

Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale.

Nico D'Ascola

SOMMARIO: 1. Il quadro generale. - 2. I destinatari delle misure di prevenzione: una categoria già troppo ampia, a rischio di ulteriore incontrollabile espansione. - 3. La sproporzione, un requisito privo di reale pregnanza penalistica. - 4. Le parti diverse dal prevenuto. La figura dell'erede. - 5. La natura inequivocabilmente penalistica delle misure di prevenzione. - 6. Talune autonome disposizioni sostanziali e processuali del Codice antimafia.

1. Il quadro generale

Un processo camerale, solo recentemente reso pubblico sia pure a richiesta di parte¹. Il perdurante rifiuto di applicare l'intero statuto costituzionale del giusto processo penale con l'alibi della non sovrapponibilità del processo di prevenzione a quello penale, così definito come a voler significare la impossibilità di qualificare analogamente il primo. L'ombra di una persistente inversione dell'onere probatorio, sia pure mascherata da compiti investigativi assegnati alla parte pubblica che tuttavia non bastano ad escludere che il prevenuto subirà la confisca se non avrà dimostrato la legittima provenienza del suo patrimonio, cosa dalla quale consegue anche una evidente violazione del diritto al silenzio². Il conferimento agli eredi di un soggetto socialmente pericoloso, in possesso di un patrimonio sospetto, della qualifica di parte processuale e l'attribuzione dei correlativi diritti, trascurando però di considerare che all'esercizio effettivo di questi ultimi è coesistente la conoscenza di fatti che solo chi ne è protagonista può davvero possedere³. Il rapporto di pregiudizialità tra misure personali e patrimoniali, ora ridimensionato⁴. Il pur condivisibi-

¹ Sul punto, Corte cost., sent. n. 93 del 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 7, 829 ss. Tuttavia, nel senso della conformità all'art. 6 C.e.d.u. del giudizio camerale di cassazione in materia di misure di prevenzione, Id., sent. n. 80 del 2011, in *Cass. pen.*, 2011, 6, 2171.

² Cfr. art. 24, co. 1, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, da qui in avanti denominato Codice antimafia.

³ È noto come la questione sia stata risolta dalla Corte costituzionale utilizzando l'argomento della netta differenziazione tra il processo ordinario e quello di prevenzione, nonché mediante l'affermazione secondo la quale essendo gli eredi "parte", costoro potranno liberamente esercitare i diritti ad una simile qualificazione connessi. In tal senso, Corte cost., sent. 21 del 2012, in *Cass. pen.*, 2012, 6, 2083. Al contrario, dando luogo sul punto a una netta contraddizione, quanto alla coesistenzialità tra difesa materiale come riferibile al solo imputato e difesa tecnica della quale è invece titolare il difensore, si veda Corte cost., sent. n. 188 del 1980, in *Giur. cost.*, 1980, 12.

⁴ Quanto al ridimensionamento del quale si discute e più in generale ai casi per i quali non è più richiesta la qualifica della pericolosità sociale, sia consentito il rinvio a D'ASCOLA, *Il pro-*

le principio di autonomia tra i due procedimenti che tuttavia dilata a dismisura la base dei fatti qui probatoriamente rilevanti, includendovi anche quelli per i quali è stata pronunciata sentenza di assoluzione nel processo ordinario. La non applicabilità delle tradizionali regole probatorie e di giudizio. La modificata funzione di queste misure, che dalla originaria fisionomia esclusivamente orientata alla prevenzione, anche in virtù del richiamato principio di autonomia, ormai hanno assunto carattere sanzionatorio, in particolare nel caso di insuccesso della pretesa punitiva nel giudizio ordinario, ma pure ulteriormente sanzionatorio rispetto alla pena, tutte le volte in cui quest'ultima sia irrogata per fatti ritenuti meritevoli di una doppia valutazione⁵. Sul contrapposto, ma complementare piano di diritto sostanziale poi, i contorni sempre incerti di una pericolosità sociale che rimane strutturalmente inidonea a svolgere davvero il ruolo di elemento dotato di seria capacità selettiva dei casi di reale meritevolezza della sanzione. La recente introduzione, accanto a quello dell'essere il patrimonio *frutto o reimpiego* di attività illecite, del requisito della *sproporzione*, privo di significatività penalistica e tale da determinare un vero e proprio sviamento dei fini della misura ablativa, ora sbilanciata sino al punto di assomigliare a una sorta di sanzione per una irregolare condotta di vita, dato che non garantisce alcun legame – nemmeno di tipo temporale – tra il patrimonio confiscato e i fatti dimostrativi della pericolosità sociale, di conseguenza trascurando di accertare l'aspetto che qui sarebbe sembrato decisivo, ossia l'illecito arricchimento. La malcelata ostinazione nel negare la necessità di un trasferimento a questa materia dei principi generali, anche costituzionali, del diritto penale, operazione oggi ancor più impellente a cagione dell'eccezionale inasprimento della disciplina, cosa che avrebbe dovuto indurre ad avvicinare quanto più possibile lo statuto delle misure di prevenzione a quello ordinario.

gressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale", ne La Giustizia patrimoniale penale, a cura di Bargi, Cisterna, tomo I, in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da Gaito, Romano, Ronco, Spangher, Torino, 2011, 148 ss. Tuttavia è chiaro che la pericolosità sociale continua a svolgere un ruolo di necessario presupposto rispetto alla confisca, dal momento che occorrerà accertarla, sia pure in termini incidentali, si potrebbe dire *ora per allora*, anche nei casi in cui non se ne richiede più l'attualità (cessazione per fatti intervenuti della pericolosità sociale di un soggetto che abbia comunque acquisito un patrimonio illecito in costanza di un simile requisito, morte del proposto nel corso del giudizio di prevenzione ovvero prima della sua instaurazione). Sul punto sia consentito ancora una volta il rinvio al nostro *Il progressivo sdoppiamento*, loc. ult. cit.

