giusto processo, il D.L.vo 159/11 si è “arricchito” di una disposizione che stabilisce la possibilità, per il Tribunale, di ammettere le prove rilevanti ed “escludere” quelle vietate dalla Legge o superflue.

Disposizione sibillina, che replica “in negativo” la disposizione dell'art. 190 cpp e che non disciplina espressamente un diritto alla prova, né indica le modalità di formulazione delle istanze istruttorie, così da far dubitare tanto della pienezza di tale facoltà difensiva, quanto dell'effettiva evoluzione del procedimento di prevenzione in un adversary trial.

La Giurisprudenza di merito non ha elaborato una interpretazione stabile ed uniforme della norma in questione, introducendo decadenze connesse al momento (se sino all'udienza, ovvero nei termini di cui all'art. 127 cpp) ovvero alle modalità (se con lista ex art. 468 cpp, ovvero oralmente) di formulazione delle richieste istruttorie, mediante il richiamo analogico alla disciplina processuale penale.

Altra, inspiegabile, limitazione del “neonato” diritto alla prova è stato introdotto per via giurisprudenziale, limitandone l'ambito ai soli procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione personali.

L'intervento dei Supremi Giudici si inserisce, dunque, in un contesto *in fieri*, dettando un orientamento che ci si augura acquisti subito i crismi della stabilità.

Nel caso di specie, infatti, la difesa aveva depositato una lista testimoni ex art. 468 cpp ed il Tribunale aveva rigettato la richiesta di prova, sul presupposto che le norme regolanti il procedimento di prevenzione non prevedano esplicitamente l'esame testimoniale. Così che la difesa ben avrebbe dovuto, eventualmente, procedere ad indagini difensive con l'audizione dei soggetti indicati in lista, molti dei quali, peraltro, erano Ufficiali di PG che avevano condotto le indagini di prevenzione e l'amministratore giudiziario.

All'esito di tale dimidiato contraddittorio, il Tribunale decretava la confisca di tutti i beni sottoposti a sequestro.

Nell'atto d'impugnazione veniva eccepita la violazione degli articoli 111 Cost. e art. 6 Cedu, per violazione del diritto al contraddittorio ed alla prova, sottolineando l'importanza di garantire un contraddittorio effettivo e non solo formale, proprio in ragione della particolarità del procedimento (che prevede sostanzialmente un'inversione dell'onere della prova) e dell'elevato tecnicismo caratterizzante i procedimenti di prevenzione patrimoniali.

La Corte d'Appello, condividendo l'orientamento del Tribunale, rigettava la questione, ritenendo

che l'art. 7 comma 4 bis CAM sarebbe applicabile solo in tema di misure di prevenzione personali. Il motivo d'impugnazione veniva quindi dedotto in sede di legittimità.

La Suprema Corte ha in primo luogo osservato che non esistono precedenti di legittimità sul tema, ma che sia innegabile che la legge n. 161 del 2017 abbia introdotto un diritto alla prova. *“Il potere di ammissione delle prove (sia documentali che orali, non essendovi alcuna disposizione di legge) è infatti costruito come “potere/dovere del Giudice procedente, con il solo filtro della rilevanza e con l'esclusione delle prove vietate e di quelle superflue”.*

I Supremi Giudici hanno poi sottolineato come non possa essere condivisa l'affermazione secondo cui l'art. 7 comma 4 bis CAM si applicherebbe solo alle misure personali e non anche alle misure di prevenzione patrimoniali, dal momento che anche quest'ultime presuppongono la verifica e la ricognizione della condizione tipica di pericolosità.

E' stato poi cassato l'assunto della Corte d'Appello, secondo cui sarebbe stata necessaria un'istanza di riassunzione della prova denegata in primo grado, dal momento che le violazioni del procedimento di ammissione della prova, sono da ritenersi *“violazioni della legge processuale e quindi deducibili sia nel giudizio di primo grado, sia in sede di legittimità”.*

L'aspetto più rilevante, tuttavia, è che la Suprema Corte ha dato atto della scarsa regolamentazione legislativa, richiamandosi, tuttavia, ai principi generali dell'ordinamento.

Pur ritenendo, stante la natura non penale dell'azione di prevenzione, non pienamente applicabili i commi 3-4 e 5 dell'art. 111 Cost., la Cassazione ha affermato che la richiesta di ammissione della prova orale *“non potrà essere ritenuta superflua tutte le volte in cui la escussione in contraddittorio – anche di una fonte di prova ricompresa nel materiale cartaceo oggetto di deposito – possa risultare utile a verificare i profili di attendibilità del dichiarante o ad incrementare la conoscenza su punti controversi dell'inquadramento soggettivo di pericolosità o del giudizio di riferibilità (o di sproporzione) dei beni del soggetto proposto”.*

A prescindere dal caso di specie, in cui la Cassazione ha dettato un primo principio di diritto in tema di diritto alla prova, resta sul terreno la considerazione di un ennesimo vuoto legislativo che caratterizza il procedimento di prevenzione, rendendolo asistemico rispetto ai canoni del giusto processo.

La previsione dell'art. 7 comma 4 bis CAM, nella sua franca indeterminatezza, ricalca quelle disposizioni, sostanziali e processuali, che fanno del sistema di prevenzione l'ambito di formazione di un diritto del precedente, lasciando ampi margini di discrezionalità al Giudice.

In assenza di una interpretazione uniforme da parte delle curie di merito, si stanno consolidando diversi “procedimenti di prevenzione”, in base ai singoli ambiti territoriali di riferimento, non solo in termini di diritto alla prova.

Il caso particolare è, tuttavia, particolarmente allarmante, poiché l'ermeneusi della norma offerta dalle curie di merito – e fortunatamente censurata in sede di legittimità – incide significativamente sul diritto alla prova in un procedimento che, per sua natura, non consente la partecipazione del proposto, né il controllo della giurisdizione sulla formazione di quel materiale che confluisce nella

proposta di prevenzione e viene riversato, a questo punto senza alcuna possibilità di contraddittorio, al Tribunale.

Sarebbe, dunque, auspicabile un intervento legislativo sul tema, al fine di disciplinare compiutamente i limiti e le modalità di esercizio del diritto alla prova nel procedimento di prevenzione.

## IL DIRITTO ALLA PROVA NEL “GIUSTO” PROCESSO DI PREVENZIONE

Il tema del diritto alla prova incrocia quello del processo di prevenzione “giusto”, cioè allineato agli standard di garanzia legali e convenzionali, che sovrintendono alla celebrazione di qualsiasi trial che, potendosi concludere con decisioni potenzialmente limitative di diritti costituzionalmente garantiti, si pretende consenta adeguata difesa al privato, inciso da tali statuizioni.

Anche il procedimento di prevenzione, prima ancora della novella dettata con L. 161/17, non può dirsi estraneo al diritto alla prova, se è vero che la sua costruzione, per come delineata nel tempo dalla giurisprudenza di legittimità, presuppone una “ineliminabile componente «ricostruttiva»” (la c.d. fase constatativa) “tesa a rappresentare l'apprezzamento di «fatti» idonei (o meno) a garantire l'iscrizione del soggetto proposto in una delle categorie” richiamate<sup>6</sup>, “cui si unisce una seconda fase di tipo essenzialmente prognostico, per sua natura alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come «probabile» il ripetersi di condotte antisociali, inquadrare nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge”<sup>7</sup>.

Fasi gnostiche, attraverso le quali il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione viene o meno ritenuto pericoloso in rapporto a fatti passati, la cui conoscenza consente la predizione di future manifestazioni di pericolosità<sup>8</sup>.

La conoscenza del passato (la fase constatativa) ha quale suo ineludibile precedente una attività probatoria, attraverso la quale le parti si propongono la dimostrazione di fatti (o, più precisamente, di modi di esplicazione del comportamento dedotti da quei fatti) – pur se con regole di giudizio estranee al processo penale – dai quali il Giudice potrà trarre le proprie conclusioni euristiche, proiettate nel futuro.

La centralità della prova è stata peraltro oggetto dell'intervento del Giudice delle Leggi (sentenza n. 24/19), che ha sottolineato come al riscontro probatorio delle passate attività criminose del proposto deve affiancarsi la verifica processuale circa la sua pericolosità, in termini di rilevante probabilità di commissione, nel futuro, di ulteriori attività criminose.

Così esaltando il profilo “probatorio” dell'accertamento della pericolosità sociale, anche in relazione al quomodo della prova e, cioè, “alle modalità di accertamento probatorio in giudizio”, da rapportare ai parametri costituzionali del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e del diritto ad un “giusto processo” (art. 111 Cost. ed art. 6 CEDU).

E, tuttavia, la Corte Costituzionale ha nuovamente ritenuto che il procedimento di prevenzione, pur dovendosi uniformare ai canoni generali di ogni “giusto” processo garantito dalla legge – secondo l'art. 111, primo, secondo e sesto comma Cost. – non sia soggetto al rispetto dei commi tre, quattro e cinque della disposizione costituzionale.

Cioè, di quelle previsioni che disciplinano proprio la formazione della prova in contraddittorio, il

---

6

Cass.Pen., Sez. I, 24/3/2015, n. 31209

7 Cass. Pen., Sez. I, 30/3/2023, n. 23558

8 Cass. Pen., Sez. V, 30/11/2021, n. 182)

diritto di controesaminare le fonti dichiarative avversarie, il diritto di addurre prove dichiarative a discarico.

Difatti, il procedimento di prevenzione è tuttora caratterizzato da una struttura francamente inquisitoria, ad iniziare dalla mancata previsione del “doppio fascicolo”, che nel procedimento penale è correlato alla sua distinzione in fasi.

Nel procedimento di prevenzione, il fascicolo del pubblico ministero – una volta esercitata l'azione di prevenzione – diventa quello del tribunale, con conseguente utilizzabilità, per la decisione, di tutti gli elementi di prova non formati nel contraddittorio.

Si tratta di prove che, nella maggior parte dei casi, risultano formate nell'ambito di procedimenti penali già conclusi, ma non necessariamente assunte nel contraddittorio tra le parti, perché rinvenienti dalla fase delle indagini.

Non esiste una disciplina autonoma delle indagini di prevenzione, che quindi non hanno termini di durata massima.

Sono riconosciuti al Tribunale poteri di indagine particolarmente invasivi e suppletori rispetto a quelli del Pubblico Ministero, come evidente dalla lettera dell'art. 19 CAM, che consente al Giudice di autorizzare attività di sequestro ex artt. 253, 254 e 255 c.p.p., così come di compiere “ulteriori indagini”, oltre che di indicare “ulteriori accertamenti patrimoniali” (art. 20)

Svolgendo così una funzione prettamente investigativa, più che di completamento istruttorio officioso, che pone seri dubbi in punto di terzietà di giudizio e che stride, inevitabilmente, con la previsione della facoltà, per il Tribunale, di restituire gli atti all'organo proponente, in caso di indagini incomplete, indicando (ma non espletando) contestualmente gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli articoli 34 e 34-bis (art. 20, comma 2).

Sicché, pare che il Tribunale assommi in sé funzioni requirenti e giudicanti, come anche evincibile dal disposto dell'art. 20 CAM, che prevede il sequestro officioso, cioè senza mozione di parte, e dell'art. 34-bis, comma 6, che consente al Tribunale, adito dal privato per l'applicazione del controllo giudiziario, di disporre qualsiasi altra misura di prevenzione patrimoniale.

Non vi è, dunque, nessuna disposizione che regoli le investigazioni, tanto che la giurisprudenza, da un lato, ne ha inferito l'ampia autonomia operativa dei titolari dell'azione di prevenzione e la libertà di forme nella raccolta di dati informativi, “con gli unici limiti, coesenziali al sistema ed ai principi dello Stato di diritto, del rispetto della persona e delle prescrizioni del codice di procedura penale sulle prove illegali, perché acquisite in violazione di espressi divieti imposti dalla legge, secondo la previsione generale di cui all'art. 191 cod. proc. pen., prove illegali il cui impiego è interdetto per qualsiasi tipo di procedimento, compreso quello finalizzato all'applicazione delle misure di prevenzione”<sup>9</sup>.

E, dall'altro, ha escluso che alle investigazioni funzionali ad avanzare una proposta al giudice della prevenzione possa estendersi in via generalizzata la disciplina posta per le indagini preliminari nel

---

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. I, 11/03/2016, n. 27147

procedimento penale, con la conseguenza che gli atti investigativi compiuti sono parte del compendio che il giudice stesso deve valutare direttamente per decidere sulla proposta<sup>10</sup>.

I poteri istruttori del tribunale della prevenzione sono stati ulteriormente enfatizzati dalla L. 161/2017, che ha modificato l'art. 7, prevedendo che, dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti, il tribunale ammette le prove rilevanti – con richiamo, seppur parziale, all'art. 190 c.p.p. in tema di prove nel procedimento penale e confermando la possibilità di assumere prove dichiarative.

La riforma, sul punto, ha anticipato l'*obiter dictum* della Corte Costituzionale (24/19), confermando la tesi secondo la quale, nel procedimento di prevenzione, l'istruzione non deve essere limitata alle prove precostituite e che considera consentito qualsiasi mezzo istruttorio indicato dalle parti, anche se avente natura dichiarativa.

Ma non ha dissipato i dubbi, che anzi il Giudice delle Leggi ha contribuito a rafforzare, circa la concreta proceduralizzazione dell'istruzione probatoria, ancora lontana dagli standard del procedimento penale che resta concettualmente autonomo, anche sul versante della prova, da quello di prevenzione.

E', infatti, affermazione tradizionale quella secondo la quale il procedimento di prevenzione è del tutto autonomo da quello penale, diversi essendo l'oggetto dell'accertamento (che nel primo è costituito dalla pericolosità del soggetto, desunta da circostanze specifiche, indicative), gli strumenti dell'accertamento (la individuazione di circostanze specifiche aventi rilevanza indiziante della pericolosità), e la finalità del procedimento (che nel giudizio di prevenzione è quella di garantire la sicurezza collettiva, individuando e sottoponendo a misure le persone pericolose e non la repressione punitiva per i fatti-reato accertati)<sup>11</sup>.

E di recente la Corte di Cassazione ha ulteriormente puntualizzato – richiamando la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte EDU – che le misure di prevenzione non solo non “implicano un giudizio di colpevolezza”, ma che “la loro imposizione non dipende dalla preventiva pronuncia di una condanna per infrazione penale”<sup>12</sup>.

Pertanto, il giudice della prevenzione “ben può [...] utilizzare le emergenze di un procedimento penale pendente o concluso, ma non facendo riferimento acritico ad esse, bensì considerando i fatti in esso emersi e rivalutandoli nell'ottica propria del procedimento di prevenzione, prescindendo dalle eventuali conclusioni cui il giudice penale è pervenuto”<sup>13</sup>.

Con l'unico limite che i fatti storici ritenuti sintomatici della pericolosità del proposto non devono essere stati smentiti in sede di cognizione penale.

Dunque, rispetto al processo penale, è diverso lo “statuto probatorio del giudizio di prevenzione”, presentandosi come un giudizio inquisitorio, con formazione della prova al di fuori del contraddittorio tra le parti.

Un tipo che, per dirsi costituzionalmente legittimo, deve essere bilanciato da più severi criteri sul

<sup>10</sup> Cass. pen., Sez. I, 11/03/2016, n. 27147

<sup>11</sup> Cass., Sez. I, 11/11/2014, n. 921

<sup>12</sup> Cass. Pen., Sez. V, 05/07/2023, n. 39794

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. I, 11/03/2016, n. 27147

crinale della definizione della prova, dal momento che il giudizio di pericolosità, in un'ottica costituzionalmente orientata, si deve fondare sull'oggettiva valutazione di fatti sintomatici collegati ad elementi certi e non su meri sospetti, senza alcuna inversione dell'onere della prova a carico del proposto.

Petizione di principio che, tuttavia, stenta ad affermarsi, a fronte delle elaborazioni pretorie sulle categorie definitorie dei concetti di indizi, riscontri, preclusioni.

Infatti, nonostante lo standard probatorio richiesto in materia di misure di prevenzione oggi possa dirsi senz'altro più elevato rispetto al passato, la giurisprudenza di legittimità continua a consolidare il principio che:

- a) la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri di gravità, precisione e concordanza, invece prescritti nel procedimento penale<sup>14</sup>;
- b) le chiamate in correità o in reità non necessitano degli ordinari riscontri esterni individualizzanti, di cui all'art. 192, comma 3, c.p.p.<sup>15</sup>
- c) possono essere valutati gli elementi risultanti dal giudizio penale conclusosi con sentenza di patteggiamento, in quanto, anche a seguito dell'introduzione del comma 1-bis dell'art. 445 cpp, il divieto probatorio ivi previsto non si applica ai procedimenti di prevenzione;
- d) è consentito al giudice della prevenzione valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale che non abbiano dato luogo a sentenza di condanna, in presenza di pronunce di proscioglimento diverse dall'assoluzione nel merito<sup>16</sup>.

Ben si apprezza, in conclusione, quanto sia, nei fatti, ridotto non tanto il diritto alla prova, che formalmente non incontra i vincoli di un procedimento "formalizzato" e procedimentalizzato – vigendo il principio di libertà delle fonti di prova, quanto l'aspettativa di un onere probatorio che non si presenti come "diabolico", benchè definito come mero "onere di allegazione"<sup>17</sup>.

Dovendosi misurare, come invece oggi accade, con la degradazione dell'indizio a mero sospetto; con l'acquisizione delle fonti dichiarative sempre fuori dal contraddittorio; con poteri istruttori giudiziali estremamente deformalizzati ed invasivi; con la labile vincolatività – con l'unica eccezione sopra ricordata – dei giudicati esterni; con l'applicazione di presunzioni, che poi giustificano l'imposizione in capo al proposto dell'onere di allegare circostanze idonee a superarle.

Con la tendenza, nella giurisprudenza di merito, di ridurre ulteriormente il diritto alla prova per il proposto, limitando ingiustificatamente la deducibilità di prove dichiarative ai soli procedimenti di prevenzione personali. Tesi, allo stato, cassata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>18</sup>.

A ben vedere, il procedimento di prevenzione risulta di per sé strutturalmente sbilanciato, segnando una incolmabile distanza rispetto al giudizio penale informato – quanto meno nella sua architettura ideale – sul principio di parità delle parti.

Si tratta di un difetto genetico che la Giurisprudenza, nel corso del tempo, ha ulteriormente acuito

<sup>14</sup> Cass. Pen., Sez. II, 10/5/2019, n. 20239

<sup>15</sup> Cass. Pen., Sez. I, 24/5/2022, n. 20160

<sup>16</sup> Cass. Pen., Sez. I, 02/02/2023, n. 4489

<sup>17</sup> Cass. Pen., Sez. I, 27/9/2023, n. 40424

<sup>18</sup> Cass. Pen., Sez. I, 03/11/2023, n. 44214

attraverso approdi applicativi ed esegetici pervasivamente orientati ad incasellare il procedimento di prevenzione, con la sua trazione inquisitoria, in un modello di giudizio tendenzialmente cartolare<sup>19</sup>, contenzionando il diritto al contraddittorio del proposto, di regola, alla sola confutazione critica degli elementi prodotti dall'Organo proponente in fase introduttiva.

Alcune prospettazioni ermeneutiche tese a superare tale visione sono risultate, se inserite nel complessivo panorama applicativo, voci isolate e financo fuori dal coro.

Anche prima delle modifiche ad opera della L. 161/2017, il Giudice di Legittimità aveva, infatti, ricordato che il giudizio di prevenzione *“rifiuta la circoscrizione dell'istruttoria [...] all'acquisizione di prove precostituite e considera consentito qualsiasi mezzo istruttorio indicato dalle parti, anche se avente natura dichiarativa o di accertamento peritale.”*<sup>20</sup>

Ma tale lettura, che avrebbe di lì a breve trovato conferma normativa attraverso l'inserimento del comma 4 bis all'interno dell'art. 7 Cam, risulta del tutto inadeguata a puntellare e rafforzare in senso equo e giusto il meccanismo processuale finalizzato all'applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Molteplici sono gli aspetti disfunzionali che impediscono una piena ed effettiva giurisdizionalizzazione del giudizio di prevenzione, tanto che il pur frequente riferimento nelle pronunce di legittimità a tale caratterizzazione virtuosa suona, se ricondotto al panorama normativo ed alla prassi applicativa, come un rassicurante richiamo tralatizio.

Si pensi, tra l'altro:

- alla mancanza, nel giudizio di prevenzione, del c.d. “doppio fascicolo”, tenuto conto che non esiste un fascicolo del pubblico ministero (rectius: dell'Organo proponente) processualmente distinto – una volta avviata l'azione di prevenzione – dal fascicolo del Giudice. Siffatta caratteristica comporta che gli atti raccolti in fase di indagini di prevenzione divengano materiale cognitivo del Giudice – anzi costituendone spesso la primaria fonte di convincimento - prima ancora che il proposto sia posto in condizione di interloquire sugli stessi;
- alla doppia funzione (verrebbe da dire autoportante) rivestita dalla “proposta di applicazione” che all'interno del sistema non costituisce soltanto l'atto di avvio del procedimento (vale a dire la premessa ipotetica del sillogismo sostanziale destinata ad essere vagliata in contraddittorio), ma al contempo corredo dimostrativo autosufficiente ed autoreferenziale pienamente utilizzabile dal Giudice, senza necessità di una sua formale ammissione;
- ai penetranti poteri officiosi riconosciuti al Giudice della prevenzione anche – per quanto

---

<sup>19</sup> Cass. Pen., Sez I, 01/07/2016, n. 27147

<sup>20</sup> Cass. Pen., Sez I, 01/07/2016, n. 27147 cit., la quale pure osserva: “le fonti di conoscenza compulsabili di più frequente ed agevole impiego nel giudizio di prevenzione sono costituite da sentenze, verbali di prove formati in separati procedimenti penali e documenti e quindi [...] l'acquisizione del materiale indiziario ha natura essenzialmente cartolare”, pur non potendosi ignorare “il differente oggetto della prova, collegato alla distinta finalità delle misure di prevenzione rispetto alla condanna da reato, [...] per le ricadute che il tema ha anche sul piano istruttorio”

concerne le misure patrimoniali – nella fase pre-processuale destinata all'applicazione di misure cautelari. In tal senso può menzionarsi la previsione contenuta all'art. 19, comma 5, Cam a mente del quale *“Nel corso del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione iniziato nei confronti delle persone indicate nell'articolo 16, il tribunale, ove necessario, può procedere ad ulteriori indagini oltre quelle già compiute”* dall'Organo proponente; ed ancora, può ricordarsi la disposizione – una sorta di norma manifesto dello sbilanciamento procedurale che permea l'intero meccanismo applicativo – contenuta al comma 2 dell'art. 20 Cam, sempre in materia di misure patrimoniali, secondo la quale *“Prima di ordinare il sequestro o disporre le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis e di fissare l'udienza, il tribunale restituisce gli atti all'organo proponente quando ritiene che le indagini non siano complete e indica gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti di cui al comma 1 per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli articoli 34 e 34-bis.”*; senza dimenticare che al Giudice è accordato il potere di procedere d'ufficio al sequestro dei beni passibili di confisca di prevenzione o di disporre le misure di cui agli articoli 34 e 34 bis anche in assenza di una puntuale richiesta in tal senso ad opera dell'Organo proponente, secondo quanto disposto dall'art. 20, comma 1, Cam.

- alla delimitazione della inutilizzabilità delle prove soltanto a quelle vietate, essendo ignota al sistema – per le ragioni anzidette – la categoria della inutilizzabilità c.d. fisiologica;
- alla mancata previsione della sanzione della nullità – prevista per quanto concerne le misure cautelari personali dall'art. 292, comma 1, lett. c) e c) bis c.p.p. - per il caso di violazione da parte del Giudice dell'obbligo di autonoma valutazione dei presupposti di legge rispetto alla proposta del pubblico ministero<sup>21</sup>;
- alla possibilità per il Giudice di Appello, che intenda riformare in peius la decisione di rigetto della proposta adottata in primo grado, di procedere senza una previa riapertura dell'istruttoria, contrariamente a quanto previsto per il giudizio di cognizione ordinario<sup>22</sup>.

Nel panorama appena descritto, la riforma dell'art. 7 Cam ad opera della L. 161/2017, ha indubbiamente introdotto previsioni che, se adeguatamente valorizzate a livello di prassi applicativa, possono - seppur parzialmente - temperare il segnalato squilibrio strutturale.

I poteri istruttori del tribunale della prevenzione sono stati meglio dettagliati, prevedendo una successione di fasi che avvicinano tale giudizio a quello ordinario: alla prima fase, destinata all'accertamento della regolare costituzione delle parti, succede quella funzionale all'ammissione delle prove (comma 4 bis dell'art. 7) ed alla esclusione di quelle superflue, irrilevanti e vietate dalla legge.

Il successivo comma 8 ribadisce la possibilità dell'esame a distanza dei “soggetti informati su fatti rilevanti per il procedimento”, sia pure non definendoli più “testimoni” come la previgente

---

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. II, Sentenza, 16/07/2021, n. 33540

<sup>22</sup> Cass. pen., Sez. VI, Sent., 05/12/2023, n. 48466

formulazione, ma comunque rimarcando il potere di assumere prove dichiarative.

Si tratta di disposizioni che potrebbero consentire di porre al centro del processo di prevenzione il momento di acquisizione in contraddittorio delle prove, impedendo quella forma di osmosi tra fase di indagini e fase del giudizio che ancora oggi caratterizza in maniera preponderante tale procedimento, con deteriori ricadute sul diritto di difesa, vista l'assenza di definite misure applicative volte a preservare la terzietà del Giudice e la parità delle parti.

Pare dunque necessario rafforzare alcune garanzie non tanto sulla tipizzazione della prova, quanto sulla procedimentalizzazione della sua raccolta. In particolare, il rispetto del contraddittorio sulla prova dichiarativa; la limitazione dei casi e dei modi di esercizio del potere istruttorio officioso e, quindi, la piena applicazione – almeno tendenziale – del potere dispositivo della prova. Occorre avvicinare concettualmente il procedimento di prevenzione a quello penale, senza la pretesa di mutuarne le regole di giudizio, ma quantomeno per standardizzare i criteri di valutazione dei presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione - allineandoli a quelli di elaborazione penale – e per consentire al proposto un esercizio del diritto di difesa che sia, anche sul versante della prova, pieno, effettivo e non caratterizzato da ambiti di compressione.

## **LA TASSATIVIZZAZIONE (ANCHE PROCESSUALE?)**

### **DELLA NOZIONE DI “APPARTENENZA”**

**(NOTA A CASS. PEN., SEZ. VI, SENT., 15/11/2023 – 07/12/2023, N. 48840)**

La evanescenza del concetto di “appartenenza”, ulteriormente enfatizzata da un accertamento probatorio che si arresta sulla soglia degli indizi, rappresenta, nelle tormentate interconnessioni tra processo penale e processo di prevenzione, una figura autonoma e sfumata rispetto a quella del “partecipe”, codificata dall’art. 416 bis c.p., con evidenti ricadute anche in tema di autonomia del giudizio sulla qualifica di “appartenente” che disinnescano ogni capacità dimostrativa in positivo derivante da una eventuale decisione assolutoria, pur conquistata nel giudizio di merito.

E infatti, il percorso probatorio richiesto al Giudice della prevenzione per la individuazione della categoria di “appartenente” è reso agevole non tanto e non solo da quell’accertamento che si arresta agli indizi, ma anche dalla assenza di quelle regole di giudizio di matrice codicistica, dettate in tema di valutazione della prova indiziaria ovvero del contributo dichiarativo del coimputato o imputato di reato connesso/collegato.

Il Giudice, quindi, potrà e dovrà applicare la misura di prevenzione al soggetto che l’istruttoria consentirà di qualificare come indiziato di appartenere (non necessariamente appartenente, quindi) sulla scorta di elementi indiziari (non necessariamente gravi, precisi e concordanti) anche costituiti dalle dichiarazioni del coimputato o imputato di reato connesso/collegato (non necessariamente riscontrate).

Senza dimenticare che la decisione adottata resisterà alle obiezioni difensive di illogicità o contraddittorietà della motivazione, a meno che il deficit motivazionale finisca per coincidere con la violazione di legge e si presenti “nelle patologiche e residuali forme dell’illogicità manifesta, nell’arbitrarietà delle valutazioni o del travisamento del dato probatorio dirimente” (cfr. Cass. Pen. Sez. VI, Sent., 14/07/2021 – 28/02/2022, n. 7072)

Dal piano applicativo sommariamente qui evocato e nello specifico del tema dell’”appartenenza” che ci occupa, non sembrerà un fuor d’opera delineare i confini di applicabilità soggettiva che, a monte, vedranno quale certo destinatario della misura di prevenzione il soggetto “partecipe” – o indiziato di esserlo – della consorteria criminale di cui all’art. 416 bis c.p. e, a valle, l’esclusione dalla categoria degli “indiziati di appartenere” di coloro i quali danno rifugio o forniscono vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a taluna delle persone che partecipano all’associazione e, quindi, quei rapporti di mera collateralità che non si sostanzino in sintomi di un apporto individuabile alla vita della compagine.

Le condotte da ultimo richiamate, infatti, rientrano nel novero dei fatti punibili ai sensi dell’art. 418 c.p. e, a seguito della modifica legislativa intervenuta con L. 17 ottobre 2017, n. 161, determinano l’inserimento dell’autore di tali fatti nella ipotesi di pericolosità specificamente richiamata dall’art. 4, comma 1, lett. b), D.Lgs. 159/2011. Dall’innovazione legislativa non può che desumersi conferma, per come esplicitamente chiarito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, “della impossibilità

di qualificare come appartenenza la condotta che, nella consapevolezza dell'illecito si muova in una indefinita area di contiguità o vicinanza al gruppo, che non sia riconducibile ad un'azione, ancorché isolata, che si caratterizza per essere funzionale agli scopi dell'associazione" (cfr. Cass. Pen., Sezioni Unite, Sent., 30/11/2017 – 04/01/2018, n. 111).

Condotta, questa da ultimo richiamata dai giudici del Supremo Consesso, che finisce per descrivere il concetto stesso di "appartenenza" necessario e sufficiente ad integrare la categoria soggettiva richiamata dall'art. 4, comma 1, lett. a), D.Lgs. 159/2011, secondo una distinzione ormai consolidatasi nell'ambito della giurisprudenza di legittimità "che considera i concetti di "partecipazione" e di "appartenenza" ad associazione mafiosa non coincidenti, richiedendo, la prima, la presenza attiva del soggetto nell'ambito del sodalizio criminoso (Sez. U. n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231670), mentre, la nozione di "appartenenza" è stata declinata con riferimento alla situazione di contiguità alla associazione nel cui ambito è riconducibile ogni comportamento che risulti funzionale agli scopi dell'associazione, costituendo una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa e, nel contempo, denoti la pericolosità specifica che sottende al trattamento di prevenzione" (cfr. Cass. Pen., Sez. V, Sent., 02/02/2024 – 14/03/2024, n. 10887).

E, tuttavia, è ormai affermazione ricorrente che le misure di prevenzione, pur se sprovviste di natura sanzionatoria in senso proprio, rientrano in una accezione lata di provvedimenti con portata afflittiva (sia pure in chiave preventiva) il che impone di ritenere applicabile - in siffatta materia - il generale principio di tassatività e determinatezza dei contenuti della fattispecie astratta (sia come limite al potere legislativo di costruzione della disposizione che come criterio interpretativo), il ove si realizza la descrizione dei comportamenti presi in considerazione come prima "fonte giustificatrice" di dette limitazioni (Cass. Sez. I, n. 43826/2018).

La necessità di non rendere eccessivamente fluido il concetto di appartenenza, fino a sganciarlo da una condotta materiale riferibile al proposto, tale che finirebbe per costituire un ennesimo attacco al principio di tassatività per come declinato e tutelato dalla Cedu con la sentenza del 23/02/2017, De Tommaso c. Italia, impone che il concetto stesso di "appartenenza" debba evocare "almeno il rendere un contributo concreto al gruppo" ovvero ed in negativo, non potrà – per venire al caso che da vicino ci occupa – individuarsi un imprenditore colluso con la associazione criminale di riferimento "in assenza di individuate azioni a lui riconducibili, funzionali agli scopi associativi" (cfr. Cass. Pen., Sez. VI, Sent., 15/11/2023 – 07/12/2023, n. 48840).

Con la sentenza in commento si è, infatti, ribadito come la figura dell'imprenditore colluso, debba rispondere, nell'ottica di una non negoziabile portata tassativizzante della pericolosità per "appartenenza", al principio di materialità della condotta rilevante, nonché causalmente e consapevolmente orientata alla realizzazione di un contributo concreto al gruppo.

Ne dovrebbe, ragionevolmente, conseguire che anche nel giudizio di prevenzione dovrebbero applicarsi gli approdi giurisprudenziali in tema di concorso esterno (crystallizzati con la sentenza delle Sezioni Unite, 33748 del 12/07/2005, ric. Mannino) ed attribuire, quindi, a quel contributo

causale rilevante un'accezione condizionalistica, con esclusione, quindi, della rilevanza nel giudizio di prevenzione della mera idoneità causale del contributo alla quale non sia seguita la realizzazione in concreto degli scopi dell'associazione.

Diversamente argomentando, si finirebbe per attribuire rilievo – per l'inquadramento della categoria di pericolosità di cui si discute e ragiona – a condotte che si risolverebbero, pur nella loro materialità, nell'essere il proposto indiziato di una mera *cogitatio sine actione*.

Dunque, dovrebbero rientrare nel concetto di appartenenza le sole condotte espressive di almeno un contributo fattivo, funzionale alla sopravvivenza del sodalizio, "pena la dilazione ulteriore del concetto di appartenenza, già esteso al di là della portata testuale, ad un ambito indefinito e soprattutto sganciato da ogni condotta materialmente riferibile all'interessato" (Cass. Sez. VI, n. 3941/2016).

Il richiamo al concetto di "azione funzionale", che pretende il riscontro di una condotta di concreta agevolazione del sodalizio, presuppone l'applicazione dei principi di materialità (*nulla poena sine actione*) ed offensività (*nullum crimen sine iniuria*), che, propri della materia penale ma tradizionalmente alieni alla costruzione di misure *praeter delictum*, stanno tuttavia permeando il nuovo statuto di tassativizzazione sostanziale della prevenzione, a seguito dei ripetuti interventi del Giudice convenzionale, culminati con la vicenda De Tommaso/Italia e la sentenza n. 24/19 della Corte Costituzionale.

Se anche il procedimento di prevenzione pretende, sia pur incidentalmente, l'accertamento di un fatto pregresso costituente reato è allora evidente che la giustificazione della reazione ordinamentale passa dalla "tassativizzazione processuale".

La maggiore ampiezza del concetto di indiziato di "appartenenza" rispetto a quello codicistico di "partecipazione" ha, infatti, importanti ricadute sul piano dell'accertamento probatorio che, sganciato dalle regole di giudizio proprie del codice di procedura penale, ne risulterebbe depotenziato, tanto da richiedere un quadro meno intenso e definito ai fini della ascrivibilità al proposto della corrispondente categoria di pericolosità.

Di recente, in alcune ordinanze della Corte EDU (ad esempio, quella resa nel caso Cavallotti/Italia), i Giudici convenzionali chiedono di sapere se l'applicazione di una misura di prevenzione, senza previo accertamento formale di colpevolezza, violi la presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 della Convenzione.

Norma che, a differenza della analoga disposizione costituzionale, non si applica al solo imputato, ma a qualsiasi "accusato di un reato". Se l'"appartenenza" coincide con una violazione del precetto penale (partecipazione o concorso "esterno"), allora è evidente l'applicabilità, anche ai procedimenti di prevenzione, della presunzione di non colpevolezza, in forza del principio secondo il quale - anche in assenza di constatazione formale - è sufficiente che al Giudice sia richiesta una motivazione che lasci intendere che l'interessato è colpevole (Corte europea diritti dell'uomo, Sez. II, Sent., data ud. 20/03/2012).

La ricaduta immediata è che l'accertamento di colpevolezza, per essere "legale", dovrebbe anche

essere “formale”, cioè avvenire secondo le garanzie del giusto processo (art. 6 CEDU e 111 Cost.), dalle quali il procedimento di prevenzione non è che in minima parte presidiato.

La soluzione non può che essere quella della previa constatazione dei fatti nell’ambito di un processo penale, conclusosi con sentenza di condanna, ovvero di proscioglimento con conferma della colpevolezza.

La necessità di un pregresso accertamento, in sede penale, del fatto di prevenzione è stato peraltro già espressamente avallata, per la pericolosità generica, dalla sentenza n. 24/19 della Corte Costituzionale.

Si auspica che la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo dia indicazioni, in punto di pericolosità qualificata, anche in relazione alla sua tassativizzazione processuale.

**NUOVE PROSPETTIVE DI TASSATIVIZZAZIONE PROCESSUALE NELLA PREVENZIONE GENERICA**

**(NOTA A CASS. SEZ. VI, SENT. 12699/24)**

All'indomani della sentenza n. 24/19, resa dalla Corte Costituzionale a definizione dei dubbi di tenuta sistematica della prevenzione non qualificata dopo la sentenza della Grande Camera EDU nel caso De Tommaso/Italia, si era reso evidente che la Consulta, nella ricognizione interpretativa dell'art. 1, lett. b del CAM, aveva dettato lo statuto sostanziale della pericolosità generica e processuale del suo accertamento, nel milieu di una tassativizzazione tesa non solo ad dettare i requisiti delle condotte presupposte all'irrogazione di una misura di prevenzione, ma anche ad elevare lo standard di accertamento probatorio di tali evenienze di fatto.

Sotto il primo profilo, la locuzione "vivere abitualmente, anche in parte, dei proventi di attività delittuose" era stata scissa in tre distinte parti, oggetto di specifica definizione letterale/sistematica. La conclusione, sulla scorta della lettura sinottica della giurisprudenza interna, era stata che la norma dovesse essere interpretata secondo la triplice verifica delle caratteristiche della condotta, che doveva consistere nella commissione di delitti lucrogenetici ("attività delittuose" produttive di "proventi"), caratterizzanti un significativo arco temporale della vita del proposto ("abitualmente") ed incidenti in modo esclusivo o preponderante sul tenore di vita del soggetto inciso (così tassativizzata l'espressione "anche in parte").

La definizione della condotta rilevante definiva tuttavia solo l'oggetto dell'accertamento demandato al Giudice della prevenzione, ma non anche le regole di giudizio, affidate alla vaga espressione "elementi di fatto", priva di quella determinatezza che, mutuando le conclusioni raggiunte dalla Corte EDU, sarebbe stata in grado di garantire la qualità di una Legge che, pur se posta formalmente fuori dalla materia penale, disciplinava comunque un sistema sanzionatorio destinato ad incidere su diritti convenzionalmente e costituzionalmente protetti.

Sul *quomodo della prova*, il Giudice delle Leggi non ha tuttavia espresso il proprio vincolante indirizzo interpretativo, in quanto non rilevante nel giudizio trattato.

La sentenza 24/19, ciononostante, ha passato in rassegna alcune sentenze di legittimità che avevano affrontato il tema della tassativizzazione processuale e specificato che per "elementi di fatto" non potevano intendersi *"meri indizi, perché la locuzione utilizzata va considerata volutamente diversa e più rigorosa di quella utilizzata dall'art. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 per l'individuazione delle categorie di cosiddetta pericolosità qualificata, dove si parla di indiziati"* (Cass., n. 43826 del 2018) e che *"occorre un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sentenza di condanna oppure da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto"* (Cass., n. 11846 del 2018).

Da tale ultima affermazione, che sembra fissare una pregiudizialità penale nella pericolosità semplice, però, la giurisprudenza interna abitualmente rifugge ed ha continuato a rifuggire anche dopo l'intervento della Corte Costituzionale, sulla affermata autonomia tra il procedimento penale e

quello di prevenzione, pur con il limite della vincolatività dell'eventuale giudicato (di condanna o di assoluzione con esclusione del fatto).

Si tratta, tuttavia, di un errore prospettico: mentre il tema affrontato era se si potesse affermare la sussistenza di un delitto al di fuori di un procedimento penale e, su tali basi, applicare una misura di prevenzione, la nomofilachia di legittimità si è concentrata sulla possibilità, per il Giudice della prevenzione, di rilevarsi dalla forza del giudicato assolutorio di merito, non caratterizzato dalla esclusione del fatto.

Così sterilizzando l'implicita indicazione interpretativa della Consulta.

Con la sentenza n. 12699 del 24 marzo 2024, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione torna ad occuparsi della tassativizzazione processuale del procedimento di prevenzione generica, evidenziando principi e rassegnando conclusioni che paiono sistematicamente coerenti rispetto all'evoluzione interpretativa convenzionale e ad alcune ordinanze recentissime della Corte EDU.

