

ANTICIPAZIONI

SANDRO FURFARO

Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*

SOMMARIO: 1. L'autonomia del procedimento di prevenzione: essenza e limiti di un'affermazione. - 2. Rapporti e interferenze sostanziali: a) considerazioni generali e ambito di interesse. - 3. (Segue): b) indiziati di mafia *et similia*. - 4. (Segue): c) cautele reali e decisioni patrimoniali. - 5. (Segue): d) concorrenza tra misura di prevenzione, misura di sicurezza e pena. - 6. (Segue): e) revisione penale e revocazione patrimoniale. - 7. Interferenze probatorie, trasmigrazione e utilizzazione degli atti.

1. L'autonomia del procedimento di prevenzione: essenza e limiti di un'affermazione.

Quando si afferma che i rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione sono caratterizzati dalla *autonomia* e che, quindi, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione e il relativo giudizio è distinto ed autonomo rispetto al processo e al giudizio penale si dice cosa che, nonostante abbia ormai un preciso referente normativo¹, è solo parzialmente esatta. Anche in tal caso, come per la generalità dei fenomeni giuridici, vale l'ammonimento di Carnelutti², secondo cui il problema è sempre di prospettiva di approccio dell'interprete rispetto ai fenomeni e ai concetti che si pretende le norme esprimano: il pericolo che si corre privilegiando il concetto è che lo scambio di questo col fenomeno menomi diritti e garanzie e sostituisca alla concretezza della situazione *quale* è quella che invece si vorrebbe fosse, secondo una sussunzione dell'essere nel dover essere che molto spesso è la stessa norma (lo stesso concetto, cioè) a smentire. Evidentemente, a voler ragionare (e lavorare) *sulle* norme e sui concetti, l'autonomia del procedimento di prevenzione, non solo rispetto al processo penale ma ad ogni altro procedimento giurisdizionale, non può essere messa in discussione. Per chi, invece,

* Per gentile concessione dell'Editore, in anticipazione questo contributo destinato al *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, X Agg., 2014, in corso di pubblicazione.

¹ Secondo l'art. 29 del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, «l'azione di prevenzione può essere esercitata anche indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale». In tema, ampiamente, CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Misure di Prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, pp. 173 ss.

² CARNELUTTI, *La lotta del diritto contro il male*, in *Foro it.*, 1944-1946, IV, 1 ss., in part. 13.

voglia ragionare (e lavorare) *con le* norme e i fenomeni cui si riferiscono, il discorso muta e di autonomia si può dire davvero *tanto e non quanto*.

Anche perché, pur volendo fermarsi alle concettualizzazioni, le incongruenze e le contraddizioni dell'impianto normativo rassegnato dal D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 su punti direttamente incidenti sul rapporto tra procedimento di prevenzione e processo penale sono tante e tali che la proclamazione dell'autonomia pare maldestramente celare più il perseguimento di una sorta di supplenza della giurisdizione di prevenzione rispetto a quella penale che non pure un'effettiva (e, per certi versi, impossibile come si vedrà) autonomia del procedere nonostante l'indipendenza dell'azione. Gli è che, come acutamente sottolineato in dottrina³, il raggiungimento di risultati che, comunque sanzionatori, sarebbe difficile conseguire attraverso il processo penale ha guidato il legislatore in scelte che, chiare solo nei fini, sollecitano l'interprete su pressanti questioni di coordinamento, al fine di evitare che le dimensioni ormai assunte dalle misure di prevenzione, la stessa materia della pericolosità e il materiale probatorio del quale quasi normalmente esse trattano non comportino deviazioni di accertamento tali da svilire la tutela delle posizioni soggettive garantite dalle disposizioni fondamentali e, con essa, gli stessi criteri oggettivi di accertamento imposti ormai dal dettato costituzionale⁴.

Se esiste un principio di non contraddizione che sorregge l'intero ordinamento e che si esprime nell'adagio, secondo cui «è impossibile che il medesimo attributo, nel medesimo tempo, appartenga e non appartenga al medesimo

³ Per CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., p. 173, l'indipendenza dell'azione «sembra delineare un ruolo marcatamente sostitutivo o alternativo delle misure di prevenzione quale strumento per supplire alle inefficienze o inadeguatezze del processo penale». Per MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in *Misure di Prevenzione*, cit., pp. 18 ss., attraverso strumenti apparentemente di controllo e prevenzione si perseguono ormai fini del tutto repressivi.

⁴ Va qui ribadita l'interpretazione che si ritiene più consona dell'art. 111, co. 2, Cost. e che vede nella norma la predisposizione di uno "schema di procedimento probatorio" non riferibile esclusivamente al giudizio sulla responsabilità dell'imputato, ma ad ogni procedimento volto ad accertare alcunché di rilevante. Come si è detto altrove (FURFARO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *La prova penale*, a cura di A. Gaito, I, Torino, 2008, pp. 390 ss.), la disposizione costituzionale ha oggettivato ciò che le fonti sovranazionali considerano ancora alla stregua di diritto del soggetto comunque interessato ad una qualsiasi decisione che può comunque pregiudicarlo, ed è proprio il passaggio dal "diritto al contraddittorio" alla definizione del processo "in quanto contraddittorio" che evidentemente ha elevato quel diritto soggettivo a misura del procedere, definendo appunto un "modello di procedimento" che si ripropone ogniquale volta vi sia qualcosa da accertare. Ciò è tanto vero che la stessa disposizione costituzionale, laddove ha inteso riferirsi precipuamente all'accertamento della responsabilità dell'imputato in relazione ad un fatto-reato (co. 4° e 5°), ha semplicemente esplicitato il concetto, ribadendo, cioè, l'esigenza del contraddittorio in relazione a particolari aspetti ed evenienze concernenti la prova dichiarativa e il rilievo che il consenso espresso dall'imputato può assumere in relazione al rispetto del metodo.

oggetto e sotto il medesimo riguardo»⁵, e se non esiste una *via privilegiata* (ma nel caso sarebbe meglio dire che si tratta di una scorciatoia) per l'accertamento della pericolosità sociale ancorché qualificata dalle tipologie criminali che si impongono come fenomeni di condizionamento dello sviluppo della società in talune zone del Paese, è soprattutto in relazione alla acquisizione e alla valutazione delle prove che è necessario prestare la massima attenzione, affinché, appunto, l'indiscutibile indipendenza dell'azione di prevenzione e l'autonomia di giudizio non diventino fonte di giustificazione di procedimenti e giudizi sommari.

Detto ciò, come già evidenziato in altra occasione⁶, non pare discutibile che, sul piano della forma, l'intera disciplina positiva delle misure di prevenzione, nata come momento di attuazione dell'amministrazione della pubblica sicurezza, a far data dalla c.d. giurisdizionalizzazione del procedimento⁷ ha via via raggiunto uno stadio di specificazione e di compiutezza tale da potersi affermare che esista un complesso *autonomo* di norme di disciplina della materia che, nonostante le evidenti distonie con i principi costituzionali e di derivazione dalle disposizioni sovranazionali⁸, risulta indubbiamente *differente* rispetto al processo penale⁹. E non solo: la disciplina *de qua*, soprattutto dopo le aggiunte e le modifiche tese a reprimere il fenomeno mafioso¹⁰, presenta ormai disposizioni particolari che assumono il carattere della vera e propria *specialità* rispetto al complesso di norme che compone la disciplina generale (si pensi all'estensione degli accertamenti oggettivi e soggettivi in tema di misure patrimoniali rispetto alla disciplina generale di accertamento della pericolosità sociale) e si pongono come solo nominalmente assimilabili ad altre

⁵ ARISTOTELE, *Metafisica*, IV, 1005/b, pp. 19-20.

⁶ FURFARO, *La specialità nella teoria generale del diritto*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali*, a cura di Giunchedi, Santoriello, I, Torino, 2010, pp. 27 ss.

⁷ Avvenuto, com'è noto, con la L. 27 dicembre 1956, n. 1423 che si è imposta come *remake* delle norme di polizia contenute nel R.D. 18 giugno 1931, n. 773 (il Testo Unico di pubblica sicurezza) a seguito della riconosciuta illegittimità (Corte cost., n. 11 del 1956; Id., n. 2 del 1956) dell'apparato burocratico che, secondo quel testo normativo, le applicava in sede extragiurisdizionale nei confronti di persone pericolose.

⁸ In tema, esaurientemente, CELOTTO, *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, in *Misure di Prevenzione*, cit., pp. 23 ss. Per le deficienze del procedimento di prevenzione rispetto ai principi del giusto processo, BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in *Misure di Prevenzione*, cit., pp. 65 ss.; GIUNCHEDI, *Le deficienze probatorie e di tutela effettiva delle posizioni soggettive*, in *Misure di Prevenzione*, cit., pp. 79 ss.

⁹ Sul procedimento di prevenzione come *procedimento differenziato*, CORTESI, FILIPPI, *Il processo di prevenzione*, in *Trattato di Procedura penale*, a cura di Spangher, VII, Torino, 2011, pp. 576 ss.

¹⁰ Ci si riferisce, in particolar modo, alla L. 31 maggio 1965, n. 575, alla L. 15 luglio 2009, n. 94, sostanzialmente *confluite* nel d.lgs. n. 159 del 2011.

norme e ad altri istituti previsti da altri complessi normativi di disciplina di situazione simili (così, ancora nell'accertamento patrimoniale, le cautele e la confisca dei beni in relazione agli omologhi previsti dalle disposizioni dei codici penale e di procedura penale)¹¹.

Basta, però, spostare l'attenzione sul fenomeno preventivo, sui soggetti, gli ambiti di accertamento e sul conseguente materiale probatorio e l'autonomia del procedimento di prevenzione risulta davvero alquanto compromessa per ben individuabili ordini di ragioni: *a)* perché sono le stesse norme ad evocare sovente quelle di procedura penale (al generale rinvio alle forme previste dall'art. 666 c.p.p. contenuto nell'art. 7, co. 9, d.lgs. n. 159 del 2011 si affianca, ad esempio, il richiamo specifico a quelle previste per la revisione penale nel caso di revocazione della confisca definitiva operato dall'art. 28 d.lgs. cit.); *b)* perché è la materia sostanziale oggetto dell'accertamento ad essere nella sua essenza un tutt'uno con quella della quale si interessa il processo penale o comunque prossima a questa¹²; *c)* perché il giudizio di prevenzione, in tema di prove, non solo riproduce sovente tematiche identiche a quelle del processo penale, ma impone che siano utilizzate le stesse prove oggetto del processo; *d)* perché, così come il giudizio penale, gli effetti che il giudizio di prevenzione produce sulle diverse espressioni del diritto di libertà del cittadino non possono che essere il prodotto di quel *giusto processo* che, regolato dalle disposizioni fondamentali (art. 111 Cost.; art. 6 C.e.d.u.), difficilmente tollera distorsioni sui *fondamenta* che lo costituiscono.

A lavorare *con le* norme e i fenomeni, insomma, ci si rende conto che nel distinguo (e, quindi, nell'autonomia della prevenzione) qualcosa non torna e che evocare tale autonomia avrebbe un senso soltanto laddove il tutto fosse riportato a quelle categorie soggettive che, già enucleate dall'art. 1 della legge

¹¹ Cosa che, nel caso di interpretazione controversa della disposizione particolare, si vuole comporti che si faccia riferimento ai principi propri del sistema della prevenzione, con la possibilità di far ricorso al caso simile o alla materia analoga (ex art. 12, co. 2, Prel.) soltanto laddove vi sia un *empasse* non diversamente superabile facendo ricorso a quei principi.

¹² Deve rilevarsi in proposito come Corte cost., n. 275 del 1996, *Giur. cost.*, 1996, 2413, abbia sottolineato «*le profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra le due sedi, penale e di prevenzione: la prima ricollegata a un determinato fatto-reato oggetto di verifica nel processo, a seguito dell'esercizio dell'azione penale; la seconda riferita a una complessiva notazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato*». Sulla scorta di ciò, Corte cost., (ord.) n. 270 del 2011, rigettando eccezione di incostituzionalità per irragionevolezza dell'art. 530 c.p.p. «*nella parte in cui non contempla una disposizione affine, o una clausola identica, a quella prevista dall'art. 166, secondo comma, del codice penale*» (che impedisce l'applicazione della misura di prevenzione nel caso di condanna condizionalmente sospesa) ha richiamato l'attenzione sul fatto che, con la sentenza di assoluzione, fatti salvi i casi di applicazione di misura di sicurezza (art. 530, co. 4, c.p.p.) il giudice non opera alcun giudizio in ordine alla pericolosità dell'imputato.

n. 1423 del 1956, prescindevano dal richiamo a condotte rilevanti anche nelle ipotesi penali, ovvero prevedendo, così come aveva già fatto la L. 19 marzo 1990, n. 55, una disciplina di pregiudizialità penale e di individuazione dei relativi effetti laddove l'accertamento di prevenzione (*rectius*: l'accertamento della pericolosità sociale) fosse comunque correlato a fatti penalmente rilevanti¹³.

