

QUESITI

CESARE PARODI

In tema di *bis in idem* tra processo penale e procedimento di prevenzione¹

1. Il significato e la valenza della decisione Grande Stevens c. Italia della Corte europea dei diritti dell'uomo nel sistema italiano.

Assume la difesa che la decisione Grande Stevens c. Italia (ricorso n. 18640/10)² citata nella memoria dovrebbe essere direttamente e doverosamente applicata dal Tribunale. Non è così.

Ed invero, vale la pena di riportare al riguardo quanto precisato nella relazione n. 35 del 2014 dell'Ufficio del Massimario presso la Suprema Corte sulla sentenza menzionata: sul piano dei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Giustizia UE un'importante affermazione è stata svolta proprio nella sentenza *Aklagaren c. Akerberg Fransson* in relazione alla negata "comunitarizzazione" della C.e.d.u.: la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non costituisce, fino a quando l'Unione non vi abbia aderito, "un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione. Di conseguenza, il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la C.e.d.u. e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale" (cfr. § 44 della sentenza citata).

L'esclusione della comunitarizzazione della C.e.d.u. comporta che la Corte di Lussemburgo abbia lasciato alla libera scelta di ciascuno degli Stati aderenti all'Unione la regolamentazione dei rapporti tra Convenzione e diritto interno, sino a quando non avrà luogo l'adesione della UE alla C.e.d.u.

Tale affermazione parrebbe combinarsi con l'orientamento della Corte Costituzionale di cui alla sentenza n. 80 dell'11 marzo 2011, che esclude la riferibilità alla C.e.d.u. del parametro di cui all'art. 11 della Costituzione e, dunque, del potere - dovere per il giudice di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione; ciò anche se i diritti fondamentali oggetto di disposizioni della C.e.d.u. sono qualificati come principi generali del diritto comunitario sia dalla Corte di Giustizia UE che dall'art. 6 Trattato sull'Unione europea. La prevista adesione dell'Unione Europea alla C.e.d.u., si dice, infatti,

¹ Parere del p.m. depositato in occasione di un procedimento di prevenzione in corso dinanzi al Tribunale di Torino.

² Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia.

non è ancora avvenuta.

Le pronunce della Cassazione sul tema, invece, risultano attualmente rappresentate dal principio espresso dall'ordinanza del 2 luglio 2008, Vangjelai,³ secondo la quale le norme della Convenzione e.d.u. assumono rilevanza, ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, perché dotate del rango di fonti interposte integratrici del precetto di cui all'art. 117, co. 1, Cost., sempre che siano conformi alla Costituzione stessa e siano compatibili con la tutela degli interessi costituzionalmente protetti. Resta invece esclusa, per la Corte, la disapplicazione da parte del giudice delle disposizioni di legge ordinaria non conformi alle previsioni C.e.d.u.⁴

Pare dunque evidente che il quadro di riferimento per i giudici italiani debba essere rappresentato dalle decisioni della Corte di Giustizia UE. Organo che ha affrontato, in termini tuttavia parzialmente differenti, la questione risolta dalla decisione Grande Stevens c. Italia richiamata.

Non solo: le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo devono essere comunque verificate e valutate con riguardo agli interessi costituzionalmente riconosciuti e protetti nel sistema nazionale⁵.

2. Il principio del “*ne bis in idem*” nell'ordinamento italiano

³ Cass., Sez. I, 2 luglio 2008, Vangjelai, in *Mass. Uff.*, n. 240579.

