

QUESITI

PATRIZIA MORELLO

La problematica disciplina degli eredi nel processo di prevenzione valutata alla prova dei fatti

Le misure di prevenzione, anche se con accenti diversi, sono ritenute estranee alla *matière pénale*. Posizione, questa, assunta dalla Corte costituzionale nel giustificare sul piano costituzionale la disciplina riservata agli eredi del proposto deceduto nel corso del giudizio, ovvero prima della sua instaurazione. Tuttavia, malgrado le “peculiarità” proprie delle misure di prevenzione, la questione della loro compatibilità con principi costituzionali regolativi di ogni trattamento punitivo, rimane aperta.

The problematic discipline of the heirs in the prevention process assessed on the facts test

*Prevention measures, even if with different accents, are considered extraneous to the *matière pénale*. This position, taken by the Constitutional Court in justifying the constitutional discipline of the heirs of the deceased in the course of the trial, or before its establishment. However, despite the “peculiarities” of prevention measures, the question of their compatibility with constitutional regulatory principles of any punitive treatment remains open.*

SOMMARIO: 1. La lontananza delle misure di prevenzione dal diritto penale e la giustificata persecuzione dei patrimoni illeciti nonostante la morte del prevenuto. - 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 21 del 2012. - 3. I limiti della giurisprudenza costituzionale concernente gli eredi: l'attribuzione del diritto di difesa e l'effettivo potere di esercitarlo. La vessatoria disciplina dettata dal legislatore. - 4. La lontananza delle misure di prevenzione dal diritto penale non significa lontananza dalle garanzie costituzionali. - 5. Il principio di autonomia e la difesa impossibile. 6. Conclusioni.

1. *La lontananza delle misure di prevenzione dal diritto penale e la giustificata persecuzione dei patrimoni illeciti nonostante la morte del prevenuto.* La morte del prevenuto, nell'ambito della articolata disposizione di cui ai co. 2 e 3 dell'art. 18 cod. antimafia (a seconda che il prevenuto sia deceduto nel corso del processo di prevenzione ovvero prima della sua instaurazione) costituisce una conferma non irragionevole della condivisibilità delle motivazioni che, ruotando intorno alla insopprimibile peculiarità della disciplina di prevenzione, vengono poste a giustificazione dell'ampio divario che separa la complessiva disciplina delle misure di prevenzione dalle disposizioni garantiste dettate dal codice penale, dal codice di procedura penale, dalla Convenzione EDU, ma anche - e potremmo dire soprattutto - dalla Costituzione.

Non è il caso, in questa limitata sede di riflessione, di affrontare il delicato tema dei rapporti tra le misure di prevenzione e il diritto penale al fine di verificare la possibile inclusione ovvero la probabile esclusione delle prime dall'ambito del secondo.¹ Questione che, impostata nei termini tradizional-

¹ La questione relativa alla natura giuridica preventiva ovvero sanzionatoria, delle misure di prevenzione, si segnala come tra le più ampiamente dibattute in dottrina e in giurisprudenza. Per un'analisi recente

mente noti, soffre peraltro di una qualche amputazione degli elementi che, per come vedremo meglio in seguito, dovrebbero essere valutati perché si giunga ad una soluzione più equilibrata.

Tornando ora agli aspetti di condivisibile lontananza della disciplina di prevenzione dal codice penale, occorre osservare che il sostantivo “peculiarità”, entrato nel lessico delle Sezioni unite della Corte di cassazione, come in quello della Corte costituzionale, per giustificare le ragioni della distanza del processo di prevenzione dal “giusto processo” di matrice costituzionale² - ed aggiungiamo, anche dal reato - ha la indiscutibile funzione di indicare con chiarezza le ragioni che rendono incompatibile questa materia con la disciplina

del tema, cfr. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 189 e ss. Per una sintesi delle diverse posizioni dottrinali cfr. MAUGERI, *La resa dei conti: alle Sezioni Unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; nonché MENDITTO, *Le sezioni unite verso lo “statuto” della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, *ivi*; e MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, *ivi*. In giurisprudenza, come noto, è oggi abbastanza salda la affermazione della natura preventiva delle misure personali. Si esprime in tal senso già Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo e altri, in www.dejure.it, che, sganciando il giudizio di pericolosità sociale dai criteri di cui all'art. 192 c.p.p., in linea con “le profonde differenze, di procedimento e di sostanza” che intravede tra le due sedi, penale e di prevenzione, riferisce la seconda a una complessiva notazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato e che sono verificate in un procedimento che, pur se giurisdizionalizzato, vede quali titolari della delibazione di prevenzione soggetti diversi, appartenenti all'amministrazione. Tale natura preventiva, che è alla base anche delle affermazioni della pronuncia Corte cost., 09/02/2012, n.21, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 224, qui in commento, che la assume come premessa giustificativa, sul piano costituzionale, della disciplina riservata agli eredi del proposto deceduto nel corso del giudizio, ovvero prima della sua instaurazione, è stata poi di recente affermata, nell'ambito della nota vicenda De Tommaso, tanto dalla Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in www.dejure.it, quanto dalla Corte costituzionale che, con la sentenza Corte cost., 27/02/2019, n.24, in *Giur. cost.*, 2019, 1, 292, ha ulteriormente confermato tale natura, ritenendola indiziata dal requisito della pericolosità sociale richiesto ai fini della misura personale della sorveglianza speciale. La Corte costituzionale, pur non negando che le misure di prevenzione personali posseggano una indubbia dimensione afflittiva, la considerano però soltanto una conseguenza collaterale delle misure in oggetto, il cui scopo essenziale non è individuato nella punizione, bensì nel controllo per il futuro della pericolosità sociale, escludendone espressamente il carattere sanzionatorio-punitivo. Per un commento sulle sentenze della Corte costituzionale n. 24 e 25 del 2019, cfr. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte Edu*, in www.penalecontemporaneo.it.

² Basti considerare, tra le tante, Corte cost., 12/03/2010, n.93, in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3818, che esalta le ripetute affermazioni delle pronunce Corte EDU, Sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, 2, 828; Corte Edu, Sez. II, 8 luglio 2008, Pierre e altri c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, 11, 4412; Corte Edu, Sez. II, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, 4, 1665) che “colgono le specifiche peculiarità del procedimento di prevenzione, che valgono a differenziarlo da un complesso di altre procedure camerali”. Nello stesso senso Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, *cit.*, che infatti non a caso richiama proprio tali osservazioni della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo.

dettata dall'art. 150 c.p.

Al riguardo non soltanto basterà ricordare che il giudice della misura di prevenzione non deve pronunciare sentenza con riferimento a un reato, ma deve soltanto verificare la pericolosità sociale del prevenuto anche nei casi in cui questa discenda da reato³ ed è pertanto chiaro che non può dichiarare la estinzione di un reato che non è nemmeno oggetto di contestazione. Ma per di più sarebbe irragionevole che si consentisse agli eredi di un patrimonio di illecita provenienza di avvantaggiarsi della morte del loro dante causa, dato anche il rilievo che la legge intende conferire alla oggettiva pericolosità dei patrimoni illeciti e al danno che in caso contrario ne deriverebbe sul piano della opposta esigenza di tutela da assegnare alla economia di lecita formazione.

