
ALFREDO BARGI

**La ricusazione nel procedimento di prevenzione:
ancora giustificato il ritardo dell'introduzione
del "giusto procedimento preventivo"?**

L'autore esamina l'istituto della ricusazione nel processo di prevenzione, ragionando l'utilità di sovrapporre i principi di tassatività sostanziale e tassatività processuale al fine di adeguare il diritto preventivo ai requisiti del giusto processo.

The objection in the prevention procedure: the delay of the introduction is still justified of the "right preventive procedure"?

The author examines the institution of recusal in the process of prevention, reasoning on the usefulness of superimposing the principles of substantial taxativity and procedural taxativity in order to adapt the preventive right to the requirements of a fair trial.

SOMMARIO: 1. L'incidenza ermeneutica della pretesa autonomia strutturale del procedimento di prevenzione e di quello ordinario: la sovrapposizione tra i principi di tassatività sostanziale e tassatività processuale nell'oscillante adeguamento del diritto preventivo ai principi del giusto processo. - 2. La rivendicazione dell'autonomia strutturale del procedimento di prevenzione quale effetto dell'opzione per il regime processuale di "doppio binario". - 3. L'effetto espansivo, sul piano sistematico, del riconoscimento della giurisdizionalizzazione, come fonte della tutela dell'imparzialità del giudice della prevenzione. - 4. La tutela dell'imparzialità del giudice come espressione della garanzia della giurisdizione a tutela della legalità processuale: riflessi sulla compatibilità della disciplina del procedimento di prevenzione con il modello costituzionale del giusto processo. - 5. L'imprescindibile esigenza dell'introduzione del modello del "giusto procedimento di prevenzione": l'inadeguatezza del modello delineato dall'art. 666 c.p.p. a tutela del procedimento probatorio, del diritto di difesa e della giusta decisione delineati nel modello costituzionale.

1. *L'incidenza ermeneutica della pretesa autonomia strutturale del procedimento di prevenzione e di quello ordinario: la sovrapposizione tra i principi di tassatività sostanziale e tassatività processuale nell'oscillante adeguamento del diritto preventivo ai principi del giusto processo.* La ritenuta applicabilità dell'istituto della ricusazione nel procedimento di applicazione delle misure di prevenzione¹ si inserisce nel lungo e non sempre lineare cammino di una parte della giurisprudenza che, seppure con oscillazioni interpretative, si è mossa nell'ottica della progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione²; fenomeno, che però, non è stato accompagnato da una poli-

¹ In tali termini le sentenze gemelle, Cass., Sez.VI, 2 aprile 2019, Princi e altro, in *Mass. Uff.*, n. 41975 e Id., 2 aprile 2019, Inzitari, *ivi*, n. 41976.

² Un primo tentativo di allineamento del procedimento di prevenzione ai principi di quello ordinario è stato operato dal riconoscimento della non utilizzabilità delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel procedimento ordinario, (Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo e altri, in *Mass. Uff.*, n. 246271) e della illegittimità del giudizio di pericolosità fondato su dichiarazioni accusatorie indirette, rese in viola-

tica penale del legislatore volta ad affrancare il modello procedimentale in parola dalla carica afflittiva della matrice originaria della legge n. 1423 del 1956.

Ne è prova l'insufficienza delle microgaranzie di mera facciata, introdotte ad intermittenza sulla scia della giurisprudenza, riproposte da ultimo dal c.d. codice antimafia di cui alla legge n. 159/2017.

In tale percorso di adeguamento al modello processuale ordinario, meramente apparente ed oscillante tra opposti valori securitari e di garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo, ha svolto un ricorrente ruolo ostativo il pregiudizio, o meglio il sofisma, ermeneutico fondato sul rapporto di autonomia tra il procedimento di prevenzione e il processo penale ordinario.

Siffatta erronea prospettiva è stata favorita anche dalla sovrapposizione tra il principio di legalità sostanziale e quello di legalità processuale³, con conseguente inevitabile contaminazione in senso repressivo della definizione della tutela dei diritti fondamentali processuali, ricostruita in funzione servente delle fattispecie preventive, per agevolarne un'applicazione più celere e svincolata dal principio di tassatività processuale.

Secondo un diffuso orientamento, infatti, la differenza tra il procedimento di prevenzione e il processo penale, generalmente giustificata con il fatto che *"il secondo ricollegato a un fatto-reato e il primo riferito a una valutazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato"*⁴, escluderebbe la comunanza delle regole probatorie e di giudizio⁵ nelle due distinte discipline di accertamento del fatto reato e della pericolosità del soggetto o della *res patrimoniale*.