⁵ Intendiamo ovviamente riferirci al procedimento ordinario e a quello di prevenzione.

In effetti, l'ampliamento del campo di applicazione delle misure ha lucidamente seguito le due direttrici in tal senso dotate di maggiore efficacia strategica. Sul piano delle categorie soggettive, gli artt. 1 e 4 del cosiddetto Codice antimafia hanno di molto dilatato l'ambito dei destinatari, al punto che la stessa qualificazione del decreto legislativo n. 159 del 2011 come «Codice antimafia» appare impropria e riduttiva. Chi scorre le norme sopra richiamate, ma soprattutto l'art. 4, il quale è dedicato ai presupposti soggettivi di applicazione delle misure patrimoniali, può facilmente verificare come queste ultime siano in grado di colpire *anche, ma non soltanto*, gli indiziati di appartenere alla mafia. Quest'ultima categoria costituisce infatti una tra le tante altre che però sono del tutto estranee alla criminalità organizzata e a quella di tipo mafioso. Né ci si può esimere dal sottolineare come taluni destinatari non siano nemmeno a rischio di illecito arricchimento per i fatti dei quali sono indiziati. Tant'è che con argomentazioni difficilmente criticabili la recente normativa è stata applicata anche in tema di evasione fiscale e fallimentare⁶. Con ciò si apre – occorre prenderne subito atto – una fase del tutto nuova per le misure di prevenzione che da sottosistema, posto ai margini dell'ordinamento penale, rischiano di diventare una sorta di autonomo sistema per molti versi alternativo a quello ordinario. Per rimanere sul versante sostanziale, ma passando ora agli elementi oggettivi, si deve poi osservare come il già citato requisito della sproporzione, ponendosi accanto a quello della origine illecita del patrimonio, quanto prima lo renderà del tutto superfluo, sino ad assorbirlo, proprio perché dotato di maggiore agilità dimostrativa e di un più vasto campo di applicazione.

2. I destinatari delle misure di prevenzione: una categoria già troppo ampia, a rischio di ulteriore incontrollabile espansione

L'art. 4 del Codice antimafia dispone che le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono applicarsi nei confronti degli indiziati di appartenere

⁶ Che le misure di prevenzione così coneggiate si prestassero ad essere utilizzate per rafforzare il controllo giudiziario dell'economia era stato da noi già previsto. Cfr. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento*, cit., 148 ss. Sul punto, in giurisprudenza, si veda Trib. Chieti, 12 luglio 2012, n. 2, consultabile in www.dirittopenalecontemporaneo.it, secondo il quale la sistematica evasione fiscale, in particolare integrante condotte che rientrino nell'area dell'illecito penale, si attaglia perfettamente alla categoria di pericolosità delineata dagli artt. 1 lett. a) e b) e 4 lett. c) del d.lgs. n. 159 del 2011, quando il soggetto viva di traffici delittuosi ovvero col provento di attività delittuosa, tale considerandosi il profitto prodotto dall'evasione fiscale, ancorché quest'ultima sia pertinente ad attività economiche astrattamente lecite.

ad un'associazione mafiosa (lett. a); dei soggetti indiziati di uno dei reati di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. nonché dell'art. 12 *quinquies* l. 7 agosto 1992 n. 356 (lett. b)⁷; dei soggetti di cui all'art. 1, tra i quali in particolare rientrano quelli abitualmente dediti a traffici delittuosi, coloro che sulla base di elementi di fatto vivono abitualmente, anche se in parte, con i proventi di attività delittuose⁸, nonché coloro che risultano dediti alla commissione di reati che offendano o mettano in pericolo l'integrità fisica e morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza e la tranquillità pubblica (lett. c); di coloro che, operando in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale ivi richiamati, nonché alla commissione di reati con finalità di terrorismo anche internazionale (lett. d); di coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della Legge n. 645 del 1952 i quali abbiano commesso comportamenti successivi sintomatici del compimento di attività analoghe (lett. e); di coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista (lett. f); dei condannati in materia di armi, se per comportamenti successivi si dimostra la loro proclività a commettere reati analoghi (lett. g); degli istigatori, dei mandanti e dei finanziatori indicati nelle

⁷ Vi è da osservare come la stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 110 del 2012 (in *Guida dir.*, 2011, 21, 67), abbia definito l'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. una norma «ispirata da ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero». Espressione, questa, recentemente ripresa da Cass., Sez. Un., 19 luglio 2012, L., in *JurisData*. In effetti, i reati richiamati da questa norma non denotano tratti comuni giustificativi della loro integrale inclusione all'interno del catalogo di quelli suscettibili di attivare – per effetto di una situazione soltanto indiziaria – l'applicabilità di misure di prevenzione patrimoniali. Per meglio intenderci, la *ratio* di queste ultime avrebbe dovuto rimanere calibrata sulla pericolosità di tipo mafioso, ovvero avrebbe dovuto riferirsi a reati in grado di produrre un illecito arricchimento.