Osserva il Supremo Collegio che, *"in questa materia anfibia"*, è necessario *"un punto di equilibrio tra legalità sostanziale e processuale"*, posto che il giudizio di prevenzione è sorretto da uno statuto processuale obiettivamente debole, con un *"basso livello di garanzie fondamentali inerenti il diritto di difesa e con un sindacato da parte della Corte di Cassazione limitato alla sola violazione di legge"*.

Per scongiurare il rischio di un'ablazione priva dei requisiti di adeguatezza e proporzionalità e di dubbia compatibilità con i principi costituzionali, è necessaria, a giudizio della Corte, una valutazione rigorosa della consistenza degli indizi, della loro connotazione strutturale e della loro capacità dimostrativa del fatto da provare.

È dunque necessario, per il Giudice di legittimità, ignorare *"impalpabili sospetti, pseudo elementi indiziari, denunce non seguite da accertamenti investigativi segnalazioni di polizia rimaste mute, dichiarazioni instabili di collaboratori di giustizia, rinvii inconsistenti di motivazioni di informative di polizia giudiziaria, elementi assunti in palese violazione di regole probatorie discendenti da principi costituzionali"*.

Nelle proprie decisioni, il Giudice della prevenzione non può allora basarsi su meri sospetti ma è tenuto a prendere in considerazione fatti storicamente apprezzabili la cui *"efficacia dimostrativa deve essere più elevata in relazione alla pericolosità generica"*, con la conseguenza che *"la riconduzione delle proposte ad una delle categorie non può essere fondata su semplici informazioni contenute nelle banche dati in uso alle forze di polizia non accompagnate da aggiornamenti in ordine ai relativi sviluppi procedurali"*.

Ma, soprattutto, è necessario un accertamento in sede penale costituito da una sentenza di condanna o da una sentenza di proscioglimento per prescrizione purché essa contenga un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte del soggetto proposto.

Infine, conclude la Corte, il procedimento di prevenzione è autonomo, ma non insensibile all'accertamento penale e ai suoi esiti. Pertanto, quando il processo penale si concluda con un esito assolutorio, il Giudice della prevenzione dovrà accertare - in modo tanto rigoroso quanto più

l'esito del procedimento penale è favorevole al proposto - i presupposti di legittimità della misura da irrogare.

L'approdo, si diceva, è in linea con le ultime ordinanze della Corte EDU in tema di pericolosità generica (procedimento Macagnino/Italia + 27 riuniti), che chiedono al Governo di sapere se le decisioni in materia di prevenzione presuppongano un giudizio di colpevolezza e se, in assenza di un formale di tale requisito, esse comportino una violazione della presunzione di innocenza.

Ed in effetti, tale presunzione, nel diritto convenzionale (art. 6§2 della Convenzione), ha una accezione più ampia rispetto all'analoga disposizione costituzionale (art. 27 Cost.), che fissa quella di "non colpevolezza", poiché non si riferisce all'"imputato" ma all'"accusato" di un reato e, dunque, anche ad un'accusa estranea ad un processo penale e persino ad un procedimento giurisdizionale (Allen/Regno Unito, Geerings/Paesi Bassi<sup>23</sup>, Pasquini/San Marino).

L'affermazione di pericolosità sociale generica, di contro, presuppone l'accusa – basata su "elementi di fatto" - della commissione di un delitto lucrogenetico e, dunque, l'affermazione incidentale di colpevolezza.

Tale accusa, consistendo in una contestazione di natura penale<sup>24</sup>, è sottoposta alla presunzione di innocenza e pretenderebbe il previo legale accertamento del fatto e della responsabilità, che sono tuttavia accertamenti estranei al procedimento di prevenzione, non garantito ai sensi dell'art. 111 Cost. e 6 CEDU e tradizionalmente fondato su indizi semplici (cioè non rispondenti ai criteri di cui all'art. 192, comma 2 cpp) e su presunzioni (Cass. Sez. V, sentenza n. 30533/21).

Il modello della prevenzione generica, dunque, presuppone la formulazione incidentale di un giudizio di colpevolezza, senza tuttavia disporre degli strumenti procedurali per il "legale accertamento" della stessa.

L'unica via possibile, per evitare la violazione della presunzione di innocenza, è dunque proprio il ricorso al "previo accertamento in sede penale" del reato o dei reati presupposti alla affermazione di pericolosità.

Non è necessaria, in tale ottica, una sentenza penale irrevocabile di condanna, ma che sia stato instaurato un procedimento penale e che, all'esito di un giudizio a contraddittorio pieno, sia stata resa una sentenza di condanna o di proscioglimento che abbia accertato la ricorrenza del fatto e la sua riferibilità al soggetto destinatario della misura di prevenzione.

Conclusione peraltro in linea con la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, 2014/42/UE, che prevede una forma di confisca senza condanna solo nelle tassative ipotesi di improcedibilità dell'azione penale, in caso di malattia o fuga.

---

<sup>23</sup> *Il diritto alla presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, Cedu deve ritenersi violato nel caso in cui una decisione giudiziaria o un provvedimento di un pubblico ufficiale resi nei confronti dell'accusato riflettano l'opinione che questo sia colpevole prima che ciò sia provato ai termini di legge. Tale principio vale non solo per il procedimento penale pendente, ma anche per tutti quei processi conseguenti o concomitanti a questo* (Corte europea diritti dell'uomo, Sez. III, 01/03/2007).

<sup>24</sup> *"Il campo di applicazione dell'articolo 6 § 2 non si limita ai procedimenti penali pendenti, ma si estende alle procedure giudiziarie consecutive al proscioglimento definitivo dell'accusato"* (Corte europea diritti dell'uomo, Sez. II, Sent., (data ud. 20/03/2012) 10/04/2012, n. 32075/9). *"Anche in assenza di constatazione formale, è sufficiente una motivazione che lasci intendere che il giudice considera l'interessato colpevole"* (ibidem).

Mentre qualsiasi sentenza di proscioglimento, anche se con il beneficio del dubbio, dovrebbe impedire alla Autorità Giudiziaria di esprimere dubbi sulla colpevolezza, comportando il deliberato disconoscimento del precedente giudicato (Corte europea diritti dell'uomo, Sez. II, Sent., (data ud. 01/10/2013) 29/10/2013, n. 17475/9).

La recente sentenza di legittimità, dunque, segna un ulteriore e significativo approdo nella tassativizzazione processuale della prevenzione generica, destinato, in chiave sistematica, ad affidare l'accertamento di colpevolezza alla sede processuale presidiata da maggiori garanzie ed a scongiurare il rischio di contraddizione tra gli esiti dei diversi procedimenti.

**REVOCAZIONE DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE:  
EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE ED APPLICAZIONE PRATICA ALLA LUCE DELLE  
SEZIONI UNITE LO DUCA SUL CONCETTO DI PROVA NUOVA.**

Il tema della revocazione della confisca di prevenzione costituisce argomento dibattuto, che ha dato luogo a molteplici e controverse interpretazioni da parte del Giudice di legittimità.

La problematica affonda le proprie radici in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 159/2011, c.d. codice antimafia, laddove si manifestava concretamente la necessità di individuare il rimedio alla confisca di prevenzione operata ai sensi dell'art. 2 ter della legge 575/1965.

Già le Sezioni Unite Pisano del 2001 e Auddino del 2006 individuarono nell'istituto della revocazione della misura personale, ex art 7 legge 1423/56, il rimedio atto a fronteggiare il giudicato della misura patrimoniale della confisca.

In ordine ai limiti applicativi dello strumento riparativo ex art. 7 legge 1423/56 così si esprimeva la sentenza Auddino: *“Ci si deve però soffermare ancora su questa revoca, per tornare ad osservare che essa si riferisce ad un provvedimento definitivo. Carattere, questo, che preclude di rimettere in discussione con l'istanza atti o elementi già considerati nel procedimento di prevenzione o in esso deducibili. Come correttamente rileva Cassazione Sezione sesta, 46449/04, Cerchia e altro, la richiesta di rimozione del provvedimento definitivo deve muoversi nello stesso ambito della rivedibilità del giudicato di cui agli articoli 630 e ss. Cpp, con postulazione dunque di prove nuove sopravvenute alla conclusione del procedimento (e sono tali anche quelle non valutate nemmeno implicitamente: Su, 26 settembre 2001, Pisano), ovvero di inconciliabilità di provvedimenti giudiziari, ovvero di procedimento di prevenzione fondato su atti falsi o su un altro reato. Gli elementi dedotti saranno diretti a dimostrare l'insussistenza di uno o più dei presupposti del provvedimento reale e pertanto in primo luogo la pericolosità del proposto, ma anche, unitamente o separatamente, la disponibilità diretta o indiretta del bene in capo al proposto medesimo, il valore sproporzionato della cosa al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, il frutto di attività illecite o il reimpiego di profitti illeciti.”*

Le Sezioni Unite Auddino, sulla scia della pronuncia Pisano del 2001, introducevano il concetto di revocazione in funzione di revisione, operando un parallelismo tra il procedimento di prevenzione ed il procedimento penale, in cui il primo resta assimilato al secondo e disegnando i limiti dell'istituto in parola sugli stessi margini della revisione del giudicato penale ex art. 629 e ss c.p.p.

Con l'introduzione del cod. antimafia (d. lgs. 159/2011) il Legislatore ha positivamente legiferato in punto di revocazione introducendo in maniera espressa il rimedio di cui all'art 28 del testo in parola, che così recita *“La revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione può essere richiesta, nelle forme previste dagli articoli 630 e seguenti del codice di procedura penale, in quanto compatibili, alla corte di appello individuata secondo i criteri di cui all'articolo 11 dello*

stesso codice:

- a) in caso di scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento;
  - b) quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, **sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione**, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca;
  - c) quando la decisione sulla confisca sia stata motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato.
2. In ogni caso, la revocazione può essere richiesta solo al fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura.
3. La richiesta di revocazione è proposta, a pena di inammissibilità, entro sei mesi dalla data in cui si verifica uno dei casi di cui al comma 1, salvo che l'interessato dimostri di non averne avuto conoscenza per causa a lui non imputabile.
4. Quando accoglie la richiesta di revocazione, la corte di appello provvede, ove del caso, ai sensi dell'articolo 46.”

Al fine di chiarire l'ambito applicativo della novella legislativa, l'art 117 del cod. antimafia ha specificato che “Le disposizioni contenute nel libro I non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione. In tali casi, continuano ad applicarsi le norme previgenti”.

Con tale norma intertemporale, il Legislatore ha voluto espressamente limitare l'ambito applicativo della novella ai quei procedimenti di prevenzione la cui proposta di applicazione della misura sia stata formulata successivamente alla entrata in vigore della norma (6 settembre 2011).

Tale distinzione, seppur apparentemente pacifica, ha trovato un limite nel concetto di *prova nuova*, utile al fine di invocare il rimedio della revocazione. La giurisprudenza di legittimità sul punto, seppur precisando che in ordine alla istanza di revoca della confisca definitiva di prevenzione - in caso di proposta per l'applicazione della misura antecedente al 13 ottobre 2011 ai sensi dell'art. 117, comma 1, d.lg. n. 159 del 2011 - non trova applicazione la disciplina dell'art. 28 d.lg. n. 159 del 2011, bensì l'art. 7 l. 27 dicembre 1956, n. 1423 (ex plurimis Cassazione penale, sez. V, 11/07/2023, n. 38365), ha visto fiorire antitetiche interpretazioni intorno al concetto di “prova nuova”.

Seconda una prima corrente giurisprudenziale, sulla scorta delle Sezioni Unite Pisano del 2001 ed Auddino del 2006, “sono “prove nuove” rilevanti ai sensi dell'art. 630, lett. c), c.p.p. non solo le prove sopravvenute alla sentenza definitiva di condanna e quelle scoperte successivamente ad essa, ma anche quelle non acquisite nel precedente giudizio ovvero acquisite, ma non valutate neanche implicitamente, purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice, e indipendentemente dalla circostanza che l'omessa conoscenza da parte di

*quest'ultimo sia imputabile a comportamento processuale negligente o addirittura doloso del condannato [...]*" (sent. Auddino).

Tale interpretazione normativa, maggiormente estensiva, è frutto della visione del concetto di revocazione in funzione di revisione e trova il proprio fondamento nella costante assimilazione del procedimento di prevenzione al procedimento penale, che trova nella revisione ex art. 629 e ss c.p.p. il rimedio alla intangibilità del giudicato.

A tale visione maggiormente garantista, si contrappone quella più restrittiva che si è fatta largo all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 28 cod. antimafia, tendente ad assimilare la revocazione di prevenzione alla revocazione della sentenza civile ex art. 395 c.p.c., sul presupposto del carattere non punitivo della stessa, bensì «meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene».

Tale orientamento muta la natura dell'istituto, non più quale strumento in funzione di revisione del processo, bensì quale rimedio ad una pronuncia incidente su interessi meramente patrimoniali comportando, conseguentemente, un mutamento giurisprudenziale in materia di prova nuova, di tal che viene considerata tale non già *la prova sopravvenuta o anche preesistente, ma non valutata neanche implicitamente, purché non si tratti di prova dichiaratamente inammissibile o ritenuta superflua dal giudice, e indipendentemente dalla circostanza che l'omessa conoscenza da parte di quest'ultimo sia imputabile a comportamento processuale negligente o addirittura doloso del condannato [...]*, ma solo *la prova sopravvenuta alla conclusione del procedimento di prevenzione, essendosi formata dopo di essa ed anche quella preesistente, ma incolpevolmente scoperta dopo che la misura è divenuta definitiva, non essendo tale quella deducibile e non dedotta nell'ambito del suddetto procedimento, in assenza di forza maggiore o caso fortuito.*

Le Sezioni Unite Lo Duca del 2022 (sent. 26 maggio 2022 (dep. 17 novembre 2022), n. 43668) ripercorrono l'iter giurisprudenziale in commento, giungendo a tale ultima determinazione, di fatto stringendo drasticamente l'ambito di applicabilità dello strumento della revocazione della confisca di prevenzione, prevedendo un onere probatorio in capo all'istante circa l'incolpevole indeducibilità della prova decisiva durante il procedimento di prevenzione.

Il *dictum* della Suprema Corte appare *prima facie* contrastare con le garanzie difensive, a dire il vero assai limitate, riconosciute nel procedimento di prevenzione attraverso un lento e graduale accostamento alle guarentigie processuali riservate al processo penale.

Si pensi, per esempio, alle conquiste in punto di garanzia probatoria nell'ambito del procedimento di prevenzione, attraverso la previsione di un diritto alla prova riconosciuto al proposto ed ai terzi interessati che gradualmente si afferma con sempre più vigore nel procedimento speciale.

La pronuncia in parola sembra, di fatto, sconfessare tali principi, riportando la misura di prevenzione in un ambito amministrativo ed allontanandola ancora una volta dalle garanzie processualpenalistiche.

Parametrare la misura ablativa al rapporto civilistico fra privati equivale a fornire una interpretazione della stessa non costituzionalmente orientata, in quanto in evidente contrasto con l'art. 42 della carta costituzionale.

Peraltro, l'argomento sistematico sviluppato sulla base della sub valenza degli interessi patrimoniali in gioco con implicata assimilabilità del rimedio straordinario ex art.28 cit., a quello regolato dall'art.395 cpp (la cui disciplina apporterebbe *“un utile contributo sul piano dell'interpretazione logico sistematica alla ricostruzione del contenuto e dell'ambito di applicazione dell'articolo 28, c. 1, lett a )”*), appare assai poco persuasivo, perché a ben vedere la revocazione processualcivilistica non si presta come modello di riferimento di un sistema che nega la possibilità di correggere la decisione ingiusta anche quando essa sia inficiata da grave errore di fatto.

E' vero che l'articolo 395 cpc, ai fini della richiesta di revocazione della sentenza civile, ai punti 2) e 3) del primo comma, assegna centralità alla preesistenza della prova ma è altrettanto vero che al successivo punto 4) include tra le ipotesi di revocazione l'errore di fatto commesso dal giudice, così ampliando in maniera consistente la tutela accordata al patrimonio ingiustamente inciso.

Si vuol dire che l'ambito confinato ed asfittico della tutela accordata in via straordinaria non è nemmeno giustificato dalla tutela costituzionale di “rango” inferiore del patrimonio inciso dalla misura ablatoria cui “ben può derivare” un differente bilanciamento rispetto alla generale esigenza di certezza garantita dalla stabilità del giudicato. Certezza volta a tutelare l'interesse pubblicistico assunto dal bene confiscato in ragione della destinazione che gli viene data dopo la definitività del provvedimento di confisca. L'argomento è di scarsa efficacia perché l'interesse della stabilità della destinazione pubblicistica del bene confiscato è già tutelato – a prescindere dalle iniziative delle parti intese a rimediare l'ingiustizia della ablazione definitiva - attraverso l'articolo 46 del CAM, in ragione del quale l'eventuale pronuncia di accoglimento della revocazione, in caso di bene già “destinato”, comporterebbe non una *restitutio in integrum*, bensì una restituzione per equivalente.

Ed allora, si staglia chiaro sullo sfondo piuttosto l'autoritarismo di un sistema che espropria diritti e soffoca anche i possibili rimedi postumi all'ingiustizia del provvedimento, rimarcando il tratto stigmatizzante e punitivo della misura patrimoniale.

Ne deriva una evidente compressione dei diritti e delle garanzie spettanti al cittadino, chiamato a difendere il diritto di proprietà a fronte di contestazioni risalenti nel tempo, non avendo la possibilità di poter infrangere il giudicato formato sulla misura patrimoniale sulla scorta di elementi probatori scoperti successivamente, salvo fornire la prova della incolpevole indeducibilità nell'ambito del procedimento principale.

Lo squilibrio fra lo Stato ed il cittadino è evidente ed i pericoli che derivano altrettanto palesi.

Allo Stato, invero, è riconosciuto il potere di apprendere patrimoni ritenuti non legittimamente acquisiti sulla scorta di meri calcoli statistici, facendo riferimento anche ad un arco temporale risalente nel tempo, attraverso un procedimento sommario che riconosce stringati poteri probatori

ai soggetti coinvolti, mentre questi devono rinvenire le prove a discolta in un tempo limitatissimo, che è quello del procedimento di primo grado e della impugnazione (che prevede il termine di appena 10 giorni per la proposizione del ricorso). Con l'ulteriore limite ora incombente sull'interessato di fornire la prova della incolpevole non deduzione degli elementi sopravvenuti al giudicato o preesistenti ma incolpevolmente sconosciuti, pena l'inammissibilità della istanza di revocazione.

Le problematiche sotto il profilo pratico sono chiare.

Si pensi, per esempio, ad una misura patrimoniale avente ad oggetto un periodo di tempo risalente oltre il termine decennale di conservazione degli atti da parte della P.A., con l'evidente difficoltà per gli interessati non solo di procurarsi nell'immediatezza del procedimento la documentazione giustificativa di contributi ed erogazioni statali ricadenti in quell'arco temporale, ma anche di utilizzare la documentazione probatoria successivamente e faticosamente acquisita, stante l'incombente onere probatorio di dimostrare in sede di revocazione l'incolpevole indeducibilità nel procedimento di prevenzione.

Ne deriva un evidente contrasto con i principi regolatori del rapporto fra Stato e cittadino, da ultimo richiamati anche nella novella apportata alla legge sul procedimento amministrativo, in specie il comma 2 – bis dell'art. 1 DL 241/1990 che così recita: *“i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e buona fede”*.

Tale principio deve essere necessariamente veicolato all'interno della normativa antimafia, di tal che la prova circa la deducibilità dell'elemento probatorio preesistente non può non tenere conto della buona fede serbata dal cittadino verso la Pubblica Autorità.

\*\*\*

Una ulteriore problematica riscontrata all'indomani delle Sezioni Unite Lo Duca è quella relativa alla estensibilità *ratione temporis* dei principi in essa contenuti anche alle istanze di revocazione proposte ai sensi della precedente normativa antimafia, ex art. 7 legge 1423/1956, con particolare rilievo al concetto di “prova nuova” rilevante ai fini dell'istituto in parola.

Già il quesito di rimessione, formulato alle Sezioni Unite, conteneva l'espressa previsione delle revocazioni proposte ai sensi dell'art. 28 cod. antim.: *«Se, ai fini della revocazione della confisca, ai sensi dell'art. 28 del d. lgs. n. 159 del 2011 nella nozione di “prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento” debbano includersi, o meno, anche le prove preesistenti alla definizione del giudizio che, sebbene deducibili in tale sede, non siano però state dedotte, e perciò valutate, in conformità alla nozione di prova nuova come elaborata ai fini della revisione nel procedimento penale»* (v. Cass., V sez., sentenza 22 novembre 2021, n. 4292).

La problematica assume rilievo in punto di criterio adottabile in ragione della disciplina applicata: sul punto, come visto, la norma contenuta nell'art. 117 del cod. antimafia individua un preciso limite temporale di applicazione della novellata disciplina nella data di formulazione della proposta di

applicazione della misura di prevenzione.

Ne deriverebbe, secondo un primo orientamento, la non applicabilità del principio restrittivo di “prova nuova” contenuto nell’art. 28 d.lgs. 159/2011 alle revocazioni proposte ai sensi dell’art. 7 legge 1423/56 e, conseguentemente, la non riferibilità della giurisprudenza restrittiva, da ultimo compendiata nelle Sezioni Unite Lo Duca, che restringe il concetto di prova nuova utilizzabile in sede di revocazione.

Per tali procedure, dunque, continuerebbe ad applicarsi *ratione temporis* la precedente normativa ed i principi in tema di revocazione contenuti nelle Sezioni Unite Pisco ed Auddino, che estendono il concetto di prova nuova anche a quelle prove preesistenti ma mai valutate, neanche implicitamente, per qualsivoglia ragione, nel corso del procedimento di prevenzione.

A sostegno di questa corrente di pensiero si è espressa la Suprema Corte con la sentenza n. 8 novembre 2023, n. 7009, successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite Lo Duca, la quale muove dalla costante assimilazione della revoca ex art. 7 L. 1423/1956 all’istituto della revisione processuale penale: *“la richiesta di rimozione del provvedimento definitivo in tema di misure di prevenzione, hanno osservato le Sezioni Unite, deve avere un ambito applicativo conforme al solco dei limiti di rivedibilità del giudicato di cui agli artt. 630 e ss. cod. proc. pen., con postulazione, dunque, di prove nuove sopravvenute alla conclusione del procedimento, escludendo dal relativo novero “gli elementi già considerati nel procedimento di prevenzione o in esso deducibili” e giudicando esplicitamente prove nuove anche “quelle non valutate nemmeno implicitamente”, secondo un approdo ormai raggiunto, in tema di elaborazione delle condizioni per la revisione in generale (da Sez. U., 26 settembre 2001, Pisano)”*.

Altra corrente di pensiero, elaborata soprattutto dai giudici di merito, ritiene però estensibile anche alle revocazioni ex art. 7 legge 1423/56 i principi giurisprudenziali formati con riferimento alla revocazione ex art. 28 cod. antim. e, conseguentemente, applicabile ad essi l’interpretazione maggiormente restrittiva del concetto di prova nuova. Tale assunto muove dal presupposto della immutabilità nel tempo dello strumento della revocazione della confisca, di tal che il novellato art. 28 rappresenterebbe mera formalizzazione e recepimento della operazione ermeneutica realizzata in riferimento all’art. 7 della previgente normativa (proc. eredi Scinardo – Tribunale di Catania).

Interpretazione, questa, che presta il fianco a critiche in punto di garanzie riservate al cittadino, al quale viene di fatto applicata una normativa non esistente al tempo di proposizione della proposta di misura di prevenzione, il cui contenuto letterale differisce diametralmente dalla normativa *ratione temporis* applicabile, laddove l’art. 28 individua nelle sole prove nuove sopravvenute gli elementi necessari per procedere in sede di revocazione. Proprio da tale formulazione sono derivate le pronunce di legittimità in tema di individuazione della prova nuova, che ha trovato la momentanea definizione nei principi contenuti nella sentenza Lo Duca.

L’adesione a tale interpretazione porta con sé evidenti pregiudizi per il cittadino, il quale si trova a

confrontarsi con un nuovo e più restrittivo concetto di prova nuova, anche a fronte di confische operate con la precedente normativa, incombando su di egli l'onere della prova circa l'incolpevole indeducibilità dell'elemento probatorio preesistente.

Sul punto si riporta la sentenza di legittimità sez. V, 11/07/2023, n. 38365 che così statuisce:

*“In ordine alla istanza di revoca della confisca definitiva di prevenzione - in caso di proposta per l'applicazione della misura antecedente al 13 ottobre 2011 ai sensi dell'art. 117, comma 1, d.lg. n. 159 del 2011 - non trova applicazione la disciplina dell'art. 28 d.lg. n. 159 del 2011, bensì l'art. 7 l. 27 dicembre 1956, n. 1423, dovendo intendersi quale prova nuova per la revoca sia quella sopravvenuta alla conclusione del procedimento di prevenzione, essendosi formata dopo di essa, sia anche quella preesistente, ma incolpevolmente scoperta dopo che la misura è divenuta definitiva, non essendo tale quella deducibile e non dedotta nell'ambito del suddetto procedimento, in assenza di forza maggiore o caso fortuito”.*

Principio che, però, non trova alcun riscontro nel *dictum* della sentenza Lo Duca, la quale mai fa riferimento alla estensione del criterio restrittivo di prova nuova anche alle revocazioni ex art. 7, precisando, anzi, la diversità sostanziale dei due istituti.

A conforto di tale ultima osservazione, si riporta ancora la già citata recentissima pronuncia della Suprema Corte Sez. 6 Num. 7009 Anno 2024, rel. De Amicis (medesimo giudice relatore della pronuncia delle Sezioni Unite Lo Duca 26 maggio 2022 n. 43668): *“Gli elementi dedotti devono cioè essere diretti, nella utilizzazione dell'art. 7, a dimostrare l'insussistenza di uno o più dei presupposti del provvedimento reale e, pertanto, in primo luogo la pericolosità del proposto, ma anche, unitamente o separatamente, la disponibilità diretta o indiretta del bene in capo a questi.*

*Dunque, una prova sopravvenuta ovvero una prova preesistente e non deducibile - nel senso che la parte non aveva potuto a suo tempo portarla alla cognizione del giudice per causa di forza maggiore o per fatto del terzo o perché materialmente "scoperta" successivamente - «[...] indipendentemente dalla circostanza che l'omessa conoscenza da parte di quest'ultimo sia imputabile a comportamento processuale negligente o addirittura doloso del condannato, rilevante solo ai fini del diritto alla riparazione dell'errore giudiziario»”, ovvero, ancora, una prova dedotta ma nemmeno implicitamente valutata”.*

Tale recentissimo arresto appare assimilabile ad una interpretazione “autentica” del principio trasposto nel corpo della pronuncia Lo Duca, al fine di chiarire l'ambito di applicabilità del concetto restrittivo di prova nuova, riservato unicamente alle revocazioni proposte ai sensi dell'art. 28 cod. antim.

Tale interpretazione appare maggiormente ancorata su principi garantisti, riconoscendo la possibilità agli interessati, già soggetti a confisca ex legge 575/65, di poter infrangere il giudicato in presenza di prove anche preesistenti, ma mai valutate, anche implicitamente, dai giudici della prevenzione, liberandoli dall'onere di provare le ragioni incolpevoli della mancata deduzione nel

corso del giudizio di prevenzione.

Interpretazione, questa, che sarebbe assolutamente aderente alla volontà del Legislatore, che con la previsione dell'art. 28 cod. antim. ha voluto espressamente limitare il ricorso alla revocazione, allontanandola dallo strumento processualpenalistico della revisione, mediante la previsione di un termine di decadenza perentorio ai fini della proposizione della domanda.

## **ALLE SEZIONI UNITE LA QUESTIONE SE LA CONFISCA PER EQUIVALENTE POSSA ESSERE DISPOSTA PER L'INTERO PROFITTO IN CAPO A CIASCUNO DEI CONCORRENTI NEL REATO**

### La questione

Con ordinanza del 5 marzo 2024, depositata il 3 giugno 2024, n. 22935, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione: «se, in caso, di pluralità di concorrenti nel reato, la confisca per equivalente del relativo profitto possa essere disposta per l'intero nei confronti di ciascuno di essi, indipendentemente da quanto da ognuno eventualmente percepito, oppure se ciò possa disporsi soltanto quando non sia possibile stabilire con certezza la porzione di profitto incamerata da ognuno; od ancora se, in quest'ultimo caso, la confisca debba comunque essere ripartita tra i concorrenti, in base al grado di responsabilità di ognuno oppure in parti uguali, secondo la disciplina civilistica delle obbligazioni solidali».

### La vicenda processuale

La questione rimessa alle Sezioni Unite si è posta nell'ambito di un ricorso di legittimità presentato avverso una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, in relazione al delitto di associazione per delinquere finalizzato alla corruzione tra privati ed altri reati scopo, con la quale era stata disposta la confisca nei confronti di due dei concorrenti nei reati. Da quanto emerge dall'ordinanza di rimessione, il Giudice delle indagini preliminari di Vicenza aveva argomentato che nei confronti di ciascuno dei correi è possibile applicare la confisca diretta nella misura del profitto conseguito da ciascuno soltanto quando l'incremento patrimoniale individuale sia emerso con chiarezza dalle risultanze probatorie. Se, diversamente, non sia possibile stabilire con certezza le quote di profitto effettivamente conseguite da ciascun concorrente, nei confronti di coloro per i quali tale dato non sia accertato è possibile procedere soltanto a confisca per equivalente. Peraltro, la confisca per equivalente può essere disposta nei confronti di ognuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto del reato complessivamente accertato.

Dagli atti processuali, ed in particolare in base alle stesse dichiarazioni del primo ricorrente, risultava che il profitto ricavato dagli episodi corruttivi era pervenuto interamente nella sua disponibilità, mentre non era emersa prova di una successiva spartizione fra i correi. Pertanto, la sentenza aveva disposto nei confronti del primo ricorrente la confisca diretta del denaro costituente il profitto dei reati e, in caso di liquidità insufficiente, la confisca per equivalente. Invece, nei confronti dell'altro ricorrente, era stata disposta la confisca nella forma per equivalente dell'intero profitto dei reati al medesimo ascritti.

I concorrenti, lamentando la violazione di legge in relazione all'applicazione della confisca per equivalente in capo a ciascuno dei correi per l'intero profitto dei reati loro attribuiti, avevano rilevato

l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto.

### Il contrasto giurisprudenziale

Come sottolineato nell'ordinanza di rimessione, la decisione dei ricorsi di legittimità presuppone la risoluzione di un annoso contrasto giurisprudenziale relativo alla ripartizione della confisca del profitto del reato fra i concorrenti nel medesimo. Infatti, posto che la confisca va disposta in relazione all'intero ammontare del profitto confiscabile, si pone il dubbio di come quantificare l'oggetto del provvedimento ablativo nel caso di concorso di più persone nel reato.

Qualora si tratti di confisca diretta, essa non può che applicarsi esclusivamente in relazione all'effettivo profitto conseguito dal soggetto, incombendo sulla Pubblica accusa l'onere di dimostrare il concreto arricchimento ottenuto dal singolo concorrente nel reato. Tale impostazione deriva dalla intrinseca funzione della misura di sicurezza, ovvero quella di recuperare al patrimonio dello Stato il profitto derivante dalla commissione di un reato impedendo all'imputato di lucrare un vantaggio economico dall'illecito. In tal senso si veda Cass. Pen., Sez. V, 7.12.2017 n. 11981 nella quale si è precisato che si travalica l'ambito oggettivo della confisca prevista dall'art. 240 c.p. «qualora si intendano confiscare beni del coimputato che non abbia tratto personale profitto dal reato».

Invece, nell'ipotesi in cui sia disposta la confisca per equivalente, è controverso se tale misura possa essere applicata per l'intero valore del profitto nei confronti di ciascun concorrente, indipendentemente dall'effettivo arricchimento individuale, oppure se essa debba essere suddivisa fra i concorrenti e, in questo caso, secondo quali criteri.

Si tratta di un problema che si pone, in modo speculare, già con riferimento al provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca fermo restando che, all'esito del giudizio, il calcolo del profitto derivante dal reato, complessivo o individuale, può subire delle modifiche.

L'elaborazione giurisprudenziale formatasi sul tema nel corso degli anni ha preso le mosse dalla pronuncia Cass. Pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, emessa nella vicenda "Fisia Italimpianti", la quale aveva affermato che «di fronte ad un illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente».

Facendo leva sul predetto principio solidaristico, l'orientamento prevalente ne ha dedotto che la confisca per equivalente deve essere disposta verso ciascuno dei correi per l'intera entità del profitto accertato a prescindere dalla valutazione delle condotte individuali ed indipendentemente da quanto conseguito dal singolo, fatta salva la solidarietà interna tra i concorrenti. In tal senso, si veda ex multis Cass. Pen., Sez. II, 18.4.2023 n. 22053, che in tema di confisca per equivalente in un caso di concorso nel reato di riciclaggio ha ritenuto possibile la confisca dell'intero prodotto «anche per equivalente a prescindere dal ruolo concretamente svolto da ciascun concorrente,

essendo sufficiente a tal fine un qualunque contributo causale, con l'unico limite costituito dal divieto di duplicazione».

Secondo un diverso orientamento, sviluppatosi soprattutto con riferimento alla fase cautelare, qualora sia possibile determinare la quota del profitto ricavata da ognuno, il provvedimento ablativo non può applicarsi per l'intero a ciascun correo ma deve tenere conto di quanto individualmente percepito. Tuttavia, come precisato da Cass. Pen., Sez. III, 6.3.2024 n. 11617 «ove la natura della fattispecie concreta non consenta d'individuare la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente, o la sua esatta quantificazione, il sequestro preventivo deve essere disposto per l'intero importo del profitto nei confronti di ciascuno». Negli stessi termini, si veda Cass. Pen., Sez. VI,

10.6.2022 n. 33757.

In base ad una terza impostazione, è in ogni caso necessario suddividere la confisca del profitto del reato fra i concorrenti, anche nell'ipotesi in cui non sia possibile stabilire la porzione di profitto concretamente attribuibile a ciascuno. In questa prospettiva, tuttavia, divergono le opinioni sulle modalità con cui tale divisione dovrebbe essere operata. Secondo Cass. Pen., Sez. I, 16.11.2016, n. 4902, l'importo totale del profitto andrebbe frazionato in parti uguali fra tutti i concorrenti «secondo il criterio della solidarietà interna di cui all'art. 1298 ce». Invece, Cass. Pen., Sez. VI, 20.1.2021, n. 4727, ha precisato che il riparto della confisca deve essere commisurato in prima battuta al grado di partecipazione al profitto di ciascun concorrente ed eventualmente, qualora tale determinazione non sia possibile, «risulta legittima la suddivisione dell'importo pro-quota tra i compartecipi».

### Brevi osservazioni

A fronte del variegato panorama giurisprudenziale, le Sezioni Unite sono chiamate a porre fine ad un contrasto giurisprudenziale che da troppo tempo genera incertezza su un istituto il quale, come precisato nell'ordinanza di rimessione, ha «ricadute incisive sui diritti del cittadino». Nell'attesa di conoscere la decisione che finalmente farà chiarezza sulla questione, ci si limita alle seguenti osservazioni. Secondo il pacifico orientamento giurisprudenziale, fatto proprio dalla Corte Costituzionale già con l'ordinanza 2.4.2009 n. 97, «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un rapporto di pertinenzialità (inteso come nesso diretto e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole così una natura eminentemente sanzionatoria». Anche di recente le Sezioni Unite, ripercorrendo e avallando le pronunce emesse sul punto sia dalla Corte Costituzionale sia dalla Corte di Cassazione, hanno confermato che la confisca per equivalente «va considerata una pena come tale assistita da tutte le garanzie prescritte al riguardo dall'art. 7 della CEDU» e che si deve declinare «la funzione della misura in

chiave marcatamente sanzionatoria». In tal senso, Cass. Pen., Sez. Un., 29.9.2022 n. 4145. Dal carattere di sanzione della confisca per equivalente, l'orientamento maggioritario ne trae la conseguenza che tale misura può essere disposta in capo a ciascun concorrente per l'intero profitto del reato. Tuttavia, tale orientamento muove dall'erroneo presupposto dogmatico che il modello unitario del reato concorsuale implichi una confisca di valore uguale in capo a ciascuno dei correi. Secondo questa prospettiva, l'unitarietà del concorso dovrebbe comportare, con riferimento alla confisca per equivalente, l'applicazione del medesimo trattamento sanzionatorio a tutti i concorrenti del reato. In realtà, anche nell'ambito dei reati concorsuali, il nostro sistema impone al giudice di commisurare la pena in relazione alla specifica condotta individuale ed al grado di responsabilità di ciascun correo. In altri termini, il principio solidaristico cui si ispira la disciplina del concorso di persone nel reato e che comporta la corresponsabilità di tutti in relazione all'illecito concorsuale, non determina affatto una sanzione identica per ciascuno dei correi posto che la pena deve essere valutata caso per caso secondo i canoni dell'art. 133 c.p. Pertanto, la regola juris in base alla quale nei confronti del singolo concorrente la confisca per equivalente si applica per l'intero profitto del reato, a prescindere dal concreto contributo causale, configge con i principi che regolano la commisurazione della pena in capo ai diversi soggetti.

In definitiva, contrariamente a quanto ritenuto dal predetto orientamento, è proprio la natura sanzionatoria della misura per equivalente che induce ad escludere che a ciascun concorrente possa essere applicata automaticamente, ed indiscriminatamente, la confisca per equivalente per tutto l'importo del profitto del reato. Un provvedimento ablativo disposto per l'intero profitto, indipendentemente dalla ponderazione della singola condotta di ciascuno dei correi, si tradurrebbe in una pena patrimoniale irrogata in misura fissa, non parametrata alla porzione di profitto individualmente percepita, e quindi in contrasto con il principio di proporzionalità della pena. Pertanto, la posizione giurisprudenziale che trae dalla natura sanzionatoria della confisca per equivalente la possibilità di applicare la misura in capo a ciascun correo per l'intero valore del profitto, appare priva di fondamento giuridico.

Si osserva, altresì, che in molte delle pronunce che si sono espresse sul tema, emerge un equivoco di fondo su quella che è la funzione della confisca per equivalente. Tale tipologia di misura, si applica in via sussidiaria soltanto nell'ipotesi in cui non sia possibile apprendere in via diretta lo specifico profitto del reato. Al riguardo, già Cass. Pen., Sez. III, 4 ottobre 2012, n. 38740, si era soffermata sul fatto che dalle disposizioni normative che contemplano le ipotesi di confisca per equivalente si trae il principio della sussidiarietà della confisca per equivalente rispetto a quella diretta. Va da sé che la determinazione della misura della confisca per equivalente presuppone l'esatto calcolo del profitto derivato dal reato e si applica sui beni di cui il reo ha la disponibilità per un «valore corrispondente» a tale profitto. Trasferendo tali considerazioni sul piano del reato concorsuale, in relazione a ciascun concorrente la confisca per equivalente non può che limitarsi al

concreto profitto effettivamente conseguito dal singolo poiché, sottraendo al destinatario della misura ablativa più di quanto egli ha effettivamente ottenuto dalla condotta illecita, la confisca per equivalente eccederebbe rispetto a quello che è il suo parametro di riferimento. Altri indici, come quelli relativi all'efficacia del contributo causale o al grado della responsabilità individuale, appaiono in realtà eterogenei rispetto al precipuo scopo di tale misura.

Quanto al richiamo all'art. 1298 ce, questa disposizione normativa attiene alla disciplina civilistica relativa alle modalità di riparto interno di un'obbligazione risarcitoria fra debitori solidali. Al riguardo, è appena il caso di sottolineare che i principi che attengono alla suddivisione dell'obbligo risarcitorio, non hanno nulla a che vedere con i criteri di commisurazione della pena.

In conclusione, in base ai principi che si ricavano dal tessuto normativo e dalla stessa elaborazione giurisprudenziale, in caso di reato concorsuale la confisca per equivalente dovrebbe essere disposta solo per l'importo corrispondente all'effettivo arricchimento concretamente conseguito da ciascuno dei concorrenti. Da ultimo, sempre alla luce della natura sanzionatoria della misura, si rileva che l'inflizione di una confisca per equivalente determinata in misura fissa nei confronti di tutti i concorrenti nel reato, senza alcuna valutazione delle singole condotte, si pone in palese contraddizione con il principio di personalità della pena.

**L'INCESSANTE EROSIONE DELLO STATUTO DELLE GARANZIE  
NEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE  
(CASS. SEZ. II, SENT. 16486/24)**

Il Legislatore del 2017 (L. 161/17) ha ridisegnato, tra l'altro, l'istituto della revocazione del provvedimento di confisca, con espresso richiamo a quello della revisione di cui all'art. 630 cpp.

L'intento dichiarato nei lavori preparatori non era quello di garantire uno strumento di impugnazione straordinaria, ma quello di assicurare tendenziale intangibilità ai provvedimenti di ablazione patrimoniale definitiva, nel rispetto del principio di stabilità dei rapporti giuridici.

