

Misure di prevenzione, personali e patrimoniali, e compatibilità con la Cedu, con particolare riferimento all'ampliamento dei destinatari delle misure e all'introduzione del principio di applicazione disgiunta

Francesco Menditto

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Lanciano

Sommario: 1. Premessa: cenni sulle misure di prevenzione - 1.1 Il contrasto patrimoniale alle mafie (e alla criminalità) - 1.2. Le misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da contrasto al disagio sociale a prevenzione (e contrasto) della criminalità - 2. Misure di prevenzione (efficacia), ordinamento sovranazionale: lineamenti generali - 2.1 L'attenzione "internazionale" per le misure di prevenzione dell'ordinamento italiano (l'efficacia delle misure, l'utilizzo a fini sociali dei beni immobili confiscati) - 2.2 Misure di prevenzione e "diritto" dell'Unione Europea, cenni - 3 Misure di prevenzione e Cedu: lineamenti generali - 4. Misure di prevenzione personali e Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU) - 4.1 La compatibilità con la Cedu - 4.2 – L'interpretazione convenzionalmente orientata - 4.3 – La "rilevabilità" della violazione delle norme della CEDU - 5 - Misure di prevenzione patrimoniali e Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU) - 5.1 - La compatibilità con la CEDU - 6 Le conseguenze derivanti dalla compatibilità alla Cedu: la retroattività in generale (rinvio per le misure patrimoniali) - 7 Il procedimento di prevenzione e la compatibilità con la CEDU (art. 6) - 7.1. Profili generali - 7.2. La forma dell'udienza - 7.3. La partecipazione del proposto all'udienza - 7.4 Il legittimo impedimento del difensore - 8 L'estensione delle categorie di pericolosità e gli altri presupposti per l'applicabilità delle misure personali (e dunque di quelle patrimoniali), rapporti con la CEDU - 8.1 I presupposti di applicabilità delle misure personali, in particolare le categorie di pericolosità, cenni - 8.2. I riflessi sulla compatibilità alla Cedu - 9 – Le misure patrimoniali (sequestro e confisca di prevenzione) la natura giuridica (retroattività o irretroattività - 9.1 Una questione non solo teorica ma dagli in negabili effetti pratici, le diverse forme di confisca previste dall'ordinamento - 9.2 L'imprescindibile natura preventiva della confisca di prevenzione - 9.3 L'origine della tesi della natura di "tertium genus", le ragioni del suo superamento - 9.4. La natura preventiva della confisca e il principio di applicazione disgiunta - 9.5. Alcune

conseguenze derivanti dalla natura giuridica della confisca di prevenzione (la cd. connessione temporale) - 9.6 Le opposte opinioni in ordine alla natura sanzionatoria della confisca di prevenzione - 10 Cedu e diritti dei terzi - 10.1 I terzi intestatari - 10.2 Gli eredi del proposto - 11 L'estensione dell'applicabilità delle misure patrimoniali ai cd. "pericolosi semplici" - 11.1. L'evoluzione della giurisprudenza -11.2 La verifica della compatibilità con la Cedu - 12 Revoca ex tunc e Cedu.

1. Premessa: cenni sulle misure di prevenzione

1.1 Il contrasto patrimoniale alle mafie (e alla criminalità)

Un'efficace azione di contrasto al crimine, in particolare di quello organizzato di tipo mafioso, è possibile solo se all'azione repressiva "classica" si affianca un intervento patrimoniale diretto a eliminare i profitti illecitamente accumulati che costituiscono la causa prima di questo tipo di delitti.

Dopo la legge Rognoni-La Torre (646/82) sono seguiti nuovi istituti finalizzati a un'efficace contrasto patrimoniale: il sequestro e la confisca previsti dall'art. 12 sexies d.l. n. 356/92, conv. dalla l.

n. 356/92¹ (c.d. confisca allargata), numerose ipotesi di confisca obbligatoria², la confisca per equivalente³ e la confisca ai danni dell'ente⁴.

I numerosi interventi legislativi degli ultimi anni diretti a potenziare i mezzi di *aggressione* (e di prevenzione) ai patrimoni illecitamente accumulati dagli appartenenti a organizzazioni di tipo mafioso, con una progressiva estensione alla criminalità che trae profitti illeciti⁵, hanno comportato notevoli problemi applicativi, con necessarie interpretazioni dirette ad assicurare il rispetto dei principi costituzionali e della Cedu⁶.