⁸ Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'abrogazione dell'art. 14 Legge n. 55 del 1990 ad opera dell'art. 11, Legge n. 125 del 2008 avrebbe sin d'allora consentito la *reviviscenza* del mai abrogato art. 19 Legge n. 152 del 1975 contenente le figure di pericolosità soggettiva qualificata sopra richiamate. Articolo, quest'ultimo, rimasto inapplicato dopo l'entrata in vigore del citato art. 14, ritenuto derogatorio e speciale rispetto al primo. In tal senso si veda Cass., Sez. V, 18 luglio 2011, Diglaudi ed altri, in *JurisData*, che invero presta il fianco a più di una critica, dato che non si può parlare di un rapporto di specialità derogatoria tra le due norme, ma solo di una disciplina puramente derogatoria, nel senso che l'art. 14 aveva del tutto sostituito l'art. 19 Legge n. 152 del 1975, abrogandolo. Per una diversa opinione quanto al rapporto tra i già richiamati art. 14, Legge n. 55 del 1990 e art. 19, Legge n. 152 del 1975, si veda il nostro *Il progressivo sdoppiamento*, cit., 141 ss.

lettere precedenti (lett. h); delle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno attivamente preso parte a fatti di violenza in occasione di manifestazioni sportive (lett. i).

È sufficiente soffermarsi sull'ampiezza dei soggetti destinatari di queste misure, nonché sulla incerta delimitazione di talune figure che consente di assecondare le più disparate ipotesi interpretative per comprendere come non regga più la tradizionale giustificazione dell'estremo rigore che contrassegna l'intera disciplina, in quanto destinata a colpire la criminalità organizzata e mafiosa. Rigore per l'appunto motivato dalla capacità che queste ultime dimostrano nell'infiltrarsi subdolamente nell'economia, nella pubblica amministrazione e nella politica. Con ciò determinando quelle difficoltà di ordine probatorio che tradizionalmente contrassegnano simili contesti. Esigenze e difficoltà che invece non si riesce a scorgere con riferimento alle ampie e disomogenee categorie sopra richiamate, talune delle quali denotano l'assenza di ogni collegamento con la formazione di patrimoni sospetti. In effetti, l'unico serio limite al dilagare di questa disciplina sarà costituito dal senso della misura e dalla moderazione della nostra magistratura, alla quale il legislatore sembra avere delegato compiti eccessivi⁹.

Se le cose stanno così, si comprende meglio e forse si giustifica anche la convinzione di una vera e propria silenziosa rivoluzione del sistema penale. Allo stato – ma il futuro è sempre incerto – è impossibile affermare che le misure di prevenzione costituiscano una sorta di generalizzata tutela, sul versante di una pericolosità sociale che si giova pure della radicale sanzione della confisca, di ciò che sul contrapposto versante del *fatto* garantisce il tradizionale sistema penale. Tuttavia la espansione soggettiva ed oggettiva del loro campo di applicazione le fa sempre più assomigliare ad una specie di anti-sistema che potrebbe, con sempre maggiore frequenza, affiancarsi al sistema ordinario, addirittura sino a sostituirlo. Tranne che questa innaturale espansione non prefiguri sin da ora il fallimento di una disciplina che rischia di inflazionare ulteriormente il processo penale e di eccedere in senso punitivo.

3. La sproporzione, un requisito privo di reale pregnanza penalistica

⁹ Per una interpretazione di stampo illuminato della locuzione «attività economiche svolte», rispettosa della *ratio* dell'istituto e del dato letterale, ancorché relativa alla sovrapponibile confisca "allargata" di cui all'art. 12 *sexies* Legge n. 356 del 1992, si veda Cass., Sez. VI, 31 maggio 2011, Tarabugi, in *Dir. giust.*, 9, 2011.

Si è già accennato al requisito della sproporzione e al massiccio ampliamento del raggio di operatività delle misure patrimoniali inevitabilmente conseguenziale. Infatti, pur contraendo qui al massimo una esposizione che sul punto dovrebbe crescere di molto, non vi è dubbio che questo elemento di fattispecie risulti neutro in quanto privo di ogni specificità penalistica. È tale sul versante oggettivo, dal momento che non dà conto di alcun legame tra il patrimonio e talune retrostanti attività illecite. Ciò anche perché un patrimonio soltanto quantitativamente sproporzionato non ci dice ancora nulla quanto alla sua origine. Ma la sproporzione è, per come ricostruita nel contesto dell'art. 24 co. 1 decreto legislativo n. 159 del 2011, del tutto priva di pregnanza penalistica anche sul versante soggettivo, ossia quello concernente la pericolosità sociale del titolare del patrimonio. Il legislatore infatti non ha previsto che i due elementi interagiscano, vale a dire che tra patrimonio sospetto e fatti sintomatici della pericolosità sociale sussista alcuna relazione, nemmeno di tipo temporale¹⁰. Stando così le cose, si finisce per legittimare la confisca di patrimoni la origine illecita dei quali non sarà nemmeno oggetto di discussione. Ciò perché la sproporzione non spiega per nulla, nemmeno al livello di un serio sospetto, il modo in cui si è formato un patrimonio¹¹. D'altronde, ragionando ora della base probatoria richiesta per l'adozione del provvedimento ablativo, ci si avvede come questa risulti del tutto evanescente. Al riguardo si deve pure notare che gli effetti perversi prodotti da un elemento così generico e insignificante sono moltiplicati dall'intreccio con una ripartizione dell'onere probatorio che impone al prevenuto di giustificare la legittima provenienza dei suoi beni. In altri termini, nel caso in cui il dubbio di illiceità concerna un patrimonio asseritamente frutto o reimpiego di attività illecite, il sospetto, che qui addirittura è suscettibile di evolvere sino alla categoria della prova, può giovare di un parametro di riferimento e quindi disporre di una base fattuale oltre che giuridica. Al contrario, nel caso della diversa ipotesi di un patrimonio soltanto sproporzionato ai redditi dichiarati o all'attività economica svolta, che sia in possesso di un soggetto socialmente pericoloso, ma senza che tra le due categorie sussista alcun collegamento, la base probatoria non è nemmeno identificabile con il sospetto. L'assenza di ogni connessione tra il patrimonio sospettato e la indipendente pericolosità

¹⁰ Nel senso quanto meno di pretendere che il patrimonio sospetto sia stato acquisito in coerenza dei fatti addotti a sostegno del giudizio di pericolosità sociale.