⁴ Sul tema ha chiarito MENDITTO: «Misure di prevenzione, personali e patrimoniali, e compatibilità con la C.e.d.u., con particolare riferimento all'ampliamento dei destinatari delle misure e all'introduzione del principio di applicazione disgiunta» che «non possono essere applicate direttamente nel nostro ordinamento le norme della C.e.d.u. quando non sia possibile un'interpretazione delle norme interne compatibile con le norme della Convenzione europea» (cfr. Cass., Sez. V, 2 febbraio 2012, Labita, in *Mass. Uff.*, n. 252939). L'applicabilità diretta è esclusa anche dopo che la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) è stata recepita dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituiva la Comunità europea (Corte cost., n. 80 del 2011). La violazione della norma interna con la C.e.d.u. va denunciata sollevando innanzi alla Corte costituzionale la questione di non manifesta infondatezza, per violazione dell'art. 117 della Costituzione, sempre che non si ravvisino norme costituzionali prevalenti (Corte cost., n. 347 del 2007; Id. n. 348 del 2007).

⁵ Sul punto osserva BRANCACCIO, nella citata relazione 35 del 2014 dell'Ufficio del massimario: «Il concetto fluido e sostanzialistico della “natura penale” di una disposizione interna voluto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (ma come si è visto anche della stessa Corte di Giustizia UE) pone problemi di compatibilità con il nostro sistema costituzionale, che, all'art. 25 Cost., ancora la nozione di illecito penale ad un criterio di stretta legalità formale, combinandosi con l'art. 1 del codice penale in un sistema che stabilisce la riferibilità della qualificazione di una norma penale al fatto che essa sia formalmente ed espressamente prevista come reato da una legge. Da tali vincoli normativi non appare sostenibile che il giudice nazionale possa, in applicazione dei principi convenzionali come declinati dalla Corte europea, ritenere “sostanzialmente” penale una disposizione qualificata come amministrativa dall'ordinamento interno, al fine di rilevare il divieto del doppio giudizio per il medesimo fatto. In simili ipotesi, peraltro, sarebbe anche difficilmente ipotizzabile il ricorso ad una questione di legittimità costituzionale che passi attraverso lo strumento dell'art. 117 Cost.».

Nel sistema nazionale, in base agli orientamenti della giurisprudenza di legittimità⁶ in relazione all'art. 649 c.p. si deve ritenere che per “medesimo fatto”, ai fini dell'applicazione del principio del “*ne bis in idem*” di cui all'art. 649 c.p.p., deve intendersi identità degli elementi costitutivi del reato, con riferimento alla condotta, all'evento e al nesso causale, nonché alle circostanze di tempo e di luogo, considerati non solo nella loro dimensione storico - naturalistica ma anche in quella giuridica, potendo una medesima condotta violare contemporaneamente più disposizioni di legge.

Le Sezioni unite nel 2005, d'altra parte, hanno fissato il principio che l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico - naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona; il principio è stato identicamente sostenuto di recente dalla Cassazione⁷.

Tali orientamenti presuppongono la visione del *ne bis in idem* come principio generale dell'ordinamento penale alla luce proprio del percorso interpretativo svolto dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e in particolare delle Sezioni unite, le quali hanno ritenuto, negli anni, che il sistema processuale debba essere ricostruito valorizzando il canone interpretativo di massima espansione degli strumenti utili ad evitare la duplicazione del processo.

A sostegno dell'indirizzo favorevole ad una lettura estensiva della disposizione di cui all'art. 649 c.p.p. si è pronunciata anche la Corte costituzionale⁸, sottolineando la necessità che l'interpretazione normativa muova da un'accezione più “piena” del principio del *ne bis in idem*, anche utilizzando la portata dispositiva dell'art. 529 c.p.p.

Una massima espansione che tuttavia, come vedremo, deve essere calibrata sul “fatto”, naturalisticamente piuttosto che giuridicamente inteso, e non sulla valutazione di una condizione personale.