1.2. Le misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da contrasto al disagio sociale a prevenzione (e contrasto) della criminalità

La funzione preventiva e il mancato previo accertamento della commissione di un reato costituiscono le caratteristiche essenziali delle misure di prevenzione. Per assicurare le esigenze di prevenzione dello Stato si impongono, indipendentemente dalla commissione di un reato, misure che, seppur prive dell'applicazione di una sanzione penale, limitano la libertà della persona attraverso l'imposizione di numerose prescrizioni dirette ad agevolare il controllo e la vigilanza degli organi preposti alla tutela della sicurezza pubblica.

Per lungo tempo tali misure sono state confinate in un ambito esclusivamente amministrativo. Da un lato, la funzione di tutela della collettività, rimessa alla mera "polizia di sicurezza", giustificava l'intervento della sola autorità amministrativa; dall'altro, l'esclusione dal procedimento dell'autorità giudiziaria consentiva di "controllare" le persone sospettate di essere pericolose per l'ordine costituito senza riconoscere loro alcuna garanzia.

L'origine

Le misure preventive presenti nella legislazione post unitaria, col Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza del 1926 divengono un'essenziale strumento di controllo del dissenso politico da parte del fascismo.

L'entrata in vigore della Costituzione pone subito in risalto lo stridente contrasto delle norme in materia di misure di prevenzione con i principi di libertà riconosciuti dalla Carta. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 2 del 1956, fissa alcuni principi che costituiscono, ancora oggi, il

¹ Emblematico il progressivo ampliamento, da un lato dei soggetti destinatari della confisca di prevenzione, dall'altro dei delitti elencati nel citato art. 12 sexies.

² Confisca prevista da numerose disposizioni del codice penale (ivi compreso l'art. 416 bis, comma 7 c.p.) e di leggi speciali.

³ Ipotesi ampliate progressivamente a numerosi delitti (oltre che alla confisca di prevenzione e a quella allargata). Manca però, come sarebbe opportuno, una disposizione di carattere generale che preveda l'applicabilità di tale istituto a delitti puniti con una determinata pena.

⁴ Istituto previsto dal d.lgs. n. 231/01 che consente la confisca per equivalente anche per contravvenzioni.

⁵ Oltre al ricordato ampliamento dei delitti previsti dall'art. 12 sexies, particolare rilievo assume l'estensione dell'applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniali a più ampie categorie di soggetti così come l'applicazione disgiunta di misure personali e patrimoniali.

⁶ La particolarità della materia della prevenzione, richiede una costante opera di lettura costituzionale delle norme, prima ancora di proporre lo scrutinio di costituzionalità. La stessa Corte costituzionale ha più volte offerto interpretazioni dirette a evitare declaratorie di incostituzionalità (sent. nn. 465/93, 282/10). Cfr. F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*. Milano, 2012, pag. 28 e ss, 288 ss.

nucleo dei presupposti di applicabilità di questo istituto: misure preventive limitative della libertà personale sono consentite nei limiti posti dall'art. 13 Cost.; misure preventive limitative della libertà di circolazione possono essere applicate dall'autorità amministrativa per ragioni di sicurezza pubblica se previste dalla legge, ai sensi dell'art. 16 Cost.; i provvedimenti, adeguatamente motivati, devono essere fondati su fatti (e non su sospetti) ed emessi nel rispetto delle garanzie difensive.

Il vuoto legislativo derivante dalla sentenza della Corte viene colmato rapidamente con la l. n. 1423/56 che riorganizza la materia tentando di descrivere con maggiore precisione le categorie di persone cui può essere applicata la misura di prevenzione personale e assicura alcune garanzie difensive che saranno progressivamente ampliate dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza.

La l. n. 575/65: dalla pericolosità comune alla pericolosità qualificata degli indiziati di mafia

I numerosi omicidi che insanguinarono la Sicilia nel corso della prima guerra di mafia, iniziata nel dicembre 1962, e l'incapacità di offrire adeguata risposta attraverso i processi penali, spesso conclusi con sentenze di assoluzioni per insufficienza di prove per l'inadeguatezza (anche politica e culturale) dell'apparato repressivo statale, sono all'origine della l. n. 575/65 (c.d. legge antimafia). Si prevede l'applicabilità alle *persone indiziate di appartenere ad associazioni mafiose* della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con specifici inasprimenti.