La disciplina normativa, però, è quella che è¹⁴ e l'applicazione che ne consegue appare sempre più consolidata in situazioni caratterizzate, a seconda dei casi: *a)* dalla proposta di applicazione di misura di prevenzione fondata esclusivamente sui fatti oggetto di procedimenti penali in corso (sovente l'emissione di un'ordinanza cautelare per determinate tipologie di reato determina *tout court* la proposta di applicazione della misura di prevenzione nei confronti del soggetto che ne è colpito); *b)* dall'applicazione stessa della misura di prevenzione giustificata dalla ritenuta sussistenza di fatti oggetto di un processo penale ancora pendente ovvero concluso con sentenza assolutoria; *c)* dall'applicazione della misura di prevenzione disposta addirittura *a seguito* (non si saprebbe come meglio dire) della condanna per determinati fatti e, viepiù, in costanza, non soltanto di esecuzione di pena detentiva anche elevata, ma pure *in concorrenza* con una misura di sicurezza applicata a seguito della condanna penale¹⁵.

¹³ In tema, CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Misure di Prevenzione*, cit., p. 174.

¹⁴ Sulle categorie di persone nei confronti delle quali è possibile l'applicazione di una misura di prevenzione, MAZZACUVA, *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in *Misure di Prevenzione*, cit., pp. 93 ss. Sulla pericolosità sociale e l'accertamento, ID., *Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione*, in *Misure di Prevenzione*, cit., pp. 117 ss.; MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit., pp. 14 ss. Sulla mancanza di tipicità, CORTESI, FILIPPI, *Il processo di prevenzione*, in *Trattato di Procedura penale*, cit., pp. 576 ss.

¹⁵ La recente Corte cost., n. 291 del 2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 15 d.lgs. n. 159 del 2011 nella parte in cui entrambe le norme «non prevedono che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura».

Evidente, nel caso, l'adeguamento della disciplina della misura di prevenzione a quella delle misure di sicurezza di cui all'art. 679 c.p.p., la decisione si segnala per avere individuato l'irragionevolezza delle disposizioni in materia di esecuzione delle misure di prevenzione prendendo come termine di comparazione proprio la norma della procedura penale e la situazione in essa considerata. La sentenza, infatti, dopo avere riaffermato la giurisprudenza della Corte, secondo cui «la comune finalità delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione (...) non implica, di per sé sola, un'indiscriminata esigenza costituzionale di omologazione delle rispettive discipline, posto che le due categorie di misure restano comunque distinte per diversità di struttura, settore di competenza, campo e modalità di applicazione», ha tuttavia rilevato «che tra i due modelli che il giudice a quo pone a raffronto - quello delle misure di

Per altro, il collegamento fra i due procedimenti, quello di prevenzione e quello penale, trova specifico aggancio normativo nella previsione esplicita dall'art. 23-bis della L. 13 settembre 1982, n. 646, secondo cui «quando si procede nei confronti di persone imputate del delitto di cui all'art. 416-bis del codice penale o del delitto di cui all'art. 75 della l. 22 dicembre 1975, n. 685, il pubblico ministero ne dà senza ritardo comunicazione al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona per il promovimento, qualora non sia già in corso, del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione, ai sensi della l. 31 maggio 1965, n. 575» (co. 1), e, «successivamente, il giudice penale trasmette a quello che procede per l'applicazione della misura di prevenzione gli atti rilevanti ai fini del procedimento, salvo che ritenga necessario mantenerli segreti» (co. 2).

Come autorevolmente rilevato, è la normativa ora detta (rimasta per altro estranea all'elenco delle disposizioni abrogate dall'art. 120 d.lgs. n. 159 del 2011), che, pur offrendo «base giustificativa alla coesistenza dei due differenti procedimenti», inevitabilmente «tende a stabilire un coordinamento tra il processo penale, avente ad oggetto il reato associativo di stampo mafioso o quello relativo al narcotraffico, e il procedimento di prevenzione mirante all'applicazione di misure patrimoniali dirette a colpire, mediante la confisca, l'accumulo di ricchezze, da parte di persone socialmente pericolose, che si ha motivo di ritenere che rappresentino il provento di delitti di criminalità organizzata o ne costituiscano il reimpiego»¹⁶.

Sostenere, dunque, che in tali casi l'identità della situazione alla base dei giudizi penale e di prevenzione e la *contiguità* di essi trovi la sua completa risoluzione nella autonomia tra i due procedimenti significa semplicemente sminuire la realtà effettiva dei fenomeni, per cui, ferma restando l'autonomia del sistema di prevenzione, non pare proprio che essa possa essere talmente esaltata fino a superare *in malam partem* il problema delle essenziali (verrebbe da dire: naturali) «interferenze»¹⁷ che, tanto a livello di oggetto del giudizio, quan-

sicurezza, che esige la reiterazione della verifica della pericolosità sociale anche al momento dell'esecuzione, e quello delle misure di prevenzione, che considera sufficiente la verifica operata in fase applicativa, salva l'eventuale iniziativa dell'interessato intesa a contrastarla - l'unico rispondente ai canoni dell'eguaglianza e della ragionevolezza è il primo».

¹⁶ SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, in *Misure di Prevenzione*, cit., p. 221.

¹⁷ Così efficacemente CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., p. 177, che, rilevando l'insufficienza dell'autonomia per la risoluzione dei problemi di interferenza tra processo penale e procedimento di prevenzione, sottolinea come la questione si ponga, in particolare, con riguardo all'accertamento della pericolosità sociale.

to a livello di accertamento, connotano i rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione.

I rapporti tra le due forme di accertamento allo stato della normativa possono così sintetizzarsi: *a)* autonomia dell'azione di prevenzione (che, per altro, è discrezionale) rispetto a quella penale; *b)* autonomia della scansione procedimentale di prevenzione, pur col richiamo generale all'incidente di esecuzione quanto alle forme di accertamento e talora ad istituti propri della procedura penale (si pensi alla revocazione rispetto alla revisione penale); *c)* interferenze rilevanti tra l'accertamento della pericolosità sociale e l'accertamento di illeciti penali, per cui al parallelismo di procedimenti «*si accompagna la previsione di una sorta di osmosi probatoria motivata da chiare esigenze di economia processuale, essendo previsto il possibile travaso dal processo penale degli atti ritenuti rilevanti per la definizione del procedimento di prevenzione, con una conseguente circolazione di elementi di prova che rende possibile la trasmigrazione di atti dal processo penale a quello di prevenzione*»¹⁸.

Autonomia e interferenze confezionano un prodotto che, evidentemente relegato «*in un ambito che si è riluttanti a definire diritto penale e che non è sottomesso ai principi e alle regole del giusto processo*»¹⁹, impone, come si diceva, coordinazione, al fine di evitare ambiguità, squilibri e contraddizioni difficilmente metabolizzabili da un sistema che già sopporta a malapena l'ostinata negazione di applicazione *in toto* dei principi costituzionali del giusto processo in sede di prevenzione, nonostante il progressivo inasprimento della disciplina sostanziale e la riconosciuta possibilità di un giudizio pubblico²⁰.

¹⁸ SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, cit., p. 221.

¹⁹ Così, D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di Prevenzione*, cit., pp. 60 ss.

²⁰ Sempre D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, cit., pp. 60 ss., sottolinea come «*lo stato delle cose sembra al riguardo del tutto paradossale dal momento che, a prescindere dalla scontata natura giurisdizionale del processo di prevenzione, (...) 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*». Proprio l'incidenza su tali diritti, per il Chiaro Autore, «*tocca un tema, quello della natura sicuramente penale delle sanzioni irrogate, di indiscutibile efficacia quanto al riconoscimento, senza mezzi termini, dell'inequivocabile marchio penalistico che contrasegna l'intera materia*». Anche perché «*non si comprende come un processo che ora può celebrarsi anche nelle forme della pubblica udienza possa ancora subire quella differenza di livello di garanzie a tempo giustificata dalla sua natura esclusivamente camerale che comporta la rigida applicazione delle norme regolative di quel giudizio*», in quanto «*pare difficile immaginare la celebrazione di un processo in forma pubblica, ma con le limitazioni proprie delle udienze camerali*».

In ordine alla natura sicuramente penale della misura patrimoniale è concorde la giurisprudenza interna

2. Rapporti e interferenze sostanziali: a) considerazioni generali e ambito di interesse.

Una constatazione preliminare si impone in ordine all'oggetto dell'accertamento di prevenzione: la pericolosità sociale attuale del soggetto. Questa, infatti, non sussiste come fattispecie definita e ciò è tanto vero che, proprio nella legge fondamentale sulle misure di prevenzione - il d.lgs. n. 159 del 2011 - il collegamento tra gli artt. 1, 4 e 6 si risolve nel senso del limitato rilievo che, ai fini dell'accertamento di essa, è dato alle categorie soggettive indicate nell'art. 1. Tali categorie, infatti, altro non definiscono che *posizioni presupposto* sulle quali, però, ai fini del giudizio di pericolosità rilevante devono innervarsi fatti che rendano concreta la probabilità del soggetto di porre in essere condotte antisociali²¹. Può dirsi, in sostanza, che se la potenzialità di offendere è la connotazione *di base* della probabilità di offesa, la pericolosità sociale attuale non ricalca la potenzialità di offesa ma presuppone la sussistenza di un *quid pluris* che la definisca temporalmente *in concreto*²².

e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quanto alla prima, si vedano, ad es., Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2010, 3049; Corte cost., n. 93 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 1065 ss., con nota A. GAITO, FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*. Per la seconda, Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito; Id., 30 agosto 2007, Sud Fondi e altro c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, 3503; Id., 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, *ivi*, 2008, 828; Id., 8 luglio 2008, Perre c. Italia, *ivi*, 2008, 4412. In tema di confisca e giurisprudenza europea, MAIELLO, *Confisca, Cedu e diritto dell'Unione tra questioni risolte e altre ancora aperte*, in www.penalecontemporaneo.it.

²¹ Una recente decisione di legittimità definisce bene i termini dell'accertamento richiesto in tema di pericolosità sociale. Si tratta di Cass., Sez. I, 26 febbraio 2010, R.A., in *Mass. Uff.*, n. 246308, in tema di pericolosità qualificata dalla mafiosità. Secondo tale decisione, «*i presupposti necessari per l'applicazione della misura di prevenzione corrono su due piani, richiedendosi da un lato l'oggettiva esistenza di un complesso di fatti idonei a costituire indizi della commissione di delitti d'un certo tipo e gravità - overosia, nel caso in esame, indizi di «appartenenza» ad una associazione mafiosa - dall'altro la pericolosità del proposto, requisito soggettivo che la disciplina della prevenzione richiede sia dimostrato nella sua attualità nei casi di delitti comuni e che dà invece per presunta il proposto sia indiziato d'appartenenza mafiosa. Ma non basta la presunzione di pericolosità che scaturisce dalla natura dell'attività delittuosa che si assume a presupposto, per ridurre il livello di verifica circa la esistenza di un complesso di elementi fattuali idonei in concreto a legittimare la considerazione del proposto come indiziato d'appartenenza mafiosa. E neppure in materia di prevenzione è legittimo supplire con il sospetto alla carenza indiziaria*».

Tale orientamento è stato riaffermato da Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2012, Giacobbe, in *Giur. it.*, 2013, 1655, secondo cui «*l'attualità della pericolosità sociale della persona non va confusa con la proclività a commettere azioni delittuose e deve sussistere al momento della formulazione del giudizio di prevenzione anche per gli appartenenti alle associazioni criminali di tipo mafioso o dedite allo spaccio di sostanze stupefacenti in relazione ai quali la presunzione di perdurante pericolosità non è assoluta*».

²² In tema, FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, Padova, 1992, pp. 62 ss.; GUERRINI, MAZZA, RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004, pp. 85 ss.

Detto ciò, i limiti della presente indagine impongono di fermare l'attenzione sui rapporti e le interferenze sostanziali che corrono tra processo penale per *fatti di mafia* e procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti dei soggetti rientranti nelle consimili categorie delineate dall'art. 4, co. 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 159 cit.: gli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p. (lett. a) e i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, co. 3-bis, c.p.p. ovvero del delitto di cui all'art. 12-*quinqüies*, co. 1, D.L. 8 giugno 1992, n. 306, conv. nella L. 7 agosto 1992, n. 356 (lett. b), con la necessaria considerazione, non soltanto delle problematiche concernenti le misure di prevenzione patrimoniali nei confronti dei suddetti soggetti, ma anche delle questioni propriamente esecutive di concorrenza tra misura di prevenzione e pena. Un'attenzione particolare sarà poi rivolta ai rapporti tra revocazione patrimoniale e revisione penale.

3. (Segue): b) indiziati di mafia *et similia*.

Le dette ipotesi previste dall'art. 4 d.lgs. n. 159 cit. ampliano la categoria dei soggetti nei cui confronti sono applicabili le misure di prevenzione. Non più soltanto gli «*indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso*» come prevedeva l'art. 1 della legge n. 575 del 1965, ma pure i soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, co. 3-bis, c.p.p. ovvero del reato di intestazione fittizia previsto dall'art. 12-*quinqüies* d.l. n. 306 cit. V'è da dire che non si tratta di una novità, dal momento che già il D.L. 23 maggio 2008, n. 92 aveva anticipato, per così dire, l'ampliamento modificando all'uopo la legge n. 575 del 1965, fermo restando, però, il richiamo esplicito agli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso; soggetti che, nella nuova formulazione sono individuati, invece, come «*indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.*».