3. Il concetto di “*ne bis in idem*” nelle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia UE

Proprio in nome di un approccio “sostanzialistico” al problema, mettiamo per un attimo da parte le ragioni sulla diretta applicabilità del principio espresso dalla decisione della Corte europea nel sistema, affrontando il “cuo-

⁶ Per una sintesi recente degli orientamenti della Suprema Corte in tema di perimetrazione del concetto di “stesso fatto giudicato”, da intendersi come “*idem factum*” e non come “*idem legale*”, si veda: Cass, Sez. II, 21 marzo 2013, Cuffaro, in *Mass. Uff.*, n. 255837, che richiama, tra le altre, Id., Sez. un., 28 giugno 2005, Donati e altro, *ivi*, n.231799.

⁷ Cass., Sez. IV, 6 dicembre 2012, n. 4103, Guastella, in *Maff. Uff.*, n. 255078.

⁸ cfr. Corte cost., n. 39 del 2002 e Id. n. 318 del 2001.

re” della questione.

Le ragioni sulle quali si fonderebbe – secondo la menzionata decisione – la violazioni del diritto a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto (art. 4 del Protocollo n. 7 della stessa Convenzione europea dei diritti dell’uomo) sono radicate nell’oramai consolidato orientamento delle Corti europee che offre un’interpretazione sostanzialistica della natura penale delle norme di diritto interno, piuttosto che una qualificazione collegata al “*nomen*” di volta in volta utilizzato dai sistemi ordinamentali di riferimento.

Nella sentenza Grande Stevens e altri c. Italia, la Corte rammenta la sua costante giurisprudenza, in base alla quale, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri, definiti come alternativi e non cumulativi: 1) la qualificazione giuridica della misura; 2) la natura della misura; 3) la natura e il grado di severità della «sanzione».

Affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell’art. 6 § 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l’interessato a una sanzione che, «per natura e livello di gravità», rientri in linea generale nell’ambito della «materia penale».

La ragione sostanzialistica, alla base anche degli orientamenti dominanti rinvenibili nella oramai ampia produzione giurisprudenziale europea sviluppata – con riguardo alla riconduzione di una determinata figura normativa – sanzionatoria nella “*matière pénale*”, è individuata fundamentalmente, nel «grado di severità» dell’impianto sanzionatorio.

In questo senso pertanto il criterio della qualificazione formale non sarebbe in effetti da ritenersi decisivo ai fini dell’applicabilità del profilo penale dell’art. 6 Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno avrebbero un valore relativo.

Nel caso affrontato dalla Corte europea, in ragione dell’importo elevato delle sanzioni pecuniarie inflitte e di quelle comminabili ai ricorrenti, la stessa ha ritenuto che le sanzioni inflitte dalla CONSOB rientrerebbero, per la loro severità, nell’ambito della materia penale, specificando come proprio il «carattere penale» di un procedimento sia subordinato al grado di gravità della sanzione di cui è a priori passibile la persona interessata e non alla gravità della sanzione alla fine in concreto inflitta.

I criteri indicati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo devono essere raffrontati con quelli espressi dalla Corte di Giustizia UE⁹ in relazione al divieto di *bis in idem* ed al campo di applicabilità dell’art. 50 CDFUE (Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea), per la quale «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o con-

⁹ Corte Giust. UE, Gr. Cam., 26 febbraio 2013, Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson.

dannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge»¹⁰.

La questione affrontata è analoga a quella della sentenza della Corte europea: se, alla luce degli artt. 4 Prot., n. 7, C.e.d.u. (e cioè l'identica norma oggetto della pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia*) e 50 CDFUE, il procedimento penale debba essere considerato ammissibile o meno in ragione della sanzione fiscale già applicata.

La Corte di Giustizia UE ha affermato che, ai fini della valutazione sulla natura penale delle sanzioni tributarie vengono in rilievo tre criteri: 1) la qualificazione giuridica formale dell'illecito compiuta dal diritto interno; 2) la natura oggettiva dell'illecito; 3) la natura della sanzione prevista e il suo grado di severità, come delineati dalla giurisprudenza europea.