Il procedimento di prevenzione, infatti, è caratterizzato da un giudicato "debole", allo stato degli atti, sempre revocabile al mutare delle condizioni che lo avevano legittimato, come al sopravvenire di una prova nuova, da intendersi in senso restrittivo come non deducibile in precedenza.

Lo strumento della revocazione, dunque, ha comportato una restrizione dei casi e dei modi di revisione del giudicato di prevenzione, in un procedimento che non conosce la forza del giudicato propria del procedimento penale ordinario.

Un meccanismo simile, nelle forme, alla revisione che, però, al contrario, si attua in un processo nel quale è impossibile la rimozione del giudicato assolutorio e, corrispettivamente, si giustificano gli stretti limiti alla rivisitazione di quello di condanna.

Ciò ha comportato, peraltro, una parossistica asimmetria tra parte privata – vincolata ai presupposti dell'art. 28 CAM – e parte pubblica, sciolta da ogni vincolo ed abilitata, nella sostanza, a riproporre infinite istanze di confisca, senza essere tenuto ad addurre, in un qualsiasi termine decadenziale, prove che si apprezzino per essere nuove o incolpevolmente ignorate.

In definitiva, il procedimento di prevenzione si è dotato di uno strumento che, formalmente, costituisce una garanzia di effettiva tutela del proposto, perchè finalizzato alla rimozione dell'errore giudiziario, ma, sostanzialmente, ha trasformato il provvedimento di confisca in un giudicato "forte", mentre quello di rigetto è rimasto instabile.

Oggi, rimuovere un decreto di ablazione definitiva richiede, dunque, di addurre prove che siano nuove e decisive e farlo nello strettissimo termine decadenziale di sei mesi dalla loro sopravvenienza.

Instare nuovamente per una confisca già rigettata pretende soltanto un elemento di fatto nuovo, mai prospettato in precedenza.

Si tratta di una delle numerose dissimmetrie che caratterizzano il procedimento di prevenzione e che, in questo caso, incide direttamente su uno dei cardini ordinamentali: la parità tra le parti processuali.

Come se ciò non bastasse, la giurisprudenza di legittimità sta progressivamente incidendo sulla ermeneusi dell'istituto, scolpendone una interpretazione sempre più restrittiva, sia quanto alla elaborazione del concetto di "prova nuova", sia quanto al computo dei termini di decadenza.

Sotto il primo punto di vista, recente ed autorevolissimo è stato l'intervento del massimo organo

della nomofilachia nel limitare la prova deducibile in sede di revocazione solo a quella sopravvenuta o incolpevolmente ignorata (SSUU Lo Duca, già segnalata sul sito dell'osservatorio). Sotto il secondo, la giurisprudenza ha elaborato una lettura della norma che mal si concilia con il requisito di merito della "decisività" della prova.

Di recente, infatti, la Corte di Cassazione (Cass. Sez. II, sent. 16486/24) ha proceduto ad una applicazione strettamente letterale e fortemente restrittiva del termine semestrale di revocazione, stabilendo che lo stesso decorre, autonomamente, da ogni singola sopravvenienza, così giudicando tardiva la richiesta di revocazione basata congiuntamente su due sentenze, una civile ed una penale, essendo decorsi oltre sei mesi dalla definitività della prima.

Secondo la Corte, il Legislatore, al fine di *"garantire certezza ai rapporti giuridici sorti in forza del provvedimento di confisca"*, ha voluto fissare un termine perentorio per assicurare che ogni singolo fatto nuovo sia tempestivamente posto a fondamento dell'istanza, *"senza alcuna possibilità di proroga a fronte di elementi concorrenti o differenti dedotti nella medesima istanza"* poiché diversamente si finirebbe *"per spostare in avanti il termine inderogabile fissato dall'art. 28"*.

Nell'ipotesi, quindi, della sopravvenienza di più elementi decisivi, da ciascuno di essi decorre il termine semestrale, *"con possibilità di successiva riunione del procedimento, ove le diverse istanze di revocazione vengano poi a sovrapporsi od a risultare pendenti contemporaneamente e sia interesse dell'istante fare valere la situazione di novità complessivamente risultante"*.

A giudizio della Suprema Corte, a fronte di più fatti decisivi, sopravvenuti a distanza di oltre sei mesi l'uno dall'altro, l'istante, per non incorrere in decadenze, dovrebbe proporre più ricorsi per revocazione, per poi eventualmente e ove possibile chiederne la riunione.

La tesi sembra, già a prima vista, contrastare con alcuni principi processuali basilari.

Innanzitutto, pare teorizzare (e addirittura pretendere) la pletorizzazione, invece della concentrazione, dei ricorsi giurisdizionali, sollecitando l'interessato a rivolgere plurime istanze in presenza di più elementi di novità, così contribuendo a quell'aggravamento del carico processuale che, invece, tutte le recenti riforme efficientiste intendono contrastare, se non annullare.

Ma è sul versante della "decisività" della prova, che la pronuncia desta le maggiori perplessità.

Nella prassi, infatti, accade assai sovente che un elemento probatorio sopravvenuto venga apprezzato come decisivo solo se scrutinato unitamente ad altri, pure successivi alla confisca. Così che l'istante, per risolversi a presentare domanda di revocazione, deve attendere il verificarsi di più fatti che, solo se complessivamente considerati, siano idonei a scardinare il giudicato ablatorio.

Pretendere, come fa la Corte, che da ogni sopravvenienza decorra un autonomo termini decadenziale vuol dire postulare, assiomaticamente, che ciascuna di esse sia, necessariamente, anche decisiva. Cosa che, nell'esperienza reale, raramente si verifica.

Oppure, significa consentire la proposizione dell'istanza sul solo requisito della novità, ma non anche della decisività. Cosa che, però, la norma non permette.

Nè la "via" indicata dalla sentenza che si segnala – cioè la riunione dei procedimenti

autonomamente incardinati, per *“fare valere la situazione di novità complessivamente risultante”* - convince dal punto di vista sistematico. In caso di deduzione di prove non decisive, infatti, la sanzione processuale sarebbe quella della inammissibilità, che colpirebbe il singolo ricorso e non sarebbe sanabile mediante la riunione con procedimenti pur correttamente incardinati.

Il provvedimento, allora, è solo l'ennesima erosione del mezzo di impugnazione straordinaria, la cui possibilità di utile attivazione è ormai sostanzialmente annichilita da una ermeneusi giurisprudenziale che ne ha circoscritto i casi e contratto i tempi in senso ormai paradossale.

E ciò a fronte di un illimitato potere della parte pubblica di incidere sui rapporti giuridici sorti a seguito di un provvedimento di rigetto di una confisca, sulla scorta di elementi di fatto non necessariamente qualificabili come prove decisive e senza limiti di tempo.

In questo caso, infatti, la stabilità di quei rapporti – che è il metro sul quale si misura la sempre più eccezionale possibilità di revocazione - diventa recessiva rispetto alla pretesa ablativa statutale.

Anche in questo caso, allora, pare confermarsi la regola che ogni “concessione” agli stilemi del giusto processo, sia, in materia di prevenzione, immediatamente bilanciata da tesi giurisprudenziali a volte immotivatamente restrittive (come in materia di prova, ad esempio).

Una delle poche “tipicità” che caratterizza la prevenzione è del resto, per dirla con Bockenforde, quella di vivere della promessa di diritti che non possono essere garantiti.

**TRASCRIZIONE DELLA SEDUTA DELL'OSSERVATORIO**  
**OPEN DAY RIMINI 08.06.2024**

Avv. Cosimo Palumbo

Vorrei iniziare con i ringraziamenti per coloro che hanno condotto l'Osservatorio fino ad oggi, cioè Michele Cerabona, Enzo Maiello, Paolo Giustozzi e vorrei rivolgere un ringraziamento particolare a Marcello Fattore per il contributo giuridico ma soprattutto culturale che ha dato in questi anni all'Osservatorio. Un grazie particolare al Delegato di giunta, Valerio Murgano per il supporto che ha dato all'Osservatorio (in particolare a me e a Abrizio) e che, continuerà a dare in futuro.

Le misure di prevenzione sono uno strumento repressivo tutto italiano, unico nel panorama europeo che non poteva passare inosservato alla Corte EDU.

Dopo i fatti del 2017, con la nota sentenza De Tommaso c. Italia, i giudici di Strasburgo ritennero che, pur non avendo natura penale, le misure di prevenzione hanno matrice sanzionatoria e devono soggiacere a criteri di accessibilità e prevedibilità della reazione ordinamentale. Principi chiarissimi, sterilizzati dalla sentenza 24 del 2019 della Corte Costituzionale, che ha insegnato ai giudici di merito e di legittimità il diritto di scrivere nei decreti di prevenzione nelle sentenze di Cassazione, il precetto di prevenzione, affidando loro la tassativizzazione delle misure di prevenzione.

Ma questo è il risultato delle ricadute che in Italia ha avuto la sentenza De Tommaso, era evitabile che la Corte EDU ponesse nuovamente la lentezza di ingrandimento sulle misure di prevenzione italiane. Dapprima con il ricorso della famiglia Cavallotti e poi con una pioggia di ricorsi, oggi pendenti, che attengono non solo alla pericolosità qualificata ma anche a quella generica, attualmente raggruppati davanti alla prima sezione della Corte EDU (Maccagnino + 7).

Per questi ricorsi, ed è un motivo di grande orgoglio, l'Unione delle Camere Penali, parteciperà come terza parte: per i primi, avendo fatto richiesta di intervento come amicus curiae, per i secondi su invito del Presidente della prima sezione della Corte EDU, giunto all'Unione delle Camere Penali nell'aprile del 2024.

L'Osservatorio è stato coinvolto dalla Giunta per la predisposizione di memorie e osservazioni onde rispondere ai quesiti posti dalla Corte. Tenore dei quesiti posti alle parti dai Giudici di Strasburgo lascia intuire che il loro approccio al sistema della prevenzione italiano sarà diverso rispetto al passato quando hanno trattato la confisca di prevenzione come un intervento limitativo del diritto di proprietà, conforme ai requisiti contenuti nell'articolo 1 del protocollo addizionale della Convenzione europea e non soggetto alle norme proprie della materia penale.

La Corte, oggi, intende verificare la natura giuridica della confisca di prevenzione, se debba essere considerata una sanzione e, in particolare, se possa essere considerata una sanzione penale ai

sensi dell'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Poiché, In tal caso, vi sarebbe violazione di questa disposizione, a causa della mancanza di chiarezza e prevedibilità, anche in ragione del fatto che la confisca è stata disposta, talvolta, nonostante una pregressa assoluzione in sede penale.

Se la Corte dovesse ritenere che la confisca di prevenzione ha natura punitiva, a venire astrattamente in rilievo, (anche se non è oggetto preciso dei quesiti), sarebbe una possibile violazione del principio del ne bis in idem processuale, codificato nell'articolo 4, protocollo 7 della Convenzione europea, (nessuno può essere perseguito in seguito ad un reato del quale è stato assolto).

Su questo specifico argomento, sintetizzo alcune riflessioni di carattere generale che abbiamo elaborato come Osservatorio.

Tali riflessioni, ove recepite, consentirebbero di escludere la possibilità di una confisca dopo una sentenza assolutoria. Questo alla luce di una attenta analisi del diritto interno e della Costituzione e del diritto convenzionale europeo.

La presunzione di innocenza contenuta nell'articolo 27 della Costituzione riguarda infatti l'imputato mentre, nel diritto convenzionale, l'articolo 6, paragrafo 2 della Convenzione ha un 'accezione ben più ampia perché fissa il principio di non colpevolezza e riguarda l'accusato, non l'imputato.

Accusato che si presume innocente fino a che la colpevolezza non sia legalmente accertata. In secondo luogo, l'articolo 27 della Costituzione si riferisce soltanto al sistema processuale penale, mentre l'ambito di applicazione dell'articolo 6 Paragrafo 2 attiene a qualsiasi accusa di un reato, anche estranea ad un'accusa penale, e riguarda tutte le procedure giudiziarie consecutive al proscioglimento definitivo dell'accusato (sent. CEDU del 20.03.2012). Quando l'accusa nel procedimento penale e nel procedimento di prevenzione, per quanto riguarda la pericolosità qualificata, si basa sul medesimo materiale probatorio e sulle medesime contestazioni di fatto, pare del tutto irragionevole ammettere un duplicato di giudizi.

Anche la più recente giurisprudenza interna (Cass. 23923 del 3 aprile 2023) ha stabilito che la negazione penale di un fatto impedisce di assumerlo come fatto indiziante ai fini del giudizio di pericolosità nel procedimento di prevenzione.

Come avete visto c'è molta carne al fuoco delle discussioni che avverranno da qui in avanti, discussioni su cui si inserisce la direttiva europea ultima pubblicata sulla gazzetta ufficiale in materia di confisca del 2 maggio scorso.

Ho pensato di intitolare questo mio intervento facendo riferimento ad una frase di Mao Tse Tung: «Grande è la confusione sotto il cielo e perciò la situazione è eccellente». Che vuol dire? Vuol dire che in questo momento in cui c'è grande fibrillazione, sia dal punto di vista normativo, (parlo della direttiva del Parlamento europeo), sia dal punto di vista del numero impressionante di ricorsi pendenti sulla prevenzione a Strasburgo, quello che ci dobbiamo porre è un impegno preciso

perché l'Unione delle Camere Penali, che interverrà in tutti i ricorsi, possa essere supportata al meglio.

L'intervento nei ricorsi pendenti a Strasburgo da parte dell'Unione Camere Penali è una tappa fondamentale per il riconoscimento dell'Unione come associazione che tutela i diritti dei cittadini.

Cedo ora la parola a coloro che sono stati designati quali relatori per questo incontro e cioè Rosario Piombino, colonna del nostro osservatorio, e alla new entry, particolarmente gradita, Lorena Puccetti.

Avv. Lorena Puccetti

Grazie a tutti per avermi voluto accordare l'onore di intervenire in questo Osservatorio dove l'anno scorso ero venuta come spettatrice ad osservare, scusate il gioco di parole. Oggi, invece, mi trovo a discutere di una materia che, come è noto, per i penalisti veneti non è poi così comune. Quindi ho quello stupore e quell'entusiasmo di chi si è appena messo ad approfondire la materia delle misure di prevenzione e non riesce a credere che tale materia sia potuta crescere così a dismisura, all'ombra del diritto penale liberale. "Grande è la confusione sotto il cielo", ma non nelle parole di Cosimo che ha già detto molto. Quindi io non potrò, anche per non rubare tempo a Rosario che integrerà quello che io dimenticherò di dire, che dare qualche flash. Questa è una platea qualificata e quindi evidentemente non è questo il luogo per spiegare cose che sarebbero banali e scontate. Il focus di questo nostro incontro e della memoria che ha contribuito a predisporre questo Osservatorio è la appartenenza delle misure di prevenzione alla materia penale, inquadramento che influisce sull'applicazione del principio di innocenza e dei parametri di cui all'articolo 7 CEDU. Al riguardo, penso sia più efficace limitarsi ad una battuta. Proprio in questi giorni rileggen do la sentenza De Tommaso, così ben sintetizzata da Cosimo, sono incappata nell'opinione dissenziente del giudice portoghese Pinto de Albuquerque, il quale mi ha impressionato innanzitutto per la cultura e la chiarezza giuridica. Cita Franco Bricola il quale in un convegno ad Alghero del 1974, con riguardo alle misure di prevenzione, già parlava di frode legislativa e di truffa delle etichette. Critica la Corte Costituzionale italiana precisando che, è vero, ha fatto un encomiabile lavoro di tassativizzazione, ma in fondo ha sempre difeso un sistema che è al di fuori dei principi costituzionali. In particolare, per quanto riguarda la presunzione di innocenza, ricorda che la Corte Costituzionale, in una delle tante ordinanze emesse su questioni di legittimità sollevate con riferimento alle misure di prevenzione, ha affermato che non essendo materia penale, non sarebbe violata la presunzione di innocenza. Dice Pinto de Albuquerque: questo ragionamento è bizzarro, testuali parole, potete verificare, perché le misure di prevenzione non sono che pene "di seconda classe" basate sul sospetto. E mi limito, e poi passo ad un altro tema, a dire che giustamente, come ha detto Cosimo, per la Corte EDU il principio di non colpevolezza

ha un'accezione diversa perché non è solo una regola processuale che attiene all'onus probandi, ma ha anche un valore reputazionale. Una delle sentenze citate nei quesiti posti nel caso Cavallotti è il caso Allen. Allen era una signora che era stata condannata per omicidio e poi assolta in appello e quindi aveva fatto un procedimento per chiedere la riparazione per ingiusta detenzione. Si era lamentata perché, nel respingere la richiesta, secondo lei i giudici civili avevano di nuovo usato parole per esprimere un giudizio di responsabilità penale. Questo per capire che era quindi in gioco un valore reputazionale. Mi limito, allora, solo a leggere tre righe della sentenza Cavallotti che è stata emessa nel provvedimento di prevenzione dopo che c'era stata un'assoluzione dalla condotta di partecipazione al delitto di associazione mafiosa. "I C. hanno ininterrottamente mantenuto rapporti con i vertici mafiosi, non offrendo segni tangibili di resipiscenza né mutato stile di vita" e non vado avanti, mi sembra abbastanza evidente che quattro righe così anche solo sotto il profilo reputazionale sono una chiara violazione della presunzione di innocenza con questa accezione che è appena stata ricordata.

Ma andiamo alla confisca di prevenzione come sanzione penale. Allora noi sappiamo che su questo è granitica la Corte di cassazione nel dire no, non è una sanzione penale, è una sanzione di tipo preventivo e di tipo ripristinatorio. Alludo soprattutto ovviamente alla sentenza Spinelli e alla Corte Costituzionale 2019 numero 24. Allora se vogliamo fare un ragionamento proprio tra persone intelligenti chiediamoci, ma è davvero uno scopo preventivo? Soprattutto da quando l'applicazione della confisca è disgiunta, dai pacchetti sicurezza in poi, ed è stato precisato che non c'è bisogno che una persona sia attualmente pericolosa e quindi la pericolosità viene guardata nel passato. È stata coniata da questo Osservatorio ancora nel 2017 una definizione icastica: "la prevenzione del passato". È un giudizio di prevenzione questo, un giudizio che si proietta in una retrospettiva esclusivamente del passato, che apprende beni e poi si disinteressa del comportamento che nel futuro terrà la persona che nel passato è stata pericolosa? Che cosa avrebbe di preventivo? Io, sinceramente, forse non ho ancora capito bene questa materia, ma non lo riesco a capire. Poi ci sono dei dati distonici all'interno del codice cosiddetto antimafia, ci siamo accordati e li tratterà Rosario, ma prima di tutto la possibilità di applicare la confisca di prevenzione nella forma per equivalente. La confisca per equivalente, essendo una confisca pacificamente sanzionatoria, confligge con la natura che si vorrebbe preventiva della misura di prevenzione. E poi è una confisca definitiva, quindi anche questo confligge con la presunta funzione preventiva, perché ciò che è preventivo previene un pericolo poi quando il pericolo cessa, cessa anche la misura. Invece qui si apprende in via definitiva il bene. Ma andiamo a un tema che mi è più caro e cioè la funzione ripristinatoria, perché questo è un tema che sta affrontando la Corte Costituzionale su altre materie con molta più lucidità. In materia di abuso dei mercati, in materia di diritto d'autore e di ne bis in idem, la Corte Costituzionale si mostra veramente lucida, mentre qui usa un ragionamento che è l'esatto contrario. Che cos'è uno scopo ripristinatorio? È ciò che rimuove quell'arricchimento che

attraverso le azioni illecite il proposto ha conseguito, non di più. Vediamo come è andata sviluppandosi allora questa confisca per capire se siamo veramente nel campo operativo di uno scopo ripristinatorio. Nasce, lo sappiamo, nell'82 e nasce già con un'inversione dell'onere della prova, perché la disposizione prevedeva il sequestro dei beni che il tribunale reputava frutto di attività illecite e la notevole sperequazione era solo uno degli elementi che potevano denotare questa origine illecita. Però poi si precisava che per evitare la confisca era il soggetto che doveva dimostrare che i beni non avessero questa origine illecita. Quindi la confisca di prevenzione nasce già con un'inversione probatoria che poi si aggrava, perché nel '93 la sperequazione intanto non è più "notevole" ma basta una sproporzione normale e poi diventa un requisito alternativo rispetto all'origine illecita dei beni. Per ovvie ragioni di semplificazione probatoria, perché per l'accusa è molto più semplice dimostrare una sproporzione di beni. Soprattutto se si tratta di beni acquistati anni addietro e soprattutto se c'è stata evasione fiscale, anche sotto soglia, e anche di questo parlerà Rosario. Quindi diciamo che diventa un'inversione probatoria che fondamentalemente consente all'accusa di prelevare molto di più di quello che è stato l'effettivo arricchimento. Quindi si è messo a punto quello che oggi, lo ha detto anche la Corte Costituzionale, è un meccanismo di prelevamento di beni di presunta origine illecita che accomuna la confisca allargata alla confisca di prevenzione. Si dice che c'è anche in Europa. Ho visto che nelle deduzioni depositate ieri dal Governo si afferma che c'è una confisca estesa anche in Europa. È vero, ma sempre nell'ambito di un procedimento penale e comunque mai dopo un'assoluzione. E poi proprio il paragone con la confisca allargata ci offre l'occasione per dire: ma se la confisca allargata presuppone una condanna, a contrariis in caso di assoluzione si dovrebbe escludere la possibilità di partire con la confisca. Le due confische sono identiche, sono sovrapponibili quindi è una contraddizione interna pensare che da una assoluzione si possa procedere con una confisca che è fondamentalemente analoga a quella allargata la quale però è fondata su una condanna. Infine, e qua mi avvio già alle conclusioni, sulla gravità: è uno dei tre criteri Engel e lo sappiamo tutti e penso che è talmente scontato che il prelievo di un intero patrimonio ha una connotazione punitiva. Soprattutto se si riflette sul fatto che la Corte Costituzionale ha riconosciuto che in materia di diritto d'autore sanzioni pecuniarie e amministrative hanno natura penale, ha riconosciuto che nell'ambito degli abusi di mercato le sanzioni amministrative hanno natura penale, addirittura la confisca diretta è stata definita di natura penale laddove prende più del profitto. La sentenza 112 del 2019, guardate che apre un mondo questa sentenza, perché dà un quadro di ciò che è punitivo, un principio che se lo trasferiamo alle confische di prevenzione salta tutto il sistema prima ancora che intervenga la Corte EDU. In questa sentenza la Corte Costituzionale ha detto che tutto ciò che va al di là di quello che è stato il profitto è punitivo. Certo noi lo sappiamo che questo tipo di confisca dei beni non ha uno stretto legame di pertinenzialità con il reato. Infatti Beccaria, Nei delitti delle pene, criticava la confisca generale, che era proprio quella che non era legata da un nesso di potenzialità

tra reato e beni, tant'è che nel Codice Rocco, e stiamo parlando di un codice fascista, viene eliminata e viene inserito quello che è l'attuale art. 240. Quindi qua siamo di fronte a una involuzione dei principi liberali del nostro ordinamento, la Corte EDU ci ha già bacchettato nella sentenza De Tommaso. Ho sentito una registrazione del professor Mazza che diceva: ma perché dobbiamo aspettare che sia la Corte EDU a sgridarci, non può essere la nostra Corte Costituzionale a un certo punto a metterci mano e a ristabilire i principi liberali del nostro processo penale? E con ciò passo la parola a Rosario.

Avv. Rosario Piombino

Interviene l'avvocato Rosario Piombino componente dell'Osservatorio dell'Unione camere penali in materia di misure di prevenzione e patrimoniali il quale rappresenta che l'UCPI è intervenuta come Amicus Curiae nei giudizi pendenti dinanzi alla Corte EDU aventi ad oggetto la compatibilità convenzionale del sistema delle misure di prevenzione con la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo. Pertanto l'Osservatorio, oltre ad organizzare convegni, sta assumendo iniziative molto concrete tese quantomeno a stimolare la giurisprudenza interna e internazionale sulla materia della prevenzione. Difatti uno degli interventi dell'UCPI riguarda i 28 ricorsi in materia di prevenzione pendenti dinanzi alla Cedu rispetto ai quali l'Osservatorio è stato invitato a redigere una memoria scritta nei limiti delle 10 pagine stabilite dal regolamento per l'intervento del terzo. L'avvocato Piombino ricorda che uno dei primi convegni organizzati dall'allora neocostituito Osservatorio, nel gennaio 2017, ospitati dalla Camera Penale di Catanzaro, vide la partecipazione del Prof. Giovanni Fiandaca che sin da subito rappresentava che le misure di prevenzione avevano uno scopo-funzione proteiforme e contenevano in sé un quantum punitivo oltre che una funzione preventiva e di sicurezza analogamente per quanto vale per le misure di sicurezza, per le misure cautelari e per la pena in senso stretto che ha una funzione retributiva, preventiva e rieducativa. La stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 24/2019 ha riconosciuto che la misura di prevenzione patrimoniale ha un indubbio carattere punitivo e pertanto ci si deve chiedere quale livello di garanzie uno Stato di diritto intende apprestare nel rapporto con i propri consociati. Ed è proprio la funzione proteiforme delle misure di prevenzione che consente al sistema di sopravvivere dal momento che lo Stato italiano nelle proprie memorie dinanzi alla Corte EDU non ha mancato di evidenziare che un effetto anche punitivo caratterizza le diverse modalità di intervento dello Stato nella disciplina dei rapporti giuridici. L'Osservatorio, nelle proprie conclusioni scritte più che privilegiare lo scopo-funzione delle misure di prevenzione, di sicurezza, cautelari o della pena ha posto l'accento sugli effetti subiti dal proposto con particolare riferimento alla misura di prevenzione della confisca patrimoniale auspicando nella cultura sostanziale della Corte EDU. Nei rapporti tra Stato e individuo l'effetto della confisca patrimoniale si risolve nell'ablazione del

patrimonio e pertanto incide direttamente sul diritto di proprietà costituzionalmente e convenzionalmente tutelato. Sotto tale profilo l'effetto punitivo della confisca patrimoniale sembra prevalere o quantomeno coesistere su un pari livello con quello preventivo conformemente ai criteri di Hengel di definizione della nozione di pena. La misura/sanzione viene applicata da un giudice penale all'esito di un procedimento giurisdizionalizzato con effetti rilevanti sul patrimonio delle persone. A tanto aggiungasi che il sistema normativo interno è incompatibile con la dichiarata funzione preventiva della confisca di prevenzione poiché gli articoli 24 e 25 del codice antimafia contengono norme che si pongono in evidente disarmonia sistematica con la nozione di prevenzione.

Difatti se la funzione preventiva va individuata nella tutela del mercato rispetto alla circolazione di beni illeciti (vedi memoria difensiva del governo italiano nel ricorso Cavallotti), non si comprende la ratio che sottende l'articolo 25 del codice antimafia nella parte in cui consente la confisca di un bene per equivalente qualora il bene illecitamente acquisito non venga rinvenuto nel patrimonio del proposto. Appare evidente che in questo caso non si è al cospetto di un bene illecito contagiato dalla pericolosità sociale del proposto rispetto al quale si può invocare una misura di prevenzione funzionale alla bonifica del mercato a tutela della libera circolazione di beni leciti ma si versa in una ipotesi di vera e propria pena pecuniaria. Il bene "equivalente" non è illecito e la sua confisca è del tutto irragionevole rispetto alla dichiarata funzione preventiva della misura di prevenzione. Analogo ragionamento vale per la preclusione processuale prevista dall'articolo 24 del codice antimafia riguardante il divieto di giustificare la sproporzione tra patrimonio e capacità reddituale attraverso i proventi da evasione fiscale quando essa non costituisce reato. Anche in tale ipotesi il bene sproporzionato non è di provenienza illecita ma tutt'al più è connesso ad una violazione amministrativa-tributaria rispetto alla quale l'attuazione della confisca di prevenzione patrimoniale è ingiustificata poiché coinvolge beni leciti e non connessi ad un reato.

Pertanto ai sensi dell'articolo 7 Cedu si può equilibratamente sostenere che la confisca di prevenzione patrimoniale ha una dimensione punitiva non marginale sul piano quantitativo e degli effetti che produce sull'Uomo della Convenzione e rispetto a tale dimensione, nel rapporto tra Stato ed individuo, dovrebbero essere apprestate le più ampie garanzie qualitative e quantitative previste per la materia penale.

Avv. Fabrizio Costarella

Concludiamo il nostro intervento. Volevo soltanto dare una risposta alla provocazione del professore Mazza che Lorena ha richiamato.

Perché non interviene la Corte Costituzionale e dobbiamo affidarci alla CEDU?

Se voi leggete la sentenza 24 del 2019 della Corte Costituzionale, rispetto al giudizio

presupposto che era la De Tommaso della Grande Camera CEDU del 2017, i nostri Giudici delle Leggi hanno fatto esercizio di equilibrismo per salvare le misure di prevenzione, riconoscendo alla giurisprudenza la funzione di integrazione del testo di Legge. E qua andiamo alla politica ed alla seconda missione dell'Osservatorio che non è solo quella di studio, ma anche quella di proporre modifiche legislative che possano in qualche modo mutare lo strumento della prevenzione.

Purtroppo, la logica politica che sostiene le misure di prevenzione è quella del doppio Stato. La prevenzione nasce proprio in un'ottica di doppio Stato, cioè nella creazione di un diritto punitivo preventivo che non si applicasse alla classe dirigente, proprio come nel doppio Stato nazista descritto da Fraenkel, ma agli emarginati, ai reietti, cioè a persone la compressione dei diritti dei quali poco poteva importare alla collettività.

Il problema è che, col tempo questo arnese da doppio Stato, ce lo siamo portato nel contrasto alla criminalità organizzata, e poi alla criminalità da profitto, e poi ad una serie infinita di manifestazioni delittuose.

Questo, perché il doppio Stato reca in sé la asistematicità, che è essenziale al nostro Legislatore per contrastare fenomeni criminali, perché di contrasto si tratta e non di prevenzione, che non riesce a sanzionare efficacemente con lo strumento processuale classico, che è troppo garantito.

In quest'ottica noi ci dovremmo aspettare sempre che il Legislatore e la Corte Costituzionale salvino la materia della prevenzione e per questo non ci resta che sperare nella Corte Edu con l'avvertenza di non cadere anche noi nella frode delle etichette e nella frode legislativa perché, ogni qualvolta il Legislatore con una mano concede un diritto nella materia della prevenzione, penso per esempio al diritto alla prova, con l'altra salva tutte le altre asistematicità, quali per esempio la retroattività, l'instabilità del giudicato ed altre, che consentono di continuare a perpetrare la logica del doppio Stato.

## **PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E PRESUNZIONE DI INNOCENZA**

Nella vicenda Cavallotti/Italia ed in numerose altre ordinanze, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo chede al Governo Italiano di spiegare se una misura di prevenzione possa essere applicata in assenza di una formale dichiarazione di colpevolezza e, in caso di risposta affermativa, se ciò violi o meno la presunzione di innocenza, ai sensi dell'art. 6 § 2 della Convenzione.

Va premesso che detta presunzione, nel diritto convenzionale, ha una accezione più ampia rispetto all'analoga disposizione costituzionale (art. 27 Così), che fissa quella di "non colpevolezza".

La norma nazionale si riferisce alla figura "dell'imputato", cioè di colui nei cui confronti sia stata esercitata l'azione penale, che viene considerato non colpevole sino a sentenza definitiva di condanna.

La disposizione convenzionale, invece, si riferisce alla figura "dell'accusato" di un reato, che si presume innocente sino a che la sua colpevolezza "non sia legalmente accertata".

Mentre l'art. 27 della Costituzione si riferisce, dunque, soltanto al sistema processuale penale, l'art. 6 § 2 della Convenzione attiene a qualsiasi accusa di un reato, anche estranea ad una accusa penale e persino ad un procedimento giurisdizionale (Allen/Regno Unito, Geerings/Paesi Bassi , Pasquini/San Marino).

Il tema proposto dalla Cedu, quindi, non si risolve nella latitudine degli effetti del giudicato penale nel procedimento di prevenzione, per come colto da molti interpreti.

La questione non è soltanto (né, a dire il vero, soprattutto) se il Giudice della prevenzione possa rilevarsi dallo stare decisis ed applicare una misura anche a chi sia stato assolto nel processo.

Tale problematica, che investe la medesimezza del fatto/reato e del "fattoide" di pericolosità, sarebbe al limite della domanda retorica, incrociando non tanto l'istituto del giudicato, quanto quello, ancor più generale ed immanente, di non contraddizione.

Sarebbe, infatti, logicamente irriducibile escludere, per un via, la responsabilità penale dell'imputato e, per altra via, affermarne la pericolosità sociale sulla scorta del medesimo reato.

Perché, a seguito del progressivo affinamento giurisprudenziale della materia, che, in controtuce, va letto come la costante ricerca di una salvezza escatologica per l'armamentario della prevenzione, oggi, tanto per l'affermazione di pericolosità semplice, tanto per quella di pericolosità qualificata, il presupposto è l'accusa di uno o più delitti.

Genericamente lucrogenetici, per la pericolosità di cui all'art. 1 CAM, oppure specificamente indicati nel catalogo dell'art. 4 D.L.vo 159/11. Un formale ossequio alla precisione della norma, per come richiamata dalla Corte EDU in De Tommaso/Italia e dalla Corte Costituzionale nella sentenza 24/19, che, a causa della pletorizzazione dei casi di applicazione delle misure di prevenzione, è divenuto un richiamo crescente ai corollari del principio di legalità: tassatività, determinatezza,

materialità ed offensività.

Concetti richiamati, con ineludibile presupposizione, dalla pretesa di accertamento di un delitto che, ad esempio, sia effettivamente produttivo di reddito o sia effettivamente di ausilio ad un sodalizio mafioso (come insegna SSUU Gattuso).

La trasformazione dello statuto della prevenzione come misura *praeter delictum* è evidentemente compiuto e tuttavia largamente misconosciuto. Le ragioni di tale percorso non sono nobili, ma prosaiche.

Non risiedono nell'affrancamento della prevenzione dal suo retaggio di misura di polizia, destinata al bando sociale di soggetti borderline (nel senso etimologico del termine: gli emarginati), ma nella posticcia giustificazione del suo nuovo volto, del suo essere rivolto a soggetti della più disparata estrazione socioculturale, del suo essere una ulteriore duplicazione della sanzione penale. Le "garanzie" servono a tacitare le voci dissonanti, a perpetrare le frodi delle etichette, a rassicurare il cittadino con la promessa di un *fairy trial*, in quella che fu la patria del Diritto.

Peccato, però, che esse servano, invece, a sfruttare le asistematicità della prevenzione: la sua affermata retroattività, l'imprescrittibilità dell'azione, la instabilità del giudicato, la sottrazione alla riserva di Legge, gli squilibri nel quomodo della prova che è incentrato su presunzioni, legali e semplici. E, tuttavia, la tassativizzazione dei presupposti personali di pericolosità sociale reclama, alla luce dei quesiti formulati dalla CEDU, l'applicazione di un ulteriore concetto proprio della materia penale, che è quello della colpevolezza e della presunzione negativa che lo presidia.

L'affermazione di pericolosità sociale generica, di contro, presuppone l'accusa - basata su "elementi di fatto" - della commissione di un delitto lucrogenetico e, dunque, l'affermazione incidentale di colpevolezza.

Anche l'"appartenenza mafiosa" coincide con una violazione del precetto penale (partecipazione o concorso "esterno").

È, allora è evidente l'applicabilità, anche ai procedimenti di prevenzione, della presunzione di non colpevolezza, in forza del principio secondo il quale - anche in assenza di constatazione formale - è sufficiente che al Giudice sia richiesta una motivazione che lasci intendere che l'interessato è colpevole (Corte europea diritti dell'uomo, Sez. II, Sent., data ud. 20/03/2012).

Tali constatazioni di fatto, consistendo in una accusa di natura penale, devono essere sottoposte alla presunzione di innocenza e pretendere il previo legale accertamento del fatto e della responsabilità, che sono tuttavia accertamenti estranei al procedimento di prevenzione, non garantito ai sensi dell'art. 111 Cost. e 6 CEDU e tradizionalmente fondato su indizi semplici (cioè non rispondenti ai criteri di cui all'art. 192, comma 2 cpp) e su presunzioni (Cass. Sez. V, sentenza n. 30533/21).

Il modello della prevenzione, dunque, presuppone la formulazione incidentale di un giudizio di colpevolezza, senza tuttavia disporre degli strumenti procedurali per il "legale accertamento"

della stessa.

Funzione euristica per il corretto esercizio della quale detto procedimento difetta delle necessarie garanzie partecipative di cui all'art. 111 Cost. e 6 CEDU. Ciò non significa che sia necessaria una sentenza penale irrevocabile di condanna, ma, quantomeno, che sia stato instaurato un procedimento penale che, all'esito di un giudizio a contraddittorio pieno, si concluda con una sentenza, di condanna o di proscioglimento che accerti la ricorrenza del fatto che origina il giudizio di pericolosità e la sua riferibilità al soggetto destinatario della misura di prevenzione.

Simile modello è peraltro fatto proprio dall'ordinamento interno, a seguito della sentenza De Tommaso/Italia sul modello di prevenzione "non qualificato". La Corte Costituzionale (sent. 24/19) ha infatti ritenuto che l'affermazione di pericolosità sociale, presupposto necessario per la confisca, richieda "un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sentenza di condanna oppure da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto". Affermazione ormai stabilmente ripresa dalla Corte di Cassazione (da ultimo, Cass. Sez. VI penale, sentenza 12699/24).

La vicenda Cavallotti, tuttavia, presenta una ulteriore caratteristica, data dalla circostanza che i ricorrenti sono stati sottoposti a procedimento penale, in relazione ai fatti di reato sui quali si fonda l'azione di prevenzione, con esito assolutorio.

L'applicazione di una misura di prevenzione, nonostante l'assoluzione definitiva penale, oltre a violare il divieto di bis in idem sanzionatorio/processuale, a causa della natura di pena della confisca viola anche la presunzione di innocenza. Infatti, il campo di applicazione dell'articolo 6 § 2 si estende a tutti i procedimenti ulteriori rispetto al proscioglimento definitivo dell'accusato, quando "le questioni sollevate in queste procedure costituivano un corollario ed un complemento dei procedimenti penali in questione nell'ambito dei quali il ricorrente aveva la qualità di accusato" (Corte europea diritti dell'uomo, Sez. II, Sent., (data ud. 01/10/2013) 29/10/2013, n. 17475/9).

L'accusa nel procedimento penale e quella nel procedimento di prevenzione si fondano sul medesimo materiale probatorio e sulle medesime contestazioni di fatto, in quanto entrambi i procedimenti presuppongono, in via diretta o indiretta, la responsabilità penale relativa ad un reato. Ciò che è sempre stata una prassi metodologica è oggi positivizzato dalla recente introduzione, nel codice di procedura penale italiano, dell'art. 578-ter che consente di "trasferire" - nei casi di sopravvenuta improcedibilità dell'azione penale ivi disciplinati- la pretesa pubblica di punizione dal processo penale a quello di prevenzione, con le medesime contestazioni e le medesime prove. Ciò posto, è affermazione stabile della Corte EDU che "una volta che una sentenza di proscioglimento è diventata definitiva - anche se si tratta di un proscioglimento con il beneficio del dubbio conformemente all'articolo 6 § 2 - esprimere dubbi sulla colpevolezza, compresi quelli basati sui motivi del proscioglimento, non è compatibile con la presunzione di innocenza. In effetti, decisioni

giudiziarie successive o dichiarazioni che emanano da autorità pubbliche possono porre un problema dal punto di vista dell'articolo 6 § 2 se equivalgono ad una constatazione di colpevolezza che disconosce, deliberatamente, il precedente proscioglimento dell'accusato" (Corte europea diritti dell'uomo, Sez. II, Sent., (data ud. 01/10/2013) 29/10/2013, n. 17475/9). Il dispositivo di una sentenza di proscioglimento deve essere rispettato da ogni autorità che si pronunci direttamente o incidentalmente sulla responsabilità penale dell'interessato (ibidem).

Tale conclusione si rinviene anche nella più recente giurisprudenza interna (Cass., Sez. VI, n. 23923/2023 del 03.04.2023), secondo la quale "la negazione penale di un fatto impedisce di assumerlo come elemento indiziante ai fini del giudizio di pericolosità nel procedimento di prevenzione".

Deve allora concludersi che la tassatività sostanziale, che innerva ormai anche la materia della prevenzione, non possa che essere coniugata agli altri corollari della legalità, quali quelli di materialità ed offensività, ma, quale apriori logico, soprattutto quello della presunzione di innocenza.