Mentre non pare che il richiamo esplicito alla fattispecie penale (l'art. 416-bis c.p.), sposti la prospettiva di approccio al tema delle differenze tra la appartenenza rilevante ai fini della prevenzione e la partecipazione rilevante, invece, per l'integrazione della fattispecie penale già individuata dalla giurisprudenza

Tale conclusione non muta, arricchendosi anzi di supporti, laddove si voglia considerare la pericolosità sociale come *fatto* (così PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, pp. 57 ss., per il quale fatto è «*non soltanto ciò che è compiuto, ciò che risulta da un fare, bensì tutto ciò che sussiste e si svolge nel mondo esteriore*»). Se, infatti, la pericolosità è un *fatto*, questo non può che essere evidentemente *complesso*, nel duplice senso individuato in dottrina: come accadimento che, pur considerato in modo semplice dalla norma, consta, però, di diverse condotte, come, cioè, «*situazione che dura nel tempo*» (TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, III, Milano, 1992, pp. 121 ss.).

nella vigenza della legge n. 575 del 1965, l'utilizzazione del termine (ed evidentemente del concetto) di indiziato in relazione alle categorie soggettive individuate dalla lett. b) costituisce un problema, l'essenza del quale è data dal fatto che tale termine è utilizzato nel procedimento e nel processo penale in relazione a qualsivoglia reato e, quindi, pure per quelli previsti dall'art. 51, co. 3-bis c.p.p. e dall'art. 12-*quinquies* cit. Ciò determina una sorta di corto circuito in punto di valutazione probatoria ancor più rilevante laddove si ponga mente all'assenza nella legislazione di prevenzione di alcuna regola di valutazione degli indizi. Se in relazione alla appartenenza del soggetto ad alcuna delle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p., il richiamo a tale fattispecie sottende sempre il riferimento ad un sottostante fenomeno sociale deviato²³ rispetto al quale il termine indiziato assume connotazione e valenza sui generis, in relazione alle altre fattispecie cui fa riferimento la norma il termine indiziato si riferisce sempre e soltanto al fenomeno di riferimento rappresentato dalla fattispecie penale.

In breve, non può utilizzarsi nel caso alcuna distinzione. Seppure sulla distinzione tra partecipazione ad associazione di tipo mafioso e la appartenenza del soggetto ad un'associazione di tal tipo la giurisprudenza ha costruito la differenza rilevante ai fini della prevenzione - individuandola nella situazione del soggetto che, incerta in relazione al suo effettivo inserimento in un connettivo criminoso, faceva comunque propendere nel senso della sua contiguità²⁴ -

²³ Va ricordato che le associazioni di tipo mafioso, dalla prospettiva criminologica costituiscono l'espressione più oggettivamente apprensibile di quelle *associazioni differenziali* che, secondo la felice espressione di SUTHERLAND, *White collar crime*, New York, 1959, sono riferibili a soggetti che pongono in essere un «comportamento criminale sistematico posto in essere da individui che seguono un comportamento culturalmente approvato che però il resto della società disapprova». La teoria del Sutherland afferma che il comportamento criminale viene appreso mediante l'associazione con persone con cui si intrattengono rapporti intimi (la c.d. *comunicazione interattiva*), attraverso la quale vengono apprese le tecniche necessarie a quello specifico comportamento criminale.

Se la teoria dell'associazione differenziale si concentra sui soggetti che delinquono e sul loro comportamento, lo sviluppo di essa portò, attraverso gli studi di COHEN, *Delinquent boys, the culture of the gang*, New York, 1960, CLOWARD, OHLIN, *Delinquency and opportunità: a teory of delinquent gangs*, Glencoe, 1960, in un primo tempo, e a quelli di CRESSEY, *Criminal Organization: Its Elementary Forms*, New York, 1972, e GLASER, *Crime in our changing society*, New York, 1978, poi, alle teorizzazioni delle *culture delinquenti* e dello *interazionalismo simbolico*.

²⁴ Discutibile o meno, la diversità della appartenenza ad una associazione evocata dalla norma di prevenzione dalla partecipazione richiesta invece dalla fattispecie ex art. 416-bis c.p., è affermata considerando che l'indizio di appartenenza si risolve e riassume nella sussistenza di diversi elementi dai quali dedurre «una situazione di contiguità all'associazione che, pur senza integrare il fatto-reato tipico del soggetto che organicamente è partecipe (con ruolo direttivo o meno) del sodalizio mafioso, risulti funzionale agli interessi della struttura criminale e nel contempo denoti la pericolosità sociale specifica che sottende il trattamento preventivo» (così, tra le tante, Cass., Sez. I, 12 febbraio 2002, Scamardo, in *Mass. Uff.*, n. 221156).

l'accertamento della situazione rilevante nei casi diversi dall'appartenenza del soggetto a tale associazione risulta costituito in modo esclusivo da condotte penalmente rilevanti, rispetto alle quali il richiamo all'indizio, pur se riferito al soggetto piuttosto che al fatto, determina un'assoluta omogeneità dell'oggetto dell'accertamento nel processo penale e nel procedimento di prevenzione. La pericolosità sociale del soggetto, in assenza di un referente diverso, è, infatti, un tutt'uno con l'accertamento del fatto penalmente rilevante ed è, quindi, ontologicamente impossibile alcun discrimine tra la situazione rilevante ai fini del giudizio penale e quella rilevante ai fini del giudizio di pericolosità sociale. Laddove la locuzione "*indiziato di appartenenza*" esprime, dunque, un concetto a sé stante, il termine *indizio* (e, di seguito, *indiziato*) riferito, invece, ad un fatto penalmente rilevante pare assumere, nella logica della prevenzione, connotazione grettamente quantitativa: come situazione non compiutamente provata, ma, nonostante ciò, meritevole appunto di attenzione a prescindere dal naturale epilogo del giudizio penale. Ritorna, insomma, un concetto di indizio come "*prova imperfetta*" che anche la recente della giurisprudenza in tema di misure cautelari sembrava avere superato, non soltanto con riferimento ai parametri di utilizzabilità della prova richiamati dall'art. 273, co. 1-bis, c.p.p.²⁵. E si propone in tal modo una concezione del procedimento di prevenzione come sfogo di tutte quelle situazioni processuali penali che hanno avuto esito favorevole all'imputato anche a cagione dell'incompletezza o della contraddittorietà della prova e non solo come conseguenza del sistema dei divieti probatori e delle inutilizzabilità conseguenti. Alla minusvalenza probatoria si vuol far corrispondere, dunque, un minor grado di garanzie sul giudizio, stante l'assenza di regole proprie di valutazione dei fatti ai fini della decisione sulla pericolosità sociale del soggetto.

Evidentemente si profilano scenari inquietanti che è estremamente facile ipotizzare:

Da ciò, l'ovvio corollario, per cui «*il presupposto per l'applicazione della misura di prevenzione non risiede necessariamente nella condanna per taluno dei reati associativi indicati dalla l. 31 maggio 1965, n. 575; né in proposito assume rilievo la circostanza che il proposto sia stato assolto dal reato associativo, in quanto la mera condizione di indiziato di appartenenza al sodalizio criminale può essere desunta da un complesso quadro di elementi indiziari, anche, ma non solo, attinti da un procedimento penale*» (Cass., Sez. II, 18 settembre 2000, Coraglia, in *Mass. Uff.*, n. 217801).

²⁵ Per Cass., Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in *Mass. Uff.*, n. 232601, infatti, «*l'art. 273, co. 1-bis, interpretato alla luce degli artt. 3, 1° co. e 27, 2° co., Cost. (...) impone (...) l'osservanza delle regole di esclusione e di valutazione probatoria anche nella materia cautelare (...) con la conseguenza che i gravi indizi non sono altro che 'una prova allo stato degli atti', valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è ancora in itinere e non è stato sottoposto al vaglio del contraddittorio dibattimentale*».

a) la *via della prevenzione* dissimulerà, con maggiore decisione ed evidenza rispetto al passato, l'aggiramento dei normali criteri di relazione tra fatto, responsabilità e sanzione. Stante l'unicità dell'oggetto dell'accertamento sarà naturalmente consequenziale l'applicazione della misura di prevenzione in tutti i casi in cui la condotta tipica non è compiutamente provata. Ai fini di tale giudizio, infatti, potrà refluire - e sarà valutato quale indizio rilevante - tutto lo scarto probatorio dell'indagine e/o del giudizio penale, riportato, magari, anche solo come notizia, informazione, dato contenuti nella proposta per l'applicazione della misura, posto che non è una novità la sorte equivoca che, in sede di prevenzione, è riservata alle eccezioni di inutilizzabilità dell'atto dal quale la notizia o l'informazione è tratta²⁶;

b) sulla concezione dell'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale, nonostante l'identità dell'oggetto dell'accertamento, sarà quasi inevitabile che ad ogni decisione di condanna per taluno dei reati di cui all'art. 51, co. 3-bis, c.p.p. consegua il procedimento di prevenzione, posto che il richiamo all'indizio, in caso di condanna penale, risulterà ovviamente integrare appieno il "*livello probatorio*" necessario ad integrare anche il presupposto del giudizio di pericolosità sociale. Se già l'applicazione della misura di prevenzione al soggetto condannato per associazione di tipo mafioso costituisce una sorta di superfetazione rispetto all'ambito normale dell'accertamento in sede di prevenzione, ancor più lo è nei nuovi casi considerati dalla lett. b) dell'art. 4 in esame, laddove con maggiore incisività si pone il problema della *legalità delle limitazioni alle libertà sostenibili* quale conseguenza dell'unicità del fatto commesso. Va ricordato, infatti, che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che quando un singolo fatto integra due differenti figure di condotte ritenute comunque illecite, l'identità degli elementi costitutivi ed essenziali impone che il soggetto sia perseguito (e san-

²⁶ Basta ricordare, in proposito, quanto accade in tema di intercettazioni, laddove superata, come si vedrà, l'inutilizzabilità nel giudizio di prevenzione di quelle dichiarate inutilizzabili in sede penale, nonostante l'art. 15 Cost. e l'art. 8, C.e.d.u. espressamente lo vietino, il disposto dall'art. 25-ter del d.l. n. 306 del 1992, di contrasto alla criminalità mafiosa, consente ancora le "*intercettazioni preventive*", autorizzate, senza l'intervento di alcun Giudice, dal Procuratore della Repubblica del luogo nel quale devono essere eseguite, non solo a seguito di richiesta della polizia giudiziaria (che le esegue) quando questa «*lo ritenga necessario al fine di controllare le persone nei cui confronti sia stata applicata una misura di prevenzione*» (la disposizione è ripresa dall'art. 78 del d.lgs. n. 159 del 2011 che, quanto alle forme richiama *in quanto compatibile* l'art. 268 c.p.p.), ma, a richiesta del direttore della D.I.A., dei responsabili dei servizi centrali o interprovinciali di polizia e del questore, «*quando esse siano necessarie per l'attività di prevenzione e di informazione in ordine ai reati previsti dall'art. 51, comma 3-bis*».

zionato) solo per una delle due figure²⁷, per cui, non pare proprio che alla condanna per taluno dei reati considerati dall'art. 51, co. 3-bis, c.p.p. possa aggiungersi *in sovrappiù* la misura di prevenzione, senza così sconvolgere il senso della proporzione che correla e giustifica le conseguenze comunque sanzionatorie a carico dell'autore di un fatto costituente reato.

Questioni particolari propone l'applicabilità della misura di prevenzione al c.d. *concorrente esterno* in associazione di tipo mafioso. In proposito va fatta una precisazione sull'andamento della prassi in relazione all'approccio al tema della pericolosità sociale del soggetto indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa. La giurisprudenza di legittimità, infatti, sin dalle prime applicazioni della l. 575 del 1965, ha affermato che non esiste uno *status* di indiziato di *appartenente* ad associazione mafiosa preesistente alla pronuncia giudiziale, sicché tale appartenenza deve essere accertata con apposita indagine dalla stessa pronuncia che applica la misura di prevenzione²⁸, con l'espressa precisazione che deve essere accertata, non soltanto l'attualità della pericolosità ma l'attualità della appartenenza²⁹. In seguito, invece, si è progressivamente attestato l'orientamento secondo cui per gli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso l'appartenenza implica di per se stessa una «*latente e permanente pericolosità*»³⁰, sicché l'attualità può essere esclusa soltanto ove accertato, a parte il decorso del tempo da solo non decisivo, il recesso dal sodalizio o la disintegrazione dello stesso³¹. Ciò, almeno fino a quando, ma solo di recente, si è fatta strada l'indirizzo che, come si è detto, ha rivalutato la distinzione tra presupposto e accertamento della pericolosità, escludendo in

²⁷ Corte eur. dir. uomo, 30 maggio 2002, W.F. c. Austria; Id., 30 maggio 2002, Sailer c. Austria; Id., 6 novembre 2008, Ismayilov c. Russia; Id., 9 giugno 2005, Baklanov c. Polonia; Id., 23 settembre 2008, Grayson e Bernham c. Regno Unito, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1698.