Si tratta degli stessi criteri interpretativi affermati dalla Corte europea nella sua giurisprudenza costante e, da ultimo, ribaditi nella pronuncia *Grande Stevens e altri c. Italia*. In particolare, nel confronto tra le due pronunce delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo analizzate, emerge una distonia tra l'affermazione della sentenza *Grande Stevens* di una sostanziale inconciliabilità in astratto con il principio del *ne bis in idem* del sistema di doppia sanzione previsto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (quella amministrativa prevista dall'art. 187-ter, dotata dei caratteri di afflittività che la rendono, agli occhi della Corte, inevitabilmente di natura penale, e quella penale prevista dall'art. 185) e l'arresto della sentenza *Aklagaren c. Akerberg Fransson* che invece ammette in via generale la combinazione di sanzioni fiscali e penali, con obbligo di verifica in concreto da parte del giudice della natura di doppia sanzione penale delle stesse, alla luce dei criteri fissati dalla giurisprudenza europea, che integrerebbe in tal caso la violazione del principio tutelato dalla normativa convenzionale.

Il contrasto potrebbe essere solo apparente in quanto, da un lato, la Corte di Strasburgo, quando afferma che la C.e.d.u. osta a misure di doppia sanzione, amministrativa e penale, non sembra estendere la sfera applicativa del *ne bis in idem* in via generale, ma solo per le ipotesi in cui la procedura amministrativa trasmodi in una procedura penale (secondo i criteri interpretativi di natura sostanzialistica dettati dalla stessa C.e.d.u.), in ragione della particolare af-

¹⁰ La sentenza, articolata e complessa, chiude una procedura sorta da rinvio pregiudiziale sollevato dall'autorità giudiziaria svedese, nell'ambito di un procedimento penale per frode fiscale aggravata nei confronti di un soggetto (H. Åkerberg Fransson) già condannato definitivamente al pagamento di una sovrattassa di natura fiscale per lo stesso fatto di inadempimento degli obblighi dichiarativi in materia di IVA.

flittività della sanzione; dall'altro, la Corte di Giustizia, pur ammettendo in via generale la combinazione di sanzioni fiscali (amministrative) e penali, sembra imporre al giudice l'obbligo di verificare che, in concreto, esse non rivelino invece una doppia sanzione penale, alla luce di criteri analoghi ed in parte ulteriori rispetto a quelli fissati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

4. Le specifiche valutazioni sul presupposto del “*ne bis in idem*” nella decisione Grande Stevens c. Italia

La sentenza Grande Stevens c. Italia mette in risalto come la questione da definire non sia quella di stabilire se gli elementi costitutivi degli illeciti previsti dagli articoli 187-ter e 185 punto 1 d.lgs. n. 58 del 1998 siano o meno identici, ma se i fatti ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali siano riconducibili alla stessa condotta¹¹.

Al di là quindi della qualificazione giuridica utilizzata nei procedimenti dei quali uno chiuso con il passaggio in giudicato e l'altro pendente, ciò che conta è confrontare le condotte specificamente poste in essere dai medesimi soggetti per verificarne la sovrapposibilità. La verifica positiva porterebbe alla dichiarazione della sussistenza del *ne bis in idem*.

La Corte, riferendosi alla propria richiamata interpretazione consolidata, ha specificato che l'art. 4 Protocollo n. 7 deve essere inteso nel senso che esso vieta di perseguire o giudicare una persona per un secondo «illecito» nella misura in cui alla base di quest'ultimo vi sono fatti che sono sostanzialmente gli stessi e che la garanzia sancita all'art. 4 Protocollo n. 7 entra in gioco quando viene avviato un nuovo procedimento e la precedente decisione di assoluzione o di condanna è già passata in giudicato.