Le finalità preventive sono estese dalle tradizionali categorie di c.d. pericolosità *comune*, in precedenza descritte, a soggetti che si ritengono pericolosi (c.d. pericolosità *qualificata*) sulla base del *grado* di attribuibilità della partecipazione a un'associazione criminale per la prima volta legislativamente denominata "mafia", seppur non ancora tipizzata.

Dalla l. n. 646/82, che introduce le misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, al c.d. codice antimafia (d.lgs. n. 159/11).

Nuove esigenze di politica criminale inducono a introdurre, con la legge Rognoni La Torre (n. 646/82), le "misure di prevenzione patrimoniali" del sequestro e della confisca. Si consente prima di sequestrare i beni nella disponibilità dell'indiziato di mafia, anche se intestati a prestanome, e, all'esito del contraddittorio, di confiscarli purchè si accerti, sia pure indiziariamente, la loro provenienza illecita.

Plurimi interventi legislativi, talvolta originati da impellenti ragioni di politica criminale, si succedono negli anni seguenti rimodulando le misure personali, anche con l'espunzione di categorie di pericolosità incompatibili con uno stato democratico (quali gli oziosi e i vagabondi), e quelle patrimoniali. Il d.l. n. 92/08, conv. dalla l. n. 125/08 interviene profondamente sul sistema prevedendo, tra l'altro, l'applicabilità delle misure personali anche a indiziati di gravi reati in materia di mafia (delitti elencati nell'art. 51, comma 3 bis, c.p.p.), e l'estensione del sequestro e della confisca anche nei confronti delle persone c.d. pericolose semplici.

La copiosità della legislazione e le negative conseguenze derivanti dalla sua disorganicità hanno reso sempre più diffusa la richiesta di un vero e proprio codice antimafia in cui raccogliere l'intera

normativa, penale (sostanziale e processuale) e delle misure di prevenzione. All'esito di un articolato iter, iniziato con la legge delega n. 136/10, viene emanato il d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 che, pur se denominato "Codice delle leggi antimafia", costituisce un mero codice delle misure di prevenzione (e della documentazione antimafia), in gran parte meramente ricognitivo della legislazione previgente⁷.

La coesistenza tra confisca di prevenzione e confisca "allargata"

Va sottolineato la coesistenza nell'ordinamento italiano di un duplice intervento patrimoniale⁸:

- in sede di prevenzione, nei confronti di diverse categorie di persone espressamente elencate oggi dagli artt. 1 e 3 del d.lgs. n. 159/11, indipendentemente dall'esistenza e dall'esito dell'eventuale processo, a impulso plurimi di diverse Autorità -giudiziarie e amministrative- e competenza attribuita (per il sequestro la confisca) al Tribunale del capoluogo di provincia, attraverso un più agile procedimento;
- in sede penale, in cui i provvedimenti di sequestro e confisca, adottati ai sensi dell'art. 12 sexies d.l. n. 306/92 cit., seguono la disciplina del processo penale, con la conseguenza che la confisca può essere adottata solo nel caso di condanna⁹.

In questa sede ci occuperemo solo del primo, non ignorando i problemi che la confisca allargata pone rispetto alla compatibilità con la Cedu.

2. Misure di prevenzione (efficacia), ordinamento sovranazionale: lineamenti generali

2.1 L'attenzione "internazionale" per le misure di prevenzione dell'ordinamento italiano (l'efficacia delle misure, l'utilizzo a fini sociali dei beni immobili confiscati)

Negli ordinamenti internazionali si registra una sempre maggiore attenzione verso le misure di prevenzione, che rappresentano una particolarità dell'ordinamento italiano.

Diversamente dall'esperienza italiana, in altri ordinamenti¹⁰ il contrasto ai patrimoni illecitamente accumulati avviene con la confisca penale, perciò nell'ambito del procedimento finalizzato all'accertamento della commissione di reati e all'irrogazione della pena. Solo la condanna consente la confisca del patrimonio illecito, sempre che siano previste forme di "confisca allargata" che, allontanandosi dalla tradizionale forma di confisca delle cose che costituiscono prezzo o provento del

⁷ Vi è una diffusa critica alla regolamentazione operata che comporta, sostanzialmente, una "fallimentarizzazione" del giudice della prevenzione. Cfr., ad esempio, le osservazioni svolte F. Menditto, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, Cass Pen., 2012, 799 ss. In tal senso anche i pareri della Commissione Giustizia della Camera, formulati il 2 agosto 2011 sullo schema di d.lgs. (n. 159/11) e il 2 agosto 2012 sullo schema di decreto correttivo (d.lgs. n. 218/12).