²⁸ Così, Cass., Sez. I, 7 marzo 1977, Ortoleva, in *Cass. pen.*, 1978, 1539; Id., 23 gennaio 1973, Vicari, *ivi*, 1974, 452.

²⁹ Cass., Sez. I, 23 gennaio 1973, Bellone, in *Cass. pen.*, 1974, 453; Id., 26 gennaio 1970, Marino, in *Giur. it.*, 1971, II, 105.

³⁰ Cass., Sez. V, 20 ottobre 1993, Alfano, in *Cass. pen.*, 1995, 161, nella quale si fa appunto riferimento alla «*latente e permanente pericolosità*» e si richiede, per escludere l'attualità, l'acquisizione della «*prova certa e rigorosa del recesso dal sodalizio criminoso*», mentre nelle altre sentenze che si occupano del recesso è richiesta soltanto.

³¹ In tal senso, pur con sfumature diverse, Cass., Sez. I, 20 novembre 1998, Iorio ed alt., in *Cass. pen.*, 1999, 3238, che, pur escludendo il recesso, ha ritenuto comunque necessaria l'esistenza di elementi dai quali «*possa ragionevolmente desumersi che l'appartenenza sia venuta meno*», ricavando il principio dalla considerazione che gli artt. 1 e 2 l. n. 575 del 1965, a differenza di quanto previsto dall'art. 3, co. 1, l. n. 1423 del 1956, non facevano riferimento alla pericolosità, che per essere tale deve essere necessariamente attuale, bensì soltanto all'appartenenza all'associazione; Cass., Sez. I, 27 gennaio 1998, La Rocca, in *Cass. pen.*, 1999, 1250; Id., 24 marzo 1997, Fraglica, *ivi*, 1998, 1778.

proposito le facili presunzioni che hanno caratterizzato la giurisprudenza precedente³².

In tale contesto, la stessa giurisprudenza ha pure affrontato il problema della “appartenenza” per ciò che concerne appunto il *concorso esterno*, attestandosi nella affermazione, secondo cui «*in tema di procedimento di prevenzione, la condizione per l'applicabilità della misura, se non può prescindere dalla verifica di una pericolosità qualificata, anche in rapporto di attualità temporale del proposto, deve ancorarsi ad un sostrato giudiziario che disegni un quadro di ragionevole probabilità dell'appartenenza del proposto stesso ad associazioni di tipo mafioso. Nell'area dei soggetti indiziati di appartenere a tali associazioni, tale condizione va estesa anche a coloro i quali vanno definiti cosiddetti concorrenti esterni, inteso il concetto di appartenenza in senso lato, ben diverso da quello di partecipazione all'associazione, come inserimento all'interno della struttura associativa delinquenziale*»³³.

Nonostante sia evidente che tale indirizzo si inserisca pienamente nel solco tracciato dalla presunzione di pericolosità proposta dalla giurisprudenza in tema di appartenenza del soggetto all'associazione mafiosa, è parimenti evidente come esso solleciti l'attenzione dell'interprete sulla necessità di individuazione di parametri certi di riferimento in ordine al giudizio di pericolosità sociale, più che di equiparazione del *concorrente esterno* all'appartenente all'associazione mafiosa. Si è visto come rispetto al giudizio di pericolosità sociale l'appartenenza del soggetto a taluna delle categorie soggettive individuate dall'art. 4 d.lgs. n. 159 cit. costituisca mero presupposto e come una lettura attenta del combinato disposto di detta norma col successivo art. 6 imponga che siano sussistenti fatti che rendano concreta la probabilità del soggetto di porre in essere condotte antisociali. Se ciò vale in senso assoluto per ciascuna delle categorie soggettive delineate dalla norma suddetta, è a domandarsi se la *figura* del c.d. *concorrente esterno* rientri nella previsione di cui alla lett. a) del cit. art. 4, che esplicitamente considera gli indiziati di *appartenenza* alle associazioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero se a seguire la con-

³² Cass., Sez. I, 26 febbraio 2010, R.A., in *Mass. Uff.*, n. 246308; Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2012, Giacobbe, in *Giur. it.*, 2013, 1655.

³³ Cass., Sez. VI, 17 marzo 1997, Prisco, in *Cass. pen.*, 1998, 935. Nello stesso senso, più di recente, pur se secondo diversa prospettiva, Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, L.C., in *Mass. Uff.*, n. 256769, secondo cui «*in tema di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenere ad associazione di tipo mafioso, il principio secondo cui il requisito dell'attualità della pericolosità è da considerare implicito nella ritenuta attualità dell'appartenenza opera anche quando quest'ultima assume la forma del concorso esterno, caratterizzato dalla non temporaneità del contributo prestato al sodalizio e, quindi, dalla presunzione di attualità del pericolo, salvo che non ricorrano elementi dai quali si desuma l'avvenuta interruzione del rapporto*».

figurazione stessa dell'ipotesi *esterna* di concorso in associazione mafiosa così come individuata dalla giurisprudenza essa non rimanga al di fuori di quella categoria.

Individuato il fulcro del *concorso esterno* in associazione mafiosa «*nel contributo atipico alla realizzazione della condotta tipica dei partecipi*», e affermato che «*per partecipazione deve intendersi la permanenza del soggetto ad una struttura associativa*» è di tutta evidenza come nell'ipotesi concorsuale *esterna*, non solo è esclusa *in nuce* la *permanenza*, ma, pure, la possibile riconduzione della condotta posta in essere alla *appartenenza* richiesta dalla legge. Può dirsi, anzi, che sia dogmaticamente errato sostenere che taluno possa essere ritenuto *appartenente* ad associazione mafiosa sol perché abbia posto in essere condotte che, esaurite nel tempo, siano state giudicate idonee ad integrare la fattispecie del *concorso esterno* in associazione di tipo mafioso, dal momento che, nel caso, il concorrente, per definizione, non entra a *far parte* dell'associazione; cosa che sta a significare che egli non è coautore della stabile permanenza del vincolo associativo, ma si limita a porre a disposizione degli altri - di coloro, la cui condotta è costituita dalla stabile permanenza nell'associazione - il proprio contributo che, anche in tal caso per definizione, non è caratterizzato dalla stabilità ed è ormai compiuto nel tempo.

4. (Segue): c) cautele reali e decisioni patrimoniali.

Ai sensi dell'art. 30, co. 1, d. lgs. n. 159 del 2011, «*il sequestro e la confisca di prevenzione possono essere disposti anche in relazione a beni già sottoposti a sequestro in un procedimento penale. In tal caso la custodia giudiziale dei beni sequestrati nel processo penale viene affidata all'amministratore giudiziario, il quale provvede alla gestione dei beni stessi ai sensi del titolo III. Questi comunica al giudice del procedimento penale, previa autorizzazione del tribunale che ha disposto la misura di prevenzione, copia delle relazioni periodiche*». Si tratta, come autorevolmente affermato³⁴, di una innovazione significativa, in quanto la precedente disciplina prevedeva l'esatto contrario: che, cioè, il sequestro e la confisca disposti in sede penale prevalevano sulle misure di prevenzione.

Il privilegio della cautela e della confisca di prevenzione ha mutato i rapporti di coesistenza dei due tipi di misure reali disposti nei due diversi ambiti, anche se, al dunque, l'esigenza di dare prevalenza alle disposizioni dettate in tema di sequestro di prevenzione e il conseguente affidamento dei beni

³⁴ CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., p. 194.

all'amministratore giudiziario - che ha l'obbligo di provvedere alla relativa gestione nel rispetto di quanto stabilito dagli artt. 36 e ss. d.lgs. n. 159 - ha rilievo più sulla gestione dei beni che su altro.

Evidentemente, a seconda delle evenienze che si possono in concreto verificare, il d.lgs. cit. prevede disposizioni particolari. E si ha, quindi, che:

a) nei casi della revoca del sequestro o della confisca disposti in sede di prevenzione al giudice penale è attribuito l'esercizio di un'ampia discrezionalità, potendo procedere sia alla nomina di un nuovo custode che confermare invece l'amministratore giudiziario già designato in sede di prevenzione;

b) qualora il provvedimento definitivo di confisca emesso in sede di prevenzione intervenga prima della sentenza irrevocabile di condanna che dispone la confisca dei medesimi beni, le attività di gestione, vendita, assegnazione o destinazione si svolgono nel rispetto delle disposizioni contenute nel titolo III del d.lgs. n. 159, cosicché il giudice che, successivamente, disponga la confisca in sede penale non può che dichiarare che la stessa è già stata eseguita in sede di prevenzione;

c) lo stesso, in sostanza, avviene nel caso inverso in cui la sentenza irrevocabile di condanna che ordina la confisca è pronunciata prima dell'adozione della misura di prevenzione patrimoniale. In tal caso, specularmente, la decisione di confisca di prevenzione dichiara la stessa già eseguita in sede penale;

d) alla vendita, all'assegnazione e alla destinazione dei beni si applicano le norme relative alla confisca divenuta definitiva per prima.

Stante l'ampiezza dell'espressione *procedimento penale* utilizzato dall'art. 30 cit., non sembra costituire problema il mancato inserimento nella norma dell'ipotesi di sequestro *ex art. 12-sexies* d.l. n. 306 del 1992³⁵. Infatti, anche nel caso in cui i provvedimenti cautelari e le decisioni di confisca sono disposti *in executivis*, la fase di esecuzione altro non è che una fase del processo, in quanto «è indubitabile che il processo non si esaurisca che con la sua esecuzione»³⁶.

5. (Segue): d) concorrenza tra misura di prevenzione, misura di sicurezza e pena.

L'art. 13 d.lgs. n. 159 stabilisce che «quando sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva o la libertà vigilata, durante la loro esecuzione non si può

³⁵ In proposito, GALANTI, *La revocazione della confisca ed i rapporti del procedimento di prevenzione con il procedimento penale*, in *Il codice antimafia. Commento al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, a cura di Malagnino, Torino, 2011, p. 87.

³⁶ SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 724.

far luogo alla sorveglianza speciale; se questa sia stata pronunciata, ne cessano gli effetti». Il successivo art. 15 prevede, però, che «il tempo trascorso in custodia cautelare seguita da condanna o in espiazione di pena detentiva, anche se per effetto di conversione di pena pecuniaria, non è computato nella durata dell'obbligo del soggiorno» (co. 1), aggiungendo, in maniera evidentemente contraddittoria, che «l'obbligo del soggiorno cessa di diritto se la persona obbligata è sottoposta a misura di sicurezza detentiva» (co. 2), mentre, nel caso in cui alla persona obbligata a soggiornare sia applicata la libertà vigilata, questa verrà eseguita dopo la cessazione dell'obbligo di soggiorno. Nonostante la sostanziale identità di situazioni, si è davvero in presenza di vistose differenze la cui ragione sfugge.

Siccome in ordine ai rapporti in esame il d.lgs. n. 159 non ha mutato alcunché rispetto al panorama normativo previgente, si è in attesa di verificare l'incidenza dell'intervento della Corte costituzionale del quale s'è detto³⁷ e, in particolare, per un verso, il modo nel quale debba funzionare il criterio di esclusione dell'automatica esecuzione della misura di prevenzione nei confronti del soggetto scarcerato dopo espiazione di pena detentiva protratta nel tempo; per altro verso, gli sviluppi ulteriori che, nell'intero ambito dei rapporti tra pene, misure di sicurezza e misure di prevenzione, può avere la conclusione cui è pervenuta la Corte. Stabilita, infatti, l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 15 d.lgs. n. 159 del 2011 nella parte in cui entrambe le norme «non prevedono che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura»³⁸, evidentemente, non solo resta da stabi-

³⁷ Si tratta di Corte cost., n. 291 del 2013, cit., sulla quale v. nota 15.

³⁸ Va detto che la conclusione della Corte costituzionale era stata anticipata, per così dire, da una decisione di legittimità che, però, aveva limitato la necessità di procedere a nuovo esame della pericolosità sociale soltanto ai casi di misura di prevenzione senza obbligo di soggiorno. Cass., Sez. I, 7 luglio 2010, D.G., in *Mass. Uff.*, n. 247958, aveva stabilito, infatti, che «la ripresa di efficacia della misura di prevenzione della sorveglianza speciale senza obbligo di soggiorno, interrotta da un apprezzabile periodo di carcerazione a carattere non cautelare, non può prescindere da una nuova valutazione di pericolosità sociale del soggetto medesimo, posto che una così rilevante limitazione dei diritti di libertà per ragioni extrapenalì e di pura prevenzione di polizia non può essere giustificata se non in forza di un esplicito riconoscimento di pericolosità del soggetto come valutato all'attualità, tenendo conto, in particolare, che il soggetto, da detenuto, è stato sottoposto a misure di recupero e risocializzazione con conseguente necessità intrinseca di non prescindere e di vagliarne, rispetto al caso concreto, l'efficacia».

lire la forma attraverso la quale deve essere accertata la persistenza della pericolosità sociale, ma pure fino a che punto il principio affermato non sia applicabile pure, *mutatis mutandis*, alla custodia cautelare che sia risultata ingiusta a seguito di intervenuta assoluzione. E, ancora, questa volta in prospettiva di raccordo e di *assimilazione* tra conseguenze comunque sanzionatorie derivanti da una non marcata scissione del rilievo penale della condotta rispetto al giudizio di pericolosità sociale del soggetto, se la decisione di legittimità costituzionale *de qua* abbia rilievo ai fini del raggiungimento di un equilibrato sistema di disciplina interna in linea con le linee direttrici delle garanzie convenzionali.