L'affermazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, peraltro, potrebbe essere letta anche in chiave più generale e riferita al concetto di specialità, quasi a volerlo ampliare e declinare in modo sempre più collegato ad una verifica “in concreto”, e non “in astratto” nel confronto tra fattispecie tipiche, con una prospettiva che, in tal caso, aprirebbe spazi di dissonanza rispetto ai canoni interpretativi ordinariamente accolti dalla giurisprudenza costituzionale interna e da quella anche recente delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Sulla base di tali premesse di ragionamento, la Corte rileva che, dinanzi alla CONSOB e nel procedimento penale, ai ricorrenti era stata contestata una “unica e medesima condotta commessa da parte delle stesse persone nella stessa data”.

Di conseguenza, la (nuova) azione penale riguardava un secondo «illecito»,

¹¹ Sul punto: Corte eur. dir. uomo, Grande Stevens c. Italia, cit., cfr. § 224.

basato su fatti identici a quelli che avevano motivato la prima condanna definitiva. Questa constatazione fa concludere ai giudici che vi sarebbe stata violazione dell'art. 4 Protocollo n. 7.

5. Le più recenti indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema

Anche in data 20 maggio 2014 la Corte di Strasburgo è intervenuta sul delicato tema del *ne bis in idem* tra procedimenti con diversa "qualificazione legale" (amministrativo e penale), questione già entrata nel nostro ordinamento a seguito dell'altra recente pronuncia nel caso Grande Stevens c. Italia.

La vicenda considerata dai giudici europei riguarda la concorrenza di un procedimento penale e di un procedimento amministrativo in materia di frode fiscale. Per stabilire la natura "criminale" delle sanzioni applicabili all'esito dei procedimenti paralleli (amministrativo e penale), la Corte ha ribadito i criteri alternativi sopra già riportati.

I parametri da tenere in considerazione sono: 1) classificazione legale (formale) dell'illecito; 2) natura sostanziale dello stesso e grado di severità della sanzione.

In questa ottica, il procedimento amministrativo "fiscale" finlandese all'attenzione della Corte è risultato di "natura penale", in quanto volto alla punizione del "colpevole", e la sanzione, formalmente "amministrativa", è risultata avere natura deterrente e non compensativa.

Superata la "barriera formale" della qualificazione legale, la Corte ha indicato anche qual è il criterio per stabilire quando si proceda per lo stesso illecito e come essenziale la circostanza che i procedimenti paralleli originino dagli stessi fatti.

Si è indicato, inoltre, come necessario, l'accertamento relativo alla consecutività dei due procedimenti: la violazione del *ne bis in idem* si ha, secondo l'ottica convenzionale, solo quando il secondo procedimento applica una sanzione dopo che il procedimento parallelo si è concluso con decisione irrevocabile. A tale proposito, la Corte ha notato che il trattamento sanzionatorio potrebbe dipendere dal tipo di procedimento che si conclude per primo, creando per l'effetto una disparità di trattamento; eventualità, questa, rimessa tuttavia alla gestione dei singoli Stati.

Altro elemento essenziale perché si possa ritenere violato il principio del *ne bis in idem* è infine quello della indipendenza dei due procedimenti: l'assenza di connessioni tra procedimenti non rassicura circa l'equità complessiva della procedura, dato che le autorità, se agiscono in modo indipendente, non devono tenere reciprocamente conto della gravità delle diverse sanzioni imposte.

In conclusione: si avrebbe violazione del *ne bis in idem* sostanziale quando i procedimenti (anche se nominalmente non coincidenti) accertino gli stessi fatti, siano indipendenti tra loro e si sviluppino in successione, ovvero in modo che uno dei due prosegua o inizi quando l'altro è divenuto definitivo.

