

CONVEGNI

MARCO PETRINI

Profili processuali delle misure ablativo fra codice antimafia e giusto processo

1. L'applicazione delle misure di prevenzione, comprese quelle ablativo, segue uno schema processuale profondamente divergente dal modello codicistico ordinario, in quanto caratterizzato dal particolare oggetto dell'accertamento giudiziario.

Come è noto, esse sono misure special-preventive *ante delictum*, cui sono sottoposti taluni soggetti prima e a prescindere dalla commissione di reati, fondate sul presupposto della loro pericolosità, ossia su un giudizio prognostico negativo in ordine al compimento di future attività delinquenti.

La giurisprudenza della Corte costituzionale nel corso degli anni ha stabilito che la conformità alla Carta fondamentale delle misure di prevenzione è necessariamente subordinata all'osservanza del principio di legalità e all'esistenza delle garanzie giurisdizionali.

Dunque, se è vero che la materia della prevenzione si connota per una peculiare e rilevante finalità di difesa sociale, il metodo dell'accertamento non può oltremodo differenziarsi da quello prefigurato dal giusto processo costituzionale: infatti, la posta in gioco, per usare una espressione cara, stavolta, alla Cedu, è la medesima, ossia la libertà personale, il diritto di proprietà del proposto, e non di rado di familiari e di soggetti terzi, l'iniziativa economica privata.

Preso atto della progressiva adozione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali come strumenti di controllo della criminalità organizzata, e della loro crescente connotazione in funzione punitiva, con conseguente limitazione di diritti e libertà costituzionali, si deve osservare che la differenza della natura e dell'oggetto dell'accertamento, se può giustificare la ritenuta autonomia del procedimento di prevenzione rispetto al processo penale sul piano della attività di indagine e di raccolta del materiale investigativo, deve invece perdere consistenza sul versante delle regole del procedimento probatorio e del giudizio, in quanto poste a presidio di una decisione giusta.

2. La fortuna delle misure di prevenzione dipende senz'altro anche dal loro contraddistinguersi, nella loro applicazione, per celerità, certezza ed efficacia rispetto ai classici strumenti della repressione penale, che da anni soffrono una crisi di effettività tanto profonda quanto evidente.

I detrattori della prevenzione, allora, sono soliti porre in luce le seguenti criticità: giudizio non di responsabilità, ma di pura probabilità; con esso non si accerta un fatto, ma un indizio (talvolta solo presunto), di pericolosità sociale di un soggetto o di provenienza illecita di un bene; dunque, misure di prevenzione come “pene del sospetto” che sanzionano “fattispecie di sospetto”, impiegate come surrogato, peraltro particolarmente afflittivo, della repressione penale; infine, funzione del giudice non cognitiva ma meramente potestativa. Ne deriva un complessivo, grave deficit di legalità, irrimediabilmente connesso a una giurisdizione senza fatto, ciò che induce a dubitare della stessa concepibilità di un “giusto processo di prevenzione”.

Nella stessa prospettiva si è parlato della avvenuta formazione di un sottosistema della pericolosità, giustificato da un diffuso bisogno di sicurezza e da esigenze di difesa sociale, che di fatto risultano sovraordinate, in una peraltro inammissibile scala gerarchica, ad altri diritti fondamentali della persona. La ricerca di efficienza e celerità della risposta penale - come portata alla luce dalla legislazione dell'emergenza del 2008 e 2009 - avrebbe dunque determinato una riallocazione della oggettività giuridica dal disvalore della condotta e dal fatto offensivo alla pericolosità dei soggetti e dei beni.

Un punto di equilibrio può essere rinvenuto solo attraverso il recupero di un rapporto di compatibilità con il “giusto processo”.

Ecco il catalogo dei principi costituzionali di riferimento: nella prima parte della Costituzione, il principio di legalità, di personalità della responsabilità, di inviolabilità dei diritti della difesa, di presunzione di non colpevolezza; viene poi l'art. 111 Cost., che nello stabilire il principio del giusto processo, esplicita le regole della terzietà e imparzialità del giudice, del contraddittorio anche nella formazione della prova, della ragionevole durata del processo.