In altri termini, costituendo la morte del prevenuto un evento neutro rispetto alla *ratio* della prevenzione patrimoniale, è scontato che in simili casi la applicazione della misura personale non possa fungere da condizione necessaria di quella patrimoniale, risultando cionondimeno un presupposto da accertarsi, sia pure "ora per allora".

Tutto ciò premesso, sarebbe superficiale trarre da quanto precede la conclusione affrettata secondo la quale la disciplina dettata in materia sia immeritevole di critiche. In altri termini, dalla affermazione secondo la quale in simili casi il processo di prevenzione deve proseguire (ovvero deve essere iniziato) per accertare la liceità del patrimonio, non può discendere, per effetto di un ingiustificato automatismo, l'ulteriore conclusione secondo la quale la disciplina legislativa in materia, per come costruita, è anch'essa esente da critiche.

Infatti, sinteticamente, con ciò entrando nel vivo della questione, se è vero che gli eredi non possono avvantaggiarsi della morte del prevenuto - formula che andrebbe arricchita del ben più esplicativo rilievo secondo il quale un patrimonio di origine illecita resta comunque tale indipendentemente dalla morte del suo titolare, se pericoloso - è anche vero che proprio a cagione di questo stesso evento costoro non possono essere "troppo" sfavoriti.

Soltanto allo scopo di concretizzare meglio la questione che stiamo trattando ci sembra opportuno fare riferimento ad una vicenda processuale che, tra

³ Ovviamente questa affermazione si decolora con riferimento ai casi di pericolosità qualificata, rispetto ai quali il doveroso accertamento della sussistenza della condizione di "indiziato di appartenenza" alla associazione, ex art. 4 co. 1 lett. a) cod. ant., anche se non deve essere spinto fino alla verifica di piena sussistenza di un fatto di reato, deve però certamente concernere, mediante la verifica della esistenza di un substrato di indizi "sufficienti", quantomeno la natura strutturale dell'apporto del proposto, anche perché funzionale ad accertare l'attualità della pericolosità di costui (cfr. Cass., Sez. un., 4 gennaio 2018, Gattuso, in *Cass. pen.*, 2018, 5, 1486).

l'altro, ci consentirà di evidenziare taluni altri aspetti strettamente connessi alla posizione degli eredi. In estrema sintesi, il Tribunale penale di Reggio Calabria, Sezione misure di prevenzione, nell'ambito di un procedimento di prevenzione a carico degli eredi di un soggetto deceduto nel corso del medesimo procedimento, con ordinanza in data 11 luglio 2018 disponeva la citazione di un collaboratore di giustizia per farlo deporre sul contenuto di precedenti dichiarazioni da lui stesso rese nell'anno 2002 per fatti verificatisi nell'anno 1992. In particolare, il collaboratore doveva essere sentito quanto alla partecipazione del prevenuto (poi deceduto) ad una riunione delle cosche locali volta a programmare una estorsione concernente l'appalto di rilevanti opere pubbliche. Sul punto giova sottolineare (proprio al fine di consentirci ulteriori riflessioni) che la questione era stata decisa nell'anno 2002 con sentenza irrevocabile dal Tribunale ordinario di Reggio Calabria. Tribunale, questo, il quale aveva assolto gli imputati presunti partecipanti alla riunione - ma tra i quali non figurava il prevenuto perché all'epoca nemmeno imputato del fatto - non essendo state riscontrate le dichiarazioni rese dal medesimo collaboratore quanto alla avvenuta riunione.

2. *La sentenza della Corte costituzionale n. 21 del 2012.* Come è noto, la Corte costituzionale, con sentenza n. 21/2012, ha rigettato la questione di costituzionalità proposta con riferimento all'art. 2-ter, co. undicesimo, L. n. 575/1965, come introdotto dal d.l. 92/2008, conv. dalla L. n. 125/2008, ora trasfuso nell'art. 18 commi 2 e 3 del cd. codice antimafia, approvato con d. lgs. 159/2011.

Il giudice remittente aveva prospettato il contrasto della norma in oggetto con gli artt. 24 e 111 Cost., alla luce delle seguenti argomentazioni. Dopo avere osservato che il sistema della prevenzione esige, anche dopo le modifiche normative del 2008 e del 2009, un collegamento tra il profilo personale e quello patrimoniale del soggetto, si osservava che un passaggio ineliminabile per potere disporre la confisca è costituito dall'accertamento dei presupposti della misura personale, anche se in alcune ipotesi - come quella in esame - tale accertamento è solo incidentale. Ciò posto, il Tribunale rimittente riteneva che l'impossibilità di instaurare un contraddittorio con il soggetto pericoloso, perché ormai deceduto, generasse una lesione sia del diritto di difesa che del principio del giusto processo, costituendo la partecipazione al processo una condizione indefettibile per l'esercizio dei diritti che competono al "contraddittore". In questo solco argomentativo si precisava poi che tali diritti non possono dirsi tutelati dalla sola possibilità di vagliare un materiale istrut-

torio precedentemente raccolto, sia pure nel rispetto del contraddittorio, in un procedimento del quale avesse fatto parte il proposto, successivamente deceduto. E ciò in quanto i successori non si trovano nelle condizioni di potersi efficacemente difendere con riferimento a quei fatti che abbiano coinvolto il proprio ascendente “dei quali potrebbero non essere a conoscenza”.

La Corte costituzionale dichiarava la questione non fondata, affermando in primo luogo che “parti” sono, nel procedimento di prevenzione, i soli successori e non anche il proposto deceduto, talché sarebbero infondate le censure rivolte ad evidenziare una violazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio con riferimento al secondo, che peraltro, in quanto defunto, non può dirsi titolare di una propria posizione processuale.

In secondo luogo, la Corte affermava che anche al successore sono assicurati i mezzi probatori e i rimedi impugnatori previsti per il *de cuius*, con la conseguenza che a poter mutare sarebbe *solo* il “rapporto di conoscenza che lega il successore ai fatti” oggetto del giudizio, tra cui in particolare quelli che integrano il presupposto della confisca. Ciò senza che ne discenda alcuna incidenza sulla possibilità di procedere nei confronti del successore, dal momento che, ad avviso della Corte, potrebbe aversi *soltanto* una incidenza sugli specifici profili del procedimento relativi alle valutazioni giudiziali.

A seguire, la sentenza aggiungeva che il giudice rimettente sarebbe incorso in una impropria sovrapposizione dei connotati del procedimento penale a quelli del procedimento di prevenzione, reso evidente dal richiamo, presente nella ordinanza di remissione, alla giurisprudenza della Corte Edu. Tale sovrapposizione è criticata dalla Corte argomentando sia sotto il profilo della svalutazione della specificità delle diverse sedi processuali in cui avviene l'accertamento, sia sotto il profilo delle peculiarità del procedimento di prevenzione e, in particolare, del procedimento per l'applicazione della confisca, del quale viene sottolineata la specifica *ratio*.

3. I limiti della giurisprudenza costituzionale concernente gli eredi: l'attribuzione del diritto di difesa e l'effettivo potere di esercitarlo. La vessatoria disciplina dettata dal legislatore. Riassumendo in termini essenziali le valutazioni della Corte costituzionale, sul piano della motivazione emergono due nuclei che potremmo definire decisivi.

In primo luogo, la Corte costituzionale afferma che l'acquisizione della qualifica di parte in capo ai successori (a titolo universale o particolare) può determinare un mutamento nel rapporto di conoscenza dei fatti e che da ciò potrebbero ulteriormente discendere conseguenze concernenti le valutazioni

del giudice.