6. La verifica dei principi sopra enucleati rispetto alla presente vicenda

Un rapido confronto con i principi sopra evidenziati impone di escludere, per più di una ragione, che le misure di prevenzione possano costituire una violazione, in termini generali come nel caso di specie, rispetto al principio del *ne bis in idem*. In primo luogo risulta una piena ed espressa compatibilità tra il procedimento di prevenzione e la C.e.d.u. Sul tema uno dei più autorevoli commentatori della materia, Menditto, ha chiarito che «non si dubita della compatibilità delle misure personali, presupposto di quelle patrimoniali, con la C.e.d.u. [...] In definitiva l'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo consente di inquadrare le misure di prevenzione personali come "limitative" e non "privative" della libertà personale, perciò compatibili con l'art. 2 Protocollo n. 4, rispondendo ai criteri ivi previsti: - previsione della legge; - necessità di assicurare la tutela degli interessi elencati nello stesso art. 2, Protocollo n. 4, al § 3 (pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione dei reati); - proporzionalità tra il loro contenuto e gli interessi da tutelare, in particolare la prevenzione dei reati»¹².

¹² Per tale autore «È nota la distinzione tra misure privative (soggette all'art. 5 § 1 che, dalla lett. a) alla lett. f), enumera sei possibili ragioni che possono fondare la legittima privazione della libertà personale di un individuo) o limitative della libertà personale (soggette all'art. 2 protocollo addizionale n.4) che dipende dalla situazione concreta sottoposta all'esame della Corte e non dalla qualificazione giuridica adottata dall'ordinamento nazionale. Al fine di assicurare il massimo riconoscimento delle garanzie previste dalla Convenzione ed evitare gli effetti di una possibile frode delle etichette la Corte ha precisato che la differenza tra privazione e semplice limitazione della libertà personale discende da "una differenza di grado e d'intensità, non di natura o di contenuto". I criteri utilizzati dalla Corte sono di tipo quantitativo e riguardano "il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta".

Per questa ragione assume carattere di privazione della libertà non solo la misura coercitiva, anche una penetrante limitazione della libertà di circolazione. In via di prima approssimazione si può affermare che la privazione della libertà si realizza ove la libertà fisica venga a mancare del tutto perché si è in presenza di coercizioni sul corpo (come nel caso di arresto, fermo e detenzione a vario titolo), anche per un breve lasso di tempo. Ma, proprio in virtù della "concretezza" della Corte una privazione della libertà si ha anche in presenza di vincoli particolarmente incisivi della libertà di circolazione e alla sorveglianza rigorosa delle forze dell'ordine. La garanzia di cui all'art. 5, § 1, C.e.d.u. non opera nei confronti delle misure che comportano una mera restrizione della libertà personale, la cui legittimità va pertanto vagliata alla stregua dell'art. 2, Prot. n. 4, C.e.d.u., posto a tutela della libertà di circolazione. L'art. 2, Prot. n. 4, C.e.d.u. accorda alla libertà di circolazione una protezione condizionata, nel senso che consente alle autorità statali di porre in essere talune restrizioni purché previste dalla legge e necessarie ad assicurare la tutela degli interessi elencati nello stesso art. 2, Prot. n. 4, al § 3 (sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, ordine pubblico, preven-

Ed allora: 1) le misure di prevenzione sono compatibili con i principi generali enucleati dalla giurisprudenza della Corte europea; 2) il presupposto delle misure non è individuabile nella commissione di uno specifico “fatto” o di una specifica “condotta”, da verificare rispetto ad una fattispecie astrattamente descritta ed in funzione - anche - della definizione della medesima in termini penali o amministrativi o delle “sanzioni” correlate all’accertamento del presupposto storico; non un fatto o una condotta, quanto una condizione generale generica o specifica “pericolosità”; 3) nessuna delle indicazioni di cui alle sentenze C.e.d.u. riportate o di quelle della Corte europea dei diritti dell’uomo è calibrata su una condizione generale di “pericolosità”, in quanto la stessa può essere in parte desunta da fatti che a loro volta sono qualificati quali illeciti penali o amministrativi dai singoli legislatori, ma la valutazione di pericolosità di rapporto ad un ben più ampio quadro di abitudini di vita, rapporti, frequentazioni, denunce che evidentemente sfuggono dalla logica del *ne bis in idem* elaborata dalla giurisprudenza nazionale come internazionale.