Naturalmente non può non menzionarsi il diritto a un processo equo come affermato dall'art. 6 CEDU, che comprende fra l'altro il diritto a una pubblica udienza.

3. Il codice antimafia del 2011, di fatto, è stato un testo unico sulle misure di prevenzione, che ha raccolto tutta la precedente legislazione speciale in materia; ha senz'altro avuto il pregio della completezza e della accessibilità, ma è stata una occasione perduta sotto il profilo delle garanzie.

Questa nuova codificazione ha cristallizzato la differenziazione del rito dando vita a un vero e proprio statuto della prevenzione.

Le sue applicazioni hanno visto, da un lato, la riproposizione di un processo essenzialmente scritto, con l'istruttoria imperniata sulla ricezione delle risul-

tanze investigative poste a base della proposta, senza adeguati contrappesi per la difesa.

D'altro canto, diverse esperienze giudiziarie hanno evidenziato la contraria tendenza a garantire il rispetto dei principi costituzionali sopra detti.

Così, la regola della terzietà e imparzialità del giudice ha fatto sì che si ritenessero applicabili nel procedimento di prevenzione gli istituti della incompatibilità, della astensione e della ricsuzione; inoltre, della norma che assegna il giudizio di rinvio a sezione diversa della Corte di Appello (come stabilito per i processi ordinari dall'art. 623, co. 1, lett. C, c.p.p.) e delle regole di cui all'art. 525 c.p.p. sulla immediatezza della deliberazione e sul divieto di immutazione del giudice (ma a quest'ultimo riguardo si registrano contrasti in giurisprudenza).

Ancora, si è affermata la necessità che la contestazione che apre il procedimento sia analoga a quella del processo ordinario, per cui è largamente diffuso l'orientamento in forza del quale l'avviso a comparire deve indicare a pena di nullità la formulazione dell'addebito afferente ai beni e gli elementi di fatto che sorreggono la proposta.

Sulla stessa linea, si ritiene che vada applicata la regola della correlazione fra contestazione e pronuncia, e che il difensore possa svolgere indagini.

Sotto il profilo dei diritti difensivi, essi appaiono senz'altro sacrificati dalla facoltà di presentare unicamente memorie in cancelleria fino a cinque giorni prima dell'udienza, mentre la più recente giurisprudenza, in una prospettiva di tutela rafforzata del diritto alla partecipazione personale dell'interessato al procedimento, è propensa ad affermare che spetta la traduzione pur se detenuto fuori della sede del giudice procedente, escludendo che possano ritenersi equipollenti le dichiarazioni al magistrato di sorveglianza.

Per il procedimento applicativo delle misure ablativo l'art. 23 del codice fa rinvio alla disciplina prevista per le misure personali, salvo che sia diversamente disposto (così accade che il sequestro non è direttamente impugnabile e che la proposizione dei mezzi di impugnazione produce effetti sospensivi).

4. In questo quadro si inserisce il testo di riforma del codice antimafia approvato alla Camera lo scorso 11 novembre 2015.

La disciplina risulta ora più organica e moderna, e sono state corrette talune carenze e approssimazioni essendo stati apportati diversi, significativi ritocchi al procedimento applicativo delle misure.

Si tratta della sintesi di una pluralità di disegni di legge e in particolare delle relazioni finali di tre distinte commissioni governative.

Il primo giudizio è senz'altro ampiamente positivo.

La materia meno affrontata è rimasta quella della istruttoria, con riguardo al regime di conoscibilità degli atti, all'esercizio del diritto di prova e in genere allo svolgimento dell'attività istruttoria.

Manca ancora una disciplina del rinvio per legittimo impedimento del difensore (negato dalla Cassazione salvo il caso di proclamata astensione dalle udienze) invece necessaria anche nella materia della prevenzione, così come una specifica regolamentazione del legittimo impedimento del proposto.