Il differente oggetto dell'accertamento, però, anche se in tesi può giustificare la ritenuta autonomia dei rispettivi procedimenti⁶, sul piano dell'attività di in-

zione dell'art.195, co. 7 c.p.p. (da Cass., Sez. V, Cassano ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 249691).

³ Principio inteso *"quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova"* a differenza di quello di legalità processuale che attiene alla *"cosiddetta tassatività processuale, concernente il quomodo della prova"*, ed *"è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali - tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto a un "giusto processo" ai sensi, assieme, dell'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU (così, Corte cost. n. 24 del 2019);*

In tali termini, *ex multis* Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2008, V e altro, in *Giuda dir.*, 2009, 21, 94; nonché Cass., Sez. V, 28 marzo 2002, F. ed altri, *Mass. Uff.*, n. 23041.

⁵ Esempio in tal senso Cass., Sez. V, 25 gennaio 2008, M., *Mass. Uff.*, n. 239817.

⁶ Come affermato già a suo tempo da Corte cost., n. 275 del 1996 in *Giur. cost.*, 1996, 2413, e sancita anche dal legislatore Ad opera dell'art.23, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. in L. 12 luglio 1991, n.203, che ha abrogato i co. 3 e 4 dell'art. 23-*bis* legge n. 646 del 1982 che regolava gli effetti del giudizio penale con riguardo ai reati di cui all'art.416*bis* c.p., peraltro ribadita dall'art. 29 del codice antimafia di cui alla d.lvo n. 159 del 2011, che ha sancito l'indipendenza dell'esercizio dell'azione penale.

dagine e di raccolta del materiale investigativo, perde consistenza argomentativa rispetto alla tutela dei diritti fondamentali delle diverse situazioni soggettive posta a presidio di una decisione giusta.

2. *La rivendicazione dell'autonomia strutturale del procedimento di prevenzione quale effetto dell'opzione per il regime processuale di "doppio binario"*.

L'ostinata preoccupazione di difendere la pretesa impermeabilità del procedimento di prevenzione nei confronti delle regole del processo ordinario, verosimilmente trae origine dalla particolare natura del diritto di prevenzione, caratterizzato da "un intervento penale che propende dal fatto all'autore, (o al tipo criminologico d'autore)", connotato su un modello "di una giurisdizione senza fatto", alla base di "misure disposte praeter probationem delicti, sì da eludere ogni problema di tassatività e di determinatezza, con conseguente diversa base epistemologica per l'intervento penale⁷.

La graduale affermazione del diritto penale "moderno", modellato sullo scopo di arginare nuove e insidiose forme di criminalità, privilegia, infatti, strumenti sempre più agili di accertamento in grado di utilizzare più sofisticate tecniche di investigazione nei confronti di fenomeni criminali ha dato vita ad un sottosistema penale della pericolosità, personale e patrimoniale, volto a tutelare un diffuso bisogno di sicurezza che, a differenza del passato, non è più sotteso alla tutela degli altri diritti fondamentali della persona⁸, ma è coniugato con la ricerca di efficienza e di celerità della risposta penale e del suo adeguamento ai pericoli di aggressione di fondamentali beni giuridici, influenzata, dall'"ansia preventiva".

Di qui la dislocazione dai beni da proteggere dal disvalore dell'azione e dal fatto offensivo agli autori pericolosi, posti a fondamento del c.d. "diritto penale del rischio", con il correlato e graduale abbandono del diritto penale "classico", per giustificare la frequente elusione delle garanzie penali e processuali di rango costituzionale, viste come indebiti laccioli all'azione di lotta alla criminalità e la correlata l'opzione per un sostanziale regime processuale di "doppio binario", funzionale a rimarcare le differenze del procedimento applicativo delle misure di prevenzione rispetto al modello di processo ordina-

⁷ In tal senso, MANES *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Quest. giust.* 2019.

⁸ Ma è inteso come diritto primario, collocato accanto agli altri diritti; sicché, come sottolinea DONINI, (*Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 1129) "la teoria dei diritti fondamentali si vede ancora oggi costretta a fare i conti con l'esigenza di gerarchizzare i diritti, e in particolare quelli individuali e quelli collettivi".

rio, che fanno da sfondo ideologico alla rivendicazione dell'autonomia strutturale del primo.