**LA FRODE CONTINUA DELLA PREVENZIONE  
ED UNA RETROATTIVITA' A CORRENTE ALTERNATA  
(CASS. SEZ. V, SENT. 23592 DEL 12 GIUGNO 2024)**

Come noto, con la sentenza 24/2019, la Corte Costituzionale è intervenuta sul Codice delle Leggi Antimafia, per occuparsi, successivamente alla sentenza della Grande Camera EDU De Tommaso/Italia, della sufficiente qualità delle Legge italiana in materia di pericolosità “generica”.

Veniva rilevato un difetto di precisione e prevedibilità sia nell’indicazione delle categorie di soggetti sottoponibili a misura di prevenzione personale, sia nella descrizione del contenuto precettivo delle misure stesse, le cui prescrizioni peccavano di eccessiva genericità.

La formulazione di qualsiasi legge deve infatti essere assistita da sufficiente precisione, così da consentire ai suoi destinatari di conoscere in anticipo quali possano ragionevolmente essere le risposte dell’ordinamento rispetto ad una condotta umana.

Il Giudice delle Leggi, con motivazioni che paiono animate da logiche di Realpolitik (in ossequio alle quali la Ragion di Stato sembra dover prevalere sulla ragione del Diritto), ha da un lato dichiarato la illegittimità costituzionale delle fattispecie di pericolosità di cui all’art. 1, lettera a) D.L.vo 159/11, affette da un inemendabile grado di genericità, inaccessibilità ed imprevedibilità.

Dall’altro, pur rilevando che il medesimo vizio affligge(va?) anche le fattispecie di cui alla successiva lettera b), ha sincretisticamente inteso valorizzare l’opera giurisprudenziale di “tassativizzazione” del precetto normativo sviluppatasi all’indomani della Sentenza De Tommaso. In tal modo, attraverso un percorso inedito, è stato avallato il “Diritto dei Giudici”, inteso non già quale incessante sforzo interpretativo di norme positive introdotte dal Legislatore, ma quale fonte primaria capace di incidere sulla stessa dimensione ed ampiezza precettiva della norma positiva.

In altri termini, con la sentenza 24 è stata legittimata una sorta di potestà legislativa concorrente in capo al giudice, ben oltre gli ambiti della nomofilachia (che è mera “vigilanza sulla Legge”, nel suo etimo), attribuendogli una funzione nomopoietica, in grado di intervenire direttamente sulla struttura e sul contenuto tipico della disposizione, sino a sanarne genetici difetti di essenziali qualità, quali la accessibilità del suo precetto e la prevedibilità della sanzione connessa alla sua violazione.

È stata così introdotta all’interno del nostro ordinamento – *ça va sans dire* in materia di misure di prevenzione, uno sei settori nei quali l’elaborazione concettuale si trasfigura in camaleontica sperimentazione giuridica – l’inedita figura (aliena alla struttura genetica dei sistemi di civil law) dell’“interprete creativo”.

Per giungere a tale decisione, la Consulta ha dovuto, di necessità, inquadrare la prevenzione fuori dalla materia penale, che è presidiata non solo dalla riserva assoluta (e rinforzata, nell’art. 13.2 Cost.) di Legge - che non avrebbe consentito alla giurisprudenza di divenire precetto – ma anche

dalla regola della scusabilità dell'ignoranza incolpevole della legge penale - che avrebbe impedito di individuare il necessario coefficiente di rimproverabilità nella mancata conoscenza delle sentenze di legittimità<sup>25</sup>.

Così confezionata la norma (diversa da quella risultante dal contenuto testuale della disposizione di legge), la Corte Costituzionale ha dunque chiarito che il pericoloso semplice di cui all'art. 1, lettera b) CAM è (soltanto) colui il quale abbia commesso una pluralità di delitti lucrogenetici che, in una determinata fase della sua vita, abbiano costituito l'unica o la più rilevante fonte del suo reddito.

Si tratta di una sentenza (in parte) interpretativa di rigetto che enuclea i requisiti idonei a rendere la Legge accessibile e prevedibile e, conseguentemente, (ad avviso della Consulta) conforme a Costituzione.

Tale assunto ha consentito alla Corte di spostare il proprio angolo prospettico dalla Legge, al cui scrutinio essa è istituzionalmente chiamata, alla interpretazione nomofilattica della stessa e, dunque, dal diritto vigente a quello vivente.

Simile operazione non ha, tuttavia, svolto una funzione meramente "conservativa" della materia di prevenzione da pericolosità generica.

Infatti, è affermazione comune in giurisprudenza che le norme del CAM siano dotate di efficacia retroattiva. Tesi che riposa su una discutibile estensione analogica della disciplina delle misure di sicurezza, che si presenta come derogatoria (e, perciò, di stretta interpretazione) rispetto al principio generale di irretroattività di cui all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile. E, dunque, si tratta di un ricorso alla analogia che interviene, indebitamente, su una situazione già disciplinata dall'ordinamento.

Dalla retroattività della norma, attraverso la funzione tassativizzante della giurisprudenza, la Corte di Cassazione è giunta ad affermare la retroattività dell'interpretazione integrativa del precetto, pur se non accessibile e non prevedibile al momento della condotta sanzionata (tra le tante, Sez. I n.

---

<sup>25</sup> Si legge al § 14 della sentenza 24/2019: *“In materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008), ribadendo recentemente, in termini assai netti, come nessuna interpretazione possa «surrrogarsi integralmente alla praevia lex scripta, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» (sentenza n. 364 del 1988)» (sentenza n. 115 del 2018); e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018). Tuttavia, allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione.”*

15954/22).

Da un lato, pertanto, il precetto in origine difettoso in quanto intrinsecamente generico ed indeterminato è divenuto, grazie al cesello dell' "Interprete Creativo" (cui tale funzione non sarebbe preclusa in materia extra-penale secondo il Giudice delle Leggi), costituzionalmente compatibile; dall'altro, la sua sublimazione in disposizione allineata alla Carta Fondamentale ne consente l'applicazione in via retroattiva, essendo le misure di prevenzione assonanti con quelle di sicurezza regolate, quanto alla loro operatività nel tempo, dall'art. 200 c.p..

Quello appena descritto risulta un percorso esegetico che, come anticipato, pare animato da esigenze di "conservazione della specie", ma non fondato su affidabili canoni ermeneutici.

Si ricorda, peraltro, che le Sezioni Unite nel 2011, con la sentenza n. 34091, hanno autorevolmente riaffermato il principio di stretta legalità in materia di misure di sicurezza, sottolineando che *"E' la legge, quindi, che deve indicare tassativamente i casi in cui può essere applicata la misura di sicurezza e determinare il tipo di misura applicabile, anche con riferimento alle ipotesi di sostituzione o di trasformazione della misura medesima. Plurimi e autonomi sono i titoli che legittimano l'applicazione delle misure di sicurezza personali, espressamente tipizzate in relazione al dato personologico che connota la pericolosità da arginare in via preventiva. In sostanza, il tipo di pericolosità è strettamente connesso agli indici su cui esso concretamente si fonda, varia secondo i fattori che di volta in volta assumono valore sintomatico e orienta - di conseguenza - la scelta della misura di sicurezza normativamente prevista nel caso specifico"* ed ancora, che *"il giudizio di pericolosità, in quanto strettamente connesso agli indici di valutazione su cui esso di volta in volta si fonda, trova la sua ragion d'essere in titoli diversi e comporta, in forza del principio di legalità, l'applicazione o la sostituzione o il mantenimento o la trasformazione della misura di sicurezza prevista dalle corrispondenti norme di riferimento"*.

Principio di stretta legalità che, pertanto, parrebbe valere per le misure di sicurezza ma non per le misure di prevenzione, legate alle prime – secondo la criticata classificazione appena richiamata – da un rapporto di affinità tale da consentire l'estensione del relativo regime applicativo.

Inoltre, si tratta, all'evidenza, di una definizione retroattiva dei "casi" di applicazione di una misura di prevenzione, in distonia con quanto avviene per le misure di sicurezza, la cui retroattività attiene ai "modi" di contenimento della pericolosità.

Per le misure di sicurezza, diversamente da quelle di prevenzione, in altri termini, la retroattività – *rectius*, la regola del *tempus regit actum* – concerne soltanto il quomodo del contenimento della pericolosità, non l'*an*, vale a dire l'individuazione delle fattispecie che ne consentono l'applicabilità.

L'inquadramento segnalato si pone in contrasto, all'evidenza, con la giurisprudenza della Corte EDU, che proprio nella sentenza De Tommaso c/ Italia aveva avuto modo di ritenere, a proposito della disposizione oggi contenuta nell'art. 1, comma 1 lettere a) e b) D.L.vo 159/11, che *"...l'interpretazione effettuata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 2010 era*

*successiva ai fatti del caso di specie e che era quindi impossibile per il ricorrente accertare, sulla base della posizione della Corte costituzionale in tale sentenza, il preciso contenuto di alcuni degli obblighi cui era stato sottoposto nel corso della sorveglianza speciale”:*

Così negando efficacia retroattiva alla interpretazione della Legge, pur quando operata dal Giudice Costituzionale, le cui pronunce, come noto, si pongono al vertice delle fonti del diritto interno.

Eppure, non solo la Cassazione non ha tenuto in considerazione le indicazioni della CEDU, non solo ha dato vita ad un cortocircuito logico ingiustificabile (secondo il quale prevedibilità e retroattività sarebbero caratteristiche conciliabili di una norma e non, come invece sono, irriducibilmente antitetico tra loro, salvo non attribuire ai destinatari doti profetiche), ma ha anche descritto la propria “elaborazione” come un esercizio di garantismo a protezione della posizione degli incisi.

Applicare al passato la norma di prevenzione “tassativizzata”, secondo i giudici di legittimità, significherebbe estendere le rassicuranti garanzie elaborate dalla giurisprudenza, assicurando così un regime applicativo più “giusto” e meglio rispondente ai requisiti di selezione pretoria.

A questa lettura “magnanima” basterebbe replicare che la retroattività dell'orientamento tassativizzante, divenuto legge, consente l'applicazione di norme che, *ratione temporis*, erano ritenute incostituzionali – in quanto imprevedibili ed inaccessibili – così determinando non una contrazione, ma un ampliamento delle occasioni di applicazione delle misure di prevenzione.

L'opzione, infatti, a differenza di quanto sostiene la Cassazione, non è mai stata quella dell'applicazione di una norma “integrata”, in luogo della sua versione incostituzionale, ma la disapplicazione della Legge “senza qualità” sino ai fatti successivi alla sua specificazione interpretativa, anche a voler ammettere in linea teorica che l'esegesi – pur soggetta a fisiologici mutamenti – possa davvero ritenersi idonea ad intersecarsi con la norma positiva, sino a cambiarne o determinarne le sembianze.

E che, su questi aspetti, si stia consumando una ennesima “frode della prevenzione” è confermato dal fatto che la stessa Cassazione, che avalla la retroattività in *malam partem* della propria giurisprudenza, non ne ammette quella in *bonam partem*, come dimostra la recente sentenza in commento (Sez, 5 n. 23592/24) che ha dichiarato inammissibile il ricorso contro un provvedimento di rigetto di una richiesta di revocazione della confisca ai sensi dell'articolo. 28 del codice antimafia, ribadendo che, per i casi giustiziati (con confisca) prima della sentenza 24/19 della Corte Costituzionale, “*le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affermato che detta pronuncia non può consentire una rivalutazione di ciò che è stato oggetto di una decisione ormai definitiva* (così Sez. U, n. 3513 del 16/12/2021, dep. 2022, Fiorentino, in motivazione)” e che la prova nuova su cui deve fondarsi la richiesta di revocazione non è quella deducibile ma non dedotta nell'ambito del procedimento di prevenzione ( cfr. SSUU43668/2022 Lo Duca), fornendo così non una interpretazione ma una vera e propria “scrittura giurisprudenziale” dell'art 28 del CAM.

Decisione criticabile sotto più profili.

Il primo.

*Quid iuris*, infatti, se, all'esito del lungo percorso di affinamento della disposizione di cui all'art. 1 lettera b) CAM, si constata che una confisca è stata disposta in casi oggi non più integranti ipotesi di pericolosità (commissione di più reati lucrogenetici, che abbiano costituito, nel periodo dato, l'unica o la maggior fonte di reddito del proposto), in quanto non rientranti nel perimetro di determinatezza tracciato dall'orientamento tassativizzante?

La risposta dovrebbe essere scontata: se è possibile confiscare i beni a chi, al momento di tenere una determinata condotta, non poteva prevedere di subire l'azione ablativa dello Stato, sugli stessi presupposti dovrebbe essere possibile riparare a quello che, a posteriori, è risultato essere un errore applicativo, perchè fondato su una cattiva ermeneusi della norma, poi oggetto di un revirement interpretativo a tal punto stabile da puntellare in termini di accessibilità e prevedibilità un precetto prima generico.

Il secondo.

Va premesso che il limite alla richiesta di revisione che la sentenza in commento circoscrive alle "prove nuove" è ulteriore testimonianza del "Diritto dei giudici" di cui si è detto, poiché la preclusione del "deducibile ma non dedotto" non è un elemento rinvenibile nel testo dell'art. 28 Cam, ma è frutto anch'esso di una introduzione per via giurisprudenziale.

Ma ciò che più rileva è che la sentenza in commento non ha tenuto conto del fatto che l'art. 4 par. 2 del VII protocollo C.E.D.U. consente (rectius: impone) la riapertura del processo non solo a seguito di "fatti sopravvenuti" e "nuove rivelazioni" ma anche a fronte dell'esistenza di "un vizio fondamentale" verificatosi nella procedura antecedente.

E' proprio per riparare a quello stesso "vizio fondamentale" della decisione, preso in considerazione dall'art. 4 par. Protocollo Addizionale 7 che, in materia di revisione delle sentenze e dei decreti penali di condanna, si era formato in seno alla giurisprudenza di legittimità quell'indirizzo interpretativo volto a riconoscere l'ammissibilità della richiesta di revisione ex art. 630 lett. c) c.p.p anche quando la stessa si fondava su prove già esistenti in atti, ma non valutate o su prove deducibili ma non dedotte, poi avallato dalle Sezioni Unite con la sentenza n 624 del 26-09-2001, Pisano.

Sul versante dell'omologo istituto della revisione, pertanto, l'evoluzione interpretativa ha consentito di ampliare progressivamente la categoria delle prove nuove legittimanti la richiesta, sino ad includervi ogni elemento probatorio non acquisito in fase dibattimentale o, comunque, estraneo alla piattaforma sulla quale si è formato il convincimento del giudice.

L'applicazione, anche per la materia della misura di prevenzione patrimoniale. delle guarentigie convenzionali in tema di riapertura del giudizio e riparazione dell'errore è un logico corollario di quel "giusto processo" che deve caratterizzare anche il procedimento applicativo della confisca di

prevenzione.

Senza tenere conto che precludere la strada della revocazione a vicende quali quella in esame, significa attribuire in via preventiva efficacia anche a misure patrimoniali disposte in assenza di una base legale, in quanto applicate a soggetti non rientranti nella categoria di pericolosità generica ridefinita attraverso la taumaturgica terapia giurisprudenziale in grado di curare l'originaria patologia affliggente l'art. 1, comma 1 lett. b), Cam, diagnosticata dalla Corte EDU.

Resta l'evidenza che quando a rischio non c'è il patrimonio del proposto, ma la stabilità di una confisca, la giurisprudenza "tassativizzante" torna semplice nomofilachia e cessa d'essere "integrazione del precetto di prevenzione", perdendo così la natura di fonte normativa avente forza di legge, in quanto tale suscettibile di applicazione retroattiva.

Il "Diritto dei Giudici" è ora nuovamente "giurisprudenza".

Fenomeni dispercettivi che solo la prevenzione può regalare.

**RIFLESSIONI SULLA “PREVEDIBILITÀ” DELLE MISURE DI PREVENZIONE, QUALE REQUISITO DELLA “LEGALITÀ DELLA LEGGE” E DEL RISPETTO DEL GENERALE PRINCIPIO DI LEGALITÀ FORMALE E SOSTANZIALE**

Con una recente sentenza assunta a Sezioni Unite (4145/23), la Corte di Cassazione ha avuto modo di intervenire sul concetto di “prevedibilità” della sanzione penale, con condivisibili riflessioni che hanno consentito al Supremo Collegio di estenderne la portata anche al “diritto penale materiale”, ossia a quel complesso di norme che, pur non avendo una collocazione nel diritto sostanziale, concorrono a definire i casi ed i modi di irrogazione di una sanzione, anche accessoria.

Il massimo organo di nomofilachia, per tale via, è giunto ad escludere la portata retroattiva della confisca di cui all’art. 578-bis cpp, sulla scorta di considerazioni che mette si intende censire, sia pure sinteticamente, al fine di evidenziare la dicotomia sempre più irreversibile e sempre più allarmante tra il sistema penale e quello prevenzionale.

Afferma la Suprema Corte, nel proprio pronunciamento, che: *«il divieto di retroattività delle leggi penali sfavorevoli ricomprende nel concetto di "punizione" e di "legge penale" tutte le norme che incidano negativamente sull'an, sul quantum e sul quomodo della punibilità. La recente giurisprudenza costituzionale ha attribuito natura sostanziale a norme dell'ordinamento penitenziario e dell'ordinamento processuale ritenute, in passato, anche dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. U, n. 24561 del 30/05/2006, A., Rv. 233976 - 01), assoggettate al principio del tempus regit actum, ed ha affermato, coniugando il principio di irretroattività delle norme penali in peius con quello di prevedibilità, che il divieto di retroattività mira ad assicurare al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale per garantirgli, in linea generale, la certezza di libere scelte d'azione e per consentirgli, nell'ipotesi in cui sia instaurato un procedimento penale a suo carico, di compiere scelte difensive sulla base di ragionevoli ipotesi circa i concreti scenari sanzionatori a cui potrebbe andare incontro in caso di condanna (Corte Cost., sent. n. 32 del 2021)».*

La Corte ha poi valorizzato il versante convenzionale della prevedibilità, affermando che: *«occorre, poi, tenere conto anche del fascio di tutele convenzionali delineate dall'art. 7 CEDU, in stretta relazione, per quanto qui interessa, all'ambito di applicabilità del principio di irretroattività in peius nella materia penale, all'interno della quale la confisca per equivalente è classificata dall'ordinamento nazionale e da quello sovranazionale. Siccome una delle ragioni poste a fondamento del divieto di retroattività della norma penale in peius risiede nell'esigenza di garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità circa le conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale (le cosiddette libere scelte d'azione), il tempo in cui è realizzata la condotta vietata è centrale rispetto alle modifiche temporali del quadro esistente al momento del compimento delle scelte individuali...in modo da assicurare, come ha precisato la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, nel momento in cui un imputato ha commesso l'atto che ha dato luogo all'azione penale, esista una disposizione legale che renda l'atto punibile e che la pena*

*imposta non abbia superato i limiti fissati da tale disposizione (Corte EDU, sentenza 22 giugno 2000, Coème c. Belgio, p. 145)».*

Ed ancora, per quanto più interessa il presente scritto, viene rimarcato che: *«la giurisprudenza di legittimità ha precisato che l'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - così come conformemente interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU - non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma penale, allorquando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui la violazione è stata commessa (Sez. 2, n. 21596 del 18/02/2016, Tronchetti Provera, Rv. 267164 - 01; Sez. F, n. 35729 del 01/08/2013, Agrama, Rv. 256584 - 01)».*

Tale arresto di legittimità impone alcune riflessioni sul concetto di "prevedibilità" e sulla sua portata ordinamentale.

### **Le origini del principio della prevedibilità**

Il principio di legalità vive oggi in una dimensione complessa dovuta all'osmosi tra fonti diverse.

Alle norme di rango Costituzionale (25 II comma) ed ordinario (1 e 199 c.p) si sono affiancati riconoscimenti a livello internazionale, individuati nell' articolo 7 della Cedu, nell' articolo 49 della Carta di Nizza, nell' articolo 15 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici di New York.

Tale reticolo normativo ha rafforzato le fondamenta del principio e, al tempo stesso, ha consentito alla legalità e ai suoi corollari di colorarsi di nuove sfumature, determinando, al contempo, la necessità di armonizzare queste nuove declinazioni con il sistema ordinamentale interno.

Come si dirà più avanti, l'articolo 7 Cedu e, soprattutto, le sue accezioni, hanno posto in discussione istituti tradizionali del diritto penale interno, rilevando criticità in passato sconosciute.

Questo perché l'articolo 7 Cedu ha determinato un rafforzamento quantitativo e qualitativo delle garanzie del cittadino rispetto al principio di legalità nazionale, come contemplato all'articolo 25 co.2 Cost., muovendosi su due direzioni.

La prima riguarda l'estensione dell'ambito applicativo della portata garantistica del principio anche agli illeciti ed alle sanzioni che non vengono qualificati come penali dal diritto interno.

La seconda attiene, invece, agli aspetti qualitativi della legalità, valorizzando i canoni di accessibilità e prevedibilità delle norme penali.

Venendo al principio di prevedibilità, esso si articola in due ulteriori sotto-principi che attengono, rispettivamente, alla genesi ed all'interpretazione della norma penale, dando vita ad una dimensione cosiddetta statica e ad una dinamica del concetto *de quo*.

Nella prevedibilità statica, il destinatario del precetto penale deve essere posto in grado di prefigurarsi, con un ragionevole grado di approssimazione rispetto alle circostanze del caso, le conseguenze penali del proprio agire.

Nel momento dinamico o funzionale, il principio in esame esige un'interpretazione prevedibile delle norme di legge, di modo che il diritto vivente non stravolga le convinzioni dei consociati,

impedendo che si pervenga ad esiti ermeneutici non preventivabili.

La prevedibilità, quindi, è un principio che rafforza non solo le garanzie di chiarezza e precisione della legge penale ma vincola l'Autorità giudiziaria ad un risultato interpretativo fedele al dato positivo che lo renda, di conseguenza, prevedibile.

Se chiarezza e precisione della legge sono declinazioni dei *sub* principi di determinatezza e tassatività, la ragionevolezza dell'interpretazione o prevedibilità dinamica, travalicando l'ordinaria concezione del principio di legalità nazionale ancorato al sintagma "Legge", pone un evidente problema di interazione tra fonti interne e sovranazionali.

Nel testo dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non vi è traccia, infatti, della parola "legge", neppure nella traduzione ufficiale in lingua italiana, venendo piuttosto utilizzato il termine di "diritto" che viene ad esprimere un significato molto più ampio del concetto di "legge".

Quella accolta a livello europeo è una concezione autonoma di legge, fondata su un modello ermeneutico che abbandona la visione strettamente formale per abbracciare una concezione sostanziale.

Questa concezione sostanziale trova ingresso nel nostro sistema ordinamentale, grazie alla decisione assunta dalla Corte Edu nel caso *Contrada contro Italia*.

Solo per desiderio di completezza, giova qui ricordare che Contrada adiva la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo lamentando la retroazione dell'interpretazione di un precetto penale poco chiaro.

Nello specifico, le alterne vicende giurisprudenziali relative alla configurabilità di un concorso di persone in un reato a concorso necessario avevano di fatto impedito al ricorrente di poter preventivare le conseguenze del proprio agire.

La Corte, richiamandosi ai suoi precedenti, precisava che: *«la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono»* essendo tale requisito soddisfatto **se «la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, per quali atti e omissioni ad un consociato viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti»**.

Con la Sentenza Contrada, quindi, si affida definitivamente anche alla giurisprudenza un ruolo comprimario nella definizione del precetto.

Ne deriva un'impossibilità di concepire una legalità nazionale e una legalità eurounitaria o convenzionale come principi tra loro indipendenti, dovendosi dare ormai conto del processo di integrazione tra distinti ordinamenti.

In sintesi, la Corte Edu non valuta la prevedibilità chiedendosi se Bruno Contrada, alto servitore dello Stato a tutela dell'ordine pubblico, laureato e professionista, avrebbe dovuto ipotizzare (cioè porre in dubbio) la punibilità di quei fatti come concorso esterno, perché, in questo caso, non si tratta di muovere un rimprovero personale all'imputato (non essendovi un problema di colpevolezza).

Il punto della presente questione concerne un'opera di valutazione circa la certezza del diritto penale, da misurarsi oggettivamente.

La prevedibilità convenzionale, in questa sentenza, non è più solo colpevolezza, ma è legalità formale, seppur indipendente dalla riserva di legge.

Questo significa che, se il presente concetto è una declinazione del principio di legalità, esso necessariamente dovrà coniugarsi con tutti gli altri corollari della legalità formale ovvero: **tassatività, determinatezza e irretroattività**.

La ragionevole prevedibilità convenzionale, assegnando al giudice la sua funzione di codeterminazione, ribadisce automaticamente un suo ruolo di comprimario della legalità, potendo questi garantire la qualificazione giuridica che fonda un divieto e rimuovere, ove sia possibile, quello stato di dubbio che possa offuscare la certezza del diritto penale.

### **La prevedibilità nella giurisprudenza costituzionale**

Prima di concentrarsi sul tema della prevedibilità e della prevenzione, occorre qui ricordare come il concetto di prevedibilità degli 'inconvenienti' derivanti dall'inosservanza delle leggi fosse già presente nel pensiero di Beccaria, il quale, però, evidentemente lo intendeva come monito per il Legislatore, affinché emanasse leggi chiare e precise, onde evitare che l'attività del giudice superasse il compito di applicare la disposizione attraverso un "sillogismo perfetto".

Che la prevedibilità avesse una sua base legale adeguatamente specifica nel nostro sistema ordinamentale emerge da una breve e non esaustiva catalogazione delle Sentenze della Corte Costituzionale.

Già nel lontano 1956, la Consulta, con la sentenza n.2, ebbe a soffermarsi sulla prevedibilità e sulle sue conseguenze.

In particolare, la Corte, nel rispondere all'eccezione d'illegittimità costituzionale dell'art. 157 del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza per contrasto con l'art. 16 della Carta Costituzionale, nella parte in cui veniva limitata la libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini per motivi di sanità o di sicurezza, osservava che "la formula utilizzata dal Legislatore nell'art. 16 riguarda un'infinità di casi difficilmente prevedibili".

Ancora, nel 1981, quando la Corte dichiarava incostituzionale l'art. 603 del codice penale con riferimento al termine "stato di soggezione".

I Giudici della Consulta affermavano che il censurato sintagma fosse generico e non prevedibile; da cui l'impossibilità di distinguere l'attività psichica di persuasione da quella mentale, ma lecita, di suggestione.

Nel 1988, con la sentenza n. 364, la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p., statuiva che: *«sottoporre il soggetto agente a sanzione penale ove non possa affermarsi che la sua ribellione alla norma incriminatrice sia consapevole, o comunque frutto di indifferenza per le regole dell'ordinamento, equivarrebbe a scardinare le fondamentali garanzie che lo Stato democratico offre al cittadino ed a strumentalizzare la persona umana, facendola retrocedere dalla posizione di vertice che occupa nella scala dei valori costituzionalmente tutelati: il principio di*

*personalità non può, infatti, essere svalutato a discrezione del legislatore, in quanto garantisce al cittadino di poter essere considerato penalmente responsabile soltanto in ordine a condotte da lui poste in essere consapevolmente, che egli poteva controllare e/o omettere, giammai in ordine a comportamenti posti in essere per non colpevole, ed inevitabile, ignoranza del precetto».*

Nel 2000, con la sentenza n. 348, la Corte, in materia tributaria, poneva l'accento sul principio di prevedibilità, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 64 comma 1 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, recante "Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica", nella parte in cui non si precisava quali fossero i criteri di distinzione fra nuove entrate riservate allo Stato.

In molte altre occasioni, la Consulta ha riconosciuto al principio di determinatezza una portata piuttosto limitata.

Si vedano, a titolo esemplificativo: *Corte Cost., 27 maggio 1961, n. 27 in Giur. Cost., 1961, pp. 357 ss.*; *Corte Cost., 3 marzo 1972, n. 42, in Giur. Cost., 1972, p. 187* in cui la Corte, chiamata a valutare la determinatezza dell'art. 570 c.p. in materia di obblighi di assistenza familiare, ha affermato che il principio di determinatezza è rispettato ogni volta che il legislatore, per la descrizione di una fattispecie, fa ricorso a concetti extragiuridici diffusi; nello stesso senso *Corte Cost., 30 gennaio 1974, n. 20, in Giur. Cost., 1974, pp. 73 ss* in tema di reati di opinione; recentemente *Corte Cost., 1. agosto 2008, n. 327* in tema di applicabilità della nozione di "altro disastro" di cui all'art. 434 c.p. ai casi di disastro ambientale; *Corte Cost., 26 gennaio 2009, n. 21, in Giur. Cost., 2009, pp. 2130 ss.*

Il principio è stato, poi, successivamente esaminato, in epoca più recente, dalla Consulta con la sentenza n. 121 del 2018 anche in relazione alle sanzioni amministrative.

Nel caso di specie, la Corte dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 14 della legge regionale Campania n. 2 del 2017, nella parte in cui si prevedeva "l'applicazione delle sanzioni e delle misure previste dal codice della strada", senza individuare con esattezza la natura e l'entità di tali sanzioni.

In realtà, è la *c.d. saga Taricco*, riguardante l'illegittimità comunitaria della disciplina Italiana dei termini di interruzione e sospensione della prescrizione di cui agli art. 160-161 c.p., che ha dato maggior lustro al principio di prevedibilità.

Per quanto d'interesse ai nostri fini, la Consulta ha specificato che: *«la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità».*

Con l'ordinanza n. 24 del 2017, la Consulta sposta il terreno della legalità della prescrizione dalla riserva di legge a quello della ragionevole prevedibilità.

Si legge, nella citata ordinanza, che *«questa Corte è convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l'art. 325 del Tfu prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l'impunità di gravi frodi fiscali in danno dell'Unione in un numero*

*considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione».*

La Corte fa leva sugli artt. 49 e 53 della Carta di Nizza, al fine di rivendicare la legittimità comunitaria di prevedere un «maggior grado di tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalla Cedu e dalle costituzioni degli Stati membri».

La riserva di legge non è, né nella prospettiva della Corte Edu e dell'art. 7 Cedu, né in quella della Cgue e dell'art. 49 della Carta di Nizza, un "diritto dell'uomo" o una "libertà fondamentale", al contrario della ragionevole prevedibilità che invece, come abbiamo accennato in apertura, gode di questo *status*.

## **Il sistema della prevenzione e la prevedibilità**

Con le due note pronunce 24 e 25 del 2019, la Corte Costituzionale torna a parlare del principio di prevedibilità, con particolare riguardo alla materia delle misure di prevenzione.

Il sistema normativo delle misure di prevenzione era stato scosso notevolmente dalla decisione assunta in seno alla Corte Edu, nel *caso De Tommaso contro Italia*, in cui la Grande Camera aveva evidenziato il contrasto della legge 1956 n. 1423 (e di riflesso del dlgs n 159/2011 laddove ne recepisce i contenuti), con alcuni principi fondamentali dettati dalla Convenzione.

Alla base della censura della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo veniva posto il giudizio negativo sul requisito della previsione di legge.

Veniva rilevato un difetto di precisione e prevedibilità sia nell'indicazione delle categorie di soggetti sottoponibili a misura di prevenzione personale, sia nella descrizione del contenuto precettivo delle misure di prevenzione, le cui prescrizioni peccano di eccessiva genericità.

Il giudizio di accessibilità della norma e prevedibilità dei suoi effetti è stato svolto, dai giudici europei, su due piani: il primo relativo ai destinatari delle misure e, in particolare, ai c.d. soggetti a pericolosità generica; il secondo relativo al contenuto delle prescrizioni imposte.

Per quanto concerne il requisito dell'accessibilità, la Corte EDU non ha dubbi: le disposizioni sono contenute in una legge e, dunque, sono da ritenersi certamente accessibili. Ma ciò non basta. Perché sia soddisfatto anche il requisito della prevedibilità, è necessario, nel caso specifico, che i destinatari della norma e le prescrizioni a questi imposti siano sufficientemente chiari e determinati. Ed è proprio su questo punto che i giudici di Strasburgo hanno qualche remora, sia per quanto concerne i destinatari della norma indicati all'art. 1 lett. a) e b) l. n. 1423/1956, sia per quanto riguarda gli obblighi di "vivere onestamente", "rispettare le leggi" e "non dare ragione alcuna ai sospetti".

Per quel che interessa ai fini della nostra indagine, la Corte Edu, dopo aver ricordato il principio generale per il quale *«l'espressione "prevista dalla legge" esige non solo che la misura contestata abbia qualche base nel diritto interno, ma si riferisce anche alla qualità della legge in questione, esigendo che debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili»* ha ribadito che *«una norma non può essere considerata una "legge" se non è*

*formulata con sufficiente precisione in modo da consentire ai cittadini di regolare la loro condotta».* Pur non essendo infatti controvertibile la esistenza di una base legale di simile restrizione, la Corte ha tuttavia osservato come difetti, nella formulazione della norma, il requisito di *«prevedibilità delle conseguenze della propria condotta, per il soggetto colpito dalla misura di prevenzione personale»*, a causa della inadeguatezza della legislazione nazionale rispetto agli standard convenzionali comunitari.

Ma la Corte EDU muove da un arresto della Corte Costituzionale italiana, che aveva già richiamato il Legislatore nazionale, nella determinazione degli elementi costitutivi della pericolosità sociale – e salva la possibilità di ricorrere alle presunzioni – a formulare a quali comportamenti obiettivamente identificabili far seguire l'adozione dei provvedimenti di prevenzione ed a non basarsi, nella loro irrogazione, su semplici sospetti, quanto su fatti, dai quali dedurre poi, su base logico-inferenziale, la condotta abituale ed il tenore di vita della persona.

Già secondo la risalente pronuncia del Giudice delle Leggi, pertanto, la prognosi di pericolosità non poteva che trovare giustificazione in presupposti di fatto previsti dalla legge e, quindi, obiettivamente riscontrabili.

Nella sentenza della Corte Costituzionale n. 23/64, infatti, ove il rimettente osservava che la misura della sorveglianza speciale, che importa limitazione della libertà personale, doveva essere adottata con le garanzie degli artt. 13 e 25 della Costituzione, secondo le quali ogni norma limitativa della libertà personale deve riferirsi ad una fattispecie ben determinata, in modo che nell'applicazione di essa restasse esclusa la discrezionalità dell'interprete, la Corte, in motivazione, ha affermato che: *«dalle indicate finalità delle misure di prevenzione deriva che l'adozione di esse può essere collegata, nelle previsioni legislative, non al verificarsi di fatti singolarmente determinati, ma a un complesso di comportamenti che costituiscano una "condotta", assunta dal legislatore come indice di pericolosità sociale. Discende, pertanto, dalla natura delle dette misure che nella descrizione delle fattispecie il legislatore debba normalmente procedere con criteri diversi da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa far riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti però sempre a comportamenti obiettivamente identificabili. Il che non vuoi dire minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione, rispetto alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene»*

Sulla scorta di tale *dictum*, la Corte EDU, nella sentenza *De Tommaso*, ha quindi evidenziato la indeterminatezza della elencazione categoriale dei criteri di individuazione della pericolosità sociale semplice che, in violazione del principio di prevedibilità della sanzione, non consente al destinatario della norma di rendersi conto delle possibili conseguenze dei propri comportamenti, in punto di possibile sottoposizione a procedimento e, in seguito, a misura di prevenzione.

Ed il difetto di prevedibilità della sanzione è stato sussunto (più che in un difficilmente predicabile difetto di base legale della misura di prevenzione) nella violazione del principio di *«qualità della legge»*, che deve essere accessibile alle persone interessate e prevedibile quanto ai suoi effetti.

La formulazione di qualsiasi legge deve infatti essere assistita da sufficiente precisione, così da consentire ai suoi fruitori di conoscere in anticipo quali possano ragionevolmente essere le risposte dell'ordinamento rispetto ad una condotta umana.

Peraltro, già la nostra Corte Costituzionale aveva introdotto il concetto di «*sufficiente determinazione della fattispecie penale*», quasi anticipatorio di quello di "prevedibilità", funzionale «*tanto al principio di separazione dei poteri, quanto a quello di riserva di legge in materia penale, assicurando, al contempo, la libera determinazione dell'individuo, cui consente di conoscere le conseguenze giuridico-penali del proprio agire*».

Infatti, con la sentenza n. 364 del 1988, il Giudice delle leggi aveva affermato che: «*la strutturale "ambiguità" della tecnica penalistica conduce il diritto penale ad essere insieme titolo idoneo d'intervento contro la criminalità e garanzia dei c.d. destinatari della legge penale. Nelle prescrizioni tassative del codice, il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto. A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto*».

In sostanza il principio di determinatezza, implicitamente ricavabile dall'art. 25 Cost., comma 2, è in funzione della: «*riconoscibilità ed intelligibilità del precetto penale in difetto dei quali la libertà e sicurezza giuridica dei cittadini sarebbero pregiudicate*».

In questo *milieu* si colloca quindi l'intervento critico della sentenza *De Tommaso*, che ha concluso come la locuzione "vivere onestamente nel rispetto delle leggi", non sia assistita, da un lato, da un sufficiente grado di prevedibilità e determinatezza e, dall'altro, da una giurisprudenza interpretativa capace di tassativizzare i comportamenti che si pretende di stigmatizzare.

Una valutazione della disposizione normativa, dunque, condotta al lume della sua concreta applicazione da parte del giudice nazionale, nell'ottica della tutela dei diritti consacrati dalla Carte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Assumere come premessa teorica che il giudice abbia un ruolo di co-definizione della norma comporta che l'interprete sia chiamato ad assumere le vesti sia di sorvegliato sia di guardiano della legalità. "Legge e giudice", in questo modo, non vanno più letti in disgiuntiva (cioè: "legalità" uguale "legge *versus* giudice"), bensì in congiuntiva, come due addendi (cioè: "legge" più "giudice" uguale "legalità").

Il ruolo di comprimario della legalità rende essenziale che le condizioni della privazione della libertà previste dal diritto interno siano definite in modo chiaro e che l'applicazione dello stesso diritto sia prevedibile, in modo da soddisfare il requisito di "legittimità" fissato dalla Convenzione, *requisito che esige che tutto il diritto sia sufficientemente preciso e consenta alla persona – se necessario, mediante adeguata consulenza – di prevedere, in misura ragionevole alla luce delle circostanze, le conseguenze che una data azione può comportare* (*Khlaifia e altri c. Italia [GC], § 92; Del Río Prada c. Spagna [GC], § 125; Creangă c. Romania, § 120; Medvedyev e altri c. Francia [GC], § 80*).

La privazione della libertà non si limita al classico caso della detenzione a seguito di arresto o condanna, ma può assumere numerose altre forme (*Guzzardi c. Italia, § 95*).

Vanno qui richiamati anche i principi consolidati in ambito Cedu, a proposito dell'art. 5, che contempla la libertà fisica della persona ed è finalizzato a garantire che nessuno sia privato arbitrariamente di tale libertà e non concerne mere restrizioni della libertà di circolazione, che sono disciplinate dall'articolo 2 del Protocollo n. 4 (*De Tommaso c. Italia*)

La differenza tra le restrizioni della circolazione sufficientemente gravi da costituire una privazione della libertà ai sensi dell'articolo 5 § 1 e le mere restrizioni della libertà previste soltanto dall'articolo 2 del Protocollo n. 4 attiene al grado o all'intensità, e non alla natura o alla sostanza (*De Tommaso c. Italia [GC], § 80; Guzzardi c. Italia, § 93; Rantsev c. Cipro e Russia, § 314; Stanevc. Bulgaria [GC], § 115*).

In ordine all'art. 5 la giurisprudenza Edu afferma che:

- La Corte non si considera vincolata dalle conclusioni giuridiche cui sono pervenute le autorità interne relativamente alla sussistenza di una privazione della libertà e intraprende una valutazione autonoma della situazione (*Khlaifia e altri c. Italia [GC], § 71; H.L. c. Regno Unito, § 90; H.M. c. Svizzera, §§ 30 e 48; Creangă c. Romania [GC], § 92*).

- Per determinare se una persona sia stata "privata della libertà" ai sensi dell'articolo 5, è necessario partire dalla sua situazione concreta e tener conto di un'intera gamma di criteri quali il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di attuazione della misura in questione (*De Tommaso c. Italia [GC], § 80; Guzzardi c. Italia, § 92; Medvedyev e altri c. Francia [GC], § 73; Creangă c. Romania [GC], § 91*).

- L'obbligo di tener conto del "tipo" e delle "modalità di attuazione" della misura in questione consente alla Corte di esaminare il contesto e le circostanze specifici in cui hanno luogo tipologie di restrizioni diverse dal paradigma della reclusione in una cella.

Infatti il contesto in cui è adottata la misura costituisce un importante fattore, dato che nella società moderna si verificano comunemente situazioni in cui può essere chiesto alla popolazione di tollerare, nell'interesse della collettività, restrizioni della libertà di circolazione o della libertà personale (*De Tommaso c. Italia [GC], § 81; Nada c. Svizzera [GC], § 226; Austin e altri c. Regno Unito [GC], § 59*).