Va sottolineato, a tal ultimo proposito, che pare essere la scissione tra giudizio di appartenenza del soggetto a taluna delle categorie soggettive individuate dall'art. 4 d.lgs. n. 159 e giudizio di pericolosità sociale attuale imposto dal successivo art. 6 a costituire la base normativa sulla quale evitare, per esempio, che ritenuto taluno socialmente pericoloso in quanto condannato per partecipazione ad associazione mafiosa, non solo, nel momento esecutivo si evitino le naturali sovrapposizioni di pena, misura di sicurezza e misura di prevenzione, ma addirittura ai fini del giudizio sulla pericolosità sociale, si tenga conto di quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo ha deciso, tanto a proposito dei concetti di *accusa* e di *accusato* in relazione alla proposta per l'applicazione della misura di prevenzione, quanto, soprattutto, a proposito della definizione di ciò che è *pena* ai sensi dell'art. 7 C.e.d.u. in relazione al divieto del *ne bis in idem* convenzionale sancito all'art. 4 Prot. Agg. n. 7 C.e.d.u.

Sulle nozioni di *accusa* e di *accusato* va rappresentato che la Corte europea, affermando l'autonomia della nozione di *accusa in materia penale* prevista dalla Convenzione, ha stabilito che «*per decidere se una persona è accusata di un reato occorre tenere conto di tre criteri: anzitutto la classificazione del reato in relazione al diritto nazionale, poi la natura del reato e infine la natura e la soglia di gravità della sanzione*»³⁹. In aderenza a tale affermazione, la Corte ha avuto modo di specificare che, ai sensi dell'art. 6, par. 2, C.e.d.u., per l'accertamento in capo a taluno della qualità di *accusato*, occorre fare riferimento, non solo alla classificazione degli illeciti operata dall'ordinamento statale ma viepiù alla natura del procedimento cui il soggetto sia stato sottoposto e al tipo di sanzione in cui può incorrere⁴⁰. Non si tratta, evidentemente, di

³⁹ Corte eur. dir. uomo, 29 ottobre 1997, A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera, par. 39.

⁴⁰ Corte eur. dir. uomo, 11 febbraio 2003, Y c. Norvegia; Id., 11 febbraio 2003, Ringvold c. Norvegia; Id., 11 febbraio 2003, Hammern c. Norvegia; Id., 11 febbraio 2003, O. c. Norvegia, tutte in situazioni

disattendere le nozioni dei termini *accusa penale* e *accusato* utilizzata negli ordinamenti interni, bensì di evitare che il riferimento esclusivo ad esse impedisca la protezione di diritti individuali concreti ed effettivi⁴¹.

Adottando un'interpretazione autonoma della nozione di *accusa in materia penale* gli organi della Convenzione «hanno gettato le basi per un'estensione progressiva dell'applicazione del profilo penale dell'art. 6 ad ambiti che non rientrano formalmente nelle categorie tradizionali del diritto penale»⁴². Cosicché le procedure relative alle contravvenzioni amministrative⁴³, alle punizioni per inosservanza della disciplina penitenziaria⁴⁴, alle infrazioni doganali⁴⁵, alle sanzioni pecuniarie inflitte in violazione delle leggi sulla concorrenza⁴⁶, alle ammende comminate da giurisdizioni finanziarie e quelle concernenti la violazione delle prestazioni assicurative obbligatorie⁴⁷ non sono sottratte dall'ambito dell'art. 6.

Sulla nozione di pena considerata dall'art. 7 C.e.d.u. va detto, invece, che per giurisprudenza costante della Corte europea essa «possiede una portata autonoma rispetto a quella degli ordinamenti interni», per cui la Corte, «per rendere efficace la protezione offerta dalla disposizione, deve essere libera di andare al di là delle apparenze e giudicare da sé se una misura particolare realizza una pena ai sensi della disposizione convenzionale»⁴⁸. Tale conclusione, ribadita, per altro, proprio in un caso italiano di confisca⁴⁹, è la conseguenza di un articolato argomentare che, riprendendo una non recente decisione, si

in cui l'imputato, assolto da fattispecie penale, era stato sottoposto a procedimento civile per il risarcimento dei danni morali in favore delle presone offese.

⁴¹ Esplicita in tal senso la Corte europea: «indubbiamente, la Convenzione consente agli Stati, nell'ambito della loro funzione di tutori dell'interesse pubblico, di mantenere o istituire una distinzione tra diritto penale e diritto disciplinare, nonché di fissarne i contenuti, ma a talune condizioni. Li lascia liberi di elevare ad illecito penale un'azione o un'omissione che non costituisce esercizio normale di uno dei diritti garantiti (...) [e] simile scelta che ha per effetto l'applicabilità degli artt. 6 e 7, si sottrae, in linea di principio, al controllo della Corte. La scelta opposta, invece, è sottoposta a norme più restrittive. Se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare piuttosto che penale un illecito, o perseguire l'autore di un illecito misto sul piano disciplinare invece che per via penale, l'effetto delle norme fondamentali degli artt. 6 e 7 sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana. Una così ampia libertà rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione» (Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel e alt. c. Regno Unito, par. 81).

⁴² Corte eur. dir. uomo, Gr. Ch., 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia, par. 43.

⁴³ Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, Örtürk c. Germania.

⁴⁴ Corte eur. dir. uomo, 28 giugno 1984, Campbell e Fell c. Regno Unito.

⁴⁵ Corte eur. dir. uomo, 7 ottobre 1988, Salabiaku c. Francia; Id., 25 febbraio 1993, Funke c. Francia.

⁴⁶ Corte eur. dir. uomo, 27 febbraio 1992, Soc. Stenuit c. Francia.

⁴⁷ Corte eur. dir. uomo, 16 maggio 2006, Pirinen c. Finlandia.

⁴⁸ Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Allemagne, parr. 49 e 50; Id., 9 febbraio 1995, Welch c. Royaume-Uni, par. 27.

⁴⁹ Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2009, Sud Fondi S.r.l. c. Italia.

snoda attraverso i seguenti passaggi: «*il punto di partenza di ogni valutazione sull'esistenza di una pena consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata irrogata in seguito ad una condanna per un reato. Altri elementi possono essere ritenuti rilevanti in proposito: la natura e lo scopo della misura; la sua qualificazione nel diritto interno; i procedimenti che hanno condotto alla sua adozione; nonché la sua severità*»⁵⁰.

In forza di tale impostazione, la Corte ha ritenuto sussistere una pena ai sensi dell'art. 7 C.e.d.u., fermando l'attenzione sulla natura, sugli effetti e sulla severità della misura irrogata, a nulla rilevando «*la dichiarata prevenzione*» che, quanto agli effetti, si risolve «*in una vera e propria repressione di condotte comunque illecite*»⁵¹. Per la Corte europea, infatti, è la *repressione* a costituire la “*caratteristica classica*” che definisce la pena⁵² e, in relazione a ciò, il parametro di riferimento è costituito dal rapporto di proporzione tra la gravità della *misura limitativa* e gli scopi in concreto perseguiti dall'ordinamento⁵³.

Le ricadute di ciò sull'interpretazione dell'art. 4, Prot. Agg. n. 7 C.e.d.u. – secondo cui «*nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge ed alla procedura penale di tale Stato*» – sono evidenti⁵⁴ e, di certo, il problema della concorrenza tra pena inflitta per partecipazione ad associazione di tipo mafioso (o per taluno dei reati considerati dall'art. 4 lett. b) d.lgs. n. 159), misura di sicurezza conseguente e misura di prevenzione irrogata sulla presupposta permanenza della pericolosità insita nella partecipazione all'associazione ovvero conseguente alla commissione di taluno degli altri reati considerati non può essere disinvoltamente trascurato.

6. (Segue): e) revisione penale e revocazione patrimoniale.

⁵⁰ Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, cit., par. 27 e 28.

⁵¹ Corte eur. dir. uomo, 6 novembre 2008, Ismayilov c. Russia, cit.; Id., 9 giugno 2005, Baklanov c. Polonia; Id., 23 settembre 2008, Grayson e Bernham c. Regno Unito.

⁵² Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch, cit.; Id., 20 gennaio 2009, Sud Fondi, cit., par. 105-107.

⁵³ In tale prospettiva, la Corte europea sin dalla decisione 24 aprile 1978, emessa nel noto caso “Tyrer c. Regno Unito”, ha ritenuto fosse una *pena* – per altro degradante – la punizione corporale prevista dalla disciplina scolastica. Nello stesso senso, pure, Corte eur. dir. uomo, 25 febbraio 1982, Campbell e Cosans c. Regno Unito, sulla pratica del frustate sul palmo delle mani – c.d. *towse* – in uso nelle scuole inglesi e scozzesi.

⁵⁴ V., in proposito, Corte eur. dir. uomo, 30 maggio 2002, W.F. c. Austria; Id., 30 maggio 2002, Sailer c. Austria; Id., 6 novembre 2008, Ismayilov c. Russia, cit.; Id., 9 giugno 2005, Baklanov c. Polonia, cit.; Id., 23 settembre 2008, Grayson e Bernham c. Regno Unito.

Nella revocazione prevista dall'art. 28 d.lgs. n. 159 cit.⁵⁵, più che di interferenze e rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione, deve parlarsi invece in termini di simmetria tra i casi che possono dar luogo alla revoca della decisione definitiva di confisca e quelli che possono dar luogo alla revisione penale. Anche nel caso considerato dal co. 1, lett. b) art. 28 cit. (e, cioè, l'inconciliabilità tra i fatti accertati con sentenze penali definitive e i presupposti applicativi della confisca), l'interferenza non sussiste e la relazione si risolve nel dar rilievo alla sussistenza di una decisione penale che è, quindi, assunta come elemento condizionante la richiesta di revocazione.

Detto ciò, è il caso di soffermarsi sui casi, pressoché omogenei a quelli considerati dall'art. 630 c.p.p., nei quali è possibile la revocazione, non senza rilevare preliminarmente come, con disposizione sovrapponibile a quella di cui all'art. 631 c.p.p., il co. 2 dell'art. 28 cit., pur non prevedendo alcuna sanzione di inammissibilità in proposito, impedisce che l'impugnativa si risolva comunque in un mero *esercizio dialettico* su quanto non risulti comunque idoneo a dimostrare il difetto originario dei presupposti di adozione della confisca.

L'ipotesi di prove nuove sopravvenute è considerato dal co. 1, lett. a) dell'art. 28, secondo cui la revocazione può essere richiesta «*in caso di scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute alla conclusione del procedimento*». Anche qui la formula è sostanzialmente sovrapponibile a quella utilizzata dall'art. 630, co. 1, lett. c), c.p.p. che prevede, appunto, che il rimedio postumo possa essere richiesto «*se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove*», idonee a rimettere in discussione il giudicato. In relazione a tale ipotesi, non pare che vi siano differenze sostanziali rispetto al *novum* rilevante ai fini della revisione⁵⁶, cosicché, nonostante il tenore letterale della norma sia parzialmente diverso, anche ai fini della revocazione per «*prove nuove sopravvenute*» devono intendersi non solo quelle *temporalmente sopravvenute* al giudicato o quelle *successivamente scoperte*, ma anche le prove non acquisite nel precedente giudizio e le altre, acquisite ma non valutate neppure implicitamente⁵⁷.

⁵⁵ Sull'istituto che costituisce una novità nel sistema della prevenzione, volendo, FURFARO, *La revocazione della confisca definitiva*, in *Misure di Prevenzione*, cit., pp. 659 ss.

⁵⁶ Individua, invece, una differenza rilevante CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., p. 192, che fermando l'attenzione sul dato testuale ritiene che «*a differenza del procedimento di revisione (...) la revocazione della confisca attribuisce rilievo esclusivo alla sopravvenienza di nuove prove dotate di una forza esplicativa e/o dimostrativa tale che la loro rappresentazione sia in grado di disarticolare il ragionamento posto a fondamento del provvedimento di confisca*».

⁵⁷ Così, per la revisione, Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Pisano, in *Mass. Uff.*, n. 220443.

Sul punto, però, è il caso di soffermarsi, per dimostrare come, a sostegno della conclusione ora detta concorrano ragioni (*lato sensu*) sistematiche e, soprattutto, i *limiti* ancora imposti ai motivi deducibili in sede di legittimità del provvedimento ablativo. Aspetti che, renderebbe addirittura *patetico* l'istituto in esame laddove si volesse ritenere che il *novum* rilevante debba essere costituito esclusivamente da quello temporalmente sopravvenuto, dimenticando, così, che l'istituto revocatorio deriva da quella «*revoca in funzione di revisione*» già individuata dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁸ che, in ordine all'individuazione del concetto di prove nuove sopravvenute, non ha mancato di richiamare il *novum* che il *diritto vivente* (la decisione "Pisano", in particolare) aveva individuato per la revisione penale. Logica e armonia sistematica non possono consentire *sbavature*; e, se è stabilito che nel caso di sopravvenienza di prove nuove è possibile la revisione, ciò comporta che i criteri di individuazione del *novum* rilevante per la revisione devono essere considerati *in toto* come rientranti in quelli utili per la revocazione.