In secondo luogo, la Corte sostiene che non è possibile sovrapporre il procedimento per le misure di prevenzione al diritto penale, negandone così quelle specificità e quelle peculiarità che ne marcano nettamente i lineamenti, differenziandolo dal secondo. Oltretutto, si legge, occorre tenere presente la *ratio* che presiede alla confisca. *Ratio* consistente nella necessità di sottrarre i beni di provenienza illecita al circuito criminale, trasferendoli all'economia legale. Per comprendere meglio le implicazioni connesse ai due poli della motivazione ci sembra opportuno condurre una separata analisi.

Quanto al primo aspetto, il mutamento nel rapporto di conoscenza dei fatti non sembra costituire un elemento neutro o indifferente sul versante del concreto esercizio del diritto di difesa. L'affermazione sembrerebbe non meritare alcuna ulteriore riflessione, data la capacità di auto-dimostrarsi, risultando evidente che chi non conosce i fatti non può nemmeno difendersi. Oltretutto non può sempre compiere – entrando così nello specifico tema delle delicate e complesse ricostruzioni patrimoniali, sia sul piano della derivazione da fatti leciti, sia su quello ulteriore della sproporzione – alcuna utile allegazione di natura documentale nel merito dei due sopra citati presupposti della confisca.⁴

Né può trascurarsi il fatto che, subentrando l'erede nella posizione giuridica del prevenuto, di ciò subisce pure gli effetti sul piano della ripartizione dell'onere probatorio, essendo a questo punto gravato di un *onere* di allegazione al quale dovrebbe anche corrispondere un simmetrico *potere* di allegazione.⁵

⁴ Vi è peraltro da tenere in conto che l'erede può anche essere un soggetto del tutto estraneo alle vicende che hanno interessato il prevenuto; cosa, questa, altamente probabile nel caso di un erede *ex lege* o, sia pure per ragioni diverse, nel caso di un erede anche testamentario, ma di pochi anni di età, come tale, di conseguenza, sostanzialmente all'oscuro delle vicende del prevenuto pur se vicino alla vita di costui.

⁵ Al riguardo, è infatti noto che, benché al proposto sia con ogni evidenza imposto il pesante onere di dimostrare la liceità della provenienza del patrimonio (anche nei casi in cui la prova risulti particolarmente pesante e difficoltosa da fornire, perché relativa a beni acquisiti molti anni prima rispetto al sequestro), la giurisprudenza afferma in modo costante che non di inversione dell'onere della prova si tratterebbe, bensì di un mero onere di allegazione. Ciò in quanto, si afferma ripetutamente, la prova della sproporzione è sempre a carico dell'accusa, gravando sul proposto, una volta che tale onere probatorio sia stato assolto, solo un onere di allegazione diretto a elidere o a sminuire l'efficacia probatoria degli elementi indiziati offerti dall'accusa. La conseguente affermazione, secondo cui la presunzione in oggetto sarebbe solo relativa perché confutabile dal proposto tramite la giustificazione della provenienza dei cespiti, è tralaticamente presente e avallata da Cass., Sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, in *www.dejure.it*. Tra le tante, in linea con quanto affermato da Corte cost., 20/06/2008, n.225, in *Giur. cost.*, 2008, 3, 2528, cfr. Cass., Sez. II, 04 giugno 2015, Friolo, in *Cass. pen.*, 2015, che ritiene manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del sistema normativo in oggetto, per con-

Circostanza, questa, che anche a prescindere da ogni valutazione in termini di costituzionalità, stigmatizza il disfavore del quale è circondata la posizione dell'erede⁶, risultando a questo punto corrispondente alle regole di una legislazione equilibrata la contraria soluzione di addebitare in casi simili l'onere della prova concernente la dimostrazione della illiceità del patrimonio in capo al pubblico ministero.⁷

In altri termini, non persuade il fatto che sia stato in sostanza prospettato un "idealtipo" di erede che, sotto il profilo della conoscenza dei fatti idonei a provare la provenienza lecita del patrimonio o la sua proporzione, è ritenuto

trasto con gli artt. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e 6 e 7 della C.E.D.U., sostenendo che il giudizio di pericolosità, in un'ottica costituzionalmente orientata, si fonda sull'oggettiva valutazione di fatti sintomatici collegati ad elementi certi e non su meri sospetti, senza alcuna inversione dell'onere della prova a carico del proposto, essendo incentrato sul meccanismo delle presunzioni in presenza di indizi. Indizi i quali devono essere comunque provati dalla pubblica accusa, rimanendo a carico dell'interessato soltanto un onere di allegazione per smentirne l'efficacia probatoria. Un onere di allegazione che, si aggiunge, rientrerebbe peraltro "nello stesso interesse del proposto di sminuire od elidere l'efficacia probatoria degli elementi indizianti offerti dall'accusa" (in precedenza, analoghe affermazioni erano riscontrabili, tra le altre, in Cass., Sez. II, 23/06/2004, Palumbo ed altri, in *Cass. pen.*, 2005, 9, 2704; Cass., Sez. II, 27/06/2013, G.F., in *Cass. pen.*, 2013; analogamente, anche di recente la Cassazione parla ancora, senza palesare dubbi, *tout court* di onere di allegazione; cfr. Cass., Sez. VI, 10 aprile 2018, S. A., in *Cass. pen.*, 2018).

L'evidente "truffa delle etichette" si coglie sol che si rifletta sul fatto che, intanto, il meccanismo di *presunzioni in presenza di indizi* cui allude la Corte per sfuggire alla affermazione che si tratti di misure basate sul mero sospetto, dimostra semmai l'opposto. Ossia che il proposto è posto dinanzi a mere ipotesi della pubblica accusa che, basate solo formalmente sui "sufficienti indizi", sono in realtà puramente presuntive, in quanto di fatto lo obbligano a dimostrarne la infondatezza mediante autentiche e piene prove. Talché, nel momento in cui le presunzioni gravano l'imputato della necessità di giustificare la provenienza dei beni, giocoforza sollevano la pubblica accusa dall'onere probatorio. Se invece si trattasse di un autentico onere di allegazione, ad esso dovrebbe conseguire, semmai, tanto un accertamento d'ufficio, quanto un serrato obbligo motivazionale nella fase decisoria in ordine alla provenienza illecita dei beni. Elementi, questi, certamente non richiesti né dalla disciplina in materia, né dalla relativa elaborazione giurisprudenziale. Cfr. sul punto D'ASCOLA, *Impoverimento della fattispecie e responsabilità penale «senza prova». Strutture in trasformazione del diritto e del processo penale*, Reggio Calabria, 2008, 47; VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale della confisca di prevenzione nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 1° giugno 2018, 610. Non sfuggirà, peraltro, che la Corte costituzionale, quando sostiene che non di inversione dell'onere probatorio, ma di onere di allegazione si tratterebbe, è costretta però ad utilizzare nel proprio argomentare un parametro proprio di matrice penalistica, quale è la presunzione di non colpevolezza.

⁶ Basti osservare che il soggetto che riveste la qualifica di erede, se non fosse divenuto tale in conseguenza della morte del proposto, avrebbe rivestito la ben diversa qualifica di "terzo interessato", con ciò fruendo del diritto a che fosse la pubblica accusa a dovere fornire la prova che il bene si trovava nella disponibilità, diretta ovvero anche indiretta, del prevenuto. Dunque, l'erede è, di fatto, un soggetto che risulta per di più sottratto ad una posizione favorevole in conseguenza di un evento che non rientra nella propria sfera di controllo.