-La finalità delle misure adottate dalle autorità che privano le persone della libertà non è

determinante al fine di valutare se vi sia effettivamente stata privazione della libertà. La Corte tiene conto di ciò soltanto in una fase successiva della sua analisi, quando esamina la compatibilità delle misure con l'articolo 5 § 1 (*Rozhkov c. Russia (n. 2)*, § 74).

-I fattori oggettivi pertinenti da considerare comprendono la possibilità di lasciare lo spazio limitato, il livello di vigilanza e di controllo degli spostamenti della persona, la portata dell'isolamento e la possibilità di rapporti sociali (*Guzzardi c. Italia*, § 95; *H.M. c. Svizzera*, § 45; *H.L.c. Regno Unito*, § 91; e *Storck c. Germania*, § 73).

-Il fatto che una persona non sia ammanettata, collocata in una cella o fisicamente ristretta in altro modo, non costituisce un fattore determinante al fine dell'accertamento dell'esistenza di una privazione della libertà (*M.A. c. Cipro*, § 193).

L'articolo 5 § 1 non rinvia meramente al diritto interno, esso concerne anche la "qualità del diritto" che implica che se la legislazione nazionale autorizza la privazione della libertà essa deve essere sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione.

-In una società democratica il diritto alla libertà è troppo importante perché una persona perda il beneficio della protezione della Convenzione soltanto per aver acconsentito a essere posta in detenzione, specialmente qualora tale persona sia giuridicamente incapace di prestare il consenso all'azione proposta o di opporvisi (*H.L. c. Regno Unito*, § 90; *Stanev c. Bulgaria [GC]*, § 119; si veda altresì *N. c. Romania*, §§ 165-167, in cui il proseguimento della detenzione successivamente alla decisione che ne disponeva la scarcerazione è stato ritenuto arbitrario, anche se il ricorrente aveva accettato di rimanere in detenzione fino al momento in cui i servizi sociali avessero trovato una soluzione adeguata alla sua situazione).

Sul punto, il Giudice delle Leggi, nelle citate sentenze del 2019, pur richiamando la propria stabile e risalente giurisprudenza, secondo la quale le misure di prevenzione personali rientrano a pieno titolo nel novero delle misure lesive della libertà personale, pare tradire le proprie premesse per giungere a ritenere che la riserva di Legge assoluta e rinforzata, di cui all'art. 13, comma 2 della Carta fondamentale, possa essere «*declinata con diverso rigore*», nella materia penale ed in quella non penale.

Assunto che consente alla Corte di spostare il proprio angolo prospettico dalla Legge, al cui scrutinio essa è istituzionalmente chiamata, alla interpretazione nomofilattica della stessa e, dunque, dal diritto vigente a quello vivente.

Così escludendo, in antitesi con i suoi stessi enunciati di contesto, il sistema della prevenzione dalle garanzie proprie della riserva di legge di cui all'art. 13 Cost., quale principio "servente ed accessorio" rispetto a quello declinato dall'art. 25 commi 2 e 3 Cost.

Una scelta che, pare ovvio, è ispirata dalla necessità di evitare l'implosione del sistema prevenzionale, elidendo d'un tratto gli spazi di applicazione delle misure basate su pericolosità "semplice".

Ben si apprezza, tuttavia, come, da un lato, il crinale lungo il quale valutare la legittimità della tassativizzazione giurisprudenziale del precetto prevenzionale non sia quello dalla *sedes* nomativa,

ma quello degli effetti.

E gli effetti delle misure di prevenzione impingono sempre, riducendole o sopprimendole, su libertà individuali di rango costituzionale, quali la libertà personale (per come declinata dalla giurisprudenza convenzionale), libertà di iniziativa economica e proprietà privata.

Così che appare controvertibile il voler sottrarre la materia di prevenzione al principio di legalità, *sub species* di riserva di Legge, ma, certamente ancor di più, sotto l'aspetto della previa Legge.

Si vuole, cioè, sottolineare con particolare evidenza che la tassativizzazione pretoria non può convivere con la retroattività del precetto, pena il mortificare irrimediabilmente il presupposto della prevedibilità della reazione ordinamentale, in presenza di un dettato normativo *ratione temporis* inaccessibile al suo destinatario.

Già sul piano dei principi, infatti, l'efficacia retroattiva delle norme in materia di misure di prevenzione riposa su una discutibile estensione analogica della disciplina delle misure di sicurezza e, segnatamente, dell'art. 200 c.p.

Discutibile, perché la norma speciale si presenta come derogatoria (e, perciò, di stretta interpretazione) rispetto al principio generale di irretroattività di cui all'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile.

E, dunque, si tratta di un ricorso alla analogia che interviene, indebitamente, su una situazione già disciplinata dall'ordinamento, che dunque non necessita di tecniche ermeneutiche suppletorie, ma – quel che più appare censurabile – pretende di sostituire una norma speciale ad un generale, al di fuori dei casi di concorso apparente di norme, sovvertendo così uno dei principi cardine dell'ordinamento.

Ciò premesso, anche a voler condividere l'equiparazione, quanto agli effetti nel tempo, tra norme in materia di prevenzione e disposizioni in materia di misure di sicurezza, occorre tuttavia chiedersi se identica efficacia retroattiva possa essere annessa non tanto alla Legge, quanto alla sua interpretazione, in presenza di una norma che la Corte Costituzionale ha ritenuto non accessibile nel precetto e non prevedibile nella sanzione, fino alla stabilizzazione giurisprudenziale culminata con le Sezioni Unite Spinelli.

Su tale aspetto, va osservato che il difetto di precettività impedisce alla norma di influire sul comportamento del destinatario, in quanto non sono individuate quelle condotte socialmente dannose, che devono essere evitate, e non sono prescritte quelle socialmente utili, che devono essere perseguite.

D'altra parte, in presenza di un precetto indefinito, l'ordinamento penale non può neppure pretendere l'osservanza.

Dovrebbero, dunque, restare estranei all'ambito di rilevanza ai fini della applicazione di una misura di prevenzione tutti i comportamenti - non integranti ipotesi di pericolosità qualificati - che si siano verificati prima della pronuncia della Corte Edu.

Il *dictum* europeo e la successiva produzione giurisprudenziale di legittimità, infatti, costituiscono il discrimine temporale dopo il quale la norma sospettata di incostituzionalità assume sufficiente

determinatezza da renderla comprensibile per il destinatario.

Tornando al parallelo con il c.d. caso Contrada, la Corte di Cassazione (*Sez. I, sentenza 43112/17*) ha preso atto che, con riferimento alla ipotesi di concorso esterno in associazione mafiosa, la Corte EDU (*Sez. IV, sent. 14 aprile 2015, Contrada c. Italia*) aveva condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 7 CEDU, ritenendo che la fattispecie fosse chiara e prevedibile solo a partire dal 1994 - ovvero dal momento in cui interveniva la prima delle sentenze chiarificatrici delle Sezioni unite in questa materia (*Sez. U, n. 16 del 05/10/1994, Demitry*) riconoscendo, per il periodo successivo, la correttezza della configurazione dell'istituto in questione, così come elaborata dalle Sezioni unite (*Sez. U, n. 33478 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231671*).

La Corte EDU aveva quindi concluso che, all'epoca in cui erano stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), *«il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo ed egli, dunque, non poteva conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti»*.

Su tale presupposto giurisprudenziale, il Supremo Collegio ha riconosciuto la ineseguibilità e la improduttività di effetti della sentenza di condanna, emessa per fatti precedenti alla stabilizzazione giurisprudenziale della fattispecie penale, tutti risalenti ad un periodo di tempo antecedente alla sentenza *Demitry*.

Con il diverso divisamento di legittimità, seguito alla sentenza 24/19 della Corte Costituzionale (*da ultimo Sez. I n. 15954/22*), si è invece voluto ritenere che la delimitazione successiva dei "modi" di accertamento della pericolosità sociale generica, così tradendo la tutela del principio di prevedibilità, che il Giudice delle Leggi aveva eretto a fulcro del proprio ragionamento, sino a postulare la possibilità di una definizione retroattiva dei "casi" di applicazione di una misura di prevenzione.

Casi che, verificatisi prima della stratificazione formante della giurisprudenza domestica e convenzionale, non possono che dirsi disciplinati da una normativa, in allora, incostituzionale.

In particolare, la Corte di Cassazione, con la citata sentenza n. 15954/22, depositata il 27 aprile 2022, ha affermato che: *«manifestamente infondata è la doglianza formulata al primo motivo dell'atto di ricorso. Questa Corte ha già avuto modo di affermare, con orientamento condiviso dal Collegio, che in tema di misure di prevenzione, la lettura "tassativizzante" della categoria di pericolosità generica di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 6 settembre 2011 n. 159, affermata nella sentenza della Corte cost. n. 24 del 2019, alla luce dei principi espressi dalla Corte Edu, Grande Camera, nella sentenza 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, trova applicazione anche con riferimento alle condotte antecedenti alla pronuncia del giudice delle leggi, la quale ha recepito l'interpretazione consolidata che la Corte di cassazione ha dato del contenuto della norma, consacrandola quale diritto vivente, sulla cui base sono state ritenute la sufficiente determinatezza della fattispecie, nonché la prevedibilità delle conseguenze della violazione (così Sez. VI n. 36421 del 6.9.2021, rv 281990). Non può pertanto ritenersi che la sequenza interpretativa posteriore alla sentenza Corte Edu De Tommaso contro*

*Italia abbia introdotto una «nuova» categoria soggettiva, essendosi realizzato un diverso assetto interpretativo, in termini di maggior aderenza ai principi costituzionali. La natura di misura di sicurezza della confisca, peraltro, svincola la categoria giuridica dalla osservanza del divieto di retroattività, ferma restando la necessaria osservanza del presupposto (Sez. U Spinelli) della correlazione temporale tra condizione soggettiva di pericolosità e acquisizione dei beni».*

Così opinando, la Corte ha sottoposto a confisca definitiva un bene di proprietà dell'istante, la cui disponibilità è riconducibile a condotte tenute in un periodo temporale, nel quale la scarsa qualità della norma (D.L.vo 159, art. 1 comma 1 lett. b) e la mancanza di una stabile interpretazione giurisprudenziale della stessa non consentivano al destinatario del precetto di prevedere la reazione ordinamentale, essendo dunque incerti i "casi" di applicabilità della misura di prevenzione.

Per addivenire a simile decisione, la Corte ha equiparato, quanto ad applicabilità retroattiva della disciplina, le misure di sicurezza (art. 200 del codice penale italiano) alle misure di prevenzione.

La tesi non è condivisibile, in forza di alcune piane riflessioni.

Innanzitutto, l'art. 200 del codice penale, essendo norma eccezionale rispetto al principio generale di irretroattività, dettato dall'art. 11 delle disposizioni sulla Legge in generale, deve intendersi di stretta interpretazione e non suscettibile di interpretazione analogica.

In secondo luogo, il ricorso alla analogia è consentito solo in caso di *vacatio legis*, ossia di una situazione non disciplinata dalla Legge. Il tema della generale irretroattività della Legge, tuttavia, è disciplinato proprio dall'art. 11 delle disposizioni sulla Legge in generale e, quindi, non è dato il ricorso ad uno strumento eccezionale di etero-integrazione della norma.

Ancora, la retroattività delle misure di sicurezza non riguarda i "casi" di applicazione dell'istituto, che devono essere ovviamente predeterminati, ma la natura della misura e, dunque, il *quomodo* del trattamento sanzionatorio (non si dubita, peraltro, che tale disposizione risponda ad un criterio di favore per il destinatario della norma, finalizzato alla applicazione di misure quanto più evolute e, dunque, quanto più idonee possibile al contenimento della pericolosità).

Invece, la postulazione della Corte di Cassazione consente l'individuazione retroattiva dei "casi" di applicazione della misura di prevenzione, mediante il richiamo ad una stratificazione giurisprudenziale che, di contro, attiene ai "modi" di accertamento della pericolosità.

Infine, riconoscere efficacia retroattiva alla interpretazione giurisprudenziale della norma (e non, eventualmente, alla norma in sé) significa superare, espressamente, il principio di legalità, uno dei corollari del quale è quello di «*sufficiente qualità della Legge*».

Si consente, in breve, di regolamentare un fatto secondo una Legge che, al momento della sua verifica, non era conforme al tipo legale derivante dal diritto nazionale e convenzionale, tanto da essere ritenuta incostituzionale con sentenza interpretativa di rigetto (*Corte Cost. 24/19*), sino alla sua tassativizzazione giurisprudenziale, a decorrere dall'anno 2015.

Tuttavia, a mente del protocollo addizionale della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (artt. 2.3 e 2.4 protocollo n. 4), la proprietà privata può essere limitata nei soli casi previsti dalla Legge.

Secondo la giurisprudenza costante della Corte EDU, l'espressione «*prevista dalla legge*» esige non solo che la misura contestata abbia qualche base nel diritto interno, ma si riferisce anche alla qualità della legge in questione, pretendendo che debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili.

Uno dei requisiti derivanti dall'espressione «*prevista dalla legge*» è la prevedibilità.

Pertanto, una norma non può essere considerata una "legge" se non è formulata con sufficiente precisione in modo da consentire ai cittadini di regolare la loro condotta; essi devono essere in grado di prevedere, a un livello ragionevole nelle specifiche circostanze, le conseguenze che un determinato atto può comportare.

Di contro, con la sentenza n. 24/19, che ha recepito la sentenza della Grande Camera nella causa *De Tommaso c/ Italia (Ricorso n. 43395/09)*, la Corte Costituzionale, come sopra più volte ricordato, ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, comma 1 lettera a) D.L.vo 159/11, difettandone una tassativizzazione giurisprudenziale. La successiva lettera b) è stata ritenuta conforme a Costituzione solo a decorrere dalle pronunce di legittimità successive alla sentenza della Corte Edu *De Tommaso c. Italia*.

Dovrebbero dunque restare estranei all'ambito di rilevanza ai fini della applicazione di una misura di prevenzione tutti i comportamenti - non integranti ipotesi di pericolosità qualificata - che si siano verificati prima della pronuncia della Corte Edu.

Il *dictum* europeo e la successiva produzione giurisprudenziale di legittimità, infatti, costituiscono il discrimine temporale dopo il quale la norma sospettata di incostituzionalità assume sufficiente determinatezza, sì da renderla comprensibile per il destinatario e prevedibile nelle conseguenze.

Nel caso trattato dalla Corte di legittimità nella sentenza cui si fa riferimento, tuttavia, i comportamenti ascritti al ricorrente erano datati agli anni 2010/2011, ben precedenti all'intervento concretizzante offerto dalla Grande Camera Edu e, in seguito, dalla Corte di Cassazione.

Al momento di tenere quei comportamenti, quindi, il proposto non era in condizione di prevedere la reazione ordinamentale, a causa della scarsa qualità delle Legge.

Il Giudice nazionale, tuttavia, ha "recuperato" quei comportamenti all'ambito di operatività della Legge, mediante la applicazione retroattiva della interpretazione tassativizzante, che la Corte di Cassazione ritiene ammissibile in forza della equiparazione (anche questa di natura giurisprudenziale) tra misure di sicurezza e misure di prevenzione.

E, tuttavia, si osserva che la Grande Camera della Corte EDU, nel procedimento *De Tommaso c/ Italia*, ha già statuito che, a proposito della disposizione oggi contenuta nell'art. 1, comma 1 lettere a) e b) D.L.vo 159/11, che: «...*l'interpretazione effettuata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 2010 era successiva ai fatti del caso di specie e che era quindi impossibile per il ricorrente accertare, sulla base della posizione della Corte costituzionale in tale sentenza, il preciso contenuto di alcuni degli obblighi cui era stato sottoposto nel corso della sorveglianza speciale. Tali obblighi, infatti, possono dar luogo a più diverse interpretazioni, come ha ammesso la stessa Corte costituzionale. La Corte rileva, inoltre, che essi sono formulati in termini generali*».

La statuizione europea, dunque, ha già sancito la contrarietà rispetto alla norma convenzionale, della efficacia retroattiva della interpretazione della norma nazionale, poiché è essenziale che tale ermeneusi giurisprudenziale sia in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa, conoscendo in anticipo in quali casi, oltre che in quali modi, essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

L'interpretazione può essere applicata retroattivamente ai "modi" di accertamento della pericolosità sociale generica, ma non certo ai "casi", da determinarsi in anticipo rispetto alle condotte.

Il concetto stesso di prevedibilità, infatti, impone che la conoscibilità delle conseguenze della condotta sia precedente e non successive al compimento della stessa.

Del resto, in altri arresti di legittimità (Sez. I, n. 4489/23), la Suprema Corte sembra andare addirittura oltre le indicazioni del Giudice delle Leggi.

Mentre la Corte Costituzionale, in linea con il *dictum* convenzionale, aveva individuato il discrimine tra conformità e difformità dal modello legale della Legge nella sua "sufficiente qualità" e, di conseguenza, nella "sufficiente determinatezza della fattispecie" e nella "sufficiente prevedibilità" della reazione ordinamentale, la Corte di Cassazione richiama i concetti di "tassatività" e "determinatezza".

La premessa è che: *«le misure di prevenzione, pur se sprovviste di natura sanzionatoria in senso proprio (aspetto ripreso e confermato da Corte Cost. n. 24 del 2019), rientrano in una accezione lata di provvedimenti con portata afflittiva (sia pure in chiave preventiva) il che impone di ritenere applicabile - in siffatta materia - il generale principio di tassatività e determinatezza dei contenuti della fattispecie astratta (sia come limite al potere legislativo di costruzione della disposizione descrittiva che come criterio interpretativo), lì ove si realizza la tipizzazione dei comportamenti presi in considerazione come prima "fonte giustificatrice" di dette limitazioni.*

*E', pertanto, dalla matrice giurisdizionale del procedimento e dalle ricadute della decisione su diritti fondamentali della persona che deriva, come più volte evidenziato in plurimi arresti di questa Corte la necessità di una valorizzazione: a) della dimensione probatoria della cd. fase constatativa del giudizio di prevenzione, base logica e giuridica della successiva prognosi di pericolosità; b) della aderenza di tale dimensione probatoria ai contenuti tipici della fattispecie astratta che si ritiene di applicare al soggetto proposto».*

Ancora più di recente, poi, le SSUU penali sono tornate ad occuparsi del concetto di prevedibilità, in materia di misure di sicurezza patrimoniali.

Il massimo organo di nomofilachia (Cass. pen., Sez. Unite, Sent., (data ud. 26/10/2023) 23/02/2024, n. 8052) ha avuto modo di apprezzare che la "prevedibilità" deve essere un requisito anche delle decisioni giudiziarie.

*«Il sistema del precedente vincolante, attribuendo alla regola enunciata dalle Sezioni Unite una valenza di tendenziale stabilizzazione dei rapporti, è funzionale ad assicurare la prevedibilità delle*

*decisioni giudiziarie e, quindi, ad offrire al cittadino la possibilità di conoscere le conseguenze delle libere scelte di azione e di fare affidamento su un assetto normativo stabile. Il rispetto dei requisiti qualitativi di accessibilità e prevedibilità della norma è conseguente al grado di precisione non solo del testo di legge, ma anche alla stabilizzazione dell'orientamento ermeneutico interno che quella disposizione scolpisce nella sua portata».*

Ma, ancor più importante, la Corte ha stabilito che: *«attraverso l'adozione di un concetto sostanzialistico di "materia penale" la Corte di Strasburgo ha da tempo lasciato sullo sfondo e superato la necessaria connessione tra la garanzia della prevedibilità e le categorie formali. Un approccio che ha consentito di estendere le garanzie del nullum crimen alle misure di sicurezza (Corte EDU, 9 febbraio 1995, Welch c. United Kingdom), alle sanzioni amministrativo-punitive (Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia), al diritto processuale penale (Corte EDU, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia). Il tema della prevedibilità e dell'ampliamento garantistico ad esso sotteso è stato allargato oltre la stessa nozione estesa di 'materia penale', trovando applicazione anche alla confisca allargata ed alle misure di prevenzione (Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, ma anche Corte cost., sent. n. 24 e 25 del 2019) e alla gran parte dei diritti di libertà e, in particolare, al diritto di proprietà tutelato dall'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU».*

Infine, le Sezioni Unite hanno considerato come, a seguito della sentenza 24/19 Cost. debba ritenersi che la confisca di prevenzione e la confisca allargata, pur non avendo natura penale, devono: *«soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione, tra cui - segnatamente -: a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della 'base legale' della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. addiz. CEDU); b) l'essere la restrizione 'necessaria' rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito a un procedimento che - pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale - deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni 'giusto' processo garantito dalla legge, assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta» .*

I concetti espressi dalla Corte di legittimità costituiscono altrettanti corollari del principio di legalità sostanziale e processuale, cui si è sino ad ora pacificamente ritenuto che il sistema prevenzionale non sia soggetto.

In chiave sistematica, allora, occorrerebbe domandarsi se esso sia invocabile al limitato fine di assicurare a tutti i sistemi sanzionatori la sola determinatezza della fattispecie o se esso, invece,

sia da considerare unitario e, quindi, applicabile solo con tutto il suo corredo di garanzie.

Riflessione che incrocia il tema della frazionabilità dei singoli corollari del principio di legalità (riserva di legge, irretroattività in *malam partem*, tassatività, divieto di analogia in *malam partem*).

Sotto-principi che, proprio nella sufficiente determinatezza della fattispecie, nella duplice declinazione della accessibilità del precetto e della prevedibilità della sanzione, trovano un *trait d'union* indissolubile.

Non può dirsi accessibile, per la generalità dei consociati, un precetto la cui consistenza, in origine non tassativa, trovi etero-integrazione nella produzione giurisprudenziale, per sua natura non destinata alla capillare diffusione e rispetto alla quale non può certo invocarsi l'inescusabilità dell'ignoranza incolpevole.

Non può dirsi prevedibile una sanzione che sia retroattiva nei casi di applicazione, proprio perché la "previsione" presuppone una attività cognitiva rivolta al futuro, ma sulla base delle conoscenze acquisite; mentre la retroattività è per sua natura retrospettiva ed imprevedibile.

In tale direzione, peraltro, depone l'ordinanza interlocutoria, resa dalla CEDU nel caso *loele +altri/Italia*, nella quale il Giudice convenzionale sottolinea (a proposito della pericolosità generica, ma con ragionamento di portata generale) tanto la sottoposizione alla riserva di legge, quanto la necessaria prevedibilità della norma e determinatezza della fattispecie (*"was the interference in accordance with the conditions provided for by the law, as required by Article 1 of Protocol No. 1? Were the provisions (a) and/or (b) of Article 1 § 1 of Decree no. 159/2011 sufficiently precise and clear, foreseeable in their application and consequences, and compatible with the rule of law, in respect of the individuals to whom confiscation of assets as a preventive measure is applicable?"*). Pare allora potersi concludere che la prevedibilità sottenda il richiamo al principio di legalità e che, in prospettiva convenzionale, sia auspicabile un nuovo intervento della Corte Europea sullo statuto della prevenzione.

**NOTA A DECRETO CORTE APPELLO**  
**CATANIA n. 4/23 IEMP**

Un decreto emesso dalla Corte di Appello di Catania, all'esito della camera di consiglio dell'11 luglio 2024, ribalta i principi di Cass. Sez. V, sent. 23592 del 12 giugno 2024 (oggetto di altro intervento dell'Osservatorio) ed offre alcuni interessanti spunti di riflessione sulla applicazione dell'art. 28 del Codice Antimafia in tema di revocazione.

Soprattutto, apre prospettive nuove che, ove seguite dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, inciderebbero profondamente su questo istituto e, probabilmente, sull'intero assetto del sistema di prevenzione.

Occorre premettere cenni della vicenda processuale.

Nei confronti di soggetto, condannato per il reato di cui all'art. 512 bis del codice penale (con esclusione dell'aggravante di cui all'art. 7 della L. 203/91), e, contestualmente, assolto dal reato di partecipazione all'associazione di stampo mafioso, il Tribunale di Caltanissetta, nel 2014, dispose la confisca di alcuni cespiti immobiliari.

La confisca fu confermata dalla Corte di Appello, con motivazione che evocava "unicamente il concetto di pericolosità sociale ascrivibile al proposto, stante l'inserimento nella categoria di cui all'art. 4 lett. B) in ragione della ritenuta colpevolezza per il reato di intestazione fittizia di beni"; furono dissequestrati unicamente due beni, ritenuti di provenienza lecita. Il provvedimento di confisca divenne irrevocabile nel 2016.

Fu proposta una prima domanda di revocazione della confisca, dichiarata inammissibile con decreto dell'11.04.2019 della Corte di Appello di Catania.

Nel 2023, è stata tuttavia proposta una nuova richiesta di revocazione della confisca, che denunciava la violazione e la falsa applicazione degli artt. 7 della CEDU e 25 della Costituzione.

Con il decreto decisorio depositato lo scorso 19 agosto 2024, la Corte di Appello, su conforme parere del Procuratore Generale, ha accolto l'istanza, affermando alcuni principi di diritto che si possono così riassumere:

- 1) la disposta confisca presenta un vizio "endemico", per difetto della base legale di applicazione, essendovi stata una errata individuazione dei requisiti richiesti per il provvedimento ablativo, in aperta violazione dell'art. 7 della CEDU e 25 della Carta Costituzionale.
- 2) quanto al giudicato penale assolutorio dal reato di cui all'art. 416 bis, la Corte di Appello - richiamando la nota sentenza Gattuso - rileva che, pur avendo tale decisione dato contezza "dei rapporti connotati da reciproca convenienza e vantaggio economico tali da poter essere ritenuti lesivi dei beni giuridici in rilevanza costituzionale", l'appartenenza a un'associazione mafiosa non può essere confusa con una mera collateralità (il giudice penale, nella sentenza di assoluzione, aveva accertato la inesistenza di contributi causali ai fini dell'integrazione del reato associativo).
- 3) l'unica condanna riportata dal proposto riguarda il reato di intestazione fittizia di beni commesso nel 2006, in allora punito ai sensi dell'art. 12 quinquies del D.L. 306/92 e oggi sussunto nell'art. 512

bis. Correttamente, viene evidenziato che tale condotta illecita, all'epoca dei fatti considerati, non poteva configurare alcuna fattispecie astratta di pericolosità, atteso che tale reato è stato introdotto nell'art. 4 lett. b del D.Lgs. 159/11 soltanto con il Decreto Legge n. 92/2008, che aveva inserito i reati compresi nell'art. 51 bis del codice tra quelli per cui erano applicabili le misure di prevenzione.

4) la conseguenza è che il decreto di confisca si basava su una categoria criminologica non rilevante, all'epoca dei fatti, per la prevenzione. Ragione per cui la confisca è priva di pertinente base legale con la conseguente revocabilità del provvedimento di confisca per vizio c.d. "endemico".

5) la Corte di appello ritiene che non debba farsi ricorso neppure al principio di retroattività delle norme, stante l'estraneità del sistema di prevenzione rispetto alla materia penale "che riguarda soltanto la disciplina della misura e non già il presupposto di essa e cioè l'esistenza a monte di una specifica legge configurante la fattispecie della pericolosità sociale". La base legale, ed è questo l'ulteriore passo in avanti che viene evidenziato nel provvedimento in commento, non è strettamente connessa al tema della retroattività.

6) importantissimo il passaggio successivo in cui la Corte, richiamando il consolidato orientamento ermeneutico, puntualizza che la descrizione della categoria criminologica di cui agli artt. 1 e 4 del D.Lgs. 159/11 "ha il medesimo valore che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice, esprime cioè la previa selezione e connotazione con fonte primaria dei parametri fattuali rilevanti rappresentati da una condotta specifica (ipotesi di indizi di commissione di un particolare reato – pericolosità qualificata) ovvero un fascio di condotte (pericolosità generica)".

La parte finale riassume e sintetizza tutto il percorso argomentativo del decreto, giungendo ad una conclusione che, come si diceva in premessa, ove fosse seguita da altri giudici della prevenzione, sarebbe idonea a minare l'intero sistema, laddove il provvedimento ablativo sia privo di idonea base legale.

Prima di concludere l'esame del provvedimento e passare ad esaminare la portata dei principi espressi dai giudici catanesi, è doverosa una riflessione: non può esservi una lettura autonoma del comma 2 dell'art. 28 del CAM rispetto al comma 1 (che individua i casi in cui può essere richiesta la revocazione).

Il limite posto dal secondo comma ("In ogni caso, la revocazione può essere richiesta solo al fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura") non prevede una distinta ipotesi di revocazione, ma limita i casi previsti dal primo comma per la revocazione (prova nuova, falso ecc) al solo difetto genetico del provvedimento ablativo, stabilendo per tutte le ipotesi un termine di 6 mesi per la proposizione della istanza.

In questo sta la novità assoluta del decreto in commento: il vizio endemico per difetto della base legale, ravvisato dalla Corte d'Appello, è invece ipotesi ben più ampia del difetto originario dei presupposti e, soprattutto, può essere dedotto senza limiti di tempo e la domanda può essere riproposta anche quando una prima richiesta sia stata respinta.

Evidente "l'avvicinamento" alla revisione del giudicato disciplinata dall'art. 630 del codice di

procedura penale.

Il decreto della Corte di Appello di Catania enuncia alcuni principi che si possono sintetizzare in questi termini.

a) È possibile una reiterazione della richiesta di revocazione, laddove si denunci un vizio endemico per difetto della pertinente base legale di applicazione della misura di confisca.

Si tratta di uno dei passaggi più importanti del decreto: il “vizio endemico” del provvedimento ablativo allarga la possibilità di revocazione ai sensi dell’art. 28 CAM, anche a prescindere dai termini per proporre la revocazione. Tale principio, ricorda la Corte di appello, era peraltro già stato enunciato, dalla sentenza 3513/22 delle Sezioni Unite della Cassazione.

In tale sentenza, che ribadisce la correttezza del ricorso all’istituto della revocazione ai sensi dell’art. 28 CAM (e non dell’incidente di esecuzione), in particolare nell’ipotesi di misura di prevenzione patrimoniale applicata ai sensi dell’art. 1, comma 1, lett. a) D.lgs 159/2011 - norma dichiarata incostituzionale dalla nota sentenza della Corte n. 24/2019 - si evidenzia come “l’opzione legislativa tesa a non assoggettare ad alcun termine la richiesta di revocazione per i casi non espressamente previsti dal comma 1 risulta del tutto ragionevole proprio in considerazione del carattere non predefinito – se non del tipo generale – delle ipotesi che possono venire in rilievo. Carattere che, proprio in quanto afferente ad una “fattispecie aperta”, non consente una preventiva valutazione *ex lege* dell’adeguatezza o meno della previsione di un termine rispetto alle specifiche istanze sottese alla revocazione della confisca”.

Su questo tema, peraltro, si era già pronunciata la Suprema Corte, sez. II, con la sentenza n. 33641/2020, che annullava il provvedimento della Corte d’Appello che dichiarava inammissibile l’istanza di revocazione, proprio sul presupposto della mancanza della base legale del provvedimento di confisca, precisando che: “deve ritenersi che in tema di misure di prevenzione patrimoniali l’istituto che ne permette a rivalutazione ai fini dell’accertamento della idonea base legale, pur in presenza di giudicato è il rimedio della revocazione; invero detto istituto è proprio diretto alla elisione *ex tunc* del provvedimento ablativo nel caso di successivo accertamento del difetto dei presupposti come si ricava dalla lettura del secondo comma dell’art. 28 D.Lvo 159/2011 secondo cui in ogni caso la revocazione può essere richiesta al solo fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l’applicazione della misura”.

b) La descrizione della categoria criminologica ha il medesimo valore che in ambito penale è assegnato alla norma incriminatrice, con la conseguenza che deve essere conoscibile e conosciuta dal cittadino la condotta la cui violazione comporta la conseguente applicabilità di una misura (evidente il parallelo con il precetto e la sanzione).

c) La base legale, come conseguenza del principio di irretroattività delle norme più sfavorevoli, comporta che la pericolosità sociale non può essere desunta sulla scorta di condotte illecite, non inserite all’epoca della loro commissione nel codice antimafia.

Tanto è vero che la Corte d’Appello richiama sia l’art. 7 della CEDU, sia l’art. 25 Cost..

Si tratta davvero di un passo in avanti dei Giudici di merito, in tema di prevedibilità.

La confisca non andava applicata, poiché nel periodo temporale in contestazione quella fattispecie (intestazione fittizia di beni) non era inserita tra i reati previsti dall'art. 4 del D.lgs 159/2011, indizianti per la pericolosità qualificata.

In conclusione, si può affermare che, proprio in ragione della prevedibilità e della necessità del rispetto del principio di legalità, il coraggioso decreto della Corte d'appello di Catania assesta un duro colpo alla retroattività in *malam partem* delle misure di prevenzione, quale effetto della – finalmente – corretta perimetrazione dell'abusata equiparazione di queste ultime alle misure di sicurezza, quanto a regime di applicazione nel tempo.

La retroattività delle misure di prevenzione può riguardare – come peraltro previsto per le misure di sicurezza – i modi di applicazione (*“la disciplina della misura”*), ma non i casi (*“il presupposto di essa”*).

L'auspicio è che il provvedimento non resti isolato e venga seguito da altri giudici di merito, oltre che dalla giurisprudenza di legittimità.

## **PREVENZIONE, ECCEZIONE, COSTITUZIONE**

### **CORTE COSTITUZIONALE, SENTENZA N. 162/24**

Il Giudice delle Leggi, con la sentenza n. 162/24, depositata in data 17 ottobre 2024, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 2-ter, del Dlgs 159/2011 ("Codice Antimafia"), nella parte in cui prevede che il Giudice non debba rivalutare la persistenza della pericolosità sociale del proposto, ove l'esecuzione della misura di prevenzione personale sia rimasta sospesa in ragione di un periodo detentivo non superiore a due anni. Per giungere a tale conclusioni, la Corte filtra la prevenzione attraverso il tessuto costituzionale, con risultati che meritano una prima riflessione di impatto.

Occorre, tuttavia, partire dalla genesi della norma censurata, per denunciare ancora una volta come il Legislatore continui a definire lo statuto della prevenzione in termini di eccezione.

Con la sentenza 291/13, la Consulta aveva già dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 CAM, nella parte in cui non prevedeva l'obbligo di rivalutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta.

Nelle motivazioni, la Corte osservava che, per le misure di sicurezza, il problema della verifica della persistenza della pericolosità sociale era stato risolto con la modifica dell'art. 679 cpp, che introduceva un doppio accertamento attualizzante, reso prima dal giudice della cognizione e, in un secondo momento dal magistrato di sorveglianza, che deve verificare l'attualità della pericolosità, al momento in cui la misura, già disposta, deve avere concretamente inizio.

Su tale premessa, il Giudice delle Leggi considerava che il diverso e meno favorevole regime in vigore per le misure di prevenzione personali (nel quale l'accertamento della pericolosità sociale aveva luogo una sola volta ed era considerato sufficiente, anche nel caso di esecuzione differita del provvedimento) violava l'art. 3 della Costituzione, in quanto riservava ai suoi destinatari un trattamento irragionevolmente diverso rispetto a quello stabilito per i destinatari delle misure di sicurezza.

L'irragionevolezza di simile disparità veniva declinata sul crinale della comune finalità delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione (tanto da essere considerate «due species di un unico genus», che se «non implica, di per sé sola, un'indiscriminata esigenza costituzionale di omologazione delle rispettive discipline», impone tuttavia, che le eventuali dissimmetrie siano sorrette da ragionevolezza della scelta legislativa. A valle dell'intervento della Corte Costituzionale, il Legislatore, con la legge 17 ottobre 2017 n. 161, ha introdotto l'art. 14 comma 2-ter nel DX.vo 159/11, positivizzando l'intervento additivo della Consulta, ma inserendovi una eccezione.

La seconda valutazione di perdurante ed attuale pericolosità sociale dell'inciso, infatti, non è

dovuta se l'esecuzione della misura di prevenzione personale sia rimasta sospesa a causa dell'espiazione di una pena detentiva inferiore a due anni.

Tale norma è venuta ora al vaglio della Corte Costituzionale, che ne ha rilevato la non rispondenza alla Carta fondamentale, richiamando alcuni propri precedenti arresti.

Ancora una volta, il metro è quello della ragionevolezza, ex art. 3 Cost., criterio ermeneutico elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, ed avallato dalla dottrina (v., per tutti, M. Cartabia, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana), in virtù del quale, ogniqualevolta è necessario operare una ponderazione ed un bilanciamento tra valori ed interessi contrastanti e costituzionalmente protetti, il fondamento di siffatta ponderazione deve rinvenirsi nella non arbitraria compromissione di un diritto a vantaggio di un altro.

Siffatta esigenza riposa sul basilare principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che impone non un generalizzato egualitarismo, bensì esige che il legislatore e, più in generale, ogni soggetto investito del potere di incidere sulle altrui situazioni giuridiche soggettive, tratti le varie situazioni emergenti al livello della realtà sociale senza discriminazioni arbitrarie o irragionevoli (Corte Cost., sentenza 13 gennaio 2014, n. 1), in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (Corte Costituzionale, sentt. nn. 264/2012 e 85/2013).

In tale ottica, la Consulta ha (nuovamente) ritenuto che la norma censurata fissi una irragionevole disparità di trattamento tra i destinatari di una misura di sicurezza e gli incisi da una misura di prevenzione personale. I primi, sempre beneficiari di un giudizio di attualizzazione della pericolosità, ex art. 679 cpp; i secondi, solo ad alcune condizioni.

Distinzione trattamentale incompatibile con la medesimezza della finalità perseguita dalle due diverse misure (che è quella "di controllare la pericolosità sociale del soggetto che vi è sottoposto (sentenza n. 24 del 2019, punto 9.6. del Considerato in diritto): pericolosità sociale che, rispetto alle misure di sicurezza, è indiziata da un reato già accertato nel processo penale, ma che pure rispetto alle misure di prevenzione deve essere desunta da indizi relativi a precedenti condotte criminose, riconducibili al novero di quelle elencate nell'art. 4 cod. antimafia") e dei presupposti ("Esattamente come le misure di sicurezza, inoltre, anche le misure di prevenzione personale, sia se applicate dall'autorità amministrativa, sia se adottate dall'autorità giudiziaria, presuppongono l'attualità della pericolosità sociale del destinatario della misura...Persistente pericolosità che deve essere puntualmente accertata, anche d'ufficio, nel tempo in cui la misura inizia (o riprende) ad avere esecuzione, dopo

essere rimasta sospesa per effetto dello stato detentivo cui era sottoposto l'interessato").

Fin qui, la Consulta ribadisce il proprio precedente del 2013, evidenziando come la scelta legislativa censurata, nel prestare formale ossequio alla decisione n. 291/13 ne ha invece tradito le fondamenta motivazionali, introducendo nuovamente una disparità di trattamento irragionevole tra situazioni assimilabili, già sanzionata di incostituzionalità.

È nella prosecuzione del proprio incedere argomentativo, tuttavia, che la sentenza espone principi di maggiore rilevanza sistematica.

La sentenza, infatti, seleziona un ulteriore profilo di irragionevolezza, questa volta intrinseca, della norma, ritenendo che "non vi è, in linea generale, alcuna ragione per ritenere che nell'arco di un intero biennio la personalità di un individuo, e in particolare il suo atteggiamento nei confronti dei valori fondamentali della convivenza civile, non possa subire significative modificazioni, quando si tratti di un individuo detenuto in esecuzione di una pena, e dunque sottoposto a un trattamento che per vincolo costituzionale è finalizzato alla sua rieducazione".

Per addivenire a simile conclusione, il Giudice delle Leggi evidenzia dunque la funzione costituzionale della pena, rilevando anche un contrasto tra la norma al proprio esame e l'art. 27 comma 3 Cost.

Ritiene la Corte che "se è vero, infatti, che il successo di un trattamento rieducativo non è mai scontato, la presunzione legislativa in esame muove — come correttamente rileva il rimettente — dal non condivisibile presupposto che un trattamento penitenziario in ipotesi protrattosi fino a due anni sia radicalmente idoneo a modificare l'attitudine antisociale di chi vi è sottoposto".

La presunzione, osserva ancora la Consulta, dovrebbe godere di applicazione generalizzata, giungendo alla parossistica conseguenza di "determinare di per sé l'incompatibilità con l'art. 27, terzo comma, Cost. di tutte le pene detentive di breve durata".

Riflessione tanto provocatoriamente retorica, quanto palesemente irragionevole e "grossolana" risulta la scelta legislativa scrutinata.

E il sistema presuntivo viene censurato anche al lume dell'art. 13 Cost., che la Corte Costituzionale ritiene, del pari, violato.