Vero ciò, deve rilevarsi dunque come sia ancora valido quanto da tempo affermato per la revoca ex art. 7 legge n. 1423 del 1956 dalla giurisprudenza di legittimità; e, cioè, che ai fini, oggi, della revocazione, la situazione probatoria dimostrativa del difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura «*oltre che derivare da situazioni sopravvenute, può ben riferirsi ad un elemento non considerato nei passaggi argomentativi e nei presupposti formali della decisione*», specificando che per omessa considerazione di elemento di valutazione si intende «*non soltanto il caso di assoluta mancanza di considerazione dell'elemento stesso, ma altresì l'apparente ponderazione di esso, che, seppure indicato, non è stato, però, effettivamente considerato*»⁵⁹.

Anche altre ragioni militano, però, a sostegno della conclusione ora detta. Ci si riferisce in particolare ai limiti entro i quali l'art. 10 d.lgs. n. 159 *costringe* la verifica di legittimità del provvedimento di confisca e al giudizio conseguente alla comparazione del *novum* con le prove già utilizzate per sorreggere l'ablazione.

In relazione ai limiti di deducibilità dei vizi in sede di legittimità, l'art. 10 cit. ha ribadito l'assetto precedente, per cui «*il sindacato di legittimità sui provvedimenti in materia di prevenzione, in coerenza con la natura e la funzione del relativo procedimento, è limitato alla violazione di legge e non si estende*

⁵⁸ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2006, Auddino, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 301.

⁵⁹ Così, Cass., Sez. I, 6 marzo 1992, Santapaola, in *Mass. Cass. pen.*, 1992, 5, 52. In tempi più recenti, nello stesso senso, Cass., Sez. VI, 17 settembre 2004, Cerchia e alt., in *Riv. pen.*, 2005, 741; Cass., Sez. I, 12 aprile 2005, SIB S.p.A., in *Riv. pen.*, 2005, 943.

all'iter giustificativo della decisione, a meno che questo sia del tutto mancante, nel qual caso ci sarebbe comunque violazione di legge»⁶⁰. La giurisprudenza formatasi in tempo precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159, d'altro canto, in perfetta coerenza col dato normativo, ha escluso che fosse azionabile l'istituto di cui all'art. 625-bis c.p.p. nel caso di rilevato errore di fatto del giudizio di prevenzione commesso in sede di legittimità, argomentando nel senso dell'applicabilità di quell'istituto soltanto alle sentenze di conferma di condanna e non ai decreti e, quindi, dell'impossibilità di estendere il rimedio alle misure di prevenzione⁶¹.

Ciò vero, è evidente come il controllo sul giudizio rimanga del tutto pregiudicato, non già soltanto in punto di *tenuta logica* della decisione di merito in quanto *atto*, ma, soprattutto, in ordine alla effettiva rispondenza del giudizio rispetto al portato degli elementi di prova esistenti e alla ponderazione di essi⁶², per cui i limiti di deducibilità dei vizi relativi alla ricostruzione delle vicende rilevanti e l'esclusione della possibilità di agire ex art. 625-bis c.p.p. nel caso di errata lettura di elementi probatori da parte del giudice di legittimità, si pongono come *dati ulteriori* al fine di considerare *novità* rilevante anche l'omessa considerazione di dati di fatto (di prove, cioè) esistenti in atti.

Quanto alla valutazione ai fini del giudizio, la comparazione delle *nuove prove* con quelle evocate a sorreggere il provvedimento di confisca «*non richiede soltanto il confronto di ogni singola prova nuova, isolatamente presa, con*

⁶⁰ Così, Cass., Sez. II, 16 aprile 2009, Di Salvo, in *Mass. Uff.*, n. 244151. La limitazione è stata riconosciuta non irragionevole dalla Corte costituzionale, secondo la quale «*la questione sollevata, pur essendo focalizzata sui limiti di proponibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti che decidono in sede di appello sulla applicazione delle misure di prevenzione, presuppone quindi il problema più generale dei rapporti tra il vizio di violazione della legge processuale (...) e il vizio di motivazione (...) [per cui] qualunque sia sul terreno interpretativo la soluzione di tale problema, le censure di legittimità costituzionale prospettate, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., sul presupposto che la disciplina impugnata precluderebbe di comprendere nello specifico motivo di ricorso per violazione di legge previsto dall'art. 4, undicesimo comma, della legge n. 1423 del 1956 anche il vizio di illogicità manifesta della motivazione, così come definito dall'art. 606, comma 1, lettera e), cod. proc. pen., non sono fondate, per la ragione assorbente che il risultato perseguito dal rimettente non può essere ritenuto costituzionalmente obbligato*» (Corte cost., n. 321 del 2004, in *Gazz. Uff.*, 10 novembre 2004).

⁶¹ In tal senso, Cass., Sez. I, 12 giugno 2002, Mazzaferro e altri, inedita.

⁶² Va ricordato, in proposito, che Cass., Sez. un., 30 ottobre 2003, Calò, in *Giust. pen.*, 2004, III, 350, facendosi carico dell'esigenza dell'armonico combinarsi delle norme e degli istituti del sistema al fine di evitare quanto più possibile la perpetrazione di ingiustizie "giustificate" da testi motivazionali all'apparenza ineccepibili, non ha mancato di rilevare «*l'incoerenza di un sistema processuale che riconosce - prima - la censurabilità mediante ricorso per cassazione del vizio di mancata assunzione della prova decisiva ex art. 606, 1° co., lett. d, c.p.p. e la revisionabilità - poi - della sentenza di condanna sulla base di prove "nuove" ai sensi dell'art. 630, 1° co., lett. c, c.p.p., intendendosi per tali non solo quelle sopravvenute o scoperte successivamente ad essa, ma anche quelle acquisite e preesistenti e che, pur decisive, non siano state valutate neanche implicitamente dal giudice*».

*quelle già esaminate, occorrendo, invece, che la pluralità delle prove riconosciute nuove sia valutata anche unitariamente, vagliandosi, in una prospettiva globale, l'attitudine dimostrativa di esse, da sole o congiunte a quelle del precedente giudizio, rispetto al risultato finale del riconoscimento della insussistenza ab origine dei presupposti per l'applicazione della misura», per cui, essa, «non può essere confinata nei termini dell'astrazione concettuale, ma deve ancorarsi allo specifico contesto procedimentale già esistente e svilupparsi in termini realistici, così da non potere ignorare evidenti segni di inconferenza e/o inaffidabilità delle nuove prove»⁶³. Ciò, evidentemente apporta ulteriore conforto alla tesi che propende per l'interpretazione estensiva del *novum* rilevante. Infatti, l'accessione al concetto di *novum* di qualsiasi fattispecie in cui la prova sia stata pretermessa dal giudice di merito risulta comprovata proprio dall'ontologica contrapposizione delle *prove nuove* rispetto a quelle evidentemente *già valutate*; cosa che, in sostanza, conferma che la proponibilità del rimedio revocatorio dipende dalla *mancata valutazione* della prova più che dalla *mancata esistenza* o *dalla mancata acquisizione della stessa* agli atti processuali.*

L'art. 28, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 159, prevede che la revocazione è possibile «quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca». La situazione considerata non pare sia essenzialmente diversa da quella prevista dall'art. 630, co. 1, lett. a), c.p.p., secondo cui la revisione può essere richiesta «se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale».

L'espresso richiamo operato dalla norma alle sentenze penali *definitive* (*irrevocabili*, cioè) consente immediatamente di escludere dall'ambito delle decisioni rilevanti tutti quei provvedimenti penali adottati con diversa veste formale, quali il decreto penale di condanna, il decreto e l'ordinanza di archiviazione, le sentenze caratterizzate dalla revocabilità, quali quelle di non luogo a procedere. Esso, d'altra parte, induce ad alcune riflessioni circa le differenti *species* di sentenza definitiva: le sentenze a seguito di dibattimento; quelle emesse a seguito di giudizio abbreviato; le altre conseguenti a *patteggiamento*; infine, le sentenze straniere. Su tali *species*, il dibattito avviato per la revisione penale si ripropone *in toto*, non potendosi non rilevare come, in mancanza di

⁶³ Così, CASSANO, *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, cit., pp. 192-192.

distinguo riconducibili a dati normativi esistenti, è la nozione di *sentenza penale definitiva* (con essa intendendosi quella di irrevocabile accertamento *di merito*) ad essere evidentemente insuscettibile di interpretazione. Cosicché, se a differenza degli altri provvedimenti terminativi di una fase ovvero dell'intero procedere in mancanza di un *quid* che le ponga in discussione può fondatamente sostenersi la diversità ontologica di essi con la sentenza, la distinzione tra le sentenze a seconda del modo di accertamento o dell'autorità dalle quali promanano pare davvero frustrare il senso che l'ordinamento assegna alla *sentenza* quale *accertamento* (definitivo) sulla *notitia criminis*.

Tale considerazione, come altrove detto⁶⁴, consente agevolmente di rilevare una certa sterilità del dibattito intercorso a proposito di revisione penale, laddove, accanto all'indirizzo radicale secondo cui il raffronto rilevante ai fini dell'art. 630, lett. a), «è possibile solo tra due accertamenti che abbiano superato il vaglio del dibattimento»⁶⁵, si è collocato l'altro, di chi, argomentando sull'identificazione della decisione quale accertamento più ampio in ordine ai temi di prova, esclude dalla comparazione il provvedimento ai sensi dell'art. 444, ricomprendendovi invece la sentenza conclusiva del giudizio abbreviato⁶⁶, «anche in considerazione della sua intrinseca idoneità a spiegare efficacia extrapenale»⁶⁷. Se, infatti, il codice opportunamente ha ispirato la differenza tra la sentenza e ogni altro provvedimento ad un criterio *formale* («la legge stabilisce i casi nei quali il provvedimento del giudice assume la forma della sentenza, dell'ordinanza o del decreto»: così l'art. 125, co. 1, c.p.p.) il richiamo esplicito operato dalla norma ex art. 630 c.p.p. e da quella ex art. 28 d.lgs. n. 159 alla *sentenza penale* non tollera distinzioni sul provvedimento.

Ciò vero, ogni *sentenza penale irrevocabile* avrà rilievo ai fini della revocazione, a prescindere dal fatto che essa sia pronunciata in dibattimento, o in giudizio abbreviato ovvero a seguito di *patteggiamento*. E lo stesso sarà per la sentenza pronunciata dal giudice straniero laddove essa sia stata riconosciuta ai sensi dell'art. 731 c.p.p.⁶⁸.

Chiaro il senso della *sopravvenienza* e/o della *scoperta* del giudicato penale alla decisione di confisca, l'attenzione va fermata invece sulla *qualità* della relazione e sul relativo giudizio, in quanto, in luogo della *inconciliabilità* tra i

⁶⁴ FURFARO, *La revocazione della confisca definitiva*, cit., p. 675.

⁶⁵ Così, JANNELLI, *Artt. 630-631*, in *Comm. Nuovo C.p.p. Chiavario*, VI, Torino, 1991, p. 348.

⁶⁶ Così, SCALFATI, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova, 1995, p. 102; ma *contra* SPANGHER, *Revisione*, in *Dig. Pen.*, XII, Torino, 1996, p. 135.

⁶⁷ DEAN, *La revisione*, Padova, 1999, p. 54.

⁶⁸ In tal senso, per la rilevanza della sentenza straniera ai fini dell'art. 630 c.p.p., DEAN, *La revisione*, cit., p. 58; *contra*, SPANGHER, *Revisione*, cit., p. 135.

fatti oggetto delle diverse sentenze penali (art. 630, co. 1, lett. a) c.p.p.), la norma in esame si riferisce alla *esclusione* tra i fatti accertati con le sentenze penali e i presupposti per l'adozione della confisca. La differenza di formula, in verità, non pare faccia mutare i termini del giudizio, ove si rifletta sul fatto che, nell'un caso e nell'altro, il raffronto è tra *fatti* che si assumono rilevanti, per la revisione ai fini della loro compatibilità con quelli di cui al giudicato; per la confisca ai fini della compatibilità di essi con quelli che hanno determinato l'adozione del provvedimento di confisca. E si ha, dunque, che, così come l'*inconciliabilità*, anche l'*esclusione in modo assoluto* «*si concretizza nell'assoluta incompatibilità, naturalistica o giuridica sussistente tra due ricostruzioni di fatto operate a sostegno delle rispettive pronunzie*»⁶⁹.