Le modifiche di maggior interesse sono le seguenti:

- l'avviso di fissazione dell'udienza deve riportare in modo conciso i contenuti della proposta (in ossequio a certa giurisprudenza e pur rimanendo preferibile il testo della Commissione Fiandaca, che proponeva la notifica del testo integrale della proposta)

- si prevede la citazione anche dei soggetti titolari di diritti reali di garanzia

- se l'interessato è detenuto fuori della circoscrizione, si prevede la sua partecipazione all'udienza in videoconferenza

- se egli deve essere sentito, escluso l'accompagnamento coatto, il presidente lo invita a comparire, avvisandolo che comunque avrà la facoltà di non rispondere

- il decreto decisorio va depositato entro 15 giorni, salvo che la stesura della motivazione sia particolarmente complessa, e allora il Tribunale può indicare un termine più lungo, non superiore a 90 giorni (salvo ulteriore pari proroga); in questo modo si raggiunge un valido punto di equilibrio fra l'esigenza di ragionevole durata del processo e quella di evitare evenienze che - potendo ingenerare l'idea di una giustizia sommaria o anche solo di un possibile preconcetto del collegio giudicante - possano creare l'apparenza di un deficit di imparzialità del giudice nel vagliare le ragioni addotte dalle parti.

In effetti, il termine di 30 giorni dalla proposta nella prassi non viene mai osservato, sia per ragioni strettamente organizzative e procedurali, sia perché l'esaurimento della procedura in quel breve lasso di tempo realmente importerebbe un inevitabile disconoscimento della effettività dei diritti difensivi

- anche il difensore viene incluso fra i destinatari della comunicazione del decreto e riconosciuto titolare della facoltà di impugnazione

- diviene appellabile il decreto che applica o rigetta la richiesta di sequestro, così come il decreto di rigetto della domanda di confisca in assenza di precedente sequestro: a quest'ultimo proposito, si è osservato sia che si tratta di novità garantistica di speciale importanza, consentendo di sottoporre immediatamente la decisione cautelare a un controllo immediato a cognizione piena da parte di giudice diverso da quello che ha emesso il provvedimento (così superando la inadeguatezza dell'unico rimedio della opposizione davanti allo

stesso giudice, nelle forme dell'incidente di esecuzione, con successivo ricorso per cassazione per violazione di legge); sia, che in realtà detta norma mal si concilia con la peculiarità del procedimento che assicura comunque una celere celebrazione dell'udienza per la confisca nel pieno contraddittorio.

5. Alla autonomia del procedimento di prevenzione si ricollega la diversità della grammatica probatoria rispetto al processo penale.

La disciplina della formazione della prova segue le regole dell'art. 666 c.p.p. sul processo di esecuzione, dalla struttura scarsamente formale e connotato da esigenze di semplificazione. L'organo giudicante può assumere prove anche di ufficio acquisendo informazioni e documenti senza la adozione di particolari formalità, e anche senza la osservanza dei principi di cui all'art. 190 c.p.p. sulla ammissione dei mezzi di prova.

Nella prassi applicativa si oscilla fra la esclusiva utilizzazione degli atti unilateralmente formati durante le indagini e la valorizzazione del metodo del contraddittorio, anche sulla base della indicazioni fornite dalla Corte Europea.

Si è segnalata la totale assenza di garanzie difensive nel corso delle indagini patrimoniali, laddove si formano veri e propri atti istruttori di acquisizione della prova.

Inoltre, non essendo previsto il fascicolo per il giudizio di prevenzione, tutti i verbali delle investigazioni confluiscono direttamente nel fascicolo a disposizione del giudice.

E' noto che trattasi per larga parte di prove precostituite - come accertamenti bancari e patrimoniali e intercettazioni telefoniche e ambientali - ma qualora si dia il caso, si tende a ri-acquisire le dichiarazioni eventualmente già rese da testimoni o collaboratori di giustizia con la forma della *cross-examination*. Ciò che conta è che la difesa possa conoscere tutti gli elementi di prova a carico ed esporre e dimostrare le proprie ragioni; sicuramente, la prova determinante per la decisione deve entrare nel circuito del contraddittorio.