La premessa è che "l'esecuzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza comporta una restrizione della libertà personale sancita dall'art. 13 Cost. posto che le prescrizioni inerenti a tale misura — anche quando non sia disposto l'obbligo di soggiorno in un determinato comune — implicano comunque, ai sensi dell'art. 8 cod. antimafia, la sottoposizione a una incisiva serie di obblighi, tra cui quelli di fissare la propria dimora, di non allontanarsene senza preventivo avviso all'autorità di pubblica sicurezza, di non uscire di casa più presto e di non ricasare più tardi di una data ora".

L'invocazione del fascio di tutele, che la Carta Costituzionale prevede per la libertà personale, fa discendere sulla prevenzione tutti i suoi corollari, tra i quali la riserva di Legge e la riserva di giurisdizione, come argomenta la Corte.

La prima garanzia incrocia i temi delle "qualità delle Leggi", già oggetto di precedenti interventi della Consulta (sent. 24/19) e dei Giudici Convenzionali (Grande Camera, sent. De Tommaso/Italia).

La seconda subordina la legittimità costituzionale di eventuali restrizioni della libertà personale

all'accertamento dei loro presupposti, eseguito caso per caso da parte di un giudice.

Considera, invece, il Giudice delle Leggi che "la disciplina censurata prevede un meccanismo di tutela giurisdizionale successivo e soltanto eventuale (perché attivabile soltanto su istanza di parte) su un requisito centrale — quello della pericolosità dell'interessato — la cui effettiva e persistente sussistenza al momento dell'esecuzione della misura deve essere considerata, a sua volta, condizione della sua proporzionalità rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati, che la misura di prevenzione persegue".

Dunque, la Corte non si limita a ritenere incostituzionale ogni meccanismo presuntivo per il riconoscimento del presupposto della pericolosità sociale - che deve essere sempre oggetto di casistico accertamento giurisdizionale - ma riconosce alle misure di prevenzione un effetto limitativo della libertà personale, cui è ancillare il giudizio di proporzionalità, che, nelle parole della sentenza in commento "costituisce requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo".

L'intervento della Corte ribadisce lo statuto costituzionale della prevenzione, elaborato intorno alle direttrici della esistenza di un'adeguata base legale, della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati, della riserva di giurisdizione (sent. 24/19).

E, tuttavia, l'articolato iter all'esito del quale tale intervento si è reso necessario, rende evidente, da un lato, la sordità del Legislatore rispetto ai caveat della Consulta dall'altro, la volontà di continuare a fare della prevenzione un laboratorio per sperimentare sempre nuove eccezioni rispetto a quel tessuto costituzionale, che il Giudice delle Leggi continua ancora a difendere.

**ESITO POSITIVO DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO VOLONTARIO E SOSPENSIONE DEGLI EFFETTI DELL'INTERDITTIVA  
ANTIMAFIA. UNA NUOVA QLC IN MATERIA DI PREVENZIONE.**

**(NOTA A TAR CALABRIA – REGGIO CALABRIA, ORDINANZA 646 DEL 28 OTTOBRE 2024)**

Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, Sezione distaccata reggina, con ordinanza n. 646/2024 Reg.Prov.Coll. del 28 ottobre scorso, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 34-bis, comma 7, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, «nella parte in cui non prevede che la sospensione degli effetti dell'interdittiva conseguente all'ammissione al controllo giudiziario perduri anche con riferimento al tempo, successivo alla sua cessazione, occorrente per la definizione del procedimento di aggiornamento ex art. 91, co. 5, cod. antimafia».

Nella vicenda oggetto di scrutinio, la società ricorrente si era vista risolvere il contratto di appalto stipulato con ANAS s.p.a., a causa della automatica reviviscenza degli effetti pregiudizievoli dell'interdittiva dopo la cessazione, con esito positivo, del controllo giudiziario. Una riespansione causata, com'è noto, della mancata previsione nell'ordinamento di una disciplina che regolamenti in modo puntuale tale peculiare profilo inerente alla fase terminale dei rapporti tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario c.d. volontario, sino alla definizione da parte della Prefettura del procedimento di aggiornamento ex art. 91, co. 5, cod. antimafia.

Nel ricorso introduttivo del giudizio la difesa aveva prospettato una ricostruzione interpretativa costituzionalmente orientata, sollecitando una lettura *elastica* della norma (*i.e.*: l'art. 34-bis, c. 7, del C.A.M.) che consentisse -dopo la cessazione, con esito positivo, del controllo giudiziario- di affermare la protrazione della sospensione degli effetti dell'interdittiva sino alla definizione da parte della Prefettura del richiamato procedimento di aggiornamento.

Di diverso avviso i Giudici territoriali, i quali «ha(nno) ritenuto che la lettura prospettata da parte ricorrente in ordine alle disposizioni del codice antimafia rilevanti nella presente vicenda sia sprovvista di un valido addentellato positivo, mancando, appunto, nel codice antimafia [...] una previsione che regolamenti in modo espresso gli effetti dell'interdittiva nel tempo intercorrente tra la cessazione del controllo giudiziario e l'aggiornamento della stessa ad opera della competente Prefettura. Il dato testuale espresso dal co. 7 dell'art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011, là dove stabilisce che “[i]l provvedimento che dispone ... il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende ... gli effetti di cui all'articolo 94”, appare, in definitiva, ad avviso del Collegio, insuperabile, ricollegando l'effetto tipico che consegue al decreto di ammissione al controllo giudiziario (cioè, la sospensione dell'incapacità a contrattare) alla sua vigenza. Ne risulta, allora, preclusa *in nuce* qualsiasi diversa interpretazione che, pur nell'ottica di correggere le vistose distorsioni applicative denunciate dalla società ricorrente, tenda a dilatare temporalmente l'effetto in questione oltre il momento di cessazione della misura prescrittiva».

In tale prospettiva, i Giudici calabresi richiamano anche due decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (nn. 7 e 8 del 2023) nelle quali «il piano dei rapporti per così dire 'terminali' tra quest'ultimo e la pregressa interdittiva, (sono) ricostruiti secondo un ormai consolidato indirizzo

interpretativo nel senso di escludere che l'esito favorevole del controllo giudiziario possa determinare, *ex se*, il superamento dell'interdittiva. Chiamata, infatti, a delineare il 'ciclo di possibili relazioni' intercorrenti tra controllo giudiziario conclusosi favorevolmente e valutazioni successivamente effettuate dal Prefetto in sede di aggiornamento dell'informativa (che abbia, evidentemente, conservato la sua validità a seguito della conferma in sede giurisdizionale nelle more della pendenza del controllo), la giurisprudenza amministrativa, muovendo proprio dalla considerazione delle diverse funzioni e dei differenti campi d'azione dei due istituti, ha condivisibilmente ritenuto che “[l]e favorevoli conclusioni dell'amministratore giudiziario, e la conseguente chiusura del 'controllo giudiziario' non sono ... assimilabili ad un giudicato di accertamento”, non modificando, in sostanza, “il giudizio in ordine alla sussistenza dei pericoli di infiltrazione mafiosa, che è pertanto rimesso al Prefetto, il quale, una volta intervenuta la misura del controllo, potrebbe valutare l'esito positivo dello stesso, quale sopravvenienza rilevante ai fini dell'aggiornamento e della rivalutazione dell'interdittiva prefettizia, pur restando libero di confermare il provvedimento interdittivo originario”».

In ultima analisi, «la pacifica 'sopravvivenza' dell'informazione interdittiva antimafia alla conclusione favorevole del controllo giudiziario (che da essa abbia preso, a domanda di parte, innesco), se pur obbligatoriamente necessitante di una rivalutazione da parte del Prefetto ai sensi dell'art. 91, co. 5, cod. antimafia [...], in una alla mancanza di una previsione normativa espressa che ne regolamenti gli effetti nella pendenza di questo specifico frangente temporale, rendono, allora, impraticabile la lettura costituzionalmente orientata delle norme qui rilevanti suggerita da parte ricorrente».

*De iure condito*, dunque, i giudici territoriali hanno ritenuto che la scadenza del controllo, ancorché favorevolmente conclusosi, non possa che determinare in via automatica la reviviscenza degli effetti dell'interdittiva.

Due altre considerazioni vengono in rilievo, nell'ordinanza di rimessione, prima dell'esame dei profili di contrasto della norma censurata con i principii costituzionali e sovranazionali.

La prima, riguarda la *tempistica di evasione delle istanze di aggiornamento*, quale fattore idoneo ad accentuare le criticità, tenuto conto che la casistica applicativa ha rivelato l'esistenza di prassi non condivisibili delle Prefetture.

La seconda, riguardante le *gravosissime conseguenze applicative proprio nel settore degli appalti pubblici*, determinando, la reviviscenza dell'interdittiva, «una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di gara, i cui effetti non potrebbero, peraltro, essere retroattivamente neutralizzati né da un'eventuale informazione liberatoria emessa a valle del procedimento di riesame né, *a fortiori*, nel caso di sospensione cautelare della nuova interdittiva, non potendo in tale ultimo caso l'efficacia *ex tunc* della misura cautelare estendersi sino a coprire in via retroattiva anche il periodo di ripristino dell'efficacia della pregressa inibitoria».

Alla luce delle superiori considerazioni il TAR Calabria ha ritenuto che «il co. 7 dell'art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011, nell'impossibilità di una diversa lettura che ne consenta una dilatazione della relativa

portata temporale nei sensi suggeriti da parte ricorrente, sia costituzionalmente illegittimo per contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 41, 97, 111, 113 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6, 8 e 13 della CEDU e 1 del primo protocollo ad essa addizionale».

Stante la pluralità dei motivi di contrasto, di seguito si indicheranno sinteticamente i singoli profili di doglianza.

Quanto al contrasto con l'art. 3 della Costituzione, ad avviso del TAR l'immediata ed automatica riespansione degli effetti pregiudizievoli conseguenti all'interdittiva, paralizzati durante la vigenza del controllo giudiziario, al momento della sua cessazione determina, anzitutto, una irragionevole ed ingiustificata violazione del principio di uguaglianza, implicando un trattamento disomogeneo di situazioni sostanzialmente identiche, le cui ricadute altamente pregiudizievoli si apprezzano con accentuata criticità proprio nel settore degli appalti pubblici. Ed invero, «mentre nella generalità dei casi, l'incapacità di contrattare con la P.A. conseguente all'adozione di un'interdittiva potrà essere avversata dall'impresa che ne è destinataria con la proposizione del ricorso giurisdizionale e con l'invocazione della tutela cautelare, idonea in caso di favorevole delibazione a neutralizzarne gli effetti *ex tunc* [...], nella situazione qui in esame l'operatore economico non potrà che subire inerme gli effetti pregiudizievoli discendenti dal ripristino dell'efficacia dell'interdittiva; non potendo, in specie, prima della conclusione del procedimento di riesame, né (re)impugnare l'originaria informazione antimafia, in quanto già coperta da giudicato sfavorevole, né, allo stesso tempo, presentare una nuova domanda di ammissione al controllo giudiziario, difettando il presupposto 'processuale' dell'avvenuta contestazione in sede giurisdizionale dell'interdittiva (costituendo la relativa adozione un evento futuro e incerto). La condizione dell'impresa che versa nel limbo dell'attesa dell'aggiornamento della propria posizione 'post controllo giudiziario' si presenta, inoltre, deteriore anche rispetto a quella dell'impresa che, non ottenuta la tutela cautelare invocata a corredo del ricorso avverso l'interdittiva, venga, nondimeno, ammessa su domanda al controllo giudiziario c.d. 'volontario'.».

Si giunge così ad un risultato paradossale.

Infatti, mentre all'impresa *da bonificare* sarà assicurata non soltanto la possibilità di proseguire nell'esecuzione dei contratti d'appalto già stipulati al momento dell'adozione dell'interdittiva, ma pure quella di ottenere l'aggiudicazione quand'anche l'interdittiva sia stata emessa nella fase pubblicistica di scelta del contraente, all'impresa *bonificata* (almeno stando agli esiti del controllo giudiziario) si riespandono gli effetti dell'interdittiva, con immediata ed automatica risoluzione dei rapporti contrattuali in essere o l'esclusione dalle procedure di gara in fase di aggiudicazione. Conseguenze, queste, da considerarsi peraltro irreversibili, posto che la perdita del possesso del requisito di gara (discendente dalla reviviscenza dell'interdittiva) non potrebbe essere rimediata, con effetti salvifici, né dall'eventuale successiva informazione liberatoria (che assume una efficacia *ex nunc*), né, tanto meno, dall'accoglimento della domanda cautelare proposta con l'impugnativa della nuova interdittiva (eventualmente) emessa a valle del procedimento di riesame; l'efficacia della 'sospensiva' della nuova interdittiva, infatti, retroagisce sino al momento della relativa

adozione, non potendo, tuttavia, certamente neutralizzare gli effetti prodottisi anteriormente nel frangente temporale più volte evocato oggetto del presente incidente di costituzionalità.

Identiche considerazioni valgono a supportare il dubbio dell'illegittimità della norma per violazione degli artt. 24 e 117, co. 1, Cost. (quest'ultimo) in relazione all'art. 13 della CEDU. «La disciplina di cui trattasi determina, infatti, una ingiustificata e quanto mai pregnante compressione del diritto di difesa dell'interessato, al quale è preclusa la possibilità di attivare qualsiasi rimedio tanto contro gli 'effetti ripristinati' dell'interdittiva, già oggetto di sindacato giudiziale definitivo, quanto, per evidente mancanza di interesse, contro il provvedimento [...] dichiarativo della cessazione del controllo» conclusosi positivamente. «Appare fin troppo evidente, invero, che la mancata previsione di un qualsiasi rimedio difensivo per contestare la verifica degli effetti *de quibus* sacrifici penetrantemente, e in assenza di una plausibile ragione giustificativa, il diritto di difesa presidiato dall'art. 24 Cost., ponendo l'impresa in una condizione di incolpevole soggezione all'amministrazione, foriera di gravosissime conseguenze. Tale situazione si palesa, inoltre, sotto il medesimo angolo visuale, in insanabile attrito con l'art. 13 della CEDU - immediatamente rilevante per il tramite del parametro interposto offerto dall'art. 117, co. 1, Cost. - il quale assicura infatti a "ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati" il "diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali"».

Tale norma, nell'interpretazione offertane dalla giurisprudenza della Corte EDU, ha come conseguenza di esigere un ricorso interno dinanzi a una "*istanza nazionale competente*" che offra la possibilità di ottenere l'esame del contenuto di una "*doglianza difendibile*". L'art. 13 garantisce, in sostanza, l'esistenza nel diritto interno di un ricorso che permetta di avvalersi dei diritti e delle libertà della Convenzione; esso non ha, quindi, una ragione d'essere indipendente, mirando, invece, a completare le altre clausole normative della Convenzione e dei suoi Protocolli. Sicché la norma può essere applicata soltanto in combinato disposto con, o in riferimento a, uno o più articoli della Convenzione o dei suoi Protocolli di cui sia stata dedotta la violazione. Orbene, ad avviso dei Giudici calabresi «non v'è dubbio che nella presente vicenda la violazione dell'art. 13 si presti ad essere rilevata in relazione all'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), per l'evidente incidenza delle conseguenze pregiudizievoli discendenti dalla singolare condizione che insorge al momento della cessazione del controllo giudiziario sulla vita privata della persona titolare o interessata alla gestione dell'impresa, nonché, e ancor più vistosamente, in relazione all'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione, che tutela i beni privati e la proprietà».

E ancora, «che la tutela offerta dall'art. 13 rafforza e completa quella accordata dall'art. 6, § 1, della CEDU, qui pure (autonomamente) rilevante, nella parte in cui riconosce a ciascuno il diritto di ottenere che la sua causa venga esaminata entro un termine ragionevole, posto che nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza della Corte la prima disposizione garantisce (anche) un ricorso effettivo dinanzi a un'istanza nazionale che consenta di denunciare una inosservanza dell'obbligo, imposto dall'articolo 6 § 1, di esaminare le cause entro un termine

ragionevole (Kudła c. Polonia [GC], 2000, § 156)».

Per le stesse ragioni è possibile rilevare il contrasto della norma con gli artt. 111, co. 1 e 2, e 113 Cost., «comportando il vulnus normativo che affligge il co. 7 dell'art. 34-bis del codice antimafia una limitazione della *“tutela giurisdizionale ... degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ... amministrativa”* che è *“sempre ammessa”* contro gli atti della pubblica amministrazione».

Ancora, i dubbi di costituzionalità della norma di cui trattasi sono stati sollevati nella prospettiva della violazione dell'art. 97 Cost. in riferimento al principio di buon andamento della P.A., nonché in relazione ai canoni di ragionevolezza, logicità e proporzionalità, ai quali l'azione pubblica dev'essere sempre ed irrinunciabilmente orientata.

Nel diritto vivente, l'essenza del controllo giudiziario è stata rintracciata nel perseguimento di una finalità dinamica tendente al risanamento dell'impresa nella peculiare ipotesi in cui l'agevolazione sia occasionale e vi siano, *pro futuro*, concrete possibilità che essa compia un fruttuoso cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi di controlli e sollecitazioni. Proprio tale precisa direzione finalistica impressa dal legislatore all'istituto giustifica la previsione, di cui al comma 7 dell'art. 34, della sospensione dell'incapacità a contrarre derivante dall'interdittiva antimafia.

Orbene, «la mancata previsione della protrazione della sospensione degli effetti dell'interdittiva sino alla conclusione del procedimento volto al relativo riesame, preclude all'impresa che si sia attenuta alle prescrizioni impartite dal giudice della prevenzione in costanza del controllo di poter beneficiare degli effetti utili potenzialmente rivenienti dal proficuo completamento dell'intrapreso percorso di bonifica. Esponendola, nonostante l'esito favorevole dello stesso, e prima ancora della autonoma valutazione da parte dell'autorità prefettizia in merito all'incidenza delle misure di *self cleaning* attuate sul pericolo di permeabilità all'ingerenza della criminalità organizzata originariamente rilevato, a tutte le conseguenze pregiudizievoli che proprio l'ammissione al controllo aveva inteso scongiurare. Si è, allora, al cospetto di un vero e proprio corto circuito normativo».

Da un lato, infatti, si consente all'impresa, colpita da interdittiva antimafia, di continuare ad operare sotto la supervisione giudiziale di un controllore giudiziario, e ciò al precipuo fine di consentirle, nell'immediato, di recuperare la capacità di contrattare con la pubblica amministrazione. Dall'altro lato, però, contraddittoriamente, si prevede che gli effetti dell'interdittiva, temporaneamente paralizzati dal monitoraggio giudiziale dell'attività d'impresa, possano ripristinarsi prima ancora che il Prefetto verifichi, nell'ambito del procedimento ex art. 91, co. 5, cod. antimafia, l'eventuale incidenza positiva delle misure prescrittive imposte all'impresa sul pericolo di condizionamento mafioso che lo aveva a suo tempo indotto all'emissione della misura inibitoria antimafia. L'irragionevolezza della disciplina emerge, d'altronde, in modo lampante proprio nell'evenienza in cui tale verifica si concluda in modo favorevole, cioè con un positivo apprezzamento da parte del Prefetto della funzione bonificante sortita dalle misure di *self cleaning* attuate dall'impresa sotto

l'egida del tribunale penale, e, quindi, con l'emissione di un'informazione liberatoria. In tal caso, infatti, «la parentesi temporale di riespansione degli effetti dell'interdittiva, causata dal disallineamento dei tempi dei due procedimenti (controllo e riesame) – nell'attuale assetto normativo pressoché ineliminabile – sarà foriera per l'impresa di irrimediabili conseguenze (in specie, per quanto già rilevato, nel settore degli appalti pubblici), con buona pace del principio di buon andamento della P.A. e frustrazione delle finalità prese di mira dal legislatore con l'introduzione della misura del controllo giudiziario».

Nella medesima cornice dell'art. 97 Cost. «rileva, inoltre, una vistosa trasgressione dei principi di efficienza ed economicità, derivando dalla riespansione degli effetti dell'interdittiva alla scadenza del controllo giudiziario l'onere per le stazioni appaltanti, nel caso di contratti in corso di esecuzione, di provvedere solertemente alla sostituzione dell'impresa appaltatrice, con inevitabili ritardi e aggravio dei costi».

E ancora, tale situazione appare idonea a compromettere, con effetti che potrebbero talvolta rivelarsi irrimediabili, la capacità economico-produttiva dell'impresa e la forza lavoro ivi impiegata per il periodo di sottoposizione della stessa ad un regime di 'legalità controllata'. Proprio sotto quest'ultimo angolo visuale «si apprezza in modo egualmente manifesto, altresì, la violazione del canone di proporzionalità, risultando gli effetti derivanti dal ripristino, in modo pieno ed incondizionato, dell'efficacia dell'interdittiva sproporzionati rispetto allo scopo di massima anticipazione della tutela dell'economia sana dalle incrostazioni criminali che permea il sistema della documentazione antimafia».

In primo luogo, per la cogente assenza di gradualità, cioè per la mancata previsione di un qualsiasi meccanismo di graduazione della relativa riespansione. Ancora, per la semplice ragione che il fine (in ipotesi) preso di mira avrebbe potuto essere perseguito, con analoga efficacia, con soluzioni decisamente meno afflittive per l'imprenditore: si pensi al meccanismo – già previsto per situazioni affini – della "condizione risolutiva" previsto dal co. 3 dell'art. 92 del codice antimafia o, in alternativa, alla *prorogatio* del controllore giudiziario sino alla definizione del procedimento di riesame.

«Le stesse considerazioni in punto di difetto di proporzionalità sorreggono il convincimento del contrasto della norma censurata con l'art. 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU, risultando violato il "ragionevole rapporto di proporzionalità" tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito che la norma esige sia rispettato ogni qualvolta l'attività della P.A. comporti un'ingerenza, normativamente disciplinata, nella proprietà privata. Rapporto di proporzionalità che la Corte europea reputa non garantito se la persona interessata debba sostenere un 'onere eccessivo ed esagerato' (cfr. G.I.E.M. contro Italia, Grande Camera 28.06.2018 e giurisprudenza ivi richiamata), tale dovendosi considerare quello non strettamente necessario all'utile soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito».

La norma censurata, tenuto conto della portata quanto mai ampia delle conseguenze che discendono dall'applicazione di un'interdittiva antimafia, inibendo essa sia i rapporti con la pubblica

amministrazione, sia le attività private sottoposte a regime autorizzatorio, «viola, infine, a stima del Collegio, l'art. 4 Cost., determinando un ingiustificato, e non necessario, sacrificio del diritto al lavoro, e, per le stesse ragioni, l'art. 41 Cost., pregiudicando incisivamente il libero esercizio dell'attività di impresa».

Per quanto precede, in conclusione, ad avviso dei Giudici amministrativi reggini sussistono le condizioni per una pronuncia di illegittimità costituzionale di tipo 'additivo', stante la già segnalata impossibilità di superare la 'norma negativa' sospettata di incostituzionalità per via d'interpretazione nonché l'esistenza di un'unica soluzione che consenta di rimediare ai rilevati profili di illegittimità, rendendo la norma compatibile con i principi costituzionali, e convenzionali, sopra individuati.

In altri termini, «ferma la possibilità di apportare *de iure condendo* i correttivi che il legislatore, nell'esercizio delle sue prerogative, dovesse ritenere necessari al fine di garantire un più coerente raccordo della fase finale del controllo giudiziario con la rivalutazione in sede amministrativa degli elementi indiziari che avevano a suo tempo dato luogo all'adozione dell'informazione interdittiva [...], l'attuale formulazione del testo dell'art. 34-bis, co. 7, d.lgs. n. 159/2011 presta il fianco a tutti i segnalati rilievi di incostituzionalità, che, *de iure condito*, appaiono sanabili esclusivamente con la protrazione temporale dell'effetto ivi disciplinato – cioè la sospensione dell'efficacia dell'interdittiva – sino alla definizione del procedimento di aggiornamento ex art. 91, co. 5, del medesimo codice antimafia. Risultato, questo, conseguibile soltanto per tramite dell'intervento 'additivo' evocato».

## **LA NUOVA FRONTIERA DELLA PREVENZIONE: LA PERICOLOSITÀ D'IMPRESA "COLPOSA"**

### .1. Il caso "Banca Progetto" ed i suoi precedenti.

Le cronache giudiziarie hanno dato, di recente, grande risalto al provvedimento, assunto dalla sezione autonoma misure di prevenzione del Tribunale di Milano, con il quale è stata disposta, ai sensi dell'art.34 del Codice dell'Antimafia, l'amministrazione giudiziaria nei confronti di un importante istituto di credito di rilievo nazionale.

La misura è stata adottata, su richiesta della locale Procura della Repubblica, alla luce della rappresentazione da parte del requirente di un modus operandi della banca "opaco e discutibile" che avrebbe sostanzialmente agevolato la concessione di finanziamenti - garantiti dallo Stato - ad imprese e persone fisiche collegate a soggetti indagati per reati tributari, fallimentari, aggravati ex art. 416 bis 1 c.p..

Nel provvedimento in rassegna, dopo essersi escluso il coinvolgimento degli esponenti dell'istituto di credito nelle attività delittuose dei percipienti i finanziamenti, l'adozione della misura viene concepita allo scopo di risanare sia il modello organizzativo che - par di comprendere - di business dell'azienda creando i presupposti per un'attività di impresa virtuosa, che impedisca l'infiltrazione illegale, grazie all'intervento sinergico del Tribunale e dell'amministratore giudiziario in funzione del "ridisegno" di adeguati strumenti di governance.

Il decreto si iscrive a pieno titolo ed, anzi, rivendica come fonte di ispirazione tecnico-giuridica, la giurisprudenza formatasi presso la medesima sezione meneghina a partire dal giugno del 2016, che ha prefigurato la coerenza dell'istituto dell'amministrazione giudiziaria, dei suoi presupposti applicativi e delle sue finalità, rispetto a fenomeni di infiltrazione criminale in importanti comparti dell'economia, quali, tempo per tempo, la fieristica, la sicurezza privata, la manifattura: in ciascuna di tali occasioni, il Giudice della prevenzione è intervenuto disponendo l'amministrazione giudiziaria delle imprese, che risultavano avere, nella prospettazione dell'autorità proponente, di fatto agevolato soggetti indagati di delitti rientranti nel catalogo di cui al co.1 dell'art. 34, ora affidando appalti in modo chiaramente irregolare, ora non impedendo che le commesse venissero eseguite sfruttando lavoro minorile o caporalato, ora impropriamente finanziando soggetti terzi indagati in procedimenti di criminalità organizzata.

In tutti tali casi, alle persone giuridiche raggiunte dal decreto applicativo della misura di cui all'art. 34 Cam è stata rimproverata una condotta negligente in conseguenza della quale, nella inconsapevolezza della agevolazione dell'attività criminosa dei terzi impropriamente appaltati e/o finanziati, sono state violate le norme e le buone pratiche vigenti nei rispettivi settori economici di operatività, alimentando, di fatto, il rischio di infiltrazione delinquenziale nei medesimi comparti.

### .Il La "colpa di prevenzione" e la soglia probatoria della pericolosità.

Snodo essenziale dell'argomentare del Tribunale appare essere la convinzione secondo la quale l'istituto dell'amministrazione giudiziaria possa trovare applicazione - anche - nei confronti dei beni organizzati in azienda non solo quando l'attività economica risulti direttamente o indirettamente sottoposta alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416 bis del codice penale e quando il libero esercizio dell'attività agevoli i propositi per l'applicazione di misura di prevenzione ovvero gli indagati dei delitti di cui all'art.4 del, co.1, lett. a), b) e i-bis) del D.Lgs.159/2011, ovvero dei delitti di cui agli artt. 603 bis, 629, 644, 648 bis e ter c.p., ma anche quando l'impresa, attraverso chi ne esercita la funzione di direzione e controllo, ponga in essere una condotta oggettivamente agevolatrice, ancorché non soggettivamente sorretta dall'intenzionalità.

Il Tribunale chiarisce, infatti, che ove il rimprovero mosso all'agevolatore afferisse condotte eccedenti il perimetro della colpa, allora troverebbero applicazione sul piano penale gli istituti concorsuali e, su quello della prevenzione, quelli del sequestro e della successiva confisca.

Non è certo la prima volta che sul variegatissimo proscenio della prevenzione vengano valorizzate fattispecie di origine colposa: basti pensare alla disciplina di cui agli artt. 52 e ss. del codice dell'antimafia in tema di riconoscimento della buona fede del terzo creditore munito di garanzia reale sui beni del proposto ed alla copiosa giurisprudenza di legittimità su di essa formatasi, che ha da tempo svincolato l'ablazione del bene-credito dall'accertamento della contiguità dolosa tra creditore e prenditore, assai discutibilmente subordinandola anche solo alla dimostrazione della violazione colposa delle norme disciplinanti l'esercizio del credito.

Ma non è chi non veda che, mentre nella disciplina appena richiamata il parametro colposo viene in rilievo in relazione ad un subprocedimento di matrice fallimentare funzionale al discrimine delle aspettative recuperatorie del terzo (tendenzialmente nella fase successiva all'esaurimento della fase di cognizione), con il provvedimento in rassegna si incide, invece, in modo assai invasivo sulla libertà di impresa del terzo, quando le indagini relative agli "agevolati" non si sono ancora definite, quando non pare essere nemmeno iniziato il procedimento di prevenzione nei confronti degli stessi e, dunque, quando lo stigma criminale di costoro non sia stato ancora giudizialmente accertato.

Il provvedimento in rassegna pare rivendicare legittimità, richiamando la risalente pronuncia della Corte Costituzionale n. 487/1995 che aveva "salvato" l'istituto diretto predecessore di quello prefigurato dal vigente art. 34 Cam, ovvero la "sospensione temporanea" di cui agli artt. 3-quater e 3-quinquies della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), inseriti dall'art. 24 del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla Legge 7 agosto 1992, n. 356.

Tuttavia, non può non osservarsi che in tale occasione il Giudice delle leggi, investito della questione di legittimità costituzionale della norma, che il remittente denunciava per violazione

dell'art. 27, laddove assoggettava al provvedimento ablatorio persone "sostanzialmente incolpevoli", ovvero soggetti per i quali "non ricorrevano i presupposti per l'applicazione né di una misura di prevenzione personale né di una misura di prevenzione patrimoniale, osservava che la misura in argomento, 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, era stata pensata per colpire i "terzi" che consentivano un circuito ed una commistione di posizioni dominanti e rendite che contribuivano a rafforzare la presenza, anche economica, delle cosche sul territorio;

sempre che se ne accertasse la consapevolezza delle conseguenze che da tali comportamenti potessero derivare.

Insomma, una sorta di pericolosità soggettiva derivata da colpa con previsione o, forse meglio, da una forma di preterintenzione.

Ed invece, nell'orientamento del Tribunale meneghino la dimensione soggettiva entro la quale viene sussunta la condotta del terzo è esclusivamente colposa, il che, ad avviso di chi scrive, pone evidenti problemi di sistema.

Pare, infatti, del tutto fuori discussione che lo strumentario della prevenzione, concepito per fronteggiare fenomeni di accumulazione patrimoniale illecita di origine mafiosa possa essere utilizzato allo scopo di "risanare" imprese non condizionate dalla criminalità organizzata, né da questa infiltrata ma la cui governance sia risultata inadeguata a fronteggiare "futuri incidenti di commistione".

Non è assolutamente convincente, sempre sul piano sistematico, la motivazione attraverso la quale il Tribunale giustifica una simile forma di intervento in ipotesi caratterizzate da colpa. Si tratta, infatti, di un percorso argomentativo inferenziale, fondato su una premessa maggiore inaffidabile o, meglio, non del tutto affidabile. Infatti, da un primo punto di vista, la circostanza che in caso di agevolazione volontaria operino le misure di prevenzione patrimoniali ablativo non è necessariamente vera, essendo anzi osservazione comune come la risposta ordinamentale statisticamente più frequente sia di tipo interdittivo. La difforme conclusione pare fondarsi su una non corretta interpretazione dell'art. 34 CAM, laddove la clausola di esclusione ("e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I del presente titolo") attiene al grado di stabilità e pervasività di contaminazione dell'azienda, ma non ai profili soggettivi dell'imprenditore.

In secondo luogo, poi, l'idea sottesa al provvedimento - secondo la quale una misura di prevenzione possa essere utilizzata per stigmatizzare la colpa, sol perché la si ritiene inadeguata a "sanzionare" il dolo - oltre ad essere erroneo nelle conclusioni, non risponde ad alcun canone ermeneutico comune. Pur essendo collocata tradizionalmente fuori dalla materia penale, la

prevenzione patrimoniale rappresenta un sistema sanzionatorio (inquadro dalla nostra giurisprudenza in ambito prevalentemente amministrativo), nel quale il rilievo della colpa deve essere previsto dalla Legge. Né la L. 161/17, né i suoi lavori preparatori, né la scheda di sintesi elaborata dal Servizio Studi della Camera dei Deputati attribuiscono al novellato art. 34 CAM una latitudine applicativa estesa ai profili colposi.

Né pare coerente con una visione liberale del Diritto quella prospettiva eticizzante e promozionale secondo la quale il giudice della prevenzione possa ritenersi abilitato ad intervenire onde evitare che la colpa si trasformi in dolo, che pure traluce da alcune cadenze del decreto in commento, e che travalica persino il requisito minimo della *suitas* della condotta.

Tale accezione è resa viepiù problematica dal livello di accertamento sia della dimensione della colpa del soggetto agevolatore che della dimensione criminale del soggetto agevolato: ai fini dell'applicazione dell'istituto di cui all'art. 34 - nella formulazione vigente all'esito della modifica di cui alla L.161/2017 - sono, infatti, richiesti "indizi sufficienti" dell'agevolazione dei terzi ed è a sua volta sufficiente che questi ultimi siano sottoposti a procedimento di prevenzione o a procedimento penale, non essendo necessario che la "mafiosità" di costoro sia stata giudizialmente accertata.

Qui basti solo pensare che l'applicazione della per molti versi analoga misura di cui agli artt.15, 45, 9 e 15 del D.Lgs. 231/2001, è subordinata invece alla sussistenza di gravi indizi di responsabilità da reato dell'ente, dei suoi amministratori ed al conseguimento di un profitto illecito dall'ente medesimo.

### .III. Conclusioni.

Preoccupa il costante ampliamento da parte dell'organo proponente prima e del Tribunale poi, dell'interpretazione della colpa in organizzazione.

I primi decreti assunti nell'ambito dell'imprenditoria (logistica) contestavano il mancato intervento in una situazione di presunto sfruttamento, ex art. 603 bis c.p.

In quel caso, tuttavia, si dava conto almeno del fatto che i soggetti che si ritenevano meritevoli della misura di cui all'art. 34 apparivano consapevoli delle conseguenze dell'attività agevolatoria, tanto che il Tribunale meneghino riportava nel suo provvedimento che "esistono poi numerosi elementi, per ritenere che la s.r.l. fosse pienamente consapevole, malgrado la formale presenza di accordi contrattuali fra la stessa e la fornitrice con i quali la seconda si impegnava a garantire "il regolare adempimento degli obblighi retributivi e contributivi nei confronti degli Addetti in conformità alle norme di legge e del C.C.N.L. della situazione di sfruttamento lavorativo e reddituale realizzata dai gestori della rete".

Nei successivi provvedimenti, nell'ambito della moda per esempio, la sezione autonoma del Tribunale Misure di Prevenzione di Milano ha deciso invece di applicare l'amministrazione ex art. 34 D.lvo 159/2001 a prescindere da una provata consapevolezza, ma in ragione di un omesso controllo, per la violazione quindi di un obbligo di vigilanza, che starebbe in capo all'imprenditore

che si affida ad un subappalto: "il meccanismo è stato colposamente alimentato da che non ha verificato l'attuale capacità imprenditoriale delle società appaltatrici, alle quali affidare la produzione e non ha nel corso degli anni eseguito efficaci ispezioni o audit per appurare in concreto le effettive condizioni lavorative e gli ambienti di lavoro. I modelli organizzativi e gestionali della società, almeno allo stato, si sono nel concreto rivelati inadeguati".

Onde alla colpa in organizzazione è addirittura ascritta la superficiale vigilanza e, quindi, un comportamento difettante della società, a prescindere dalla conoscenza di eventuali comportamenti illeciti.

Anche nel caso di specie la colpa consisterebbe proprio nel mancato funzionamento dei presidi del modello ex D.lvo 231/2001, ma la sensazione che si ricava è che ci si stia allontanando dalla vera ratio delle misure di prevenzione e dalla ragione per l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria. L'assunzione del provvedimento prima che si sviluppi alcuna forma di contraddittorio con l'azienda oggetto del decreto e l'espressa previsione che l'atteggiamento assunto dalla società "vigilata" in seguito all'adozione dell'amministrazione giudiziaria verrà valutato dal Tribunale, se non collaborativo, relegano le funzioni difensive ad una forma di accompagnamento e di confronto con l'amministratore giudiziario.

Non può non destare altrettanta preoccupazione la circostanza per la quale il Giudice della prevenzione si è sostituito, scavalcandola più che affiancandola, alla vigilanza della Banca D'Italia, che nel caso di specie era già intervenuta, comminando severe sanzioni.

D'altra parte, leggendo i provvedimenti adottati emerge anche la chiara prospettiva di sindacato del modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 ad opera del giudice della prevenzione, laddove è noto che essa sia riservata al giudice penale.

L'osservatorio Misure di Prevenzione e Patrimoniali dell'unione delle Camere Penali Italiane non può non esprimere preoccupazione al cospetto di tale ormai tipizzata politica giudiziaria che trova nel sistema della prevenzione, poco garantito processualmente e tutt'altro che determinato e tassativizzato sul versante sostanziale, un humus favorevole allo sviluppo di una "pratica" sanzionatoria, distante non solo dai principi del diritto penale liberale, ma anche da quello "statuto minimo" di garanzie che la Costituzione e la Convenzione EDU assicurano a qualsiasi soggetto inciso nei suoi diritti fondamentali.

**ALLE SEZIONI UNITE LA DEFINIZIONE DELL'INTERESSE A PROVARE  
E AD IMPUGNARE PER IL TERZO INTERESSATO  
(CASS. PEN. V SEZ., ORDINANZA N. 43160 DEL 27/11/2024)**

Da sempre, uno dei temi più dibattuti in materia di prevenzione patrimoniale è il perimetro entro il quale il terzo interessato può difendere la propria posizione.

In particolare, se lo stesso abbia legittimazione - declinata sotto forma di interesse concreto a dedurre - a contestare i presupposti per l'applicazione della misura nei confronti del proposto, come ad esempio la condizione di pericolosità, la sproporzione fra il valore del bene e il reddito dichiarato, nonché la provenienza del bene e dei redditi impiegati; ovvero se egli debba limitarsi a rivendicare esclusivamente l'effettiva titolarità e la proprietà dei beni sottoposti a vincolo, in ambito limitato, quindi, alla sola fittizietà dell'intestazione. Si tratta di un tema assai rilevante e di frequente emersione, essendosi nel tempo formati due orientamenti principali, diametralmente contrapposti. Secondo quello maggioritario, il terzo intestatario può contestare, anche in sede di gravame, la richiesta di confisca solo dimostrando che la titolarità del bene è reale e non meramente fittizia, restando indifferenti nei suoi confronti le sorti della misura di prevenzione applicata al proposto.

Secondo quello minoritario, invece, il terzo che rivendica l'effettiva titolarità e la proprietà dei beni oggetto di vincolo è legittimato ed ha interesse non solo a contestare la fittizietà dell'intestazione, ma anche a far valere l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nei confronti del proposto.

Le due tesi giurisprudenziali si confrontano sul crinale dell'interesse a dedurre, che nel processo penale è costruito intorno al concetto sostanzialistico di "utilità" - da raffrontarsi al risultato concretamente perseguito - e, quindi, sull'esistenza di un pregiudizio che la parte, difendendosi, intenda rimuovere.

E, tuttavia, il concetto di "interesse", come spesso accade nella materia della prevenzione, è stato ritenuto, da parte della prima corrente giurisprudenziale, dotato di una diversa latitudine rispetto al procedimento ordinario, da raccordarsi anche al dato formale (e formalistico) della ripartizione dell'onere della prova.

Così, la ridotta legittimazione del terzo si giustificerebbe per il fatto che lo stesso, non gravato da alcun peso probatorio, sarebbe investito di un mero onere di allegare fatti contrari alla "tesi accusatoria".

Tesi che, per il terzo, sarebbe limitata alla mera contestazione di fittizietà della intestazione del bene, che perciò diverrebbe ambito e limite del confronto con la parte pubblica. Al tempo stesso, consentendo un onere di allegazione su aspetti più limitati ed inibendo incursioni su temi diversi della proposta di prevenzione.

L'interesse del terzo, secondo questa corrente, sarebbe circoscritto alla restituzione del bene, ma non alla contestazione degli altri presupposti della misura di prevenzione diversi dalla indagine sulla effettiva titolarità. Mentre il mero interesse di fatto, connesso al solo risultato concretamente conseguibile, non varrebbe ad attribuirgli, sul piano formale, una più lata legittimazione processuale.