⁷ Cfr. per simili considerazioni, D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *questa Rivista*, 2012, 3, 10.

sempre, con un irragionevole automatismo, perfettamente sovrapponibile al prevenuto. Così incorrendo in una generalizzazione “verso l’alto” viziata di irragionevolezza, stante la ovvia possibilità che a rivestire la qualifica di erede ben possa essere anche colui che nulla sa quanto alla formazione del patrimonio controverso. Ciò tanto più ove si osservi che la qualifica di successore (a titolo universale o particolare che sia) non è nemmeno necessariamente coincidente con quella di prossimo congiunto.

È vero, dunque, che la successione comporta quel “mutamento nel rapporto di conoscenza dei fatti” al quale allude la Corte costituzionale. Ma da tale considerazione – in sé esatta – sarebbe dovuta discendere, non già la affermazione che tale mutamento non ha alcuna incidenza sulla possibilità di procedere nei confronti dei successori, bensì, al contrario, una forte presa di posizione a tutela di costoro. Tutela che dovrebbe essere particolarmente stringente, se solo si considera che, come poc’anzi sottolineato, il successore che nulla sa in ordine alla formazione del patrimonio, si trova nondimeno anche gravato di un onere di allegazione cui potrebbe essere del tutto incapace di adempiere. Laddove solo una disciplina che gli consentisse di beneficiare di una diversa ripartizione dell’onere probatorio, potrebbe dirsi autenticamente ispirata a ragionevolezza.

Analogamente rileviamo che non si comprende il senso della conclusiva affermazione della Corte costituzionale – che dovrebbe chiudere il cerchio dell’argomentazione – secondo la quale si intende che l’erede non avrebbe nulla da temere, dal momento che la legge gli attribuisce tutti i poteri inizialmente spettanti al prevenuto. È chiaro infatti che il trasferimento di una posizione giuridica soggettiva da taluno ad altro pone quest’ultimo nella stessa condizione del dante causa solo se è effettivamente in grado di esercitare quegli stessi poteri.⁸ L’ineffettività di una posizione giuridica, invero, non svolge nemmeno una inutile funzione consolatoria.

In aggiunta agli argomenti fin qui sviluppati vi è da osservare che la giurisprudenza della Corte di cassazione, come della Corte costituzionale, sul punto coincidente, sottolinea la necessità che, con riferimento al presupposto della sproporzione, la confisca sia consentita soltanto con riguardo ai beni acquisiti

⁸ Non è del resto discutibile che il diritto di difesa vada inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di *qualsiasi* processo in modo che sia assicurato il contraddittorio e rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti. Concetti, questi, scanditi sin dagli anni ’50, da Corte cost., 18/03/1957, n. 46, in *www.dejure.it.*, con una pronuncia che assegnava alla difesa un’importanza talmente essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, da considerarla addirittura come esercizio di una funzione pubblica.

in rapporto di ragionevole corrispondenza temporale⁹ con i fatti dimostrativi della pericolosità sociale.¹⁰ Se ciò è vero, ne consegue che l'erede può essere costretto, al fine di dimostrare la lecita provenienza del patrimonio acquisito, a compiere un "viaggio nel passato" che non sempre gli è consentito realizzare.

A questo punto saremmo giunti alla dimostrazione della incidenza sul diritto di difesa della condizione di chi è "lontano dai fatti", per usare qui un'espressione equivalente a quella usata dalla Corte costituzionale che definisce una simile situazione come di "diversità" nel rapporto di conoscenza con i fatti. Situazione alla quale la stessa Corte costituzionale lega effetti non trascurabili, dal momento che afferma che da ciò potrebbero conseguire risultati sul piano delle valutazioni rimesse al giudice.

Resta ora da interrogarsi quanto ai rapporti tra la conoscenza dei fatti e il diritto di difesa. Di tale relazione abbiamo sin qui discusso quasi dandola per scontata, addirittura nel senso di una efficacia auto-dimostrativa della semplice affermazione secondo la quale il diritto di difesa implica inevitabilmente la conoscenza dei fatti. Tuttavia, sul punto si potrebbe supporre che il diritto di difesa spetti esclusivamente al difensore tecnico e che questi non sempre sia a conoscenza dei fatti. Riflessione, questa, alla quale conseguirebbe l'irrelevanza della conoscenza dei fatti stessi per essere la difesa esclusivamente affidata a

⁹ Con riferimento al requisito della sproporzione tra redditi o attività economica e beni, è un dato di fatto che la giurisprudenza presume la illiceità della origine e della formazione del patrimonio dal solo fatto che esso appare "sproporzionato". Lì dove tale sproporzione è vagliata esclusivamente alla luce di una mera corrispondenza di tipo temporale tra la formazione del patrimonio e la commissione dei delitti, senza estendere la verifica alla effettiva derivazione causale dei cespiti "sproporzionati" dai delitti. Ma non sarà difficile constatare che ogni qual volta si ragioni di "derivazione da delitto", il rapporto si colora di tratti di tipo palesemente eziologico, il che deve imporre, al contrario di ciò che avviene, una dimostrazione probatoria stringente sul piano della derivazione causale dei vari cespiti dal delitto. Limitarsi a registrare la sproporzione tra il valore dei beni posseduti dall'interessato e il reddito ufficiale dichiarato o l'attività economica svolta alla luce di una mera corrispondenza di tipo temporale, non può dirsi appagante. Occorrerebbe invero verificare se sussiste oppure no una situazione di fatto che spieghi in via alternativa lo squilibrio emerso dal dato documentale, così riconoscendo il dovuto spazio operativo all'efficacia dimostrativa della legittima derivazione dei beni.

¹⁰ Sulla ineludibile necessità di una sovrapponibilità temporale tra il momento di acquisto del bene e quello della sussistenza di pericolosità sociale, cfr. le note pronunce Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 3520 e Cass., Sez. un., 4 gennaio 2018, n. 111, Gattuso, cit., che rimarca altresì il necessario accertamento del requisito della "attualità" e "concretezza" della pericolosità del proposto. Di poco successiva, la pronuncia Corte cost., 09 febbraio 2017, n.33, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, compie un primo passo, in tema di confisca allargata, verso il riconoscimento della valenza processuale del concetto di sproporzione in termini di indizio su cui si regge l'accertamento presuntivo dell'origine illecita dell'arricchimento.

un difensore tecnico, che certamente conosce i fatti intesi nella loro dimensione processuale, ma non necessariamente quelli che si identificano con gli accadimenti dei quali soltanto la parte può essere stata protagonista.

Sul punto è stata la stessa Corte costituzionale a fornire una risposta chiarificatrice¹¹ nel senso di avere frazionato il diritto di difesa includendovi all'interno il doppio livello della difesa tecnica e di quella materiale. Di quest'ultima, afferma la Corte costituzionale, è titolare esclusivamente l'imputato, in quanto protagonista diretto degli avvenimenti e quindi soggetto che, attraverso il racconto di quanto a sua conoscenza, può fornire un contributo difensivo di tipo materiale che il difensore tecnico non può offrire. È chiaro pertanto che non vi è diritto di difesa se la difesa tecnica non è integrata dalla difesa materiale. Difesa materiale che, per l'appunto, tornando ora al tema che stiamo trattando, il successore non è detto possa prestare.