Si tende dunque a ritenere che le *leges probatoriae* dettate per il processo di cognizione debbano operare per via analogica, in quanto applicabili, nel giudizio di prevenzione.

Per effetto di ciò, non possono entrare nel giudizio di prevenzione le prove inutilizzabili ovvero illegali a norma dell'art. 191 c.p.p., perché acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

Per la giurisprudenza, attesa la reciproca autonomia, nel processo di prevenzione si possono utilizzare elementi probatori e indiziari tratti da procedimenti penali, anche non definiti o conclusi con assoluzione, e compiere una nuova e autonoma valutazione, dando però atto in motivazione delle ragioni per

cui sono posti a base della applicazione della misura, eventualmente anche unitamente ad altre circostanze di fatto acquisite.

Ancora, in punto di criteri di valutazione della prova, si ritiene che la prova indiretta o indiziaria non deve necessariamente essere dotata dei caratteri della gravità, precisione e concordanza prescritti dall'art. 192 c.p.p. Così, le chiamate in reità o in correità non devono essere sorrette da riscontri esterni individualizzanti.

6. Il sistema delle impugnazioni non appare adeguatamente garantire l'effettivo esercizio del diritto di difesa in vista di un controllo penetrante ed efficace sui provvedimenti applicativi delle misure.

Va subito segnalata la limitazione dei vizi deducibili in cassazione alla violazione di legge, risultando così sacrificato il sindacato sul provvedimento adottato proprio sul piano della verifica del dovere di congruamente motivarlo e della regola della sua necessaria corrispondenza alle risultanze probatorie, quali corollari imprescindibili del giusto processo.

Vige la regola della tassatività delle impugnazioni anche nel procedimento di prevenzione, con la conseguenza che non sono suscettibili di gravame provvedimenti diversi da quelli dichiarati espressamente impugnabili - è il caso del sequestro e della cauzione.

D'altra parte, sulla stessa linea di scarso rispetto per le prerogative del prevenuto si colloca la norma dell'art. 27, co. 3, del codice, in forza della quale il provvedimento del tribunale che statuisca la revoca del sequestro diviene esecutivo dieci giorni dopo la comunicazione alle parti, salvo che il pubblico ministero non ne chieda la sospensione alla corte di appello.

6.1. Il ricorso alla corte di appello avverso il decreto del tribunale che ha accolto o respinto la proposta della misura di prevenzione personale o patrimoniale va presentato, sotto pena di inammissibilità, entro dieci giorni dalla comunicazione dei provvedimenti terminativi del giudizio di primo grado, che sono quelli indicati, rispettivamente, nell'art. 10 e nell'art. 27 del codice - termine alquanto ristretto sotto il profilo dei diritti difensivi.

Secondo la disciplina dettata dall'art. 7 relativamente al procedimento applicativo della misura, è ammessa la partecipazione personale all'udienza qualora egli si trovi ristretto in istituto posto nella circoscrizione del giudice precedente; altrimenti, e purché ne abbia fatto tempestiva richiesta, può essere sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo.

Non facendosi menzione della possibilità di traduzione dell'interessato detenuto in circoscrizione diversa da quella del giudice precedente, la piena com-

patibilità della disposizione di cui al 4° co. dell'art. 666 c.p.p. autorizza il giudice dell'appello a disporla ove lo ritenga.

Va inoltre rilevato che, sempre unicamente per il primo grado di giudizio, il 4° co. dell'art. 7 stabilisce che, qualora siano disponibili idonei strumenti tecnici, il presidente del collegio può disporre che l'interessato sia sentito mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p.