¹¹ Al riguardo sia consentito ancora una volta il rinvio al nostro *Il progressivo sdoppiamento*, cit., 168 ss.

sociale non consente di comprendere quale ragione legittimi la confisca, difettando pure al riguardo ogni massima di esperienza che possa adeguatamente sorreggere il ragionamento. In realtà, qui non ci si trova nemmeno dinanzi alla categoria del *sospetto*, bensì a quella della *congettura*. Ovvio allora che in un simile contesto resta svuotato di ogni contenuto anche il requisito dell'illecito arricchimento, ossia proprio quell'elemento che, al contrario, dovrebbe giocare un ruolo centrale ed effettivo nel giustificare la confisca dei patrimoni.

Ma non basta, dato che da ciò discende anche un ben percepibile mutamento delle finalità assegnate alla confisca. Se il patrimonio non deve più ricollegarsi ad alcuna attività illecita, questa diviene un provvedimento di natura soltanto punitiva che si regge sul dubbio di un accertamento nemmeno compiuto ed applicato per una criticabile condotta di vita. Con tutto ciò che da una simile scelta di politica criminale inevitabilmente consegue quanto alla fisionomia di un diritto penale della prevenzione ormai troppo impoverito¹². Tra l'altro, così facendo si giustifica una differenziazione teleologica tra la confisca irrogata nel caso in cui i beni costituiscano frutto o reimpiego di attività illecita, rispetto alla diversa ipotesi in cui a sorreggerne l'adozione sia il ben gracile requisito della sproporzione. Proprio quest'ultimo rilievo sembra introdurre un vizio costituzionale per irragionevolezza, data la disparità conseguente al trattamento omogeneo di situazioni al contrario differenziate. Né potrebbe darsi ragione a chi dovesse eventualmente obiettare che la sproporzione è già stata collaudata dall'art. 12 *sexies* Legge n. 356 del 1992. Infatti, a parte la riproponibilità in questa ultima sede delle critiche già qui sviluppate, vi è da aggiungere come la cosiddetta confisca "allargata" per lo meno costituisca un provvedimento ablativo che può essere adottato solo a seguito di una sentenza definitiva di condanna pronunciata in un vero giudizio, tra l'altro per talune limitate e gravi ipotesi di reato che delineano contesti ben più circoscritti rispetto a quelli evocati dalle misure di prevenzione.

4. Le parti diverse dal prevenuto. La figura dell'erede.

Il Codice antimafia disciplina, agli artt. 52 e seguenti, la posizione dei terzi, ponendo a loro vantaggio le basi di una tutela che si regge sull'ampio parame-

¹² Per considerazioni analoghe, proprio con riferimento alla natura esclusivamente punitiva della confisca per equivalente, così come già introdotta in materia di prevenzione dall'art. 2 *ter* Legge n. 575 del 1965 novellato dall'art. 10 Legge n. 125 del 2008, si veda Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, Barilari, in *Guida dir.*, 2012, 31, 79, con nota di CISTERNA.

tro scusante costituito dalla buona fede. Ampio ma sufficientemente delineato dalla giurisprudenza e dalla dottrina civilistiche¹³. Né può trascurarsi la mantenuta distinzione tra terzi in senso stretto, prossimi congiunti o conviventi del prevenuto e il differenziato regime, di vera e propria presunzione ancorché relativa, ovvero di onere incombente sul pubblico ministero, al quale è sottoposto il coefficiente della disponibilità dei beni a seconda che i soggetti apparentemente intestatari rientrino nell'una o nell'altra categoria¹⁴.

Tuttavia lo stato delle cose cambia allorquando i terzi siano i diretti destinatari della proposta, in quanto eredi a titolo universale o particolare di un soggetto premorto alla stessa azione di prevenzione ovvero deceduto nel corso del giudizio¹⁵. In questo caso infatti costoro, malgrado la loro estraneità ad ogni fatto e la possibile non conoscenza degli addebiti, dovranno difendersi in giudizio confutando – non si sa come – la pretesa punitiva dello Stato, purché esercitata entro il termine di cinque anni dalla morte. Sul punto è noto il recente intervento della Corte costituzionale secondo la quale i problemi posti dal giudice rimettente sarebbero infondati dal momento che, in luogo del