⁸ I due interventi possono anche coesistere, con prevalenza del sequestro penale (per i procedimenti di prevenzione iniziati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/11, di cui si dirà oltre, ovvero del sequestro di prevenzione per i procedimenti iniziati successivamente (art. 30 d.lgs. cit.).

⁹ Questo è l'attuale approdo delle Sezioni Unite penali, pur se non mancano tentativi di rivedere questa posizione almeno nel caso di estinzione del reato per prescrizione.

¹⁰ Un interessante esperienza, seppur limitata, analoga a quella italiana è rappresentata dalla legislazione antimafia albanese (LAW Nr. 10 192 dated 3.12.2009 "ON PREVENTING AND STRIKING AT ORGANISED CRIME AND TRAFFICKING THROUGH PREVENTIVE MEASURES AGAINST ASSETS" che in gran parte ricalca la legislazione delle misure di prevenzione patrimoniali

reato per il quale si procede, consentono di colpire tutti i beni di valore sproporzionato e ingiustificato rispetto al reddito del condannato¹¹.

Alcune legislazioni di paesi anglosassoni prevedono *actio in rem* che si sviluppano attraverso meccanismi probatori più assimilabili al diritto civile che al diritto penale, legati o meno all'accertamento della responsabilità penale. Nel Regno Unito la procedura di confisca segue la condanna, mentre negli Stati Uniti, secondo la *civil forfeiture*, è sufficiente la dimostrazione iniziale, da parte dell'accusa, di una *probable cause*¹² per spostare l'onere probatorio sulla difesa che deve portare elementi che denotano l'estraneità del bene alla dinamica delittuosa, o la sua appartenenza ad un proprietario inconsapevole; non si discute della responsabilità della persona e il giudizio sulla confiscabilità del bene viene pronunciato sulla base della regola, tipicamente civilistica, della *preponderance of evidence*, ove prevale la parte che può supportare la propria tesi con un grado di verosimiglianza superiore all'attendibilità dell'ipotesi contraria.

Nelle diverse occasioni in cui si entra in contatto con operatori di diversi ordinamenti occorre spiegare che l'*essenza del sistema italiano* consiste nella possibilità di aggredire i patrimoni illecitamente accumulati sia con la confisca "allargata", nel corso del processo penale, sia con la confisca di prevenzione nell'ambito di un procedimento "semplificato" che prescinde dalla condanna. In quest'ultimo caso l'obiettivo non è quello di sanzionare la persona ma di acquisire in favore dello Stato beni entrati illecitamente nella disponibilità di persone pericolose anche perché indiziate di gravi reati; beni da sottrarre per prevenire l'ulteriore manifestazione della pericolosità della persona, accentuata attraverso l'utilizzo di quei beni.

Una delle particolarità che caratterizza l'esperienza italiana è rappresentata dall'applicazione dell'istituto nell'ambito di un procedimento "penale" e non civile che deve essere sempre ben spiegato agli operatori di altri ordinamenti più abituati alla collocazione di istituti analoghi nell'ambito di procedimenti civili spesso evocati dalla Corte europea e da risoluzioni internazionali.

D'altra parte "l'efficacia" dello strumento è ben descritta da un sommario esame dei dati relativi ormai a trenta anni di applicazione¹³. Dati che si riportano anche con riferimento al riutilizzo dei beni confiscati che rappresenta un'altra particolarità italiana oggetto di interesse da parte di interlocutori stranieri.

Alla data dell'1 gennaio 2013 risultano 11.238 beni immobili confiscati definitivamente, di cui il 44,6% in Sicilia.

Il totale degli immobili destinati e consegnati è di 5.859, l'87,03% trasferito al patrimonio indisponibile degli enti territoriali quasi per la totalità coincidenti con i comuni (5.010) in cui si

¹¹ Per una approfondita analisi. A.M. Maugeri, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine. Reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, 2008.

¹² Una base ragionevole per ritenere probabile che il bene sia stato acquistato con proventi illegali, sostenuta da elementi che, pur non raggiungendo il livello di prova *prima facie*, fondino qualcosa di più di un mero sospetto.