3. *L'effetto espansivo, sul piano sistematico, del riconoscimento della giurisdizione del riconoscimento della giurisdizionalizzazione, come fonte della tutela dell'imparzialità del giudice della prevenzione.* Le due recenti pronunce di legittimità, che hanno riconosciuto l'applicabilità della ricasazione al procedimento di prevenzione, rappresentano, perciò, un lodevole passo in avanti in direzione del riconoscimento di garanzie del giusto processo anche in tale procedimento.

L'articolato ragionamento decisorio, pur declinato in maniera riduttiva rispetto alla centralità dell'imparzialità del giudice, quale connotato indefettibile della giurisdizione, suggerisce un più ampio respiro ermeneutico sotteso al richiamo della giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione, "*progressivamente affermata attraverso l'estensione di istituti tipici del processo penale*" e dei più recenti orientamenti della giurisprudenza interna e sovranazionale.

Tale richiamo, cioè, ha un significato di sicuro rilievo espansivo sul piano sistematico, che va oltre i limiti angusti del tema dell'autonomia strutturale del procedimento di prevenzione e che si riflette sul complesso telaio normativo della disciplina del procedimento di prevenzione con riguardo anche alle regole del diritto probatorio, ancora soffocato alle strettoie delle regole del modello delineato dall'art. 666 c.p.p.

Il riconoscimento di uno "*statuto di garanzia (costituzionale e convenzionale) delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali*"⁹, nonostante il ribadito carattere sanzionatorio-punitivo delle misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali - con conseguente loro esclusione dalla "materia penale"¹⁰ - in quanto ricondotto alle garanzie indicate dalla giurisprudenza convenzionale e costituzionale¹¹, non può che riflettersi sullo statuto della tutela dei diritti fondamentali nel procedimento di prevenzione.

Assume particolare valore, in tal senso, il richiamo all'art. 1 Prot. addiz. CEDU ed all'art. 3 cost, che comporta che l'applicazione delle misure "*sia disposta in esito ad un procedimento che - pur non dovendo necessariamente*

⁹ Nei termini affermati da Corte cost. n 24 del 2019.

¹⁰ In ragione della loro finalità preventiva, più volte ribadita dalla Corte EDU (e più recentemente dalla sentenza Sez Grande Chambre, 23 febbraio 2017, De Tommaso/ Italia, in *Cass. pen.*, 2017, 2076).

¹¹ Con riferimento all'applicazione alle misure patrimoniali, ma estensibile per *eadem ratio*, a quelle personali.

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 (art. 111, primo e secondo co., Cost. e 6 CEDU) assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art.24 Cost) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta”¹².

Tale richiamo assume cioè una valenza interpretativa di particolare spessore concreto al particolare profilo chiamato in causa nella vicenda presa in esame dal giudice di legittimità.

4. *La tutela dell'imparzialità del giudice come espressione della garanzia della giurisdizione a tutela della legalità processuale: riflessi sulla compatibilità della disciplina del procedimento di prevenzione con il modello costituzionale del giusto processo.* L'impronta garantista del complessivo ragionamento decisorio, infatti, acquista un rafforzato significato ermeneutico nel caso di specie, poiché l'imparzialità del giudice è tra i *naturalia* di qualsiasi forma di processo come esplicitamente affermato dall'art. 111, co. 2 cost, secondo cui “ogni processo si svolgedavanti a giudice terzo e imparziale”.

L'incipit dell'art. 111, co. 1 cost., secondo cui “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo” (art.111, co. 1 cost.), sta ad indicare, poi, che l'esercizio di tale funzione non può essere disgiunta dal suo fine o scopo istituzionale, vale a dire “la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ritenuti meritevoli di protezione dal diritto sostanziale”¹³.

L'attuazione del principio di giurisdizionalità, quale sintesi delle “garanzie primarie” e “secondarie” dei diritti fondamentali¹⁴ al pari di qualunque principio normativo deve essere valutata alla luce del criterio di effettività, vale a dire in relazione al significato giuridico della norma fondamentale di riferimento¹⁵, e cioè, al valore espresso dalla garanzia giurisdizionale, che nella specie va individuato con riguardo alla cornice costituzionale¹⁶ in cui la giurisdizione trova collocazione, e di cui sono corollari indefettibili l'imparzialità del giudice ed il diritto di difesa, che connotano il principio di legalità processuale “nel rispetto dei canoni generali di ogni “giusto” processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost., e 6 CEDU, nel suo “volet civil”), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art.