4. La lontananza delle misure di prevenzione dal diritto penale non significa lontananza dalle garanzie costituzionali. Chi scrive dovrebbe sempre prevenire il rischio di contro-obiezioni. Non a caso, alla sequenza argomentativa che sin qui abbiamo sviluppato si potrebbe contrapporre l'obiezione che la Corte costituzionale con la sentenza 21/2012 ha mosso al rimettente. Anche noi avremmo sovrapposto lo statuto del giudizio ordinario a quello di prevenzione, così scambiando due piani tra loro nettamente differenziati.

Nella sua astrattezza l'obiezione sembrerebbe fondata, ma così in realtà non è.

Infatti, nemmeno si può scontare l'errore di una generalizzazione eccessiva del tema delle differenze tra giudizio ordinario e giudizio di prevenzione che induca nella convinzione che tra i due procedimenti non vi sia alcuna relazio-

¹¹ Il riferimento è alle due incisive pronunce Corte cost., 10/10/1979, n.125, in *Giust. pen.*, 1980, I, 33, Corte cost., 12/04/1990, n.188, in *Giur. cost.*, 1980, fasc. 12, relative alle questioni di legittimità costituzionale sollevate in occasione delle dichiarazioni di non volersi difendere e di non volere essere difesi rese, nei retrostanti giudizi di merito, da imputati di estrazione brigatista. In particolare, le dichiarazioni dell'imputato Bertolazzi nel processo per l'omicidio dell'avv. Fulvio Croce, presidente del Consiglio degli Avvocati di Torino assassinato dalle Brigate Rosse, e di altre analoghe dichiarazioni rese da altri imputati brigatisti (Lintrami, Melotti, Bartoli, Panizzari) in distinti procedimenti penali. Al riguardo, Corte cost., 10/10/1979, n.125, *cit.*, - nel chiarire che la presenza obbligatoria del difensore, anche quando l'imputato ha dichiarato di non volersi difendere e di non volere essere difeso, assicura la regolarità del dibattimento e la possibilità di un concreto ed efficace esperimento attivo del diritto di difesa - precisava che la difesa dell'imputato può essere esercitata tramite l'attività di costui e/o del suo difensore, trattandosi di apporti difensivi dei quali va sottolineata la cruciale "concorrenza". Corte cost., 12/04/1990, n.188, *cit.*, poi, inserendosi espressamente nel solco tracciato da tale immediato precedente, precisava che il legislatore, per assicurare l'esercizio di diritti inviolabili di difesa, riconosce sia la difesa personale all'imputato per tutto il corso del dibattimento, sia la difesa tecnica al difensore.

ne e che, per di più, nessuno dei principi garantisti del diritto penale possa o debba governare il giudizio di prevenzione. Sarebbe infatti come sottomettere quest'ultimo ad una incerta e indeterminata gestione che lo porterebbe al di fuori di ogni controllo, addirittura anche di natura costituzionale. Ciò ovviamente, lo si ripete, per non smentirci rispetto alle premesse, anche senza entrare nel tema (che qui abbiamo ritenuto di non sviluppare) della natura penalistica o meno delle misure di prevenzione. Per essere più espliciti, ancorché limitandoci ad accennare all'argomento, se è vero che la giurisprudenza di legittimità,¹² quella costituzionale e quella sovranazionale¹³ affermano l'estraneità delle misure di prevenzione al diritto penale, è inevitabile (questo è il punto) che, malgrado l'asserita estraneità, le misure di prevenzione obbediscano a taluni principi dettati per il diritto penale, anche a livello costituzionale.

Già l'art. 4 ultimo comma della legge 1423/1956 sanciva l'applicabilità, in quanto compatibili, delle norme del codice di procedura penale con riferimento alla proposizione e decisione dei ricorsi. L'attuale codice antimafia richiama di volta in volta talune disposizioni del codice di procedura penale.¹⁴

¹² Si deve però segnalare che nella giurisprudenza di legittimità l'affermazione di estraneità delle misure di prevenzione al diritto penale si connota di recente per toni che si vanno progressivamente ammorbidendo. In particolare emerge la constatazione, contenuta in Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, Righi, in *Cass. pen.*, 2018, che, anche se la pericolosità qualificata degli indiziati di appartenenza ad associazione mafiosa resta comunque ontologicamente diversa dalla prova della condotta partecipativa in senso pieno ex art. 416-bis c.p. (connotandosi per una diversità di apprezzamento delle medesime circostanze di fatto), nondimeno l'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale va intesa nel senso che essa comunque consente la valutazione del 'fatto' accertato (cfr. per un commento su tale pronuncia, MENDITTO, *Misure di prevenzione e Corte Europea, in attesa della Corte costituzionale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it).

¹³ Rare sono le voci fuori dal coro. In particolare è nota quella del Giudice Pinto de Albuquerque, con riferimento alla decisione presa dalla maggioranza della Corte nella sentenza Corte EDU Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, *cit.* Pinto sostiene, in uno con la natura sostanzialmente penale delle misure in questione, il loro carattere privativo della libertà personale (dunque non soltanto limitativo della libertà di circolazione), stimando altresì ineffettivi i rimedi assicurati al ricorrente nell'ordinamento italiano. Molteplici le ragioni alla luce delle quali afferma, in particolare, la natura sostanzialmente penale delle misure in oggetto - dal cui riconoscimento dovrebbe discendere, precisa, l'applicabilità di tutte le garanzie previste dall'art. 6 C.E.D.U. -. Tra queste, la constatazione che si tratta di misure che incidono pesantemente sui diritti fondamentali dell'interessato; che la loro applicazione dipende dalla formulazione di un'accusa penale, dovendo sussistere quantomeno una c.d. 'fattispecie di pericolosità'; che Corte cost., 22/12/1980, n. 177, in *Cass. pen.*, 1981, 704, ne ha riconosciuto una funzione identica a quella delle misure di sicurezza, con conseguente sottoposizione alle medesime garanzie costituzionali; che lo scopo general-preventivo e special-preventivo perseguito dalle misure in questione appare analogo a quello delle sanzioni penali; che, infine, la violazione delle relative prescrizioni è assistita da sanzioni penali.

¹⁴ Solo a titolo esemplificativo e senza pretesa di esaustività, si pensi, con riferimento al diritto alla prova, all'art. 7 che al comma 4-bis dispone che il Tribunale, dopo l'accertamento della regolare costituzione

Ben al di là della presunta sporadicità dei richiami nel codice antimafia delle corrispondenti norme del codice di procedura penale e ben al di là della mancata riproposizione del testo dell'art. 4, ultimo comma, L. n. 1423/1956, non pare dubitabile che l'opera di estraneazione delle misure di prevenzione dal diritto penale dovesse comportare anche la sottile contraddizione di un sistema che si tiene fuori dal diritto penale, ma che al medesimo diritto penale deve riferirsi tutte le volte in cui abbia bisogno di una disciplina. Infatti è impossibile negare che in materia di misure di prevenzione si è costretti a cimentarsi con le categorie del diritto penale (obbligatoriamente presente soprattutto quando si discute dell'ampia categoria della pericolosità qualificata) e con il diritto processuale penale.