¹³ L'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sul principio di buona fede e correttezza è talmente sterminata che sarebbe impossibile in questa sede darne conto. Per un'applicazione tradizionale di tale principio in ambito contrattuale, che impone a ciascuna delle parti di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi e dal dovere del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte, ove ciò non comporti un apprezzabile sacrificio a suo carico, si veda Cass. civ., Sez. III, 27 giugno 2011, INPDAP contro Sportaiuolo, in Mass. Uff., n. 619536; Id., Sez. III, 4 maggio 2009, Winkler contro Cond. Longobardi, *ivi*, n. 608010. Sul più recente utilizzo della clausola generale di buona fede e correttezza per sanzionare il c.d. abuso del diritto, Cass., Sez. III, 21 giugno 2011, Stracciari contro Renault Italia s.p.a. in *JurisData*; Id., Sez. Un., 26 giugno 2009, Azienda agricola Zavaglio contro Agenzia delle entrate, *inedita*; Id., Sez. III, 18 settembre 2009, Ass. Concessionari Revocati ed altri contro Renault Italia SpA, in Mass. Uff., n. 610223. In dottrina, *ex plurimis*, BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983; BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, 1988; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968. Peraltro, non può non rilevarsi che in tema di confisca dei beni nel procedimento di prevenzione la Corte di cassazione, Sez. III, con tre ordinanze emesse in pari data e di identica motivazione (nn. 2338, 2339, 2340 del 17 febbraio 2012) ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione relativa ai rapporti tra confisca disposta dal giudice di prevenzione e ipoteca iscritta anteriormente alla instaurazione del procedimento, o comunque al sequestro del bene, evidenziando i problemi relativi alla qualificazione della natura del titolo di acquisto dello Stato, alla tutela del terzo e alla ripartizione dell'onere probatorio in ordine alla sua buona fede.

¹⁴ Si vedano, tra gli altri, anche gli artt. 23 e 26 del Codice antimafia.

¹⁵ Si veda, sul punto, l'art. 18 del Codice antimafia.

prevenuto, parti diventano gli eredi e di conseguenza costoro possono esercitarne ogni facoltà processuale. Al successore sarebbero quindi assicurati «i mezzi probatori e i rimedi impugnatori», sicché «ciò che può mutare è solo il rapporto di conoscenza che lega il successore al fatto oggetto del giudizio e in particolare nella specie quelli ingeneranti i presupposti della confisca»¹⁶. Tuttavia, ciò potrebbe solo in astratto incidere sui problemi del procedimento, la specificità del quale costituisce un elemento dirimente la questione. In altri termini, le peculiarità di quest'ultimo imporrebbero un inevitabile adattamento quanto all'esercizio dei diritti di difesa che risultano diversamente modulati rispetto al giudizio ordinario.

Questi gli snodi su cui si articola l'argomentazione della Corte costituzionale, ai quali occorre subito replicare esponendo tutte le perplessità suscitate. Infatti, l'esercizio del diritto di difesa implica una precondizione imprescindibile. Ossia la conoscenza dei fatti dai quali ci si deve difendere¹⁷. Conoscenza dei fatti che non può difettare in capo alla parte, maggiormente allorquando è gravata da un preciso onere dimostrativo. Né risulta convincente l'obiezione secondo la quale gli eredi, avendo assunto la qualità di parti, in virtù di ciò solo potranno difendersi. Infatti si sarebbe dovuto riflettere sulla effettiva possibilità di acquisire una tale qualifica o, per meglio dire, sulla circostanza che all'assunzione della qualifica di parte non sempre corrisponde la reale possibilità di esercitarne i correlativi diritti, che possono ridursi a vere e proprie formule vuote. In altre parole, se si conferisce un diritto occorre farlo sul serio. Il principio di peculiarità del giudizio di prevenzione, pur comprensibile e in parte condivisibile, non può certo spingersi sino al punto di privare il diritto di difesa di ogni contenuto ed effettività. Se l'art. 24 co. 1 stabilisce che devono essere confiscati i beni dei quali «la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza», non si comprende come l'erede possa sempre fornire una simile dimostrazione. Anche tenuto conto del fatto che costui potrà trovarsi nella imbarazzante condizione di non avere nemmeno fisicamente conosciuto il proprio *dante causa* – della pericolosità sociale del quale dovrà pur discutersi – e che per di più potrà anche ignorare il processo di formazione del patrimonio sospetto. A titolo di pura consolazione si deve notare come l'uso del genitivo partitivo “*beni di cui*” serva per lo meno a circoscrivere la confisca, impedendo che la

¹⁶ Il riferimento è a Corte cost., sent. n. 21 del 2012, *cit.*, § 6.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 188 del 1980, *cit.*

si applichi indistintamente a tutto il patrimonio, ma limitandola soltanto a quella frazione che risulti sproporzionata o di provenienza illecita.

Tra l'altro, l'argomento della *peculiarità* è qui usato in maniera impropria. Non si tratta infatti di una sorta di precondizione ontologica dalla quale necessariamente prendere le mosse, negando di conseguenza l'applicazione dell'intero statuto di diritto penale sostanziale e processuale. Al contrario occorrerebbe rovesciare i termini della questione, immaginando di potere estendere alla materia delle misure di prevenzione le garanzie già previste dal nostro sistema penale, eccetto quelle del tutto incompatibili. Non a caso, saggiamente, le Sezioni Unite della Corte di cassazione riferiscono di una differenziazione che concerne soltanto la «grammatica probatoria» dei due procedimenti. Tuttavia questa stessa giurisprudenza è inequivocabile nel reclamare le medesime garanzie del *giusto processo penale* anche per il processo di prevenzione, per l'appunto espressamente definito «giusto»¹⁸.