¹² Così, Corte cost., n. 24 del 2019.

¹³ L'icastica definizione è di COMOGLIO, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, Torino 2004, 55.

¹⁴ FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Bari 2001, 11.

¹⁵ Secondo la felice intuizione di IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli 2009, 23.

¹⁶ Per tale profilo, ci sia consentito rinviare a BARGI, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli 1990, 100.

*24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta*¹⁷.

La verifica di effettività della cultura del giusto processo, innanzi richiamata, cioè non può limitarsi alla mera ricostruzione descrittiva degli istituti processuali chiamati in causa, ma, riflettendo la potenzialità garantista del paradigma costituzionale di cui al novellato art.111 cost., con particolare riguardo alla tutela dell'imparzialità del giudice della prevenzione, comporta ineludibili riflessi sulla compatibilità costituzionale di altri istituti del diritto di prevenzione che chiamano la tutela di altri diritti fondamentali connessi alle situazioni soggettive processuali.

In altri termini, la ritenuta applicabilità della riconsunzione al procedimento di prevenzione¹⁸, benché fondata sulla pur corretta distinzione tra l'incompatibilità e gli istituti dell'astensione e della riconsunzione - pur facendo leva sulla forza espansiva della specifica pronuncia della corte costituzionale¹⁹ - implica un assetto garantistico della disciplina del procedimento di prevenzione rispetto ad istituti tuttora asfittici sul piano del rispetto del concetto di legalità processuale propria del processo penale ordinario.

5. L'imprescindibile esigenza dell'introduzione del modello del "giusto procedimento di prevenzione": l'inadeguatezza del modello delineato dall'art.666 c.p.p. a tutela del procedimento probatorio, del diritto di difesa e della giusta decisione delineati nel modello costituzionale. Le recenti pronunzie del giudice di legittimità in tema di riconsunzione esprimono, quindi, l'implicita esigenza sistematica che il procedimento di prevenzione si conformi al modello del processo ordinario.

È indispensabile, cioè, dare attuazione al principio di legalità processuale in conformità del modello costituzionale del giusto processo, pur nella peculiarità dell'oggetto dell'accertamento, ogniqualvolta siano in gioco i diritti fondamentali soggettivi processuali.

In tal senso, anche a non voler stravolgere la filosofia ideologica del diritto di prevenzione, la tutela del giusto processo non tollera che la decisione sia fondata sulla "*dubbia consistenza degli indizi*" e sulla "*ondivaga nozione di peri-*

¹⁷ Così, Corte cost., n. 19 del 2019.

¹⁸ Peraltro, in linea con la logica e la comune esperienza, che suggeriscono che non sia o non appaia imparziale, il giudice chiamato a valutare una vicenda processuale dopo che si sia già pronunciato sul medesimo fatto e nei confronti della medesima persona, come, oltretutto è parso evidente alla sensibilità del giudice del collegio giudicante, che aveva avanzato richiesta di astensione.

¹⁹ In tali termini, Corte cost. n. 113 del 2000 secondo cui, secondo cui ricorre l'ipotesi della riconsunzione nel caso in cui il giudice "*abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto*";

colosità sociale”, che contraddicono “*la dignità giurisdizionale dell'accertamento di prevenzione*”²⁰.

La distinzione tra *indizi di reità* e *indizi di pericolosità*, peraltro spesso surrettizia, può valere nella misura in cui trovi piena cittadinanza, però, il procedimento probatorio che caratterizza il processo ordinario, con riguardo ai criteri di ammissibilità, acquisizione e valutazione della prova ed al correlato contraddittorio nella formazione della prova (art. 6 CEDU e art. 111 Cost.), nel rispetto della legalità sostanziale, “*quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova*”, come ammonito nella nota decisione del giudice delle leggi²¹.

Il “giusto procedimento di prevenzione”, che lentamente, ma progressivamente, ha trovato riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale²², di legittimità²³ e convenzionale²⁴ non può prescindere da una “verità giudiziale” che “*implica la possibilità di un controllo razionale*” della decisione in relazione al rapporto tra prova e giudizio di fatto secondo modelli razionali della conoscenza pratica²⁵.

Ne consegue che il procedimento dal combinato disposto degli artt. 666 c.c.p. e 185 disp. att. c. p. p., richiamato sia dagli artt. 678, 679, e 680 c. p. p. e dall'art 7 del codice antimafia, collide con il modello del “giusto processo” in quanto rimodulato sullo schema del “garantismo inquisitorio”, con particolare riguardo ai poteri probatori di iniziativa probatoria e di controllo degli elementi di prova posti fondamento della proposta di applicazione di una misura di prevenzione²⁶, ed in assenza di un'adeguata tutela del diritto alla prova del

²⁰ Così, CISTERNA, *I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proco.*, 2018, 713.