Come per la revisione penale l'art. 630, co. 1, lett. d), c.p.p., l'art. 28, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 159 prevede l'ipotesi dell'adozione della decisione definitiva a seguito di reato, o, per meglio dire, seguendo l'indicazione della norma «*motivata, unicamente o in modo determinante*» sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato. Indubbio che la falsità degli atti o nel giudizio ovvero la commissione di un reato debbano essere accertati definitivamente⁷⁰, il problema, semmai, come segnalato dalla dottrina a proposito della revisione⁷¹, è l'utilità dell'ipotesi specifica e degli eventuali limiti ad essere la stessa sussunta nella fattispecie astratta disciplinata dall'art. 28, co. 1, lett. b). Va rilevata in proposito come la segnalazione della dottrina a proposito della possibilità di sussumere l'ipotesi di cui alla lett. d) dell'art. 630 c.p.p. in quella ex lett. a) dello stesso articolo sia, non solo tutt'altro che impossibile, ma quasi *naturale*. Detto ciò, però, non pare che, soprattutto in tema di disposizioni di garanzia e di tutela della posizioni soggettive quali sono indubbiamente quelle che individuano la rimozione del giudicato ingiusto definendone conseguentemente i limiti, si possa parlare di inutilità *tout court* della disposizione in esame che, appunto per la sua *specificità*, sembra offrire maggiore garanzia, oviando a piè pari ad ogni (sempre possibile) deviazione interpretativa.

⁶⁹ DEAN, *La revisione*, cit., p. 54.

⁷⁰ In tal senso, per la revisione, Cass., Sez. I, 30 settembre 1991, Di Biasi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 286.

⁷¹ JANNELLI, *Artt. 630-631*, cit., p. 357, secondo cui «*intervenuto il giudicato sul reato condizionante la pronuncia di condanna, viene certo a crearsi un rapporto di inconciliabilità tra giudicati*».

7. Interferenze probatorie, trasmigrazione e utilizzazione degli atti.

Si è visto che nella prassi giudiziaria il procedimento di prevenzione spesso nasce e si sviluppa parallelamente ad un processo penale. Questo, talora lo precede, spesso è concomitante con il primo, alcune volte lo segue. Lo sdoppiamento nelle due procedure vede quindi lo stesso soggetto nella distinta veste di proposto e di imputato che è chiamato a rispondere dei medesimi addebiti nella duplice e distinta qualificazione giuridica: di fatto sintomatico di pericolosità sociale da porre a base dell'applicazione di una misura di prevenzione; di fatto di reato corrispondente ad una determinata fattispecie incriminatrice dal cui accertamento può conseguire l'irrogazione di una pena.

Si è visto pure come all'eventuale parallelismo di procedimenti si accompagni la previsione di una sorta di osmosi probatoria motivata da chiare esigenze di economia processuale, essendo previsto il possibile travaso dal processo penale degli atti ritenuti rilevanti per la definizione del procedimento di prevenzione, con una conseguente circolazione di elementi di prova che rende possibile la trasmigrazione di atti dal processo penale a quello di prevenzione.

La giurisprudenza di legittimità, d'altra parte, ha costantemente ribadito la legittimità della c.d. *circolazione probatoria*, stabilendo che, nel corso del procedimento di prevenzione, il giudice di merito è legittimato a servirsi di elementi di prova o di tipo indiziario tratti da procedimenti penali, «*anche se non ancora definiti con sentenza irrevocabile, e, in tale ultimo caso, anche a prescindere dalla natura delle statuizioni terminali in ordine all'accertamento della responsabilità*»⁷².

In verità, il fenomeno della trasmigrazione degli atti ad efficacia probatoria nel procedimento di prevenzione non si esaurisce nei rapporti tra tale procedimento e il processo penale. Evidentemente, però, in tal caso la portata è più ampia, cosicché può dirsi che pur non essendo infrequente la trasmigrazione di atti di altri procedimenti di diversa natura (civile, amministrativa), le eventuali questioni che in tali casi possono sorgere sono modellate e si risolvono secondo lo schema di riferimento proprio del procedimento originario cui afferiscono. Per altro, non sussistendo né nella procedura civile, né in quella amministrativa una fase definibile come procedimentale rispetto alla fase processuale vera e propria, pare proprio che ogni questione concernente la verifica della validità degli atti nella sede di origine e quindi l'utilizzabilità di essi nel procedimento di prevenzione sia agevolmente superabile con la mera

⁷² Così, tra le tante, Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, cit., 3049.

presa d'atto che, a meno di errori marchiani, ciò che si acquisisce non è stato compiuto in violazione di divieti ovvero in assenza di contraddittorio.

Detto ciò, può ripetersi, con autorevole dottrina che «*l'utilizzazione nel procedimento di prevenzione di elementi di prova provenienti da processi penali trae fondamento non solo dalle disposizioni di coordinamento e di economia investigativa contenute nell'art. 23-bis, commi 1 e 2, della legge 13 settembre 1982, n. 646, ma altresì dalla disciplina contenuta nel libro terzo, titolo secondo, capo settimo del codice di procedura penale, che, quale normativa di portata generale, regola non solo il processo penale, ma anche gli altri procedimenti, sempreché per questi ultimi non sia stabilito un regime derogatorio speciale*»⁷³.

Venendo nello specifico, la prima caratteristica che colpisce l'attenzione dell'interprete che si avventuri nello studio dell'attività probatoria volta ai fini di un giudizio di prevenzione (personale o patrimoniale poco importa) è l'assenza assoluta di alcuna norma che definisca l'acquisizione di atti e notizie utili già alla formulazione della proposta di prevenzione. Ciò, maggiormente evidente nei casi di indagini preliminari volte all'azione patrimoniale, comporta l'impossibilità di alcuna tipizzazione di tale attività e determina l'assenza di conseguenze sanzionatrici di quelle eventualmente compiute. In mancanza di presupposti e forme cui attenersi, tali indagini, naturalmente *aperte*, non è previsto che necessitino neppure di atti preventivi di informazione assimilabili, magari, a quelli richiesti per le procedure amministrative di accertamento⁷⁴. Il problema dei limiti nell'attività preliminare alla proposta di prevenzione si pone, in verità, ben oltre l'ambito della informalità degli accertamenti e un esempio significativo è dato dalla possibilità di acquisizione di flussi di comunicazione. Come s'è visto in precedenza, l'ordinamento prevede specifica-

⁷³ SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, cit., p. 224, che, richiamando la Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale (p. 58), ritiene che l'intento di dare vita ad un sistema organico del «*diritto delle prove penali*» costituisca la «*diretrice di fondo seguita (...) in favore di una normativa generale sulle prove*».

⁷⁴ Di «*indagini*», peraltro, il d.lgs. n. 159 del 2011 dice esclusivamente in tema di proposta patrimoniale (art. 19) e la pressoché unanime giurisprudenza formatasi nella vigenza delle omologhe disposizioni precedenti (art. 2 *bis*, legge n. 575 del 1965), ha escluso che sia affetta da nullità l'indagine preliminare non preceduta da avviso di garanzia, ritenendo in genere non applicabile nel caso alcuna delle garanzie previste dal sistema processuale penale stante l'autonomia del sistema delle norme di prevenzione rispetto a quelle del Codice di procedura. La legge n. 241 del 1990, sulle garanzie di informazione e di difesa nel procedimento amministrativo, ha pure esplicitamente escluso l'applicazione di esse nella fase preliminare del procedimento di prevenzione vero e proprio, per cui, allo stato, non può che rilevarsi come anomalo rispetto alle garanzie di conoscenza e difesa il sistema di indagine preliminare che consente il compimento di attività essenzialmente indefinite, segrete e non documentate nei confronti di chi, pure, anche in tale fase avrebbe diritto di difendersi.

mente le intercettazioni c.d. *preventive*: quelle, cioè, volte al controllo delle attività della criminalità organizzata e delle persone sottoposte a misura di prevenzione che, senza l'intervento di alcun giudice, sono autorizzate dal procuratore della Repubblica del luogo nel quale devono essere eseguite, a richiesta degli organi di polizia che le eseguono. Nonostante la *salvezza* in ordine alla utilizzabilità limitata soltanto ai fini della prosecuzione delle indagini e all'assenza di ogni valore a fini di prova, non si può certo dire che esse siano compatibili con le garanzie che la giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione dovrebbe imporre⁷⁵.

A parte ciò, più di una questione si pone in tema di *istruzione probatoria* nel corso del giudizio, laddove un ruolo centrale è assunto dal giudice, che ha poteri discrezionali amplissimi, svincolato dalle iniziative di parte, benché il sistema non disdegni apporti *ad adiuvandum*. Le scansioni probatorie del procedimento in esame rispetto alle regole del giusto processo non hanno bisogno di stigmatizzazione alcuna, soprattutto ove si consideri che le possibilità concesse al giudice di richiedere ed acquisire informazioni e notizie dai vari organi competenti rischia di risolversi sovente in una strana forma di *trasposizione della prova*, rispetto alla quale nessuna opposizione è concessa alla parte. Le informazioni, le notizie, i dati costituiscono, in sostanza, la base del convincimento ancorché non siano acquisite le relative fonti di riferimento, risolvendosi l'accertamento nel mero dato riferito senza la verifica dell'effettivo fondamento di esso.

Su tale *humus* la trasmigrazione degli atti si pone evidentemente come problema ulteriore e del tutto irrisolvibile laddove, anch'esso, non ancorato al rispetto delle regole del giusto processo.

Se prima dell'entrata in vigore della legge n. 63 del 2001 la giurisprudenza era attestata nell'affermare che per la valutazione della pericolosità sociale ben si potessero utilizzare i fatti indizianti emergenti da procedimenti in corso o già definiti⁷⁶, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 111 Cost., il quesito se sia possibile la traslazione dei verbali di prova del processo penale all'interno del procedimento di prevenzione indipendentemente dall'osservanza delle condizioni previste dalle disposizioni processuali penali non può essere più eluso.

⁷⁵ Ciò, senza considerare che, secondo Corte eur. dir. uomo, 16 febbraio 2000, Annam c. Svizzera, «quando sia accertata un'ingerenza nella sfera privata del cittadino, bisogna avere riguardo sia all'esistenza di un fondamento legale, sia alla qualità delle disposizioni normative nazionali, in relazione alla presenza del requisito della prevedibilità delle norme e della possibilità di accesso ad esse da parte dei destinatari delle norme stesse». Nello stesso senso, Id., 19 settembre 2002, Tamosius c. Regno Unito.

⁷⁶ Cass., Sez. I, 28 aprile 1995, Lupo, in *Mass. Uff.*, n. 201722.

Il problema si pone, evidentemente, in relazione alla portata applicativa in sede di prevenzione delle limitazioni previste dall'art. 238 c.p.p.⁷⁷. Seppure è vero che una risposta nel senso dell'esclusione delle limitazioni potrebbe trarsi dal fatto che, come rilevato da un non lontano arresto giurisprudenziale⁷⁸, l'articolo 238, co. 1, consente l'acquisizione di verbali di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento solo in sede di dibattimentale, non pare che ciò sia conforme col principio del contraddittorio nel procedimento di prevenzione. In tal caso, la trasmigrazione dei verbali deve considerarsi ammessa solo ed esclusivamente «*se la prova si sia formata con la partecipazione dell'imputato/proposto e se il suo difensore sia stato posto in grado di esercitare il diritto di difesa*»⁷⁹. In mancanza di tale specifica condizione, infatti, l'utilizzazione dei verbali di prova provenienti da altri procedimenti deve considerarsi preclusa, tranne che sussista l'impossibilità dell'acquisizione della documentazione di atti non ripetibili per cause originarie o sopravvenute, ovvero che l'interessato abbia consentito all'utilizzazione dei verbali delle dichiarazioni (casi ex art. 238, co. 3 e 4) e sempre fermo restando il diritto di ottenere l'esame delle persone delle quali sono state acquisite le dichiarazioni, così come stabilito dall'art. 238, co. 5, c.p.p.

La prassi, salvo quanto si dirà, ha generalmente escluso la possibilità di accertare l'invalidità o l'inutilizzabilità delle prove trasmigrate ad opera del giudice del procedimento nel quale essa è confluita, con la conseguenza (aberrante) che nel caso in cui, successivamente all'acquisizione, le dette prove siano state dichiarate inutilizzabili nel procedimento nel quale sono state acquisite, «*le relative vicende non sono verificabili, né sindacabili da parte del giudice che dispone l'acquisizione*»⁸⁰. Si tratta di una posizione della giurisprudenza che non può essere in alcun modo condivisa per l'evidente (ed assorbente) ragione che «*una simile limitazione dei poteri del giudice ad quem manca di qualsiasi base normativa e trova ostacolo nel principio per cui ogni giudice è legittimato a verificare l'attendibilità delle prove acquisite*».

⁷⁷ Tale disposizione, modificata dall'art. 9, co. 1, lett. a), b) e c) della legge n. 63 del 2001, ammette l'acquisizione di verbali di prova formati in un diverso procedimento penale qualora si tratti di prove assunte nell'incidente probatorio o nel dibattimento. Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2004, Marietti, in *Mass. Uff.*, n. 230879, ha stabilito che, in virtù del principio *tempus regit actum*, la modifica introdotta dalla norma suddetta all'art. 238, co. 2-bis è immediatamente applicabile ai procedimenti in corso, «*non essendo dettata dall'art. 26 della citata legge nessuna disposizione di diritto intertemporale in materia di utilizzazione di verbali di prove di altro procedimento, acquisite dal giudice ex art. 238*».