Ora, è indubbio che sia condivisibile il recente intervento legislativo nella parte in cui prevede la confisca anche di patrimoni solo oggettivamente pericolosi e la irrilevanza al riguardo dell'attualità della pericolosità sociale¹⁹. Ma se ciò è vero, non si comprende poi perché si sia inteso rendere difficile – e in taluni casi addirittura impossibile – l'esercizio del diritto di difesa degli eredi che avrebbe potuto essere tutelato pur nel rispetto del principio qui richiamato. Ad esempio addossando l'onere probatorio esclusivamente sul pubblico ministero. Anche in questo caso, la scarsa sensibilità dimostrata nei confronti di un diritto così fondamentale per il buon esito del giudizio non fa altro che moltiplicare i rischi di uso ingiustificato della confisca.

Né certo la delicata questione può essere risolta affermando che il quadro normativo sarebbe coerente con la *ratio* della confisca, consistente «nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo». Infatti, proprio i problemi ingenerati dalla sproporzione non consentono di accer-

¹⁸ Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, Cagnazzo ed altri, in *Cass. pen.*, 2010, 9, 3049.

¹⁹ Intendiamo qui riferirci alle già richiamate e differenziate ipotesi di un soggetto che sia stato socialmente pericoloso e abbia acquisito un patrimonio illecito, ma non risulti più esserlo attualmente per fatti intervenuti, ovvero di taluno, socialmente pericoloso, ma che sia morto nel corso del giudizio oppure prima della sua instaurazione. Casi, questi, espressione del giusto principio secondo il quale un patrimonio comunque di origine illecita, acquisito da un soggetto socialmente pericoloso, non può essere lasciato nella disponibilità di alcuno. Sul punto comunque si veda *retro*, nota 4.

tare, con il necessario approfondimento che si addice ai provvedimenti del giudice, la origine illecita del patrimonio²⁰.

5. La natura inequivocabilmente penalistica delle misure di prevenzione

Quanto precede dimostra sufficientemente l'ambiguità che circonda l'istituto delle misure di prevenzione, relegate come sono in un ambito che si è riluttanti a definire diritto penale e che non è sottomesso ai principi e alle regole del giusto processo. Lo stato delle cose sembra al riguardo del tutto paradossale dal momento che, a prescindere dalla scontata natura giurisdizionale del processo di prevenzione, ciò che qui maggiormente interessa evidenziare è che le misure di prevenzione incidono sui diritti di libertà e su di una rilevante fascia di altri diritti del cittadino, tra i quali rientra anche quello alla proprietà. Con questa ultima considerazione si tocca un tema, quello della natura sicuramente penale delle sanzioni qui irrogate, di indiscutibile efficacia quanto al riconoscimento, senza mezzi termini, dell'inequivocabile marchio penalistico che contrassegna l'intera materia. Al riguardo è concorde la giurisprudenza della Corte di cassazione, della Corte costituzionale, nonché della Corte europea dei diritti dell'uomo²¹.

Né si comprende come un processo che ora può celebrarsi anche nelle forme della pubblica udienza possa ancora subire quella differenza di livello di garanzie un tempo giustificata dalla sua natura esclusivamente camerale e dalla conseguenziale rigida applicazione delle norme regolative di quel giudizio. Pare infatti difficile immaginare la celebrazione di un processo in forma pubblica, ma con le limitazioni proprie delle udienze camerali²².

²⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 21 del 2012, *loc. ult. cit.*

²¹ A puro titolo esemplificativo si veda Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, *cit.*; Corte cost., sent. n. 93 del 2010, *cit.*; Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, in *JurisData*; Id., Sez. II, 30 agosto 2007, Sud Fondi e altro c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, 9, 3503; Id., 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, *ivi*, 2008, 2, 828; Id., 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia, *ivi*, 2008, 11, 4412. Per una compiuta ricognizione della giurisprudenza della Cedu in tema di confisca, MAIELLO, *Confisca, Cedu e diritto dell'Unione tra questioni risolte e altre ancora aperte*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²² Sul punto dovrebbe tra l'altro valere il noto argomento *a contrario*. Infatti se la precedente natura esclusivamente camerale del rito giustificava l'abbassamento del livello di garanzie proprio di quella modalità di celebrazione del processo, la neo-introdotta forma della pubblica udienza dovrebbe simmetricamente coincidere con il trasferimento al processo di prevenzione di quelle diverse regole.

Vi è infine da notare – ma qui già si toccano temi di politica criminale incompatibili con i limiti quantitativi di questo scritto²³ – che la sicura natura punitiva delle misure di prevenzione pone gli inevitabili problemi connessi a un sistema penale in trasformazione, nel quale la sanzione patrimoniale tende ormai ad acquisire un ruolo del tutto centrale, congiuntamente alla sommarietà del giudizio. Un sistema peraltro davvero sovrabbondante, appesantito com'è da una quantità eccessiva di presidi sanzionatori che frequentemente si sommano tra di loro, in perfetta sintonia con gli eccessi punitivi che costituiscono il *leit motiv* dell'attuale legislazione penale, così creando effetti perversi del tutto incompatibili con un ordinamento penale da Stato veramente democratico²⁴.