Ben più significativamente, poi, la Corte di cassazione a sezioni unite, pur richiamando il sostantivo "peculiarità" con riferimento al processo di prevenzione, limita l'elemento differenziale alla diversa grammatica probatoria regolativa dei due processi, ma riconosce che le regole della inutilizzabilità vigenti nel processo ordinario devono applicarsi anche a quello di prevenzione.¹⁵ E, ad ulteriore conferma di quanto si scriveva precedentemente, richiama espressamente l'art. 111 Cost. con riferimento a un "giusto processo di prevenzione", ossia ad un procedimento di prevenzione che, seppur peculiare e differenziato, è tuttavia sottomesso a quelle regole costituzionali dettate per "ogni" processo penale (art. 111 comma 2 Cost.). Espressioni, queste, del tutto inequivocabili con riguardo al tema che stiamo trattando e certamente ascrivibili nella direzione che ci permettiamo di segnalare.

Si tratta a questo punto di comprendere, adattandolo al caso degli eredi, se le

delle parti, ammette le prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla legge o superflue; con riferimento all'istituto del legittimo impedimento, ancora all'art. 7 che sanziona con la nullità il caso in cui, sussistendo un legittimo impedimento dell'interessato o del difensore, l'udienza non sia stata dal giudice rinviata; quanto alle intercettazioni telefoniche, all'art. 78 comma 2 cod. ant. che fa espresso rinvio, in quanto compatibili, alle modalità previste dall'art. 268 c.p.p.; con riguardo alle impugnazioni, all'art. 10 comma 4 cod. ant. il quale stabilisce che per la proposizione e la decisione dei ricorsi si osservano, in quanto applicabili, le norme del codice di procedura penale relative alla proposizione e decisione dei ricorsi relativi all'applicazione delle misure di sicurezza.

¹⁵ È noto sul punto l'insegnamento ormai storico offerto da Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, *cit.* che pur se relativa a un caso di inutilizzabilità di intercettazioni, esprime un principio generale indiscutibilmente ritenuto valido per altri casi simili, ossia che la prova "vietata", in quanto introdotta in primo grado in violazione del contraddittorio, è una prova inutilizzabile *tout court* in ogni altro procedimento. Ove così non fosse, la prova, vietata per tutelare alti valori costituzionalmente preservati, troverebbe una inammissibile "reviviscenza", eludendo la stessa ragion d'essere della inutilizzabilità. Di conseguenza, si aggiunge, a differenza dei 'limiti' probatori civili, i divieti probatori penali producono i loro effetti, se violati, in qualsiasi settore dell'ordinamento, proprio perché la logica che presiede alla garanzia della inutilizzabilità non è interna ed esclusiva al processo penale.

“peculiarità” del procedimento di prevenzione e più in particolare quelle proprie della confisca dei patrimoni illeciti, possano giustificare una diversa e ben più limitata applicazione dei principi costituzionali del diritto di difesa e di quello al contraddittorio. Quesito al quale già ci pare impossibile rispondere se non negativamente.

È bene tuttavia chiarire sul punto, perché non sussista alcun dubbio, sia pure ripetendo affermazioni sopra sviluppate, che la soluzione che ci permetteremo di dare alla questione non implica la conclusione alternativa, che la Corte costituzionale prospetta in maniera rigida, di una sovrapposizione tra misure di prevenzione e diritto penale. Infatti, lo si ripete ancora una volta, anche prescindendo dal tema principale nel quale si è deciso di non entrare, non vi è dubbio che se le misure di prevenzione non fossero diritto penale, certamente non potrebbero essere ascritte ad altro settore del diritto diverso da quello punitivo. Ciò in quanto non è possibile attribuire a queste le note di una premialità all’evidenza esclusa dalla confisca dei patrimoni, dalla limitazione della libertà personale e di movimento, dalla revoca di licenze, autorizzazioni, concessioni e permessi, etc. Pertanto, quand’anche si convenisse che di diritto penale non si tratta, ciò non significherebbe concludere per l’assenza di garanzie inevitabilmente connesse al trattamento punitivo, soprattutto se di rango costituzionale. Insomma, ci sorge il dubbio che la esclusione delle misure di prevenzione dal diritto penale non fornisca adeguate spiegazioni quanto alla conseguenziale affermazione secondo la quale da ciò discenderebbe anche la simmetrica esclusione di garanzie fondamentali, come quelle costituite dal diritto di difesa e dal contraddittorio.

Occorre dunque valutare se le misure di prevenzione possono ritenersi sottoposte al diritto di difesa e al principio del contraddittorio.¹⁶ Ora, sul punto occorre notare che l’art. 24 Cost. qualifica il diritto di difesa (anzi qualifica la difesa come diritto) inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, senza alcuna distinzione, perciò riferendosi a tutti i procedimenti – compreso quello di prevenzione –.¹⁷ Analogamente l’art. 111 comma 2 Cost. dispone che

¹⁶ Ma è evidente che la riflessione potrebbe (sia pure in un’altra sede) estendersi a principi costituzionali altrettanto fondamentali in contesti limitativi dei diritti dei cittadini, quale ad esempio il principio di irretroattività sfavorevole.

¹⁷ L’inviolabilità del diritto di difesa anche nel processo di prevenzione è testimoniata dalle numerose nullità conseguenti alla sua violazione. Basti pensare, senza pretesa di esaustività, alle nullità che l’art. 7 comma 7 cod. ant. dispone per il caso di omessa notifica al difensore nei termini ivi previsti dell’avviso di cui al comma 2, contenente la data dell’udienza e la concisa esposizione dei contenuti della proposta; per la mancata partecipazione del difensore all’udienza, stante la previsione del comma 4 per cui essa si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero; per il caso (qui già richiamato) in cui, sussistendo un legittimo impedimento del difensore, l’udienza non sia stata dal giudice

“ogni” processo si svolge nel contraddittorio, qui inteso come contraddittorio “sulla” prova, differentemente dal comma 4 che destina il contraddittorio “per” la prova al solo processo penale, ma anche dal comma 3 che limita talune specifiche garanzie processuali al solo processo penale.

Conclusivamente, premesse (e condivise) le peculiarità del processo di prevenzione, non sembra che da ciò si possa fare discendere la conclusione per la quale i principi costituzionali di difesa e del contraddittorio possano subire quella mutilazione che sembra profilarsi con riferimento alla disciplina degli eredi. In altre parole, occorre stabilire quale sia il livello minimo di garanzia costituzionale al di sotto del quale è impensabile che qualsiasi procedimento, compreso soprattutto quello di prevenzione per il suo spiccato tasso di afflittività, si possa collocare.

5. Il principio di autonomia e la difesa impossibile. Per passare dalla teoria alla pratica, occorre valorizzare alcuni spunti accessori al tema principale ai quali abbiamo fatto riferimento allorquando abbiamo illustrato il caso pratico che ha costituito lo spunto delle riflessioni qui svolte. Dalla vicenda illustrata emerge la citazione, nell’anno 2018, di un collaboratore perché costui riferisse su sue precedenti dichiarazioni datate 2002, ma relative a fatti accaduti nel 1992. L’oggetto di tali dichiarazioni, poi, concerneva la presenza o meno del prevenuto in occasione di una riunione tra soggetti di spicco di cosche locali, volta a pianificare estorsioni concernenti l’appalto per l’esecuzione di opere pubbliche. Riunione, questa, che una precedente sentenza del Tribunale ordinario – passata in autorità di cosa giudicata – aveva escluso, ritenendola priva di riscontri.