²¹ Corte cost., n. 24 del 2019, cit.

²² Tra le più significative pronunce, Corte cost., n. 93 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1065 (con note di GAITO A. e FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.4 l.27 dicembre 1956, n.1423 nella parte in cui non consentono che, su istanza delle parti, il procedimento si svolga, davanti al tribunale e alla corte di appello nelle forme dell'udienza pubblica.

²³ Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, C. e altro, in *Mass. Uff.*, n. 246271, che ha sancito che “*l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni acquisiti nel giudizio penale di cognizione, ha effetto in qualsiasi tipo di giudizio e quindi anche nell'ambito del procedimento di prevenzione*”.

²⁴ Recentemente dalla sentenza Corte EDU, Grande Chambre, 23 febbraio 2017, De Tommaso/ Italia.

²⁵ Per l'approfondimento di tale prospettiva, cfr. TARUFFO, *Modelli di prova e di procedimento probatorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 420.

²⁶ Per un'articolata analisi dei vari profili di garantismo inquisitorio presenti nel procedimento di prevenzione, cfr. volendo, BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in *Misure di prevenzione*, a cura di FURFARO, Torino, 2013, 65.

proposto per la misura.

Analogamente, la tutela della giusta decisione è indebitamente amputata del rispetto delle regole di valutazione della prova a contenute nell'art. 192 c.p.p. e di quelle che governano la decisione di cui all'art. 546 c.p.p., in virtù del principio di reciproca autonomia tra il procedimento di prevenzione e il processo penale; al punto da consentire che a fini di prevenzione siano utilizzabili elementi di prova anche indiziaria tratti dal secondo, benché relativi ad un accertamento non definitivo sulla loro valenza probatoria in ragione di una diversa grammatica probatoria²⁷, e di ritenere che nel procedimento di prevenzione la prova indiziaria non deve necessariamente presentare i caratteri di gravità, precisione e concordanza di cui all'art. 192, co. 2, c.p.p.

Peraltro, il diritto di difesa è seriamente penalizzato anche con riguardo al sistema dei possibili rimedi per il recupero della giustizia della decisione.

Infatti, avverso le decisioni è esperibile l'appello (art. 10 cod. ant.) la cui disciplina è rimasta sostanzialmente immutata²⁸, e successivamente il ricorso per cassazione, ma solo per violazione di legge (art. 10, co. 3 e 27 cod. ant.)²⁹; sicché il potere di critica, già fortemente compresso nella fase di adozione della misura di prevenzione per le ragioni innanzi esposte, è ulteriormente amputato della possibilità di una verifica del provvedimento adottato sul piano di effettiva legalità processuale del dovere di motivare e del principio di fedeltà della sentenza alle risultanze probatorie, quali corollari indefettibili del giusto processo.

Tirando le somme, la fisionomia della giurisdizionalizzazione delineata dalle recenti pronunce del giudice di legittimità, in sintonia con i più recenti approdi ermeneutici della giurisprudenza costituzionale e convenzionale sulla necessità di adeguamento del procedimento di prevenzione ai principi del giusto processo, propone seri dubbi sulla legittimità dell'attuale assetto del procedimento di prevenzione, e la necessità di eliminare le aporie normative espressione di un sotteso "garantismo inquisitorio", non più giustificabili con la pretesa autonomia strutturale del procedimento di prevenzione rispetto al processo ordinario.

²⁷ In tal senso, Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo e altri, in *Mass. Uff.*, n. 246271, secondo cui l'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto al processo ordinario giustifica la diversa "grammatica probatoria" alla base dei rispettivi giudizi;

²⁸ Sicché è tuttora escluso l'effetto sospensivo dell'impugnazione salvo che per il diritto alla trattazione pubblica del giudizio di appello, fermo restando che le pronunce impugnate inerenti alla confisca dei beni sequestrati, o della cauzione o all'esecuzione sui beni costituiti in garanzia divengono esecutive a seguito della loro definitività dopo l'esaurimento dei giudizi di impugnazione.

²⁹ Peraltro, avallata anche del giudice delle leggi (Corte cost., n. 196 del 2015).

ARCHIVIO PENALE 2019, n. 3