6. Talune autonome disposizioni sostanziali e processuali del Codice antimafia

Per concludere questa incompleta e sin troppo sintetica analisi, vi è pure da osservare come il Codice antimafia utilizzi una serie di istituti di diritto sostanziale e processuale, alcuni dei quali risultano però rimodulati al fine di meglio assecondarne le esigenze. Ovviamente, non soltanto qui non possono essere adeguatamente illustrati, ma nemmeno vi è spazio per accennare a tutti. Peraltro, l'ampiezza delle innovazioni apportate è talmente significativa da ulteriormente confermare l'impressione secondo la quale il Codice antimafia costituisce un vero e proprio antisistema rispetto a quello ordinario, dal momento che, anche a prescindere dalle sue inevitabili peculiarità, persegue sue autonome finalità, si regge su disposizioni appositamente prelevate dal sistema penale, ne modifica taluni istituti a suo esclusivo giovamento. Ma soprattutto fa supporre una così ampia sfera di applicazione che prescinde dai risulenti presupposti di un illecito arricchimento di categorie legate alla criminalità mafiosa, da lasciare presagire una sua effettiva alternatività rispetto al tradi-

²³ Al riguardo ci limitiamo soltanto a notare che dell'inasprimento delle misure di prevenzione, già introdotto con i pacchetti-sicurezza del 2008 e del 2009, non si avvertiva certo la necessità a cagione della estrema efficacia già riconosciuta al previgente sistema, il quale denotava soltanto la necessità di un coordinamento in un testo unico in grado di risolvere definitivamente i tanti problemi ingenerati da una frenetica e non sempre ben ponderata attività legislativa.

²⁴ Basti pensare, tra le altre, alle tante ipotesi di confisca previste dalla legislazione speciale, al pur operativo art. 240 c.p., alla confisca di cui all'art. 322 *ter* c.p., all'art. 12 *sexies* Legge n. 356 del 1992, nonché alla inesistente soglia probatoria e all'assenza di termini di perenzione che caratterizzano i provvedimenti di sequestro contemplati dal codice di diritto processuale penale.

zionale sistema penale. A tale riguardo è facile anticipare che una così consistente espansione del diritto penale della pericolosità sociale si gioverà del già illustrato principio di autonomia, nonché delle scontate funzioni delle misure di prevenzione, oggi dotate anche di una spiccata efficacia punitiva. Tornando ora agli istituti tratti dal sistema penale, basterà pensare all'autonoma figura di tentativo esclusivamente prevista per le ipotesi di cui all'art. 4 lett. d) e f), nonché alla equiparazione tra consumazione e tentativo introdotta dall'art. 76 co. 5, sia pure limitatamente alla vicenda ivi disciplinata. Analogamente deve dirsi per gli effetti delle circostanze aggravanti (artt. 71 e ss.) che nel caso descritto dall'art. 72 co. 1 risultano persino in grado di triplicare la pena, determinando una problematica prevalenza, quanto al profilo del disvalore penalistico, della figura circostanziata rispetto a quella autonoma di reato.

Sul versante processuale poi l'art. 70 introduce l'istituto della riabilitazione, l'art. 28 co. 1 quello della revocazione²⁵, l'art. 5 regola la competenza per territorio, l'art. 77 disciplina il fermo dei soggetti indicati all'art. 4, l'art. 78 una particolare ipotesi di intercettazioni telefoniche, telegrafiche ovvero del tipo di quelle indicate nell'art. 623 *bis* c.p. che possono essere autorizzate dal solo pubblico ministero, all'unico fine della prosecuzione delle indagini, quando costui lo ritenga necessario allo scopo di controllare soggetti nei confronti dei quali sia stata applicata una delle misure di prevenzione di cui al libro I, titolo I, capo II. Infine l'art. 117 co. 1 disciplina i rapporti di diritto transitorio, prevedendo 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». Norma, questa, che dovrebbe risolvere la nota questione che ordinariamente ricade sotto la formula della cosiddetta *retroattività* delle misure di prevenzione, mutuata dall'analogo principio di retroattività che si assume previsto anche per le misure di sicurezza²⁶. Anche in questo caso, l'ampiezza delle

²⁵ Già prima della introduzione del Codice antimafia, le Sezioni Unite avevano riconosciuto, con riferimento alle misure patrimoniali, il potere del prevenuto, sottoposto a un provvedimento definitivo e irrevocabile, di chiederne la revoca-revisione. Cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2006, n. 57, Audino, in *Cass. pen.*, 2007, 4, 1429.

²⁶ Permettendoci di richiamare sul punto quanto già abbiamo scritto nel nostro *Il progressivo sdoppiamento della confisca*, cit., 182 ss., riteniamo di dovere sviluppare in questa sede solo qualche ulteriore considerazione critica. Le misure di sicurezza presuppongono la commissione di un reato, salvo i casi ben limitati di quasi - reato che tuttavia implicano pur sempre fatti espressamente previsti dalla legge come reato, con la conseguente possibilità che questi vengano collocati nello spazio e soprattutto nel tempo. A ben riflettere, la giurisprudenza di