Tutto ciò richiamato, è evidente che la vicenda pone al centro dell’attenzione due temi di estrema rilevanza. Il primo è di ordine generale e concerne la celebrabilità di processi per fatti troppo distanti nel tempo (il collaboratore avrebbe dovuto riferire su sue precedenti dichiarazioni, ma relativamente a fatti accaduti ben 26 anni prima). La questione, che evoca anche il tema di diritto sostanziale della prescrizione – disciplina notoriamente non applicabile al processo di prevenzione proprio in virtù delle peculiarità di quest’ultimo – concretizza però anche il tema già ampiamente svolto di un diritto di difesa del tutto impossibile. Ovviamente non potendo, gli eredi del prevenuto, confutare fatti asseritamente commessi addirittura prima della loro nascita ovvero nei primi anni della loro stessa vita. Potere di confutazione che, al contrario,

rinviiata, in ossequio al disposto di cui al comma 5.

solo il prevenuto avrebbe potuto esercitare, se vivente.

In aggiunta a questi temi che abbiamo ritenuto di definire accessori rispetto alla questione principale, se ne pone tuttavia un altro, dotato di rilevanza storica nel processo di prevenzione. Per come il lettore avrà notato, si chiedeva al collaboratore di giustizia di confermare, ovvero di negare, la presenza del prevenuto nel corso della già citata riunione, la quale era stata tuttavia esclusa da un precedente giudicato ordinario. È evidente che la questione pone in risalto il tema tradizionale della autonomia del processo di prevenzione rispetto a quello ordinario, ora oggetto di diverse pronunce che ne riducono il campo di applicazione irragionevolmente esteso nella giurisprudenza di merito.¹⁸ Tuttavia, qui limitando le considerazioni sul punto al minimo indispensabile, occorre segnalare che di autonomia del processo di prevenzione dovrebbe correttamente discutersi solo limitatamente al caso in cui, conclusosi favorevolmente per l'imputato il processo ordinario, dal materiale probatorio siano tuttavia residuati elementi che, atipici rispetto al fatto di reato, giustificano tuttavia una loro rivalutazione sul separato versante della pericolosità socia-

¹⁸ Come già sopra ricordato, un cruciale chiarimento essenziale del principio di autonomia viene da Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, *cit.*, ove si afferma che il vero tratto distintivo che qualifica l'autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale, va intravisto nella diversa *grammatica probatoria* che deve sostenere i rispettivi giudizi, intesa quale diversità inerente solo al *modo d'essere* degli "elementi di apprezzamento del merito" e che quindi, proprio in quanto tale, non incide sulla legittimità delle acquisizioni, quale che sia la sede in cui esse siano state operate.

Successivamente, è tornata sul tema Cass., Sez. VI, 30 novembre 2017, L.F. e altri, in *www.dejure.it*, che in primo luogo premette che il principio della preclusione processuale è riconosciuto, come principio generale, in tutti i casi di coesistenza di più procedimenti aventi il medesimo oggetto e a carico della stessa persona, compreso anche il settore dei rapporti tra confisca allargata e confisca di prevenzione. Ciò posto, la sentenza precisa che tale principio può operare però soltanto in presenza di pronunce scaturite dalla "cognizione di oggetti omogenei", ossia aventi ad oggetto i presupposti comuni delle due ipotesi ablatorie (come la titolarità dei beni ovvero la sproporzione tra redditi e disponibilità). Non opera, invece, se si pretende di fondarla su ragioni processuali ovvero su presupposti non comuni, quali l'esclusione della pericolosità del prevenuto.

Altra importante precisazione scaturisce da Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, Scagliarini, in *Cass. pen.*, 2015, la quale esclude che il giudice della prevenzione possa ritenere rilevanti, in base al principio della "valutazione autonomia", fatti per i quali sia intervenuta sentenza definitiva di assoluzione. Dopo avere premesso che l'autonomia del procedimento di prevenzione consente in termini generali la valutazione del "fatto" comunque accertato, quale eventuale sintomo di pericolosità, la Corte precisa che tale affermazione esige però la "effettività" di una valutazione autonoma e deve essere rapportata alla tipologia di pericolosità "prevenzionale" che si ipotizza sussistente. Ciò in quanto il principio della autonoma valutazione si è affermato, quasi in via esclusiva, nel settore della contiguità mafiosa ed in riferimento ad una descrizione della categoria criminologica (il soggetto indiziato di appartenenza all'associazione mafiosa) che tollera, per la sua diversità ontologica dalla prova della condotta partecipativa in senso pieno, la diversità di apprezzamento, nei due settori dell'ordinamento, delle medesime circostanze di fatto. Nel settore della pericolosità semplice, invece, è quasi assente, ad avviso della Corte, la possibilità di porre in essere tale operazione interpretativa.

le. Al contrario, nel caso qui osservato, il Tribunale rivaluta, nella differenziata sede della prevenzione, lo stesso identico fatto coperto dal giudicato penale e pertanto divenuto incontrovertibile e non rivalutabile in nessuna altra sede. È inutile rimarcare come nel caso concreto la pretesa del Tribunale, che avrebbe destato perplessità in ogni vicenda analoga, intervenga su di un diritto di difesa di fatto sguarnito dei suoi reali contenuti.

Anche questo ulteriore risvolto fattuale serve a segnalare, concretizzandola, la repressibile disciplina legislativa destinata agli eredi nel processo di prevenzione.

6. Conclusioni. Quanto fin qui esposto dimostra che, nella materia delle misure di prevenzione, la disciplina degli eredi è quella che rende più evidente la deriva del sistema, non solo verso il mero sospetto, ma di più verso una difesa che rischia di essere concretamente impossibile.

Le giustificazioni tralaticciamente riproposte dalla giurisprudenza nel negare il problema, qui segnalato, dell'inversione dell'onere della prova, presentandolo nei termini di un mero onere di allegazione, svelano tutta la loro fragilità ove si spinga la riflessione a un livello più approfondito.

L'illecita provenienza del patrimonio è di fatto desunta sulla sola base della sproporzione o della provenienza illecita e della omessa giustificazione sul punto, senza tenere conto della concreta impossibilità che gli eredi possono ragionevolmente incontrare nel giustificare fatti e vicende che non solo non li riguardano in prima persona, ma che per di più potrebbero totalmente disconoscere. E ciò è ancor più vero nel caso in cui si tratti di eredi *ex lege* o in giovane età. Senza che, in questa ultima ipotesi, la presenza di un eventuale tutore possa assicurare quelle conoscenze sulle vicende del dante causa, che nemmeno il tutore - anzi, soprattutto costui - può garantire di avere.

Difficilmente si può negare che l'erede è in realtà un soggetto quasi sempre estraneo alle dinamiche del sistema di prevenzione e che il suo collegamento diretto con i beni oggetto della procedura è solo la conseguenza di un trasferimento sul piano meramente formale della titolarità del bene. Trasferimento che tra l'altro, per come già sopra notato, nel caso si tratti di un prossimo congiunto e quindi di un terzo interessato, determina un peggioramento della sua situazione processuale quanto alla ripartizione dell'onere probatorio.