Si può dunque sostenere che, a fronte di una disciplina dell'appello senz'altro penalizzante, la videoconferenza costituisce una modalità attuativa dell'insopprimibile contraddittorio e garantisce comunque una forma di partecipazione all'udienza in vista di un effettivo esercizio del diritto di difesa.

Deve infatti ribadirsi che il giudizio di appello sulle misure di prevenzione è sicuramente idoneo a incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale sui beni dell'individuo costituzionalmente tutelati come la libertà personale e il patrimonio, gravemente aggrediti da quelle misure in quanto fortemente inabilitanti della sua persona e delle sue attività.

La attività istruttoria si connota, come nel primo grado, per un autonomo e penetrante potere di iniziativa *ex officio* e per l'impiego di peculiari strumenti di conoscenza.

Così, il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno, nonché assumere le prove in udienza nel rispetto del contraddittorio, sia pure senza particolari formalità.

È stato pacificamente affermato che, in effetti, nella disamina della attuale pericolosità sociale del prevenuto, il giudice di appello deve accertare d'ufficio se sono sopravvenuti alla decisione di primo grado elementi che inducano tanto a ritenere una attenuazione di tale pericolosità, quanto un eventuale aggravamento.

Infatti vale il principio dell'effetto solo limitatamente devolutivo del gravame, come sancito dall'art. 597 c.p.p., in virtù del quale possono essere presi in considerazione anche dati fattuali diversi, rilevabili di ufficio, sui quali non si sia concentrata l'attenzione del primo giudice.

Si è opportunamente precisato che si tratta del naturale portato dei principi che disciplinano la materia delle misure di prevenzione, governata dalla regola *rebus sic stantibus* e dal canone della attualità della pericolosità, fattori, questi, che impongono di valutare anche di ufficio e mediante la acquisizione di nuova documentazione il presupposto fondamentale per la emissione dei provvedimenti.

Ne discende, ulteriormente, che non può trovare applicazione la norma posta dall'art. 603 c.p.p. in materia di rinnovazione della istruzione dibattimentale, vigendo il principio del costante adeguamento della situazione di diritto a

quella di fatto, per cui il convincimento del giudice del gravame ben può fondarsi su elementi non esaminati in primo grado, dei quali può sempre disporre la acquisizione ai sensi dell'art. 666, co. 5, c.p.p.

Ove la assunzione di prove nuove, ai sensi e per gli effetti del predetto art. 603 c.p.p., venga invece richiesta dalle parti, esse hanno l'onere di prospettarla già nell'atto di appello, senza che peraltro possa reputarsi preclusa la possibilità di chiedere la ammissione ancora di altre prove sopravvenute o scoperte dopo la scadenza del termine per impugnare, ovvero nel corso della stessa trattazione (come è consentito del resto nel procedimento di esecuzione e di sorveglianza).

6.2. Contro il decreto della corte di appello è ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge da parte del pubblico ministero e dell'interessato (e del difensore di questi), entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito del decreto medesimo.

Ove non ne dichiarò la inammissibilità, la Corte pronuncia una sentenza di rigetto del ricorso oppure di accoglimento, con o senza rinvio.

Nell'ipotesi di un nuovo giudizio, si tende a ritenere applicabile (stante il carattere giurisdizionale della procedura di prevenzione e la natura di sentenza riconosciuta al decreto emesso in materia) il disposto dell'art. 623, co. 1, lett. c), c.p.p., in virtù del quale esso va devoluto ad altra sezione della stessa corte di appello, ovvero, in mancanza, alla corte di appello più vicina.

I principali punti di criticità riguardano senz'altro la disciplina dei vizi deducibili e la pubblicità dell'udienza.

Per un corretto approccio a tali questioni, si deve preliminarmente osservare che la cornice all'interno della quale esse vanno esaminate è quella della progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione e della estensione ad esso dei contenuti minimi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.