Non mancano, poi, sentenze che fanno leva su aspetti più squisitamente inferenziali, secondo i quali l'affermazione della effettiva e non fittizia titolarità dei beni sarebbe intimamente contraddetta dalla difesa spiegata in favore del proposto ed in relazione ai presupposti di pericolosità. Chi si difende rivendicando la proprietà del cespite da confiscare dovrebbe, secondo quest'ultima giurisprudenza, avere un interesse confliggente con quello del proposto anche in punto di pericolosità sociale. "Difendendo" il proposto, dunque, egli non farebbe che avvalorare il sospetto di contiguità e, con esso, quello di interposizione.

La seconda corrente giurisprudenziale ha aderito ad una interpretazione meno rigida del concetto di "interesse", così ritenendo che il terzo abbia legittimazione a contestare tutti i presupposti della misura ablatoria e, quindi, anche la definizione della pericolosità sociale del proposto. Teoria che fa leva, questa volta, sulla concreta utilità della difesa, rispetto al contenuto della proposta di prevenzione e, dunque, da un lato sulla interferenza tra la posizione personale del proposto e l'irrogazione della misura ablativa; dall'altro, sulla effettività del diritto di difesa e sulla impossibilità di comprimerlo per ragioni meramente formali.

Peraltro, questo orientamento, dal punto di vista sostanziale, si fonda sulla riflessione che l'interposizione fittizia non è illecita, a meno che non sia preordinata a fini contrari alla legge.

Da un lato, quindi, non è la natura soggettivamente simulata dell'attribuzione patrimoniale a segnare il presupposto dell'ablazione, se non ancillarmente rispetto alla constatazione di pericolosità; dall'altro l'interposto ha interesse a negare la fittizietà solo se l'interponente è un soggetto pericoloso e, quindi, la pericolosità sociale del proposto non può ritenersi argomento estraneo alla difesa del terzo.

Vi sono, poi, molte sentenze che sostengono la astratta interferenza logica tra l'assenza dei presupposti per la confisca di prevenzione e la dimostrazione della non fittizietà della intestazione, quantomeno per la prova inferenziale sulla causale di una attribuzione di comodo (si pensi a tutti i casi in cui la simulazione soggettiva è dedotta dalla sottoposizione del proposto a procedimenti penali e, dunque, dalla sua necessità di disfarsi del proprio patrimonio).

Per tale via, rientra certamente nell'interesse del terzo la possibilità di contestare tout court la proposta.

Nel tempo, poi, è emerso un terzo orientamento intermedio, che, pur riconoscendo al terzo l'interesse a spiegare difese più ampie rispetto al tema della effettiva titolarità del bene, limita tale legittimazione alla sola contestazione della correlazione cronologica tra la pericolosità del proposto e l'acquisto.

Su questo milieu ricostruttivo, rilevando il contrasto esistente e ritenendo di non poterlo ricondurre

a sintesi, la Quinta Sezione Penale della Cassazione ha investito le Sezioni Unite del quesito relativo all'ambito delle difese spendibili dal terzo interessato.

Nella propria ordinanza di rimessione, la Corte evidenzia la necessità che tutte le parti del procedimento di prevenzione, in ossequio ai costituti del giusto processo, della giurisprudenza convenzionale e della nuova Direttiva 2024/1260 UE, godano di una tutela giurisdizionale effettiva, nel senso di poter contestare efficacemente i presupposti applicativi del provvedimento di confisca. Si auspica, dunque, che il massimo organo di nomofilachia sposi la soluzione ermeneutica più garantista, consentendo effettiva difesa a tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, sulla scorta della semplice riflessione che l'interesse del terzo non si può misurare soltanto sui limiti del disputatum (titolarità simulata o meno del bene), quanto sugli effetti del decisum (ablazione definitiva). E che, pertanto, gli va riconosciuto il diritto di poter contestare ogni singolo presupposto della misura ablatoria.

Del resto, la predisposizione di garanzie procedurali "effettive" nel sistema interno di ogni Stato membro, a tutela della posizione del soggetto terzo coinvolto in procedure tese alla ablazione del diritto di proprietà, è condizione più volte rimarcata dalla Corte Edu, come necessaria, a pena di accertamento della violazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione Edu agli articoli 1 Protocollo Addizionale (tutela della proprietà) e 13 della Convenzione (effettività della tutela giurisdizionale). È dunque necessario, anche in ottica di allineamento convenzionale e nella costruzione di uno statuto di garanzie procedurali di prevenzione, che il terzo goda di un diritto di difesa pieno ed effettivo, tale da tutelarlo dalla pretesa ablativa della quale è destinatario, senza essere più considerato un muto spettatore del procedimento. Roma, 2 dicembre 2024

L'Osservatorio Nazionale Misure Patrimoniali e di Prevenzione

La Cassazione approfondisce il tema delle possibili incompatibilità del giudice della prevenzione e rimette un'importante questione alla Corte Costituzionale. Note a Cassazione, Sezione Sesta n. 1328 del 10.9.2024, depositata il 4.12.2024

## I. Il caso.

Il Tribunale Collegiale di Firenze, Ufficio delle Misure di Prevenzione, richiesto dalla Procura della Repubblica di Livorno dell'emissione di misura personale (sorveglianza speciale) e patrimoniale (sequestro e confisca di un vasto compendio immobiliare e di ingenti somme di danaro), dopo aver, in un primo tempo, restituito gli atti al PM proponente ai sensi dell'art. 20 comma 2 d.lgs 159/2011, indicando specificamente le ulteriori acquisizioni istruttorie, sia in punto di pericolosità, sia in punto di accertamenti patrimoniali utili all'emissione dei provvedimenti richiesti, ricevute le integrazioni suggerite, disponeva, in identica composizione, il sequestro di tutti i beni mobili ed immobili indicati dal PM<sup>26</sup>. Eseguito, quindi, il sequestro, il Tribunale, sempre nella stessa

---

<sup>26</sup> Il provvedimento di sequestro era estremamente analitico, mostrava di analizzare ogni possibile aspetto della vita del proposto, quantomeno a partire dagli anni 70' sino primi ventanni del nuovo millennio, nonché della prospettata sproporzione, e constava di oltre 100 pagine, con una preventiva trattazione e confutazione di ogni possibile questione di diritto sia sostanziale che processuale

composizione, apriva il contraddittorio, fissando l'udienza per la trattazione della proposta di applicazione delle misure personali e patrimoniali. La difesa, in via preliminare, invitava il Tribunale ad astenersi, assumendo che l'aver emesso il provvedimento di restituzione degli atti ex art. 20 comma 2 d.lgs 159/2001 aveva pregiudicato la sua imparzialità nel valutare il susseguente sequestro, e che, comunque, l'aver emesso, in successione, entrambi i provvedimenti di cui all'art. 20 d.lgs 159/2011, lo rendeva incompatibile a valutare la richiesta di confisca di cui all'art. 25 d.lgs 159/2011. Il Tribunale non accoglieva l'invito ad astenersi. La difesa, pertanto, presentava dichiarazione di ricusazione, cui era allegata una memoria contenente l'eccezione d'illegittimità costituzionale degli artt. 34 e/o 37 cpp nella misura in cui non è prevista l'incompatibilità, e, conseguentemente, la ricusabilità del giudice della prevenzione che, investito della richiesta di sequestro, abbia restituito gli atti al PM per l'espletamento di nuove indagini finalizzate alla concessione di tale misura, e, comunque, del giudice della prevenzione che abbia emesso il sequestro a decidere sulla confisca. La Corte d'Appello rigettava la ricusazione e la difesa proponeva ricorso per cassazione. II. La decisione

La Sesta Sezione della Corte di Cassazione, valendosi anche del potere di esaminare direttamente gli atti quando è censurata la legge processuale (Sez. Un. 42792 del 31.10.2001, Policastro, Rv 229092), ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37, comma 1, cod. proc. Pen., in riferimento agli artt. 24, 111 e 117 della Costituzione, trasmettendo gli atti alla Corte e disponendo la sospensione del giudizio in corso (Ordinanza n. 1328 del 10.9.2024, depositata il 4.12.2024, Presidente Ercole Aprile, Relatore Fabrizio D'Arcangelo).

L'ordinanza si pone in rapporto di assoluta continuità con il percorso giurisprudenziale finalizzato alla giurisdizionalizzazione costituzionalmente orientata del sistema delle misure di prevenzione e lo fa intervenendo nella fondamentale materia delle possibili incompatibilità del giudice della prevenzione, al fine di garantirne, quanto più possibile, imparzialità e terzietà.

Punto di riferimento essenziale è la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 24.2.2022, n. 25951, che, come noto, superando un contrasto tra diversi orientamenti di legittimità<sup>27</sup>, ha affermato l'applicabilità al procedimento di prevenzione del motivo di ricusazione di cui all'art. 37, comma 1 cpp - come risultante dall'intervento della Corte Costituzionale con sent. n. 283 del 2000 - nel caso in cui il giudice abbia in precedenza espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale. In realtà quella sentenza, ampiamente richiamata dall'ordinanza in commento, ha detto molto di più sul tema dell'estensione al procedimento di prevenzione delle incompatibilità mutate dal processo penale. Senza negare la diversità di struttura e di scopo rispetto al processo penale, le SS.UU. hanno affermato che l'attitudine della prevenzione ad incidere su diritti fondamentali quali la libertà

---

<sup>27</sup> Sono ampi ed esaustivi i richiami contenuti nell'ordinanza ai precedenti sul tema; leggendo il provvedimento si può apprezzare quante fossero le sfumature delle precedenti decisioni sul tema delle incompatibilità nel processo di prevenzione, tuttavia riassumibili nella dicotomia tra favorevoli o contrarie all'estensione delle incompatibilità del processo penale nel processo di prevenzione.

personale (art. 13 Cost.), la libertà di circolazione (art. 2 del Prot. 4 CEDU) e il diritto di proprietà ed iniziativa economica (artt. 41 e 42 Cost., art. 1 Prot. Add. CEDU), impone di garantire e preservare scrupolosamente l'imparzialità del giudice. Pertanto: "Individuato il referente della giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo delle misure di prevenzione e dell'estensione allo stesso dei principi del "giusto processo", tra questi ultimi assume un valore assolutamente primario quello dell'imparzialità del giudice, il cui difetto comporterebbe lo svuotamento sostanziale del significato proprio di tutte le regole e le garanzie processuali, che si risolverebbero in un mero e formalistico simulacro privo di alcuna reale incidenza sul corretto esercizio dello ius dicere. Appare così evidente come la disciplina informatrice della materia - processuale in genere e quindi valevole anche per il processo di prevenzione ndr - deve essere idonea ad evitare che il decidente possa essere o anche soltanto apparire, condizionato da precedenti valutazioni espresse sulla medesima res iudicanda, tali da esporlo alla forza della prevenzione derivante dalle attività giudiziarie precedentemente esercitate; diversamente opinando, si finirebbe per relegare il procedimento di prevenzione in un ambito contraddistinto da minor tutela, a fronte di un sistema di garanzie che è naturalmente ed inscindibilmente connesso allo ius dicere in senso proprio che non conosce aggettivizzazioni ulteriori".

Non mancano, poi, opportuni richiami alla sentenza n. 24 del 2019 della Corte Costituzionale, che, prima delle Sezioni Unite della Cassazione, sugli stessi presupposti, aveva affermato che le misure di prevenzione personali e patrimoniali devono soggiacere al combinato disposto delle garanzie costituzionali e convenzionali anche nel procedimento che ne disponga la applicazione, procedimento che deve rispettare i canoni generali di ogni "giusto processo" garantito dalla legge, assicurando la piena tutela del diritto di difesa del soggetto nei cui confronti la misura sia stata richiesta. Ed in tale contesto, il prerequisite dell'imparzialità e della neutralità del giudice, costituisce uno dei più rilevanti aspetti del principio del giusto processo (Corte Cost. sent 283/2000).

Assai opportuno anche il richiamo a Corte Cost. n. 179 del 2024: "il processo intanto può dirsi giusto in quanto sia garantita l'imparzialità del giudice", e l'imparzialità "non è che un aspetto di quel carattere di terzietà che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del Giudice, distinguendola da quella degli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e difesa in giudizio.". Passando ad analizzare la specifica questione sollevata dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione nell'ordinanza in commento, occorre ricordare che la difesa, nella dichiarazione di ricsuzione del Tribunale di Firenze, aveva eccepito rillegittimità costituzionale dell'art. 37 cpp sia nella parte in cui non consente la ricsuzione del giudice che abbia emesso il provvedimento di restituzione degli atti di cui all'art. 20 c. 2 Dlgs 159/2011, a provvedere in ordine al sequestro di cui al comma primo della stessa norma, sia anche nella parte in cui non prevedel'incompatibilità e, quindi, la ricsuabilità del giudice che abbia emesso il sequestro di cui al comma primo dell'art. 20 a decidere sulla confisca di cui all'art. 24. La Cassazione ha tuttavia ritenuto di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale esclusivamente in

relazione al primo dei due profili di illegittimità costituzionale che la difesa aveva sollevato davanti alla Corte d'Appello.

In relazione alle incompatibilità che potrebbero connettersi all'emissione del sequestro di prevenzione, la Corte di Cassazione sembra uniformarsi all'orientamento, che potremmo definire consolidato, secondo il quale, non essendovi nel processo di prevenzione differenziazioni di fase, non possono determinarsi incompatibilità in relazione a provvedimenti cautelari emessi nell'ambito della stessa ed unica fase processuale che è diretta alla decisione sulla proposta di misura<sup>28</sup>. Ma è proprio il tema delle fasi ad aprire la strada alla questione di costituzionalità che è poi stata effettivamente ed autorevolmente sollevata.

Ed invero, la giurisprudenza costituzionale distingue chiaramente i provvedimenti cautelari emessi all'interno di una stessa fase dai provvedimenti del giudice con i quali si restituiscono gli atti al pubblico ministero.

Relativamente ai provvedimenti restitutori, infatti, si determina la regressione del procedimento alla fase delle indagini e la regressione produce effettivamente un'efficacia pregiudicante. Vien fatto l'esempio dell'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari che, investito della richiesta di decreto penale di condanna, abbia restituito gli atti al pubblico ministero per la contestazione di una circostanza aggravante, e, successivamente, sia chiamato a pronunciarsi sulla nuova richiesta (Corte Cost. sent. N. 16/1022); dell'incompatibilità del giudice dell'udienza preliminare che sia chiamato a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio in ordine al medesimo imputato ed al medesimo fatto, in relazione al quale, come giudice del dibattimento, abbia in precedenza disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521 comma 2 cpp (Corte Cost. sent. N. 400 del 2008); dell'incompatibilità del giudice del dibattimento che abbia emesso in precedenza il provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dello stesso art. 521 comma 2 cpp a procedere al susseguente giudizio (Corte cost. n. 455 del 1944).

Di fronte al provvedimento restitutorio, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, il pubblico ministero torna ad essere investito di tutte le proprie attribuzioni e potrebbe esercitare l'azione penale così come richiedere l'archiviazione ed è in relazione a questa situazione che nasce l'esigenza di attribuire ad un giudice diverso la decisione sulla nuova richiesta di decreto penale di condanna, di rinvio a giudizio ovvero di condanna a seguito di dibattimento. Poste queste premesse è il momento di analizzare il caso di specie.

III. La questione rimessa: L'art. 20 comma 2 del d.lgs 6 settembre 2011 n. 159 prevede che "prima di ordinare il sequestro o disporre le misure di cui agli artt. 34 e 34 bis e fissare l'udienza, il tribunale restituisce gli atti all'organo proponente quando ritiene che le indagini non siano complete ed indica gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei

---

<sup>28</sup> La questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 Cod. proc. Pen sollevata con riferimento agli artt. 3, 24, 25 e 111 cost., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio di prevenzione del giudice che abbia in precedenza adottato un provvedimento di sequestro, avendo quest'ultimo carattere interinale e provvisorio, inserito in un procedimento destinato a concludersi in una pronuncia decisoria finale (sez. V, sent. N. 38458 del 18.7.2012, Garruzzo, RV 253570-01; sez I, n. 15684 del 7.2.2002, Schiavone, RV 221844-01) e tale orientamento è stato confermato anche dalle Sezioni Unite Lapelosa.

presupposti di cui al comma 1 per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli artt. 34 e 34 bis".

Ebbene, secondo la Suprema Corte, la restituzione degli atti al pubblico ministero disposta ai sensi del richiamato art. 20 comma secondo D.lgs 159/2011 nel contesto del medesimo giudizio di prevenzione, definisce la fase di deliberazione del tribunale e determina la riesplorazione della fase delle indagini. L'organo proponente, infatti, è pienamente restituito, senza alcun limite, nelle proprie attribuzioni e può sia attivarsi nei termini indicati dal giudice, presentando una nuova proposta di sequestro e confisca, debitamente integrata, sia determinarsi ad archiviare il fascicolo, rinunciando a proseguire il procedimento di prevenzione. Nel caso, tuttavia, che il pubblico ministero si orienti, come tendenzialmente avviene, a depositare la nuova proposta di misura di prevenzione "... si apre una nuova fase del medesimo giudizio di primo grado, che, sebbene omologa alla precedente, è distinta e proprio in questa fase la valutazione contenutistica espressa nel provvedimento di rigetto della prima proposta esplica la propria efficacia pregiudicante".

L'ordinanza, davvero completa sotto ogni profilo, si preoccupa infine di segnalare che il pregiudizio connesso al provvedimento di restituzione degli atti all'organo proponente di cui al comma secondo dell'art. 20 D.lgs 159/2011 non è affatto equipollente al potere riconosciuto al giudice dell'udienza preliminare dall'art. 421 bis cpp<sup>29</sup>, perché, in quel caso, nonostante la restituzione degli atti al pubblico ministero per lo svolgimento di ulteriori indagini, non è affatto necessaria una nuova iniziativa di quest'ultimo per riattivare il procedimento, che era e rimane ancora pendente nella fase dell'udienza preliminare. Piuttosto ha punti di contatto con le "indagini coatte" disposte ai sensi dell'art. 409 comma 4 cpp dal giudice dell'udienza preliminare investito della richiesta di archiviazione, perché, anche in questo caso, si verifica una restituzione degli atti al pubblico ministero, il quale riacquista il potere, all'esito dell'espletamento delle indagini, di chiedere nuovamente l'archiviazione, ovvero di esercitare l'azione penale.

Su queste argomentazioni, sulle quali non si può che esser d'accordo, non resta che attendere la decisione della Corte Costituzionale.

IV. le questioni ancora aperte: Tuttavia, pur consapevoli del contrario orientamento della giurisprudenza di legittimità e delle ragioni che lo sostengono, cui, del resto, sembra aderire anche l'ordinanza in commento, esiste un ben più grave problema legato all'effettiva imparzialità e terzietà del giudice della prevenzione, che si manifesta allorché -cioè sempre - il medesimo giudice che ha emesso il sequestro di cui al comma primo dell'art. 20 D.lgs 159/2011 si pronuncia sulla confisca di cui al successivo art. 24. Come già si è scritto, le stesse Sezioni Unite, nella sentenza del 24.2.2022 n. 25951, in un passaggio incidentale della decisione, hanno espresso una valutazione apertamente scettica circa l'incompatibilità a decidere sulla confisca di prevenzione da

---

<sup>29</sup>Art. 421 bis - Ordinanza per l'integrazione delle indagini 1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'articolo 421, il giudice, se le indagini preliminari sono incomplete, indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Del provvedimento è data comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello. 2. Il procuratore generale presso la corte d'appello può disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini a seguito della comunicazione prevista dal comma 1. Si applica, in quanto compatibile, la disposizione dell'articolo 412, comma 1.

parte del giudice che abbia emesso il decreto di sequestro.

Nel procedimento penale, si argomenta, laddove si operi all'interno della medesima fase (ed è questo l'argomento comune a tutte le decisioni di legittimità sul punto), non possono esservi incompatibilità tra il giudice della cautela e il giudice della decisione di merito. E siccome nel procedimento di prevenzione non ci sarebbe una distinzione di fasi, se ne dovrebbe dedurre che la prospettata incompatibilità non abbia ragion d'essere.

Ma ha davvero senso parlare di fasi nel procedimento di prevenzione? In realtà nel procedimento di prevenzione, caratterizzato da estrema sommarietà, possiamo individuare, seppur in modo approssimativo, il momento preliminare del sequestro ordinario di cui all'art. 20 d.lgs 159/2011, che interviene nel più assoluto segreto (e che può essere preceduto anche dalla restituzione degli atti al proponente a norma del comma 2), da quello della confisca di cui all'art. 24, che è necessariamente preceduto dall'apertura del contraddittorio.

Prima c'è il sequestro, che può esser disposto anche d'ufficio, normativamente vincolato al controllo del giudice sulla completezza delle indagini, poi c'è l'apertura del contraddittorio.

Se proprio si vuol, pensare a parallelismi col processo penale, il sequestro previsto dall'art. 20 d.lgs 159/2011, costituisce, nella sostanza, una sorta di vaglio preliminare, assimilabile, pur con le doverose cautele, a quello demandato, nel giudizio penale, al giudice dell'udienza preliminare ovvero a quello del predibattimento chiamati a valutare la richiesta di rinvio a giudizio. Tant'è vero che l'avviso di fissazione dell'udienza camerale, cioè la citazione a giudizio, viene notificata immediatamente dopo l'esecuzione del sequestro<sup>30</sup>, e solo in questo momento viene aperto il contraddittorio e concessa alla difesa la possibilità di controdedurre rispetto alla proposta.

Il che rende assai diversa la posizione del giudice della prevenzione che emetta il sequestro rispetto a quella del giudice del dibattimento che sia chiamato a decidere su richieste cautelari.

Il principale motivo che ha indotto la giurisprudenza ad escludere l'incompatibilità del giudice del dibattimento investito di richieste cautelari è quella di impedire che le parti possano, mediante loro iniziative, influire sul giudice che dovrà decidere nel merito. Le sentenze di legittimità, giustamente, osservano che attraverso plurime richieste di revoca e/o modifica delle misure cautelari le parti potrebbero provocare un valzer infinito di collegi giudicanti.

La legittima preoccupazione per quest'inconveniente, tuttavia, non appare prefigurabile rispetto al sequestro di prevenzione: i provvedimenti di cui ai primi 2 commi dell'art. 20 d.lgs 159/2011, infatti, vengono emessi prima che si apra il contraddittorio. Il problema, semmai, potrebbe verificarsi a contraddittorio integrato (allorchè ad esempio il prevenuto richieda la revoca o la modifica del sequestro), ma, in quel caso, dovrebbe allora correttamente richiamarsi la giurisprudenza che riguarda la competenza cautelare del giudice che sta effettivamente procedendo. Merita aggiungere, tra le tante, un'ultima considerazione.

---

<sup>30</sup> Art. 20 comma 2: " Prima di ordinare il sequestro o disporre le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis e di fissare l'udienza, il tribunale restituisce gli atti all'organo proponente quando ritiene che le indagini non siano complete e indica gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti di cui al comma 1 per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli articoli 34 e 34-bis.

Nel giudizio penale ordinario la confisca, essendo necessariamente connessa (quantomeno in primo grado) ad una pronuncia di condanna, è soggetta al criterio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio; talché è ben possibile che quello stesso giudice che ha valutato nel procedimento cautelare incidentale sulla base del fumus, all'esito del dibattimento ed alla luce delle prove ivi utilizzabili, ritenga che il quadro indiziario non superi il criterio valutativo per la pronuncia della condanna, e, conseguentemente, per disporre la confisca.

Quindi il giudice che, nella medesima fase processuale, abbia adottato una misura cautelare personale o reale, attenendosi ai criteri sopra richiamati, non dovrebbe trovarsi nella condizione di "confermare o contraddirsi"<sup>31</sup>.

Nel procedimento di prevenzione, invece, il ruolo della difesa è necessariamente ridotto in ragione della sua matrice inquisitoria, e, soprattutto, della mancanza di limitazioni nell'utilizzabilità delle prove, tal che il materiale probatorio che ha costituito la base del sequestro, al di là delle modeste integrazioni che può portare il contraddittorio, è sostanzialmente il medesimo che viene valutato nell'ambito della confisca. Ma soprattutto, nel procedimento di prevenzione, la decisione finale sulla confisca, al pari di quella sul sequestro che la precede, non è certo assunta in base criterio legale del "al di là di ogni ragionevole dubbio". Sequestro e confisca, in buona sostanza, tendono a confondersi.

Si potrebbe sostenere, tuttavia, che permane una differenza tra la valutazione da compiersi al fine dell'emissione del sequestro di prevenzione e quella che sovrintende alla confisca in ragione di alcune modeste differenze terminologiche adottate negli artt. 20 e 24 D.lgs 159/2011. Ma ciò potrebbe essere efficacemente sostenuto soltanto nel caso in cui, per l'assunzione della decisione finale sulla confisca, il legislatore avesse richiesto uno standard valutativo di certezza processuale che si esprime nel criterio "al di là di ogni ragionevole dubbio". Ma così assolutamente non è ed allora diciamolo chiaramente: non sussiste un'effettiva differenza tra lo standard valutativo indiziario richiesto per l'emissione del decreto di sequestro e quello, parimenti indiziario, fondante la pronuncia sulla confisca di cui all'art. 241.159/2011.

In definitiva lo standard valutativo e l'identità del materiale istruttorio indiziario posti a fondamento dell'emissione del sequestro e della confisca, rende il decreto di sequestro un atto non neutro in punto di merito.

Tutte queste considerazioni, a nostro parere, rendono urgente un intervento, se non della Corte Costituzionale, visto l'orientamento di netta chiusura sin qui espresso dalla giurisprudenza, anche nell'illuminata ordinanza in commento, quantomeno del legislatore.

---

<sup>31</sup>In materia della non necessaria neutralità del decreto di sequestro anche in sede di merito, si segnala la pronuncia della Corte Costituzionale n. 181/2004, con la quale la Corte ha affermato come la pronuncia sulla cautela reale in una diversa fase processuale da parte dello stesso giudice, quando in quella sede ci si è espressi anche sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, consente l'applicazione dell'art. 36 comma 1 lettera h), ossia il giudice si può astenere per gravi ragioni di convenienza (che opera dunque anche in ragione di precedente attività giurisdizionale svolta e non solo per ragioni di carattere personale). Nonché Cass. Sentenza n. 15689/2020 che, citando la sentenza della Corte Costituzionale n. 181/2004, espone che l'esercizio del potere della cautela reale in una precedente fase del giudizio può essere causa di astensione e ricusazione e come in tal caso il "parametro è una verifica in concreto dell'eventuale valutazione sul merito compiuta dal giudice del sequestro, tale da risultare pregiudicante ad una successiva fase del giudizio.

Crediamo vi sia un accordo generalizzato su ciò che hanno scritto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 25951 del 2022, e cioè che al processo di prevenzione debbano estendersi senza riserve i principi del "giusto processo" e che, tra questi, "... assume un valore assolutamente primario quello dell'imparzialità del giudice, il cui difetto comporterebbe lo svuotamento sostanziale del significato proprio di tutte le regole e le garanzie processuali, che si risolverebbero in un mero e formalistico simulacro privo di alcuna reale incidenza sul corretto esercizio dello iuris dicere".

Ed allora, per salvaguardare questo valore primario si deve necessariamente intervenire sugli articoli 20 e 24 del D.lgs 159/2011, prevedendo non soltanto l'incompatibilità del giudice abbia disposto la restituzione degli atti al proponente per lo svolgimento di ulteriori indagini, a provvedere sulle eventuali successive richieste di sequestro e confisca, ma anche e soprattutto quella del giudice che abbia disposto il sequestro di cui al comma primo dell'art 20 a decidere sulla proposta di confisca di cui all'art. 24.

**LA CASSAZIONE APPROFONDISCE IL TEMA DELLE POSSIBILI INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE DELLA PREVENZIONE E RIMETTE UN'IMPORTANTE QUESTIONE ALLA CORTE COSTITUZIONALE.**

**NOTE A CASSAZIONE, SEZIONE SESTA N. 1328 DEL 10.9.2024, DEPOSITATA IL 4.12.2024**

– Il caso.

Il Tribunale Collegiale di Firenze, Ufficio delle Misure di Prevenzione, richiesto dalla Procura della Repubblica di Livorno dell'emissione di misura personale (sorveglianza speciale) e patrimoniale (sequestro e confisca di un vasto compendio immobiliare e di ingenti somme di danaro), dopo aver, in un primo tempo, restituito gli atti al PM proponente ai sensi dell'art. 20 comma 2 d.lgs 159/2011, indicando specificamente le ulteriori acquisizioni istruttorie, sia in punto di pericolosità, sia in punto di accertamenti patrimoniali utili all'emissione dei provvedimenti richiesti, ricevute le integrazioni suggerite, disponeva, in identica composizione, il sequestro di tutti i beni mobili ed immobili indicati dal PM<sup>32</sup>. Eseguito, quindi, il sequestro, il Tribunale, sempre nella stessa composizione, apriva il contraddittorio, fissando l'udienza per la trattazione della proposta di applicazione delle misure personali e patrimoniali. La difesa, in via preliminare, invitava il Tribunale ad astenersi, assumendo che l'aver emesso il provvedimento di restituzione degli atti ex art. 20 comma 2 d.lgs 159/2001 aveva pregiudicato la sua imparzialità nel valutare il susseguente sequestro, e che, comunque, l'aver emesso, in successione, entrambi i provvedimenti di cui all'art. 20 d.lgs 159/2011, lo rendeva incompatibile a valutare la richiesta di confisca di cui all'art. 25 d.lgs 159/2011. Il Tribunale non accoglieva l'invito ad astenersi. La difesa, pertanto, presentava dichiarazione di rikusazione, cui era allegata una memoria contenente l'eccezione d'illegittimità costituzionale degli artt. 34 e/o 37 cpp nella misura in cui non è prevista l'incompatibilità, e, conseguentemente, la rikusabilità del giudice della prevenzione che, investito della richiesta di sequestro, abbia restituito gli atti al PM per l'espletamento di nuove indagini finalizzate alla concessione di tale misura, e, comunque, del giudice della prevenzione che abbia emesso il sequestro a decidere sulla confisca. La Corte d'Appello rigettava la rikusazione e la difesa proponeva ricorso per cassazione.

– La decisione

La Sesta Sezione della Corte di Cassazione, valendosi anche del potere di esaminare direttamente gli atti quando è censurata la legge processuale (Sez. Un. 42792 del 31.10.2001, Policastro, Rv 229092), ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 37, comma 1, cod. proc. Pen., in riferimento agli artt. 24, 111 e 117 della Costituzione, trasmettendo gli atti alla Corte e disponendo la sospensione del giudizio in corso (Ordinanza n. 1328 del 10.9.2024, depositata il 4.12.2024, Presidente Ercole Aprile, Relatore

---

<sup>32</sup> Il provvedimento di sequestro era estremamente analitico, mostrava di analizzare ogni possibile aspetto della vita del proposto, quantomeno a partire dagli anni 70' sino primi vent'anni del nuovo millennio, nonché della prospettata sproporzione, e constava di oltre 100 pagine, con una preventiva trattazione e confutazione di ogni possibile questione di diritto sia sostanziale che processuale.

Fabrizio D’Arcangelo).

L’ordinanza si pone in rapporto di assoluta continuità con il percorso giurisprudenziale finalizzato alla giurisdizionalizzazione costituzionalmente orientata del sistema delle misure di prevenzione e lo fa intervenendo nella fondamentale materia delle possibili incompatibilità del giudice della prevenzione, al fine di garantirne, quanto più possibile, imparzialità e terzietà.

Punto di riferimento essenziale è la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 24.2.2022, n. 25951, che, come noto, superando un contrasto tra diversi orientamenti di legittimità<sup>33</sup>, ha affermato l’applicabilità al procedimento di prevenzione del motivo di ricusazione di cui all’art. 37, comma 1 cpp – come risultante dall’intervento della Corte Costituzionale con sent. n. 283 del 2000 – nel caso in cui il giudice abbia in precedenza espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale.

In realtà quella sentenza, ampiamente richiamata dall’ordinanza in commento, ha detto molto di più sul tema dell’estensione al procedimento di prevenzione delle incompatibilità mutate dal processo penale. Senza negare la diversità di struttura e di scopo rispetto al processo penale, le SS.UU. hanno affermato che l’attitudine della prevenzione ad incidere su diritti fondamentali quali la libertà personale (art. 13 Cost.), la libertà di circolazione (art. 2 del Prot. 4 CEDU) e il diritto di proprietà ed iniziativa economica (artt. 41 e 42 Cost., art. 1 Prot. Add. CEDU), impone di garantire e preservare scrupolosamente l’imparzialità del giudice. Pertanto: *“Individuato il referente della giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo delle misure di prevenzione e dell’estensione allo stesso dei principi del “giusto processo”, tra questi ultimi assume un valore assolutamente primario quello dell’imparzialità del giudice, il cui difetto comporterebbe lo svuotamento sostanziale del significato proprio di tutte le regole e le garanzie processuali, che si risolverebbero in un mero e formalistico simulacro privo di alcuna reale incidenza sul corretto esercizio dello ius dicere. Appare così evidente come la disciplina informatrice della materia – processuale in genere e quindi valevole anche per il processo di prevenzione ndr - deve essere idonea ad evitare che il decidente possa essere o anche soltanto apparire, condizionato da precedenti valutazioni espresse sulla medesima res iudicanda, tali da esporlo alla forza della prevenzione derivante dalle attività giudiziarie precedentemente esercitate; diversamente opinando, si finirebbe per relegare il procedimento di prevenzione in un ambito contraddistinto da minor tutela, a fronte di un sistema di garanzie che è naturalmente ed inscindibilmente connesso allo ius dicere in senso proprio che non conosce aggettivizzazioni ulteriori”*.

Non mancano, poi, opportuni richiami alla sentenza n. 24 del 2019 della Corte Costituzionale, che, prima delle Sezioni Unite della Cassazione, sugli stessi presupposti, aveva affermato che le misure di prevenzione personali e patrimoniali devono soggiacere al combinato disposto delle

---

<sup>33</sup> Sono ampi ed esaustivi i richiami contenuti nell’ordinanza ai precedenti sul tema; leggendo il provvedimento si può apprezzare quante fossero le sfumature delle precedenti decisioni sul tema delle incompatibilità nel processo di prevenzione, tuttavia riassumibili nella dicotomia tra favorevoli o contrarie all’estensione delle incompatibilità del processo penale nel processo di prevenzione.

garanzie costituzionali e convenzionali anche nel procedimento che ne disponga la applicazione, procedimento che deve rispettare i canoni generali di ogni “*giusto processo*” garantito dalla legge, assicurando la piena tutela del diritto di difesa del soggetto nei cui confronti la misura sia stata richiesta. Ed in tale contesto, il prerequisite dell'imparzialità e della neutralità del giudice, costituisce uno dei più rilevanti aspetti del principio del giusto processo (Corte Cost. sent 283/2000).

Assai opportuno anche il richiamo a Corte Cost. n. 179 del 2024: “*il processo intanto può dirsi giusto in quanto sia garantita l'imparzialità del giudice*”, e l'imparzialità “*non è che un aspetto di quel carattere di terzietà che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del Giudice, distinguendola da quella degli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e difesa in giudizio.*”.

Passando ad analizzare la specifica questione sollevata dalla Sesta Sezione della Corte di Cassazione nell'ordinanza in commento, occorre ricordare che la difesa, nella dichiarazione di ricsuzione del Tribunale di Firenze, aveva eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 37 cpp sia nella parte in cui non consente la ricsuzione del giudice che abbia emesso il provvedimento di restituzione degli atti di cui all'art. 20 c. 2 Dlgs 159/2011, a provvedere in ordine al sequestro di cui al comma primo della stessa norma, sia anche nella parte in cui non prevede l'incompatibilità e, quindi, la ricsucibilità del giudice che abbia emesso il sequestro di cui al comma primo dell'art. 20 a decidere sulla confisca di cui all'art. 24.

La Cassazione ha tuttavia ritenuto di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale esclusivamente in relazione al primo dei due profili di illegittimità costituzionale che la difesa aveva sollevato davanti alla Corte d'Appello.

In relazione alle incompatibilità che potrebbero connettersi all'emissione del sequestro di prevenzione, la Corte di Cassazione sembra uniformarsi all'orientamento, che potremmo definire consolidato, secondo il quale, non essendovi nel processo di prevenzione differenziazioni di fase, non possono determinarsi incompatibilità in relazione a provvedimenti cautelari emessi nell'ambito della stessa ed unica fase processuale che è diretta alla decisione sulla proposta di misura<sup>34</sup>.

Ma è proprio il tema delle fasi ad aprire la strada alla questione di costituzionalità che è poi stata effettivamente ed autorevolmente sollevata.

Ed invero, la giurisprudenza costituzionale distingue chiaramente i provvedimenti cautelari emessi all'interno di una stessa fase dai provvedimenti del giudice con i quali si restituiscono gli atti al pubblico ministero.

Relativamente ai provvedimenti restitutori, infatti, si determina la regressione del procedimento alla fase delle indagini e la regressione produce effettivamente un'efficacia pregiudicante. Vien fatto

---

<sup>34</sup> La questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 Cod. proc. Pen sollevata con riferimento agli artt. 3, 24, 25 e 111 cost., nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio di prevenzione del giudice che abbia in precedenza adottato un provvedimento di sequestro, avendo quest'ultimo carattere interinale e provvisorio, inserito in un procedimento destinato a concludersi in una pronuncia decisoria finale (sez. V, sent. N. 38458 del 18.7.2012, Garruzzo, RV 253570-01; sez I, n. 15684 del 7.2.2002, Schiavone, RV 221844-01) e tale orientamento è stato confermato anche dalle Sezioni Unite Lapelosa.

l'esempio dell'incompatibilità del giudice per le indagini preliminari che, investito della richiesta di decreto penale di condanna, abbia restituito gli atti al pubblico ministero per la contestazione di una circostanza aggravante, e, successivamente, sia chiamato a pronunciarsi sulla nuova richiesta (Corte Cost. sent. N. 16/1022); dell'incompatibilità del giudice dell'udienza preliminare che sia chiamato a decidere sulla richiesta di rinvio a giudizio in ordine al medesimo imputato ed al medesimo fatto, in relazione al quale, come giudice del dibattimento, abbia in precedenza disposto la restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dell'art. 521 comma 2 cpp (Corte Cost. sent. N. 400 del 2008); dell'incompatibilità del giudice del dibattimento che abbia emesso in precedenza il provvedimento di restituzione degli atti al pubblico ministero ai sensi dello stesso art. 521 comma 2 cpp a procedere al susseguente giudizio (Corte cost. n. 455 del 1944).

Di fronte al provvedimento restitutorio, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, il pubblico ministero torna ad essere investito di tutte le proprie attribuzioni e potrebbe esercitare l'azione penale così come richiedere l'archiviazione ed è in relazione a questa situazione che nasce l'esigenza di attribuire ad un giudice diverso la decisione sulla nuova richiesta di decreto penale di condanna, di rinvio a giudizio ovvero di condanna a seguito di dibattimento.

Poste queste premesse è il momento di analizzare il caso di specie.

– La questione rimessa:

L'art. 20 comma 2 del d.lgs 6 settembre 2011 n. 159 prevede che *“prima di ordinare il sequestro o disporre le misure di cui agli artt. 34 e 34 bis e fissare l'udienza, il tribunale restituisce gli atti all'organo proponente quando ritiene che le indagini non siano complete ed indica gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti di cui al comma 1 per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli artt. 34 e 34 bis”*.

Ebbene, secondo la Suprema Corte, la restituzione degli atti al pubblico ministero disposta ai sensi ai sensi del richiamato art. 20 comma secondo D.lgs 159/2011 nel contesto del medesimo giudizio di prevenzione, definisce la fase di deliberazione del tribunale e determina la riespansione della fase delle indagini. L'organo proponente, infatti, è pienamente restituito, senza alcun limite, nelle proprie attribuzioni e può sia attivarsi nei termini indicati dal giudice, presentando una nuova proposta di sequestro e confisca, debitamente integrata, sia determinarsi ad archiviare il fascicolo, rinunciando a proseguire il procedimento di prevenzione.

Nel caso, tuttavia, che il pubblico ministero si orienti, come tendenzialmente avviene, a depositare la nuova proposta di misura di prevenzione *“ ... si apre una nuova fase del medesimo giudizio di primo grado, che, sebbene omologa alla precedente, è distinta e proprio in questa fase la valutazione contenutistica espressa nel provvedimento di rigetto della prima proposta esplica la propria efficacia pregiudicante”*.