Quand'anche di mero onere di allegazione davvero si trattasse¹⁹ - e così a no-

¹⁹ Peraltro, la distinzione tra onere della prova e onere di allegazione - concetti che è difficile distinguere realmente se dal piano teorico dei concetti si passa a quello pratico dei contenuti - perde qui, in una certa misura, di importanza, se si considera come il risultato concreto, nel caso l'erede fallisca nel fornir-

stro avviso non è, per le ragioni già esposte – comunque l’aver posto tale onere, in cui si sostanzia ogni possibilità di difesa dell’erede, su di un soggetto che si conosce *ab initio* come potenzialmente non in grado di assolverlo, significherebbe avergli conferito un diritto deprivato a monte di poteri indispensabili al suo esercizio. Con la conseguenza che affermare che la presunzione di illecita provenienza dei beni è ricollegata a “fatti sintomatici” e non alla “mancata allegazione” della loro provenienza lecita, equivale solo ad aggirare con un *escamotage* linguistico il problema, negandolo contro l’evidenza. Se, infatti, solo tale dimostrazione della lecita provenienza è idonea a superare quella sintomaticità, ma l’erede non è – per la sua possibile ignoranza dei fatti – nelle condizioni di poterlo fare, ciò significa che il legislatore ha imperniato il sistema su di una mera presunzione. Essendo al riguardo sufficiente notare che il mancato adempimento di un onere di prova ovvero di un onere di allegazione, non dà conto della fondatezza della tesi contraria, potendo il fallimento dello sforzo difensivo dipendere in questi casi dalla impossibilità o incapacità di adempiere. Insomma, non avere soddisfatto un onere probatorio ovvero anche un onere di allegazione non dà di per sé conto della immeritevolezza di tutela della posizione giuridica. In altri termini è come se il legislatore avesse costruito la disciplina dell’erede sull’idealtipo di un erede perfettamente informato ed equivalente – quanto al rapporto di conoscenza dei fatti – al dante causa.

Si rende evidente allora che un tale sistema, da un lato non garantisce l’accertamento del vero e dall’altro svuota di contenuto, effettività e garanzia un diritto di difesa solo formalmente conferito.

Ora, fintanto che l’onere della prova rimarrà così costruito, il diritto di difesa dell’erede sarà irrimediabilmente compromesso nella sua portata sostanziale e, se il diritto di difesa è ineffettivo e dubbia è la verità dell’assunto sul quale si poggia la successiva decisione giudiziale, giocoforza ineffettivo e dubbio sarà anche il sistema normativo così complessivamente costruito.

Considerazioni, queste, sostenute dal pensiero di chi ha già stigmatizzato la criticità della distanza che separa il conferimento di un diritto dal tutelarlo, con la conseguenza di creare diritti destinati a restare inattuati, perché non garantiti. Se un diritto è “di carta”, dunque, perché, deficitario già a monte di

re tale onere, è in entrambi i casi il medesimo. La risposta sanzionatoria, infatti, in tutte e due le ipotesi non sarà espressiva dell’accertamento della illiceità del patrimonio, e ciò conferma che la mancata dimostrazione da parte dell’erede non è espressiva di alcunché.

Il punto di cruciale quindi non è tanto la qualificazione formale dell’onere, quanto il fatto che nell’uno e nell’altro caso, è apprestata la risposta sanzionatoria della confisca a prescindere da ogni corrispondenza al vero.

una qualche componente anche in termini di garanzia, è insuscettibile di tutela e perciò “fittizio”.²⁰ Quando poi tale fittizietà sia per di più incrementata da politiche, esplicite o implicite, degli organi giudiziari, risulta con ancor maggiore evidenza che il diritto medesimo è di fatto svuotato di ogni suo contenuto.

Il rilievo di ineffettività del diritto segna poi una sorta di punto di collegamento tra la critica al sistema legislativo e le riflessioni generate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 21/2012. Quest’ultima, infatti, pur non giungendo ad un giudizio di incostituzionalità, esce tuttavia in una affermazione da noi ritenuta estremamente significativa nella parte in cui ha riconosciuto che il passaggio dal proposto all’erede non è irrilevante per il diritto, dal momento che esso determina una differenza nel “rapporto di conoscenza con i fatti”. Ossia di quei fatti la conoscenza dei quali è indispensabile per l’effettivo esercizio del diritto.

Dinanzi a tali constatazioni, due vie si prospettano per delineare un sistema che, pur giustificatamente finalizzato ad impedire che soggetti anche incolpevoli godano di un patrimonio di illecita formazione, tuttavia ponga questi ultimi in una condizione non talmente svantaggiata da ingenerare persistenti dubbi di incostituzionalità.

Sul piano delle possibili soluzioni che ci permettiamo di delineare, la più radicale e auspicabile scaturisce dalla storica considerazione per la quale ogni volta che una disposizione costituzionale proclama un diritto, essa vincola il legislatore ad intervenire²¹ apprestando le soluzioni più adatte alla sua tutela.²² Ciò dovrebbe qui tradursi in un intervento normativo che scandisca con chiarezza l’obbligo della pubblica accusa di fornire, non più solo meri “elementi sintomatici”, bensì autentici elementi probatori, con onere di prova espressamente a suo carico, così sollevando l’erede da una simile *probatio*. Ovviamente queste considerazioni valgono indifferentemente sia sul terreno della misura di prevenzione patrimoniale, sia su quello, contrapposto ma condizionante, della misura personale.

Soluzione, questa, che pur non eliminando il dislivello tra l’accusa e un erede del tutto ignaro delle vicende concernenti il prevenuto, per lo meno consentirebbe al primo di difendersi dinanzi a un quadro probatorio prima tracciato e poi analiticamente descritto dalla pubblica accusa. Situazione, questa, che ne migliorerebbe nettamente le capacità difensive.

²⁰ GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 151 e ss.

²¹ PINTORE, *Note intorno all’attuazione dei diritti*, in www.statoechiense.it.

²² FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, 2013.

Altra via percorribile è poi quella di sollecitare nuovamente una pronuncia di incostituzionalità, arricchendone però questa volta la proposizione con ulteriori e importanti precisazioni, anche al fine di superare le ragioni addotte nel 2012 dalla Corte costituzionale per dichiarare la infondatezza della questione. Posto dunque che la Corte enfatizzava a tal fine le «profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra le due sedi, penale e di prevenzione», tutto quanto si è fin qui detto già contiene, riteniamo, sufficienti argomenti volti a ridurre tali distanze e comunque a porre la questione di un volto costituzionalmente orientato di *ogni* settore del diritto punitivo. Non sembra infatti ammissibile, per come più volte abbiamo sopra sottolineato, che provvedimenti ablatori della proprietà e per di più limitativi della libertà, seppur estraniati dal diritto penale, siano sottratti a principi costituzionali propri di *ogni* contesto punitivo.

Oltre a ciò, dovrebbe questa volta essere denunciato, non il solo *vulnus* del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, come già avvenuto nel 2012, ma anche la violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Non sembra invero sufficiente a giustificare il disfavore riservato all'erede - anche al lume di tale più ampio parametro di costituzionalità - l'evento morte del proposto, soprattutto in quanto la disciplina irragionevolmente sfavorevole si innesta per di più su di una alterata ripartizione probatoria.

È chiaro infatti che sommare al mutato "rapporto di conoscenza con i fatti" - che possiamo in altri termini definire come ridotto esercizio del diritto di difesa - un onere probatorio ovvero anche di allegazione, ma certamente scaricato su di un soggetto che potrebbe non essere in grado di adempierlo, significa creare una disciplina dalla tenuta costituzionale estremamente precaria. Soprattutto se valutata "alla prova dei fatti".