Il sistema delle impugnazioni, conseguentemente, deve assicurare il controllo effettivo e reale delle limitazioni imposte con le misure medesime.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo ha rimarcato la assoluta elevatezza della posta degli interessi in gioco, avuto riguardo agli effetti gravemente punitivi tipici delle misure ablativo, cosicché la legalità della aggressione patrimoniale è strettamente correlata alla correttezza del procedimento di applicazione - ciò che richiede al diritto interno un *quid pluris* in punto di predisposizione di contenuti minimi di garanzie del diritto di difesa.

Rimane escluso dall'ambito dei vizi deducibili quello indicato dall'art. 606, co. 1, lett. e), c.p.p., ossia il difetto, la illogicità manifesta e la contraddittorietà della motivazione.

Ne discende che il vizio di motivazione del decreto può essere dedotto solo qualora di essa si contesti la inesistenza o la mera apparenza, ricorrendo la violazione dell'obbligo, legislativamente stabilito a carico del giudice di appello, di provvedere con decreto motivato.

Risulta pertanto definitivamente avallata la prassi interpretativa più restrittiva in punto di ambito di estensione del *genus* violazione di legge, laddove invece il controllo logico, e non solo giuridico, sulla motivazione del decreto impositivo della misura rappresenta il giusto sindacato sulla razionalità del potere esercitato dal giudice di appello, consentendo un riesame completo circa la concreta applicazione del diritto al fatto.

E tuttavia, la Corte costituzionale, già con sentenza n. 321 del 2004, ha dichiarato infondata la questione di legittimità della identica disciplina del giudizio di cassazione, all'epoca dettata dall'art. 4, co. 11, legge n. 1423 del 1956, sull'(insoddisfacente) assunto che «le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione».

Tale soluzione è stata ribadita di recente.

La quinta Sezione della Cassazione, con sentenza del 16 maggio 2014, contestando le conclusioni delle Sezioni unite sulla natura della confisca di prevenzione, ed evidenziandone il carattere punitivo che imporrebbe la medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto, ha nuovamente sollevato eccezione di incostituzionalità in relazione all'art. 10 ma la Corte costituzionale ancora una volta l'ha dichiarata infondata.

La riforma ora al senato non ha introdotto alcuna novità al riguardo, sebbene la commissione Fiandaca avesse proposto di eliminare tale limitazione dei vizi denunciabili, sugli assunti che è molto incerta la linea di confine fra motivazione illogica da una parte e motivazione inesistente o meramente apparente dall'altra, e che inoltre la identità della natura sostanziale delle sentenze e dei decreti di prevenzione rende irragionevole la netta distinzione fra gli stessi quanto alla natura del giudizio di legittimità.

Altra grave lesione del diritto di difesa si ravvisa nella mancata previsione della pubblica udienza come sede di trattazione del ricorso.

Nel mentre la Consulta ha censurato di incostituzionalità gli artt. 4, legge n. 1423 del 1956 e 2-ter, legge n. 575 del 1965, nella parte in cui non prevedevano che, su domanda degli interessati, i gradi di merito del procedimento di

prevenzione si svolgessero nelle forme dell'udienza pubblica (C. Cost, 8.3.2010, n. 93, in Sito Uff. Corte Cost., 2010), a opposta soluzione è pervenuta per il giudizio di cassazione, stabilendo la irrilevanza del difetto di pubblicità nella relativa procedura (Corte cost., (ord.) n. 80 de 2011, in *www.cosrtecostituzionale.it*).

Si è in proposito sostenuto che «i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, § 1, Convenzione dei Diritti dell'Uomo, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza. La valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza, si apprezza difatti, secondo un classico, risalente e acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative».

Appare incongruente in tutta la sua evidenza una tale affermazione.

E comunque, addurre come giustificazione della diversa disciplina una peculiare specificità tecnica della materia trattata in cassazione non risulta affatto sufficiente a spiegare la grave anomalia della previsione di una forma procedimentale, in sede di legittimità, del tutto incompatibile con quella stabilita dalla legge processuale penale per tutti i procedimenti che, nei gradi di merito, abbiano seguito le forme dell'udienza pubblica.