Giova al riguardo esaminare le statuizioni della Suprema Corte proprio sull’applicazione del principio del *ne bis in idem* rispetto alla misure di prevenzione.

Vediamo le massime. Il principio del *ne bis in idem* è applicabile anche nel procedimento di prevenzione, ma la preclusione del giudicato opera *rebus sic stantibus* e, pertanto, non impedisce la rivalutazione della pericolosità ai fini dell’applicazione di una nuova o più grave misura ove si acquisiscano ulteriori elementi, precedenti o successivi al giudicato, ma non valutati, che comportino un giudizio di maggiore gravità della pericolosità stessa e di inadeguatezza delle misure precedentemente adottate¹³.

Dunque esiste una possibilità di *ne bis in idem* nel sistema nazionale solo a fronte di una valutazione dei medesimi “elementi”.

Pare davvero difficile ritenere che tali generici “elementi” siano comparabili, in astratto come in concreto, rispetto agli elementi di prova che costituiscono il presupposto di applicazione della condanna penale - correlata a fatti specifici e del tutto svincolata dalla “pericolosità” personale dei soggetti - e delle sue conseguenze.

zione dei reati, protezione della salute e della morale o protezione dei diritti e libertà altrui). Si richiede, inoltre, il rispetto di un principio di proporzionalità: una volta riscontrata nel caso concreto un’interferenza con la sfera di tutela dell’art. 2, Prot. n. 4, C.e.d.u., la Corte è chiamata ad operare un bilanciamento tra il rispetto del diritto garantito dalla norma in parola, da un lato, e le esigenze della collettività, dall’altro».

¹³ Cass., Sez. I, 18 febbraio 2010, Analogamente, in *www.diritto.24.ilssole.com*; Id., Sez. VI, 21 luglio 2006, Zumbo, in *Mass. Uff.*, n. 234995.

Nel caso di specie il proposto avrebbe potuto essere assolto dalla contestazione di partecipazione ad associazione a delinquere di stampo mafioso e pure essere, sulla base di altri elementi, ritenuto socialmente pericoloso e come tale destinatario di una misura di prevenzione.

Non solo.

Se esaminiamo i parametri derivanti dalla sentenza sopra menzionata osserviamo che sul piano della classificazione legale (formale) dell'illecito, non ci troviamo a fronte della comparazione tra illecito penale e amministrativo, in quanto il presupposto della misura di prevenzione non è un "illecito" di qualsivoglia natura, quanto una "condizione".

Il discorso potrebbe terminare su questa osservazione.

I criteri ulteriori indicati prescindono dal superamento del dato "formale" della qualifica dell'illecito, in quanto ci troviamo a fronte di un presupposto totalmente differente non comparabile.

Non ci può essere confronto tra un fatto (sia naturalisticamente che giuridicamente inteso) e una condizione personale.

Neppure quando la condizione personale (come è ovvio ed inevitabile) viene ricostruita anche (ma non solo) sulla base di condotte ed eventi che possono assumere un'autonoma valenza penale e che come tali possono e devono essere valutati in tale sede.

Se ciò non bastasse, occorre sottolineare che la violazione del *ne bis in idem* si avrebbe, secondo l'ottica convenzionale, solo quando il secondo procedimento applica una sanzione dopo che il procedimento parallelo si è concluso con decisione irrevocabile.

Una condizione che non è ravvisabile nel caso di specie e che quindi - di nuovo - appare radicalmente ostativa all'applicazione comunque del principio del *ne bis in idem*.

Il secondo procedimento - nel caso di specie quello di prevenzione - si sviluppa sulla base di presupposti ontologicamente differenti - così che nessun vincolo si pone per l'applicazione di una sanzione (la libertà vigilata) rispetto alla misura di prevenzione che - solo apparentemente - viene a sovrapporsi alla prima.