⁷⁸ Cass., Sez. III, 1 dicembre 2009, B.B., in *Mass. Uff.*, n. 245746; Cass., Sez. I, 14 ottobre 2008, Ceterino, in *Mass. Uff.*, n. 241431, secondo cui, tra l'altro, tali limitazioni non operano nel procedimento in materia di libertà della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza.

⁷⁹ SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, cit., p. 226.

⁸⁰ Cass., Sez. VI, 10 aprile 2007, Polenti, in *Mass. Uff.*, n. 236695.

timato alla verifica della validità degli atti che è chiamato ad applicare, tanto più che, se dovesse negarsi la sindacabilità degli atti oggetto della circolazione, verrebbero ammesse la propagazione di atti viziati e l'elusione delle norme dalla cui osservanza la legge fa dipendere la validità degli atti processuali»⁸¹.

Alla trasmigrazione degli atti deve essere ricondotta anche la disciplina dell'acquisizione delle sentenze irrevocabili contenuta nell'art. 238-bis c.p.p., di quelle non irrevocabili e di documenti provenienti dal procedimento e/o dal processo penale (art. 234 c.p.p.). *Nulla quaestio* in relazione ai documenti (sentenze non irrevocabili comprese), il problema che concerne l'acquisizione delle sentenze irrevocabili si pone negli stessi termini segnalati da tempo a proposito dell'acquisizione nel processo penale. Si tratta, in sostanza, di verificare la compatibilità dell'evidente intento di semplificazione probatoria con la completezza, l'autonomia del giudizio e il rispetto del contraddittorio. L'art. 238-bis, com'è noto, ha superato lo scrutinio di legittimità costituzionale. Il Giudice delle leggi ha, infatti, precisato che «*i limiti posti all'utilizzazione non sono irrilevanti ai fini del giudizio sull'acquisizione, sicché, atteso che la portata del principio del contraddittorio nella formazione della prova deve essere individuata secondo le specificità dei singoli mezzi di prova, la sentenza irrevocabile non può essere considerata un documento in senso proprio, contenendo valutazioni su un materiale probatorio acquisito in diverso giudizio, ma neppure può essere equiparata alla prova orale*», con la conseguenza che «*in riferimento ad essa, il contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto dell'acquisizione, ma in quello della valutazione e, una volta acquisita, le parti rimangono libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze*»⁸².

Va detto in proposito che la portata della norma in esame, più che dalla decisione di legittimità costituzionale ora detta, è stata chiarita dalla giurisprudenza di legittimità. Questa, infatti, non soltanto ha tracciato una nitida distinzione tra acquisizione di sentenze non ancora divenute irrevocabili e acquisizione di sentenze irrevocabili, ma ha individuato i limiti entro i quali la decisione irrevocabile acquisita è utilizzabile *ex se*. Se per le sentenze non irrevocabili - acquisibili al pari degli altri documenti di cui all'art. 234, co. 1, c.p.p. - è stato affermato il principio secondo cui esse possono essere utilizzate come prova limitatamente all'esistenza della decisione e alle vicende processuali in esse rappresentate, ma non ai fini della valutazione delle prove e della ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti, per l'acquisizione

⁸¹ SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, cit., p. 227.

⁸² Corte cost., (ord.) n. 29 del 2009, in *Giur. cost.*, 2009, 210.

delle sentenze irrevocabili è stato affermato il principio secondo cui esso non comporta alcun automatismo decisorio, dovendosi ritenere che il giudice che acquisisce la sentenza «*conservi integra l'autonomia critica e la libertà delle operazioni logiche di accertamento e di formulazione di giudizio a lui istituzionalmente riservate*»⁸³.

Così come per il giudizio penale, dunque, anche per il giudizio di prevenzione il contenuto fattuale delle sentenze irrevocabili pronunciate nel processo penale non crea vincoli alle scelte valutative del giudice di prevenzione, «*in quanto questi ha il potere-dovere di procedere autonomamente all'apprezzamento dei dati storici tratti dalle sentenze irrevocabili, nel contesto di tutti gli altri elementi indiziari disponibili, al fine di accertare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura di prevenzione, senza che sia neppure necessaria la conferma di altri elementi di prova ai sensi del terzo comma dell'art. 192 c.p.p.*»⁸⁴. La necessità che il procedimento di prevenzione sia conformato al principio del giusto processo ha come inevitabile corollario non solo il rispetto del principio del contraddittorio e di quello della parità delle parti, ma anche il limite che argina la discrezionalità del giudice in materia di utilizzazione delle prove vietate dalla legge⁸⁵. In tempi pregressi, parte della giurisprudenza ha tentato di aggirare il divieto di utilizzazione delle prove illegali facendo leva sul principio di autonomia del procedimento di

⁸³ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 80.

⁸⁴ SILVESTRI, *La trasmigrazione e l'utilizzazione degli atti*, cit., 229.

⁸⁵ Va ricordato che nella Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale (p. 61) è stato chiarito come la sanzione della inutilizzabilità veniva a colmare una lacuna del precedente ordinamento processuale in relazione a tutti i divieti probatori che, se fossero stati ancora affidati soltanto alla tutela sanzionatoria della nullità, avrebbero continuato a fruire delle possibili sanatorie, con la conseguenza che il giudice poteva assumere e motivare la sua decisione utilizzando prove vietate, trattandosi di un vizio intrinseco dell'atto tale da impedirne l'uso ai fini della decisione. In tema, esaurientemente, LA ROCCA, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. Pen.*, IV Agg., Torino, 2008, pp. 614 ss.; DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, cit., pp. 167 ss.; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. Pen.*, VII Agg., Torino, 1998, pp. 242 ss.

La giurisprudenza di legittimità (in particolare, Cass., Sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1122) ha precisato, intanto che l'inutilizzabilità, come sanzione di carattere generale, presuppone la presenza di una prova vietata per la sua intrinseca illegittimità oggettiva, ovvero per effetto del procedimento acquisitivo la cui manifesta illegittimità lo pone completamente al di fuori del sistema processuale; poi, che non tutte le ipotesi di inutilizzabilità, espressamente previste dal nostro codice, sono riconducibili nella categoria delle prove oggettivamente vietate, quanto, piuttosto, in quella delle prove formate o acquisite in violazione dei diritti soggettivi tutelati dalla Costituzione, e, perciò, assoluti ed irrinunciabili; infine, che in tutte le ipotesi, pur se non tutte sussumibili nella previsione dell'art. 191 c.p.p., sono partecipi degli stessi effetti, non già in virtù di una scelta immotivata del legislatore, ma perché è il vizio del procedimento formativo o acquisitivo della prova a sollecitare un radicale trattamento sanzionatorio, incompatibile con la possibilità di sanatorie e decadenze e, quindi, non realizzabile attraverso la sanzione della nullità.

prevenzione rispetto a quello penale, proponendo, così, l'errata conclusione di una sorta di affievolimento della sanzione dell'inutilizzabilità oggettivamente ingiustificata a considerare i diritti che il vizio della prova tutela. Di recente, però, la stessa giurisprudenza, ha avuto modo di sottolineare come al tradizionale orientamento, improntato al principio della piena utilizzabilità di qualsiasi documento indiziario purché certo e idoneo a giustificare il convincimento del giudice sulla pericolosità sociale del soggetto, può validamente contrapporsi un altro che, ferma restando l'autonomia dei due giudizi, consideri in maniera omogenea i fenomeni probatori relativi alle medesime situazioni rilevanti e, nella sostanza, ai medesimi fini.

In forza di tale ultima impostazione, si ritiene, ormai, che il materiale probatorio acquisito nel processo penale possa essere utilizzato nel procedimento di prevenzione «*non in maniera indiscriminata, bensì individuando limiti all'utilizzabilità in presenza di vizi che determinano una patologica inutilizzabilità, ad esempio quando si tratta di prove assunte in violazione dei diritti garantiti da principi costituzionali*»⁸⁶.

La regola segnata dalla decisione ora detta è stata, nel tempo, applicata, tanto in presenza di dichiarazioni rese da coimputato o da imputato di reato connesso ritenute inutilizzabili nel processo penale⁸⁷, quanto nel caso di intercettazioni dichiarate inutilizzabili (anche per difetto di motivazione sull'indisponibilità degli impianti d'ascolto) nel processo di cognizione⁸⁸. Tale regola ha trovato, poi, definitiva applicazione con una decisione di legittimità che, affermando l'esigenza di una lettura del procedimento di prevenzione in linea con i principi del giusto processo interno e convenzionale, ha precisato il principio alla base della inutilizzabilità nel giudizio di prevenzione delle intercettazioni inutilizzabili ai sensi dell'art. 271 c.p.p.: quello, secondo cui, «*la inosservanza delle relative garanzie di legalità finirebbe, altrimenti, per contaminare e compromettere il giusto procedimento di prevenzione, che tale può definirsi soltanto se basato su atti legalmente acquisiti*»⁸⁹.

⁸⁶ Cass., Sez. VI, 30 settembre 2005, Nicastro, in *Giur. it.*, 2006, 1482.

⁸⁷ Cass., Sez. VI, 25 ottobre 2007, C.F., in *Dir. pen. proc.*, 2009, 90. In tema, BOCCHINI, *La prova nel procedimento di prevenzione*, in *La prova penale*, cit., pp. 807 ss.

⁸⁸ Cass., Sez. I, 15 giugno 2007, Musolino, in *Mass. Uff.*, n. 236670; Cass., Sez. V, 5 febbraio 2009, C.T.A., *ivi*, n. 243418.

⁸⁹ Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, in *Cass. pen.*, 2010, 3049. In tema, BELTRANI, *Gli effetti dell'inutilizzabilità delle intercettazioni dichiarata in sede di cognizione*, in *Cass. pen.*, 2010, 3049; SECHI, *Intercettazioni e procedimento di prevenzione*, *ivi*, 2011, 1082; MANUALI, *Procedimento di prevenzione ed intercettazioni: prosegue il percorso delle Sezioni Unite nella valorizzazione dei principi del giusto processo*, in *Riv. pol.*, 2011, 575.

La prassi recente – secondo la quale, tra l’altro, è illegittimo il decreto di applicazione della misura di prevenzione personale e patrimoniale qualora il giudizio di pericolosità qualificata del proposto sia stato fondato su dichiarazioni accusatorie indirette, inutilizzabili ai sensi dell’art. 195, co. 7, c.p.p., «non essendo la fonte conoscitiva delle stesse identificata né identificabile»⁹⁰ – consente previsioni di sviluppi interessanti rispetto a situazioni che, per *ratio* e garanzie sottostanti, paiono essere simili a quelle considerate, quali, ad esempio, tutti i *divieti di testimonianza* (e non solo di quelli relativi alle voci correnti nel pubblico *ex art.* 194 c.p.p.) sanciti dalle disposizioni del codice di procedura penale.

Un problema particolare è posto dalla utilizzazione delle chiamate in correità non sorrette da riscontri esterni individualizzanti. In tal caso, infatti, è la disposizione di cui all’art. 192, co. 3, c.p.p. a doversi intendere. Se essa stabilisce una regola normativa di valutazione della prova e non di esclusione di essa, non par dubbio che non può confondersi il limite all’utilizzazione del dato di conoscenza col limite al libero convincimento del giudice su quel dato; se, invece, come pure proposto⁹¹, la disciplina in esame contiene un vero e proprio divieto di utilizzazione delle chiamate di correo non sorrette da riscontri che ne confermano l’attendibilità, il discorso evidentemente muta. In concreto, la prassi è attestata nel senso che «*per l’accertamento della pericolosità del proposto il giudice non incontra l’ostacolo del divieto probatorio e può, quindi, utilizzare chiamate di correo, che, pur non assurgendo al rango di prova perché prive di riscontri esterni individualizzanti, raggiungano il livello di indizio, risultando intrinsecamente attendibili sulla base di un approfondito e stringente vaglio critico delle dichiarazioni rese dal coimputato o dall’imputato in un procedimento connesso*»⁹².

⁹⁰ Cass., Sez. V, 27 ottobre 2010, Cassano, in *Mass. Uff.*, n. 249691.

⁹¹ NOBILI, *Art. 192*, in *Comm. nuovo C.p.p. Chiavario*, Torino, 1990, p. 418, il quale ritiene che «*il precetto sui necessari riscontri – anche indiziari (comma 2) – escluda (vieti) l’utilizzabilità di dichiarazioni che, al momento del decidere, risultino rimaste prive di tali c.d. riscontri*».

⁹² Così, Cass., Sez. V, 31 marzo 2010, Spina, in *Mass. Uff.*, n. 247502, che ha annullato, a causa della mera apparenza della motivazione, un decreto applicativo della misura fondato su un giudizio di pericolosità impennato sulle dichiarazioni di due collaboratori di giustizia risalenti e generiche, benché il proposto fosse stato assolto, sia pure, ai sensi dell’art. 530, co. 2, c.p.p., dal delitto di partecipazione ad associazione mafiosa.