¹³ Cfr. F. Menditto, *Quale futuro per i beni immobili sequestrati e confiscati? Proposte essenziali per ridurre le criticità esistenti*, in www.penalecontemporaneo.it ottobre 2013.

trovano i beni. L'11,03% è stato destinato alle forze dell'ordine, vigili del fuoco e capitanerie di porto ed il restante 1,94% a ministeri ed altri enti.

Il 36,87% dei beni immobili consegnati e trasferiti al patrimonio indisponibile degli enti territoriali è stato destinato a finalità sociali. Significativa anche la quota destinata ad associazioni (18,35%) e alloggi per indigenti (14,68%). Il restante 30,11% è stato destinato a fini istituzionali (sicurezza e soccorso pubblico, uffici e scuole).

Sui sequestri sono utili i dati offerti dal Ministero della Giustizia in cui, alla data del 31 marzo 2013, si indicano complessivamente come sequestrati e confiscati nell'ambito dei procedimenti di prevenzione 51.660 beni immobili; sottraendo i circa 12.000 immobili confiscati indicati dall'Agenzia Nazionale risulterebbero oltre 40.000 immobili in sequestro di prevenzione.

Sono 1.708 le aziende confiscate definitivamente¹⁴, 623 dislocate in Sicilia (il 36,5%), 347 in Campania (il 20,3%), 223 in Lombardia (il 13%), 161 in Calabria (il 9,4%).

Sul numero di quelle *operative* i dati non sono univoci, pur se può ritenersi che solo 3 su 10 giungono operative alla confisca definitiva e 1 su 10 è effettivamente destinata.

Va sottolineato che nei diversi ordinamenti all'esito della confisca è generalmente prevista la vendita dei beni. La risoluzione del parlamento europeo del 25 ottobre 2011 e quella del 23 ottobre 2013¹⁵, di cui si dirà oltre tendono a valorizzare l'esperienza italiana.

2.2 Misure di prevenzione e “diritto” dell'Unione Europea, cenni

Il sistema italiano delle misure di prevenzione, tradotto nell'espressione “confisca senza condanna” è in qualche modo ripreso da alcuni documenti recenti in cui si prevede un incremento degli strumenti di confisca. Tra questi è utile menzionare:

- la risoluzione del parlamento europeo del 25 ottobre 2011¹⁶ con cui si tende a valorizzare lo strumento delle misure patrimoniali. Si propone la presentazione, da parte della Commissione europea, di una direttiva quadro sulla procedura di sequestro e di confisca dei proventi di reato, con l'elaborazione di norme che consentano l'utilizzo efficace di strumenti quali la “confisca in assenza di condanna”, con l'attenuazione dell'onere della prova sull'origine dei beni in possesso delle persone condannate o imputate per reati connessi alla criminalità organizzata e la confisca nel caso di intestazione di beni a terzi (punto 8), che sembra evocare l'esperienza italiana delle misure di prevenzione patrimoniali¹⁷. La direttiva non potrà prescindere dall'atto di indirizzo del Parlamento europeo adottato il 23 ottobre 2013 (cfr. sub);

¹⁴ 623 dislocate in Sicilia (il 36,5%), 347 in Campania (il 20,3%), 223 in Lombardia (il 13%), 161 in Calabria (il 9,4%).

¹⁵ Punto 33 “ incoraggia gli Stati membri a promuovere il riutilizzo dei beni criminali confiscati per fini sociali, ad esempio destinando tali proventi alle vittime e alle comunità devastate dalla criminalità organizzata e dal traffico di droga, e a impiegarli per finanziare la lotta alla criminalità a partire dal livello locale e azioni transfrontaliere da parte delle autorità di contrasto, e suggerisce l'attivazione di fondi per il finanziamento di interventi volti a preservare l'integrità di tali beni”.

¹⁶ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0459+0+DOC+XML+V0//FR>.

¹⁷ Balsamo Lucchini, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, gennaio 2012, in www.penalecontemporaneo.it.