legittimità secondo la quale sarebbe consentita un'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, che si ritiene trasferibile alle misure di prevenzione, non ha nemmeno valutato quali possono essere in concreto le richiamate ipotesi di retroattività sfavorevole. Invero potrebbe darsi il caso di un fatto che al momento della sua commissione non sia previsto dalla legge come reato, ma che diventi tale successivamente o al momento del giudizio, risultando punito con pena e misura di sicurezza. È chiaro che in questo caso non si potrà consentire l'applicazione retroattiva di una misura di sicurezza, dato che difetterebbe – con riferimento al momento della condotta – la ipotizzabilità del fatto come reato e conseguentemente risulterebbe vietata l'applicazione di una misura di sicurezza, ostandovi al riguardo la chiara disposizione di cui all'art. 1 c.p. nonché dell'art. 25 co. 2 Cost. Esclusa questa prima ipotesi, si potrebbe pensare al caso di un fatto che al momento della sua realizzazione sia previsto dalla legge come reato, ma sia punito soltanto con sanzione criminale e solo dopo risulti punibile anche con misura di sicurezza. Malgrado la differenza con la prima ipotesi, vi è da osservare come anche in questo secondo caso non sembri possibile parlare di applicazione retroattiva. Infatti, malgrado la laconicità dell'art. 25, co. 3, Cost., al riguardo, nessun argomento esclude l'operatività dei principi di irretroattività sfavorevole contenuti nell'art. 2 c.p., l'applicazione del quale alle misure di sicurezza non sembra contraddetta da alcun dato normativo. Lo stesso art. 200 c.p., frequentemente evocato al riguardo, si limita ad affermare il principio secondo il quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione, nonché quello successivo secondo il quale, se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica quella vigente al momento della esecuzione. La norma in questione sembra quindi escludere che si possa applicare una misura di sicurezza ad un fatto che al momento della sua commissione non la prevedesse, proprio perché si limita ad affermare la prevalenza della misura di sicurezza vigente al momento della sua applicazione ovvero della sua esecuzione, con ovvio riferimento ad una ulteriore misura di sicurezza prevista per legge al momento della commissione del fatto (PAGLIARO, *Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, 1065-1067; nella manualistica, MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, terza ed., Milano, 2009, 64). D'altronde, l'attributo «diversa» è chiaramente dimostrativo di un concetto di relazione che pone a confronto le misure di sicurezza vigenti al momento del fatto, vigenti al momento del giudizio, vigenti al momento della esecuzione. Il che fa chiaramente intendere che l'unico caso di retroattività cosiddetta sfavorevole delle misure di sicurezza si limita a una intervenuta modificazione peggiorativa delle modalità esecutive di una misura di sicurezza che sia ciononostante già prevista al momento della commissione del fatto di reato condizionante la sua stessa applicabilità. Nulla potendo peraltro escludere il caso inverso, ossia quello di una misura di sicurezza vigente al momento dell'applicazione, ovvero della successiva esecuzione che ai sensi dell'art. 2 co. 4 c.p. risulti più favorevole rispetto a quella prevista al momento del fatto. Per concludere, premesse a questo punto tutte le regole – anche costituzionali – concernenti il divieto di analogia in diritto penale, che qui sarebbe impossibile richiamare, non vi è dubbio che le misure di sicurezza e quelle di prevenzione denotano una comune funzione, per l'appunto preventiva, sia pure nel ben limitato significato che oggi può attribuirsi a questa espressione, soprattutto per quanto riguarda le seconde. Non si vede invece sulla base di quale ragionamento si possa sostenere la tesi di un'applicazione retroattiva sfavorevole dei presupposti di irrogazione di queste ultime che costituiscono vere e proprie norme di

questioni implicate è del tutto incompatibile con le ridotte dimensioni dello scritto.

Tuttavia, ci si può limitare ad osservare come il già citato art. 117 co. 1 del Codice antimafia, per il caso in cui l'azione di prevenzione sia già stata esercitata al momento della sua entrata in vigore, preveda che devono ritenersi applicabili le disposizioni previgenti, tra le quali, a parte le note leggi in materia di prevenzione, vanno annoverate anche quelle introdotte dai cosiddetti pacchetti-sicurezza, ossia dalle Leggi n. 125 del 2008 e n. 94 del 2009²⁷. Nessuna di queste norme, però, ha mai contemplato alcuna regola di diritto transitorio e pertanto restano irrisolte, con particolare riferimento alle disposizioni di diritto sostanziale delle leggi in materia e all'intervallo temporale che giunge sino all'entrata in vigore del Codice antimafia, tutte le questioni proponibili in tema di successione tra norme penali sostanziali di prevenzione.

diritto penale sostanziale (sul punto, per tutti, VASSALLI, *"Nullum crimen sine lege"*, in *Nss. D.I.*, XI, 1965, 503-505). Un'applicazione che nemmeno il trasferimento analogico delle regole dettate per le misure di sicurezza legittima, dato che in quella sede vige pur sempre il principio di anteriorità del fatto di reato quale elemento condizionante, nonché pure quello della espressa contestuale previsione, per come sopra si è evidenziato. In giurisprudenza, per recenti rimediazioni sulla efficacia retroattiva della confisca per equivalente, Cass., Sez. I, 28 febbraio 2012, *cit.*

²⁷ In argomento, tra i tanti, MANGIONE, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, ne *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di Cassano, Roma, 2009, 3 ss.; ID., *Il volto attuale della confisca di prevenzione: riflessioni a margine dei "due" pacchetti - sicurezza*, in *Il penalista - Pacchetto sicurezza*, a cura di Randazzo, Milano, 2009, 118 ss.; MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92 del 2008): la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Suprema Corte*, *cit.*, 39 ss.; EAD., *La riforma delle sanzioni patrimoniali. Verso un'actio in rem?*, ne *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2008, 136 ss.; MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 805 ss.; BARGI, *"Processo al patrimonio" e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale*, *cit.*, 28 ss.; FILIPPI, CORTESI, *Novità sulle misure di prevenzione*, in Scalfati (a cura di), *Il Decreto sicurezza - d.l. n. 92 del 2008 convertito con modifiche in legge n. 125 del 2008*, Torino, 2008, 241 ss.; ABBATTISTA, *Misure di prevenzione patrimoniali antimafia e "pacchetto sicurezza" del 2008: un equilibrio instabile tra efficienza del sistema e recupero delle garanzie*, ne *Le misure di prevenzione patrimoniali*, a cura di Cassano, *cit.*, 273 ss.