L'ordinanza, davvero completa sotto ogni profilo, si preoccupa infine di segnalare che il pregiudizio connesso al provvedimento di restituzione degli atti all'organo proponente di cui al comma secondo dell'art. 20 D.lgs 159/2011 non è affatto equipollente al potere riconosciuto al giudice

dell'udienza preliminare dall'art. 421 bis cpp<sup>35</sup>, perché, in quel caso, nonostante la restituzione degli atti al pubblico ministero per lo svolgimento di ulteriori indagini, non è affatto necessaria una nuova iniziativa di quest'ultimo per riattivare il procedimento, che era e rimane ancora pendente nella fase dell'udienza preliminare. Piuttosto ha punti di contatto con le “*indagini coatte*” disposte ai sensi dell'art. 409 comma 4 cpp dal giudice dell'udienza preliminare investito della richiesta di archiviazione, perché, anche in questo caso, si verifica una restituzione degli atti al pubblico ministero, il quale riacquista il potere, all'esito dell'espletamento delle indagini, di chiedere nuovamente l'archiviazione, ovvero di esercitare l'azione penale.

Su queste argomentazioni, sulle quali non si può che esser d'accordo, non resta che attendere la decisione della Corte Costituzionale.

– le questioni ancora aperte:

Tuttavia, pur consapevoli del contrario orientamento della giurisprudenza di legittimità e delle ragioni che lo sostengono, cui, del resto, sembra aderire anche l'ordinanza in commento, esiste un ben più grave problema legato all'effettiva imparzialità e terzietà del giudice della prevenzione, che si manifesta allorquando – cioè sempre – il medesimo giudice che ha emesso il sequestro di cui al comma primo dell'art. 20 Dlgs 159/2011 si pronuncia sulla confisca di cui al successivo art. 24.

Come già si è scritto, le stesse Sezioni Unite, nella sentenza del 24.2.2022 n. 25951, in un passaggio incidentale della decisione, hanno espresso una valutazione apertamente scettica circa l'incompatibilità a decidere sulla confisca di prevenzione da parte del giudice che abbia emesso il decreto di sequestro.

Nel procedimento penale, si argomenta, laddove si operi all'interno della medesima fase (ed è questo l'argomento comune a tutte le decisioni di legittimità sul punto), non possono esservi incompatibilità tra il giudice della cautela e il giudice della decisione di merito. E siccome nel procedimento di prevenzione non ci sarebbe una distinzione di fasi, se ne dovrebbe dedurre che la prospettata incompatibilità non abbia ragion d'essere.

Ma ha davvero senso parlare di *fasi* nel procedimento di prevenzione?

In realtà nel procedimento di prevenzione, caratterizzato da estrema sommarietà, possiamo individuare, seppur in modo approssimativo, il momento preliminare del sequestro ordinario di cui all'art. 20 d.lgs 159/2011, che interviene nel più assoluto segreto (e che può essere preceduto anche dalla restituzione degli atti al proponente a norma del comma 2), da quello della confisca di cui all'art. 24, che è necessariamente preceduto dall'apertura del contraddittorio.

Prima c'è il sequestro, che può esser disposto anche d'ufficio, normativamente vincolato al controllo del giudice sulla completezza delle indagini, poi c'è l'apertura del contraddittorio.

Se proprio si vuol, pensare a parallelismi col processo penale, il sequestro previsto dall'art. 20

<sup>35</sup> Art. 421 bis - Ordinanza per l'integrazione delle indagini 1. Quando non provvede a norma del comma 4 dell'[articolo 421](#), il giudice, se le indagini preliminari sono incomplete, indica le ulteriori indagini, fissando il termine per il loro compimento e la data della nuova udienza preliminare. Del provvedimento è data comunicazione al procuratore generale presso la corte d'appello. 2. Il procuratore generale presso la corte d'appello può disporre con decreto motivato l'avocazione delle indagini a seguito della comunicazione prevista dal comma 1. Si applica, in quanto compatibile, la disposizione dell'[articolo 412](#), comma 1.

d.lgs 159/2011, costituisce, nella sostanza, una sorta di vaglio preliminare, assimilabile, pur con le doverose cautele, a quello demandato, nel giudizio penale, al giudice dell'udienza preliminare ovvero a quello del predibattimento chiamati a valutare la richiesta di rinvio a giudizio. Tant'è vero che l'avviso di fissazione dell'udienza camerale, cioè la *citazione a giudizio*, viene notificata immediatamente dopo l'esecuzione del sequestro<sup>36</sup>, e solo in questo momento viene aperto il contraddittorio e concessa alla difesa la possibilità di controdedurre rispetto alla proposta.

Il che rende assai diversa la posizione del giudice della prevenzione che emetta il sequestro rispetto a quella del giudice del dibattimento che sia chiamato a decidere su richieste cautelari.

Il principale motivo che ha indotto la giurisprudenza ad escludere l'incompatibilità del giudice del dibattimento investito di richieste cautelari è quella di impedire che le parti possano, mediante loro iniziative, influire sul giudice che dovrà decidere nel merito. Le sentenze di legittimità, giustamente, osservano che attraverso plurime richieste di revoca e/o modifica delle misure cautelari le parti potrebbero provocare un valzer infinito di collegi giudicanti.

La legittima preoccupazione per quest'inconveniente, tuttavia, non appare prefigurabile rispetto al sequestro di prevenzione: i provvedimenti di cui ai primi 2 commi dell'art. 20 d.lgs 159/2011, infatti, vengono emessi prima che si apra il contraddittorio. Il problema, semmai, potrebbe verificarsi a contraddittorio integrato (allorchè ad esempio il prevenuto richieda la revoca o la modifica del sequestro), ma, in quel caso, dovrebbe allora correttamente richiamarsi la giurisprudenza che riguarda la competenza cautelare del giudice che sta effettivamente procedendo.

Merita aggiungere, tra le tante, un'ultima considerazione.

Nel giudizio penale ordinario la confisca, essendo necessariamente connessa (quantomeno in primo grado) ad una pronuncia di condanna, è soggetta al criterio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio; talché è ben possibile che quello stesso giudice che ha valutato nel procedimento cautelare incidentale sulla base del *fumus*, all'esito del dibattimento ed alla luce delle prove ivi utilizzabili, ritenga che il quadro indiziario non superi il criterio valutativo per la pronuncia della condanna, e, conseguentemente, per disporre la confisca.

Quindi il giudice che, nella medesima fase processuale, abbia adottato una misura cautelare personale o reale, attenendosi ai criteri sopra richiamati, non dovrebbe trovarsi nella condizione di *"confermare o contraddirsi"*<sup>37</sup>.

Nel procedimento di prevenzione, invece, il ruolo della difesa è necessariamente ridotto in ragione

---

<sup>36</sup> Art. 20 comma 2: "Prima di ordinare il sequestro o disporre le misure di cui agli articoli 34 e 34-bis e di fissare l'udienza, il tribunale restituisce gli atti all'organo proponente quando ritiene che le indagini non siano complete e indica gli ulteriori accertamenti patrimoniali indispensabili per valutare la sussistenza dei presupposti di cui al comma 1 per l'applicazione del sequestro o delle misure di cui agli articoli 34 e 34-bis.

<sup>37</sup> In materia della non necessaria neutralità del decreto di sequestro anche in sede di merito, si segnala la pronuncia della Corte Costituzionale n. 181/2004, con la quale la Corte ha affermato come la pronuncia sulla cautela reale in una diversa fase processuale da parte dello stesso giudice, quando in quella sede ci si è espressi anche sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, consente l'applicazione dell'art. 36 comma 1 lettera h), ossia il giudice si può astenere per gravi ragioni di convenienza (che opera dunque anche in ragione di precedente attività giurisdizionale svolta e non solo per ragioni di carattere personale). Nonché Cass. Sentenza n. 15689/2020 che, citando la sentenza della Corte Costituzionale n. 181/2004, espone che l'esercizio del potere della cautela reale in una precedente fase del giudizio può essere causa di astensione e ricusazione e come in tal caso il "parametro è una verifica in concreto dell'eventuale valutazione sul merito compiuta dal giudice del sequestro, tale da risultare pregiudicante ad una successiva fase del giudizio.

della sua matrice inquisitoria, e, soprattutto, della mancanza di limitazioni nell'utilizzabilità delle prove, tal che il materiale probatorio che ha costituito la base del sequestro, al di là delle modeste integrazioni che può portare il contraddittorio, è sostanzialmente il medesimo che viene valutato nell'ambito della confisca. Ma soprattutto, nel procedimento di prevenzione, la decisione finale sulla confisca, al pari di quella sul sequestro che la precede, non è certo assunta in base criterio legale del *"al di là di ogni ragionevole dubbio"*.

Sequestro e confisca, in buona sostanza, tendono a confondersi.

Si potrebbe sostenere, tuttavia, che permane una differenza tra la valutazione da compiersi al fine dell'emissione del sequestro di prevenzione e quella che sovrintende alla confisca in ragione di alcune modeste differenze terminologiche adottate negli artt. 20 e 24 D.lgs 159/2011. Ma ciò potrebbe essere efficacemente sostenuto soltanto nel caso in cui, per l'assunzione della decisione finale sulla confisca, il legislatore avesse richiesto uno standard valutativo di certezza processuale che si esprime nel criterio *"al di là di ogni ragionevole dubbio"*. Ma così assolutamente non è ed allora diciamolo chiaramente: non sussiste un'effettiva differenza tra lo standard valutativo indiziario richiesto per l'emissione del decreto di sequestro e quello, parimenti indiziario, fondante la pronuncia sulla confisca di cui all'art. 24 l. 159/2011.

In definitiva lo *standard* valutativo e l'identità del materiale istruttorio indiziario posti a fondamento dell'emissione del sequestro e della confisca, rende il decreto di sequestro un atto non neutro in punto di *merito*.

Tutte queste considerazioni, a nostro parere, rendono urgente un intervento, se non della Corte Costituzionale, visto l'orientamento di netta chiusura sin qui espresso dalla giurisprudenza, anche nell'illuminata ordinanza in commento, quantomeno del legislatore.

Crediamo vi sia un accordo generalizzato su ciò che hanno scritto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza n. 25951 del 2022, e cioè che al processo di prevenzione debbano estendersi senza riserve i principi del *"giusto processo"* e che, tra questi, *"... assume un valore assolutamente primario quello dell'imparzialità del giudice, il cui difetto comporterebbe lo svuotamento sostanziale del significato proprio di tutte le regole e le garanzie processuali, che si risolverebbero in un mero e formalistico simulacro privo di alcuna reale incidenza sul corretto esercizio dello ius dicere"*.

Ed allora, per salvaguardare questo valore primario si deve necessariamente intervenire sugli articoli 20 e 24 del D.lgs 159/2011, prevedendo non soltanto l'incompatibilità del giudice abbia disposto la restituzione degli atti al proponente per lo svolgimento di ulteriori indagini, a provvedere sulle eventuali successive richieste di sequestro e confisca, ma anche e soprattutto quella del giudice che abbia disposto il sequestro di cui al comma primo dell'art 20 a decidere sulla proposta di confisca di cui all'art. 24.

**QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 6, COMMA 3-TER E 8, COMMA 2 D.L.VO 159/11, NEL TESTO RISULTANTE DALLE MODIFICHE INTRODOTTE CON L 168/23, NELLA PARTE IN CUI PREVEDONO CHE "QUANDO LA SORVEGLIANZA SPECIALE È APPLICATA AI SOGGETTI INDIZIATI DEI DELITTI DI CUI ALL'ARTICOLO 4, COMMA 1, LETTERA I-TER), GLI OBBLIGHI E LE PRESCRIZIONI DI CUI AL COMMA 3-BIS SONO DISPOSTI, CON IL CONSENSO DELL'INTERESSATO E ACCERTATA LA RELATIVA FATTIBILITÀ TECNICA, CON LE PARTICOLARI MODALITÀ DI CONTROLLO PREVISTE DALL'ARTICOLO 275-BIS DEL CODICE DI PROCEDURA PENALE. QUALORA L'INTERESSATO NEGLI IL CONSENSO ALL'ADOZIONE DELLE MODALITÀ DI CONTROLLO ANZIDETTE, LA DURATA DELLA MISURA NON PUÒ ESSERE INFERIORE A TRE ANNI E IL TRIBUNALE (O IL PRESIDENTE, IN CASO DI URGENZA, NDR) PRESCRIVE ALL'INTERESSATO DI PRESENTARSI ALL'AUTORITÀ DI PUBBLICA SICUREZZA PREPOSTA ALLA SORVEGLIANZA NEI GIORNI E NEGLI ORARI INDICATI, CON CADENZA ALMENO BISETTIMANALE, PER TUTTA LA DURATA DELLA SORVEGLIANZA SPECIALE DI PUBBLICA SICUREZZA, E IMPONE, SALVA DIVERSA VALUTAZIONE, IL DIVIETO O L'OBBLIGO DI SOGGIORNO AI SENSI DEI COMMI 2 E 3 DEL PRESENTE ARTICOLO ".**

0\*0\*0\*0\*0

I. Nell'ambito del contrasto alla violenza contro le donne ed alla violenza domestica, il Legislatore nazionale ha inteso implementare anche lo strumento di prevenzione, ampliando il catalogo dei soggetti destinatari di cui all'art. 4, lettera i-ter C.A.M. e prevedendo più incisive modalità di controllo dei destinatari della misura di prevenzione della sorveglianza speciale.

In particolare, mentre l'art. 6, comma 3-bis D.L.vo 159/11 prevede, nella generalità dei casi, la discrezionalità ("gli obblighi e le prescrizioni possono essere disposti") per il Tribunale di disporre modalità di controllo attraverso il "braccialetto elettronico", il nuovo comma 3-ter contempla l'automatismo applicativo delle prescrizioni di cui all'art. 275-bis cpp ("gli obblighi e le prescrizioni sono disposti"), per il soggetto rientrante nella categoria di cui all'art. 4, lettera i-ter C.A.M.

La sorveglianza speciale, con le medesime modalità esecutive, può poi essere disposta, in via provvisoria di urgenza, dal Presidente del Tribunale per le misure di prevenzione, con provvedimento non impugnabile.

II. La sottoposizione alle particolari modalità di controllo di cui all'art. 275-bis cpp richiede il consenso del proposto, ma la mancata prestazione di detto consenso comporta la durata non inferiore a tre anni (in luogo del termine annuale previsto dall'art. 8 C.A.M.) della misura, l'applicazione obbligatoria dell'obbligo di presentazione almeno bisettimanale alla Autorità di Pubblica Sicurezza deputata ai controlli (ex art. 8, comma 6, n. 2, C.A.M.), l'imposizione automatica "salva diversa valutazione" dell'obbligo di soggiorno in un determinato Comune o del divieto di soggiorno in uno o più comuni, ovvero in una o più Regioni.

III. Le misure di prevenzione personali sono, tanto nella giurisprudenza domestica quanto in quella convenzionale, annoverate tra gli istituti meramente restrittivi della libertà di circolazione, piuttosto che privativi della libertà personale.

Il diverso inquadramento non è meramente nominalistico, dal momento che rende invocabile la disciplina dell'art. 2, comma 4 del protocollo addizionale n. 4 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo il quale la libertà di circolazione può essere soggetta a restrizioni giustificate dall'interesse pubblico.

Tuttavia, secondo la giurisprudenza EDU, la distinzione tra "privazione" e "restrizione" è di tipo meramente "quantitativo", afferendo al grado ed alla intensità, non alla natura ed al contenuto (De Tommaso/Italia).

Così che una privazione della libertà si realizza senza dubbio ove la libertà fisica venga a mancare del tutto, ma anche nell'ipotesi di vincoli particolarmente incisivi sulla libertà di circolazione.

"La qualificazione di una misura come "privativa della libertà" dipende dunque dalla situazione concreta sottoposta all'esame della Corte e non dalla qualificazione giuridica di tale misura nell'ordinamento nazionale. Al fine di assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali ed evitare gli effetti di una possibile "frode delle etichette", infatti, la giurisprudenza europea ha da tempo fatto propria una nozione autonoma di "privazione" della libertà. Nel diritto di Strasburgo la differenza tra privazione e semplici limitazioni della libertà personale, è semplicemente «una differenza di grado e d'intensità, non di natura o di contenuto». I criteri utilizzati dalla Corte europea - a partire dal leading case Guzzardi c. Italia del 1980 - per stabilire se ci si trovi di fronte ad una privazione (e non a una limitazione) della libertà, sono di tipo quantitativo e riguardano «il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta»<sup>38</sup>".

La Corte europea, quindi, giunge a ritenere integrata una privazione della libertà anche nel caso in cui l'interessato sia sottoposto a vincoli particolarmente incisivi della libertà di circolazione, sulla base della incidenza delle prescrizioni imposte sulla libertà fisica e della condizione di emarginazione dovute alla loro applicazione (Guzzardi/Italia).

Con più specifico riferimento alla norma scrutinata, la Corte è giunta stabilmente a considerare come privativo della libertà personale il controllo diretto di terzi, accompagnato a coercizioni, sui propri movimenti (Gillan e Quinton/Regno Unito; Iskandarov/Russia; Medvedev/Francia).

In tutti i precedenti citati, i Giudici europei hanno ritenuto irrilevante, in presenza di controlli e coercizioni particolarmente intensi, la breve durata degli stessi.

IV qualora la misura di prevenzione travalichi i limiti di una mera restrizione della libertà di circolazione -peraltro funzionale alla ratio legis, che è quella di impedire al proposto l'occasione di manifestare una pericolosità sociale, la cui prognosi non richiede un previo accertamento di responsabilità - a venire in rilievo sarà l'applicazione dell'art. 5 della Convenzione EDU, che disciplina e tutela la libertà personale. La norma convenzionale, nel prevedere tassativamente i casi nei quali un cittadino possa essere privato, anche per brevissimo tempo, di tale diritto fondamentale ed inalienabile che trova consacrazione ordinamentale nella lettura combinata degli

---

38

artt. 13 e 25 Cost, non contempla l'applicazione di misure di prevenzione personali, che non costituiscono, pertanto, mezzo legittimo di tale privazione.

IV.Ciò premesso in via ricostruttiva, pare allora evidente che la novella legislativa - che prevede modalità di controllo invasive e dirette di tutti i movimenti del proposto (mediante l'imposizione del ed. braccialetto elettronico) o, in alternativa, una durata minimo triennale della misura, associata a controlli frequenti e sensibili limitazioni della libertà di movimento, costituisca una ipotesi di privazione della libertà personale.

Nel primo caso, venendo in rilievo l'intensità della limitazione; nel secondo, a fronte della minore intensità della stessa, potendosi apprezzare la durata.

V.Al riguardo della prima ipotesi, nella quale l'applicazione del braccialetto elettronico richiede l'assenso del proposto, la giurisprudenza comunitaria ha precisato che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno qualora una persona abbia accettato tale privazione, in quanto il consenso è sempre revocabile e che tale eventualità non elimina il dovere degli organi statali di controllare la legittimità della privazione della libertà subita dalla vittima (Al-Jedda/ Regno Unito; Al-Skeini/Regno Unito).

VI. Se ne ricava che la norma scrutinata viola l'art. 13 Cost. per come interpretabile alla luce del disposto degli artt. 117 Cost. e 5 Convenzione EDU.

0\*0\*0\*0\*0

VII.Sotto altro aspetto, le modalità alternative di esecuzione della misura di prevenzione, conseguenti al rifiuto, da parte del proposto, delle particolari modalità di controllo previste dall'art. 275-bis cpp presentano profili di irragionevolezza.

VIII.La ragionevolezza, che trova copertura nell'art. 3 Cost., è un criterio ermeneutico elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, ed avallato dalla dottrina (v., per tutti, M. CARTABIA, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana), in virtù del quale, ogniqualevolta è necessario operare una ponderazione ed un bilanciamento tra valori ed interessi contrastanti e costituzionalmente protetti, il fondamento di siffatta ponderazione deve rinvenirsi nella non arbitraria compromissione di un diritto a vantaggio di un altro; in altri termini, la ragionevolezza si connota per essere un parametro di giudizio che consente di valutare, in primo luogo, le scelte operate dal legislatore in sede di politica del diritto (scelte, ragionevolezza a parte, insindacabili); ed, in secondo luogo, la ponderazione tra due o più diritti potenzialmente in contrasto tra loro, sì da non operare una ingiustificata compressione di una situazione giuridica soggettiva a favore di un'altrettanta ingiustificata espansione di un'altra.

Siffatta esigenza riposa sul basilare principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che impone non un generalizzato egualitarismo, bensì esige che il legislatore e, più in generale, ogni soggetto investito del potere di incidere sulle altrui situazioni giuridiche soggettive, tratti le varie situazioni emergenti al livello della realtà sociale senza discriminazioni arbitrarie o irragionevoli (da ultimo, Corte Cost., sentenza 13 gennaio 2014, n. 1).

La ragionevolezza, peraltro, è ormai un canone valutativo assolutamente pervasivo nell'ambito dei

giudizi di costituzionalità, come tale sganciato dai singoli articoli della Carta Costituzionale, e rinveniente, per contro, la propria base giustificativa nella complessiva architettura costituzionale, comprensiva non tanto e non solo della costituzione in senso formale, ma anche della costituzione c.d. vivente o materiale.

Più in particolare, la ragionevolezza viene indicata, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, come una forma di razionalità pratica (Corte Cost., sent. n. 172/1996), contrapposta ad una razionalità astratta di stampo meramente formalistico e logico-deduttivo. Detto altrimenti, il canone di ragionevolezza serve per parametrare la bontà, sotto questo specifico profilo, delle scelte legislative nella ponderazione degli interessi coinvolti, alla luce non solo delle circostanze del caso concreto (ché, altrimenti, il giudizio di costituzionalità si trasformerebbe in un sindacato sul fatto), bensì alla luce dell'incidenza della disposizione censurata sulla realtà sociale su cui ricade, dell'impatto della normativa nel complessivo assetto concreto degli interessi sul tappeto. Ancora, sempre nell'ottica della ragionevolezza, la Corte ha, altresì, affermato che le scelte legislative devono tendere alla tutela dei diritti in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (Corte Costituzionale, sentt. nn. 264/2012 e 85/2013). Pena, altrimenti, l'irragionevolezza della scelta operata, in sede di politica del diritto, dal legislatore e, di conseguenza, delle norme che costituiscono il frutto di tale scelta.

Illuminante, al riguardo, risulta un passaggio della Sentenza n. 1130/1988, in cui il Giudice delle Leggi ha affermato che "il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti". IX. Ciò posto, la norma scrutinata prevede, per le ipotesi di pericolosità di cui all'art. 4 lett. i-ter C.A.M., una durata minima della sorveglianza speciale pari al triplo di quella prevista per tutte le altre ipotesi di pericolosità, semplice o qualificata.

Tale scelta non appare sorretta da criteri di ragionevolezza, alla luce della complessiva ratio legis e del principio di proporzionalità e strumentalità delle reazioni ordinamentali.

All'esito della novella legislativa, che incide su di un corpus normativo destinato, principalmente, al contrasto del fenomeno mafioso e della economia illegale, le fattispecie di pericolosità di cui all'art. 4, lett. i-ter subiscono un trattamento significativamente deteriore rispetto a quelle di pericolosità qualificata di cui all'art. 4, lett. a, b, d, f.

Ipotesi che, oltre a prevedere limiti edittali di pena assai superiori ad alcune della fattispecie oggi rientranti nel catalogo della lettera i-ter, sono di maggior allarme sociale, per il loro inserimento tra i reati contro l'ordine pubblico.

Sotto l'aspetto della proporzionalità (altro marcatore della ragionevolezza), poi, il termine minimo di durata della sorveglianza speciale è incongruo rispetto alla pena concretamente irrogabile, per talune delle ipotesi di reato del catalogo (ad esempio, gli atti persecutori), all'esito del processo.

Ciò che tradisce la funzione general-preventiva della riforma, in contrasto con quella special preventiva dello strumento prevenzionale.

X. Se ne ricava che la norma scrutinata viola l'art. 3 Cost, indicando come tertium comparationis l'art. 4, lett. A, b, d, f.

**QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELL'ART. 28 D.L.VO 159/11, COMMA 1 LETT. A) E COMMA 3, NEL TESTO ATTUALMENTE VIGENTE, NELLA PARTE IN CUI NON PREVEDE CHE ANCHE LE ISTANZE DI APPLICAZIONE DI UNA MISURA DI PREVENZIONE PATRIMONIALE, QUANDO REITERATE DALLA PARTE PUBBLICA A SEGUITO DI PRECEDENTE RIGETTO, DEBBANO SOTTOSTARE AI LIMITI QUALITATIVI E TEMPORALI DI DEDUZIONE DELLA PROVA NUOVA, PER COME DESUMIBILI DAL'ART. 630 CPP, RICHIAMATO DALLA DISPOSIZIONE SPECIALE.**

PREMESSO CHE

I. L'art. 28 D.L.vo 159/11 disciplina i casi di revocazione della confisca di prevenzione già irrogata, prevedendo, al comma 1 lettera a), il presupposto della scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento e, al comma 3, termine decadenziale di sei mesi dalla data in cui si verifica uno dei casi di cui al comma 1, salvo che l'interessato dimostri di non averne avuto conoscenza per causa a lui non imputabile;

5) la revocazione della decisione definitiva sulla confisca, munita di copertura sia a livello costituzionale (ex art. 24, terzo comma, Cost.) che nelle fonti normative internazionali (ai sensi dell'art. 14, par. 6, del Patto internazionale sui diritti civili e politici - adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966 e ratificato nel nostro ordinamento a seguito della legge 25 ottobre 1977, n. 881 - e dell'art. 4, par. 2, Prot. 7 CEDU, ratificato con legge 9 aprile 1990, n. 98), è stata espressamente introdotta nell'ordinamento a seguito dell'entrata in vigore del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, emanato con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159;

6) La norma ricalca, quanto a presupposti e termini, il disposto dell'art. 630 cpp, che disciplina il diverso istituto della revisione del giudicato penale;

7) Tuttavia, va analizzata funditu la legittimità di una equiparazione dinamica tra i due diversi strumenti processuali, al fine di segnalare alcune distonie che rendono l'art. 28 CAM sospetto di incostituzionalità:

IV.I Per quanto attiene alla revisione, l'eccezionalità del mezzo di impugnazione, finalizzato alla rimozione di un giudicato "stabile", quale è quello penale, giustifica la contrazione dei tempi e la limitazione dei casi, nel tendenziale rispetto della definitività ed intangibilità dell'esito degli accertamenti giurisdizionali. Simili limitazioni, peraltro, sono bilanciate dalla circostanza che il ricorso alla revisione è consentito al solo condannato e per la sola rimozione di una sentenza di condanna. La sentenza di assoluzione è invece intangibile;

IV.II Anche l'art. 28 D.L.vo 159/11 disciplina un mezzo di impugnazione straordinario e finalizzato esclusivamente a dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura. Ma ciò avviene nell'ambito di un procedimento caratterizzato da un giudicato "instabile", nel quale alla Parte Pubblica è consentito di presentare ripetute istanze di applicazione di misure di prevenzione, superando così il giudicato di rigetto;

IV.III l'esercizio di tale facoltà, non espressamente previsto dal testo di Legge, in giurisprudenza non incontra alcun limite né temporale, né qualitativo sulla prova. Poiché il giudicato di

prevenzione patrimoniale è considerato “allo stato degli atti”, qualsiasi prova, sopravvenuta o preesistente, anche se colpevolmente ignorata o volontariamente pretermessa, giustifica la proposizione di una nuova richiesta di confisca, senza alcun limite temporale (sulla costruzione del giudicato come “allo stato degli atti”, si veda Cass. pen., Sez. I, 20 settembre 2017, n. 13375; Cass. pen., Sez. I, 15 luglio 2016, n. 47233);

IV.IV Di contro, al di là del già chiaro testo normativo, la giurisprudenza ritiene il provvedimento definitivo di confisca come dotato di maggiore stabilità, così giungendo ad una interpretazione dei requisiti di cui all’art. 28 CAM, particolarmente restrittiva: sarebbero cioè denunciabili le sole prove decisive, sopravvenute o incolpevolmente ignorate, entro il termine decadenziale di sei mesi, decorrente in via autonoma da ogni singolo fatto nuovo (da ultimo, Cass. pen., Sez. V, 12 giugno 2024, n. 23592);

8) Il codificato mezzo di impugnazione straordinario, finalizzato alla rimozione di un giudicato di confisca, è, nella pratica, di ricorso meno agevole e più limitato dello speculare, non codificato, mezzo di sostanziale rimozione di un giudicato di rigetto, costituito dalla possibilità, per la Parte Pubblica, di instare ripetutamente per l’applicazione di una misura di prevenzione (personale e/o patrimoniale);

9) Tale assetto determina significative asimmetrie tra proponente e proposto, in termini di: novità, incolpevole ignoranza e decisività della prova nuova, nonché di termini di proposizione della istanza, segnando uno statuto assai peggiore per la parte che si difende, rispetto a quella che accusa;

#### OSSERVA

I. Le denunciate asimmetrie, che fissano un regime di rimozione del giudicato assai più gravoso per il proposto, rispetto alla Parte Pubblica, fondano il sospetto di illegittimità costituzionale dell’art. 28, commi 1 lettera a) e comma 3 del D.L.vo 159/11, rispetto agli artt. 3, 111, 117 Cost. e 6 CEDU;

<sup>5)</sup> va premesso che non è possibile una lettura costituzionalmente orientata della norma in denuncia, così da applicarne il disposto sia alla revocazione del giudicato di confisca, sia alla rimozione del giudicato di rigetto. Il tenore letterale della disposizione e, segnatamente, il comma 2, non lascia discrezionalità interpretativa, disponendo che la revocazione “può essere richiesta solo al fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l’applicazione della misura” e, quindi, solo ad istanza del proposto;

<sup>6)</sup> ciò posto, secondo quanto reiteratamente rilevato dalla Corte Costituzionale (nell’ambito del procedimento penale, ma con motivazioni estensibili a quello di prevenzione), il secondo comma dell’art. 111 Cost., nello stabilire che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità», ha conferito veste autonoma ad un principio, quello di parità delle parti, «pacificamente già insito nel pregresso sistema dei valori costituzionali» (ordinanze n. 110 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001);

<sup>7)</sup> il principio di parità tra accusa e difesa, pur non comportando necessariamente l’identità tra

i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato, pretende che una disparità di trattamento debba «risultare giustificata, nei limiti della ragionevolezza, sia dalla peculiare posizione istituzionale del pubblico ministero, sia dalla funzione allo stesso affidata, sia da esigenze connesse alla corretta amministrazione della giustizia» (ordinanze n. 46 del 2004, n. 165 del 2003, n. 347 del 2002 e n. 421 del 2001), invocando così il limite esterno di cui all'art. 3 Cost.;

<sup>8)</sup> dunque, le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti necessarie del processo, impediscono di ritenere che il principio di parità debba indefettibilmente tradursi, nella cornice di ogni singolo segmento dell'iter processuale, in un'assoluta simmetria di poteri e facoltà. Alterazioni di tale simmetria – tanto nell'una che nell'altra direzione (ossia tanto a vantaggio della parte pubblica che di quella privata) – sono invece compatibili con il principio di parità, ma ad una duplice condizione: e, cioè, che esse, per un verso, trovino un'adeguata ratio giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti; e, per un altro verso, risultino comunque contenute – anche in un'ottica di complessivo riequilibrio dei poteri, avuto riguardo alle disparità di segno opposto riscontrabili in fasi del procedimento distinte da quelle in cui s'innesta la singola norma discriminatrice avuta di mira (si vedano le sentenze n. 115 del 2001 e n. 98 del 1994) – entro i limiti della ragionevolezza;

<sup>9)</sup> il vaglio di ragionevolezza va condotto sulla base del rapporto comparativo tra la ratio che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello “scalino” da essa creato tra le posizioni delle parti: mirando segnatamente ad acclarare l'adeguatezza della ratio e la proporzionalità dell'ampiezza di tale “scalino” rispetto a quest'ultima (sentenza 26/2007). Siffatta verifica non può essere pretermessa, se non a prezzo di un sostanziale svuotamento, in parte qua, della clausola della parità delle parti;

<sup>10)</sup> pure la disciplina delle impugnazioni, anche di carattere straordinario, si colloca entro l'ambito applicativo del principio di parità delle parti. Detto principio non è infatti suscettibile di una interpretazione riduttiva, quale quella che intendesse negare alla parità delle parti il ruolo di connotato essenziale dell'intero processo, per concepirlo invece come garanzia riferita al solo procedimento probatorio. Una simile ricostruzione finirebbe difatti per attribuire al principio di parità delle parti, in luogo del significato di riaffermazione processuale dei principi di cui all'art. 3 Cost., una antitetica valenza derogatoria di questi ultimi: soluzione tanto meno plausibile a fronte del tenore letterale della norma costituzionale, nella quale la parità delle parti è enunciata come regola generalissima, riferita indistintamente ad «ogni processo» e senza alcuna limitazione a determinati momenti o aspetti dell'iter processuale;

<sup>11)</sup> La ragionevolezza, che trova copertura nell'art. 3 Cost., è un criterio ermeneutico elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, ed avallato dalla dottrina (v., per tutti, M. Cartabia, I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana), in virtù del quale, ogniqualvolta è necessario operare una ponderazione ed un bilanciamento tra valori ed interessi contrastanti e

costituzionalmente protetti, il fondamento di siffatta ponderazione deve rinvenirsi nella non arbitraria compromissione di un diritto a vantaggio di un altro; in altri termini, la ragionevolezza si connota per essere un parametro di giudizio che consente di valutare, in primo luogo, le scelte operate dal legislatore in sede di politica del diritto (scelte, ragionevolezza a parte, insindacabili); ed, in secondo luogo, la ponderazione tra due o più diritti potenzialmente in contrasto tra loro, sì da non operare una ingiustificata compressione di una situazione giuridica soggettiva a favore di un'altrettanta ingiustificata espansione di un'altra. Siffatta esigenza riposa sul basilare principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che impone non un generalizzato egualitarismo, bensì esige che il legislatore e, più in generale, ogni soggetto investito del potere di incidere sulle altrui situazioni giuridiche soggettive, tratti le varie situazioni emergenti al livello della realtà sociale senza discriminazioni arbitrarie o irragionevoli (Corte Cost., sentenza 13 gennaio 2014, n. 1). La ragionevolezza, peraltro, è ormai un canone valutativo assolutamente pervasivo nell'ambito dei giudizi di costituzionalità, come tale sganciato dai singoli articoli della Carta Costituzionale, e rinveniente, per contro, la costituzionalità, come tale sganciato dai singoli articoli della Carta Costituzionale, e rinveniente, per contro, la propria base giustificativa nella complessiva architettura costituzionale, comprensiva non tanto e non solo della costituzione in senso formale, ma anche della costituzione c.d. vivente o materiale. Più in particolare, la ragionevolezza viene indicata, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, come una forma di razionalità pratica (Corte Cost., sent. n. 172/1996), contrapposta ad una razionalità astratta di stampo meramente formalistico e logico-deduttivo. Detto altrimenti, il canone di ragionevolezza serve per parametrare la bontà, sotto questo specifico profilo, delle scelte legislative nella ponderazione degli interessi coinvolti, alla luce non solo delle circostanze del caso concreto (ché, altrimenti, il giudizio di costituzionalità si trasformerebbe in un sindacato sul fatto), bensì dell'incidenza della disposizione censurata sulla realtà sociale su cui ricade, dell'impatto della normativa nel complessivo assetto concreto degli interessi sul tappeto. Ancora, sempre nell'ottica della ragionevolezza, la Corte ha, altresì, affermato che le scelte legislative devono tendere alla tutela dei diritti in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro (Corte Costituzionale, sentt. nn. 264/2012 e 85/2013). Pena, altrimenti, l'irragionevolezza della scelta operata, in sede di politica del diritto, dal legislatore e, di conseguenza, delle norme che costituiscono il frutto di tale scelta. Illuminante, al riguardo, risulta un passaggio della Sentenza n. 1130/1988, in cui il Giudice delle Leggi ha affermato che "il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da

soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti”;

- 12) la giurisprudenza della Corte costituzionale, infatti, e anche la dottrina costituzionalista (A. AGRÒ, *Commento all'art. 3*, in AA.VV., *Commentario della costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, pp. 133 ss.) ormai da un notevole lasso di tempo considerano il principio di uguaglianza in senso formale di cui all'art. 3, primo comma Cost. comportante l'esigenza di un trattamento uguale di situazioni uguali e, per converso, il trattamento diverso di situazioni diverse fra loro. Da ciò ne consegue che laddove situazioni analoghe vengano trattate diversamente, si pone un problema di contrasto con il principio di uguaglianza attraverso il criterio della ragionevolezza, nel senso che, laddove il trattamento diverso di situazioni equiparabili fra loro possieda una sua intima ragionevolezza allora il vizio di costituzionalità non sussiste.
- 13) per stabilire, quindi, se sussiste la violazione del principio di uguaglianza e se la stessa possa o no dirsi ragionevole, soccorre il riferimento all'art. 111 della Costituzione, inserito dalla legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 (si vedano altresì di d.l. 7 gennaio 2000 n. 2, convertito nella l. 25 febbraio 2000 n. 35, nonché infine gli art. 2 ss. della l. 24 marzo 2001, n. 89). Più in particolare il comma secondo dell'art. 111 non si riferisce soltanto al processo penale, perché, se così fosse, si potrebbe sostenere che le misure di prevenzione ed il relativo processo non appartengono ancora in maniera inequivocabile al sistema penale, nonostante la recente giurisprudenza della Corte EDU in causa Cavallotti. Il secondo comma dell'art. 111 invece si riferisce ad “ogni processo” che si svolga nel contraddittorio tra le parti in condizioni di parità davanti ad un giudice terzo ed imparziale;
- 14) rilevante è poi il disposto dell'art. 117, in base al quale la potestà legislativa deve essere esercitata anche tenendo conto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Disposizione rispetto alla quale viene in considerazione, come norma “interposta”, l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che richiama l'esigenza di un processo equo ed imparziale dinanzi ad un tribunale, a sua volta, indipendente ed imparziale. Precetto che è stato ritenuto, ripetutamente, applicabile anche al procedimento di prevenzione;
- 15) ciò posto, la norma censurata racchiude una dissimmetria radicale, immedicabile ed irragionevole. A differenza della Parte Pubblica, infatti, il proposto viene vincolato, nell'istanza di revocazione, a limiti di merito e temporali idonei a comprimere irragionevolmente, anche a causa dell'interpretazione giurisprudenziale della norma, la possibilità di accedere effettivamente al mezzo di impugnazione straordinario. In antitesi con il proponente, che può invece in ogni tempo e senza vincoli meritali, riattivare la pretesa pubblica;
- 16) tale scelta, che non trova esplicitazione nel testo della norma, né in quello dei suoi lavori

preparatori, non può essere giustificata, sul piano della ragionevolezza, con la necessità di salvaguardare la stabilità dei rapporti giuridici derivanti dal precedente giudicato, sia pure instabile, dal momento che la denunciata asimmetria incide in maggior misura sui giudicati di rigetto, rispetto a quelli di confisca, così ledendo situazioni soggettive consolidate rispetto all'origine dei patrimoni, la cui liceità è già stata confermata;

- 17) la denunciata asimmetria non trova ragione nel diverso apprezzamento dei diritti e degli interessi coinvolti, venendo comunque in rilievo la tutela di diritti (proprietà e libertà di iniziativa economica) di rango costituzionale;
- 18) neppure può essere giustificata con la necessità di riparare ad errori giudiziari, perchè destinata, in ipotesi, ad emendare con maggior facilità quelli a scapito dell'accusato, piuttosto che dell'accusatore;
- 19) tale sperequazione, già di per sé irragionevole, non si presta ad essere calmierata in alcun modo, neanche dal diritto vivente, che ha "liberalizzato" le ripetute istanze per l'irrogazione di prevenzione, mentre ha tassativizzato sempre di più i casi di revocazione;
- 20) a fronte delle evidenziate connotazioni, l'alterazione del trattamento paritario dei contendenti, indotta dalla norma in esame, non può essere giustificata, in termini di adeguatezza e proporzionalità. Tale rapporto va dunque ricondotto ad equilibrio, riconoscendo alle parti il medesimo strumento processuale, sottoposto agli stessi presupposti e limiti, per la rimozione di un precedente giudicato;
- 21) va in definitiva denunciata la illegittimità costituzionale dell'art. 28 D.L.vo 159/11, comma 1 lett. a) e comma 3, nel testo attualmente vigente, nella parte in cui non prevede che anche le istanze di applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, quando reiterate dalla Parte Pubblica a seguito di precedente rigetto, debbano sottostare ai limiti qualitativi e temporali di deduzione della prova nuova, per come desumibili dall'art. 630 cpp, richiamato dalla disposizione speciale, per contrasto con gli artt. 3, 111, 117 Cost. E 5 CEDU.

Questa pubblicazione è stata realizzata con i contributi di:

Claudio Cioce

Andrea Costa

Fabrizio Costarella

Giuseppe Grasso

Francesco Iacopino

Federico Papa

Cosimo Palumbo

Luigi Petrillo

Rosario Piombino

Lorena Puccetti

Francesco Siclari

Marco Talini

Caterina Zavaglia