- la risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 23 ottobre 2013 *sulla criminalità organizzata, la corruzione e il riciclaggio di denaro: raccomandazioni in merito ad azioni e iniziative da intraprendere*¹⁸. Nella proposta redatta il 17 maggio dalla Commissione speciale su Criminalità organizzata, corruzione e riciclaggio di denaro del Parlamento europeo¹⁹ si invitavano gli Stati membri, “sulla base delle legislazioni nazionali più avanzate, a prendere in considerazione l'applicazione di modelli di confisca dei beni nel quadro del diritto civile, nei casi in cui, in base a sufficienti margini di probabilità e previa autorizzazione di un giudice, può essere stabilito che i beni derivano da attività criminali o sono utilizzati per attività criminali” (punto 21). Il testo approvato è meglio formulato proprio con riferimento alle misure di prevenzione prevedendo:

- “27. invita gli Stati membri, sulla base delle legislazioni nazionali più avanzate, a introdurre modelli di confisca non basata sulla condanna, nei casi in cui, sulla base degli elementi di prova disponibili e subordinatamente alla decisione dell'autorità giudiziaria, possa essere stabilito che i beni in questione derivano da attività criminali o sono impiegati per svolgere attività criminali;
- 28. considera che, nel rispetto delle garanzie costituzionali nazionali e fatti salvi il diritto di proprietà e il diritto di difesa, possono essere previsti strumenti di confisca preventiva applicabili solo a seguito di decisione dell'autorità giudiziaria;
- 29. chiede alla Commissione di presentare una proposta legislativa atta a garantire in maniera efficace il reciproco riconoscimento degli ordini di sequestro e confisca connessi alle misure di prevenzione patrimoniale adottate dalle autorità giudiziarie italiane e ai provvedimenti in materia civile adottati in diversi Stati membri; chiede agli Stati membri di disporre fin d'ora le misure operative necessarie a rendere efficaci tali provvedimenti”;

Vi è, dunque, un evidente ed esplicito riferimento alle misure di prevenzione patrimoniali italiane assimilata ai procedimenti civili previsti da altri ordinamenti.

- la proposta della Commissione europea del 12 marzo 2012 “relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell’Unione europea”, volta a contrastare le attività della criminalità organizzata, privandola dei suoi proventi a livello transnazionale²⁰. La Commissione suggerisce, tra le numerose opzioni, l’introduzione di una “confisca non basata sulla condanna”, riconosciuta legittima dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, con adeguate garanzie procedurali, nel rispetto del principio di proporzionalità. Per la Commissione “l’impatto di questa opzione sui comportamenti criminali sarebbe

¹⁸ Reperibile su <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0307&language=IT>

¹⁹ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bREPORT%2bA7-2013-0175%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fIT&language=IT es/it/crim/home.html>

²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0085:FIN:FR:PDF->

significativo, in quanto la confisca non basata sulla condanna (perfino in circostanze limitate) e la confisca nei confronti di terzi obbligherebbero i criminali a modificare le loro pratiche e renderebbero più difficile l'occultamento dei beni”.

Alcuni dei limiti della proposta²¹ possono essere superati dagli emendamenti proposti nella relazione della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo avanzate il 20 maggio 2013²² in cui, ad esempio, si propone di riformulare (le proposte di modifica sono riportate in *corsivo*) :

- l'art. 1, nel seguente modo: *“Al fine di lottare più efficacemente contro le organizzazioni criminali e le forme gravi di crimine, Il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni criminali di tipologia mafiosa, è il profitto economico. Di conseguenza, le autorità competenti dovrebbero disporre dei mezzi per rintracciare, congelare, gestire e confiscare i proventi di reato. Tuttavia, una prevenzione e lotta efficaci in materia di criminalità non dovrebbero limitarsi a neutralizzare i proventi di reato, ma piuttosto essere estese, in altri casi, a qualsiasi proprietà che risulti dalle attività di natura criminale. Il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca dei proventi di reato non è sufficientemente efficace. Una lotta efficace contro la criminalità economica, la criminalità organizzata e il terrorismo richiederebbe il riconoscimento reciproco delle misure adottate in un settore diverso da quello del diritto penale o altrimenti adottate in assenza di una condanna penale nelle circostanze definite all'articolo 5 aventi per oggetto, più in generale, ogni possibile bene o reddito attribuibile ad una organizzazione criminale o ad una persona sospettata o accusata di appartenere ad un'organizzazione criminale;*
- l'art. 7 ter nel seguente modo *“Gli Stati membri sono liberi di adottare le procedure di confisca collegate a una causa penale dinanzi a qualsiasi giudice penale, civile o amministrativo. L'emissione di provvedimenti di confisca richiede in via generale una condanna penale. In taluni casi deve comunque essere possibile, anche laddove non possa ottenersi una condanna penale, confiscare beni al fine di contrastare le attività criminali quali la criminalità organizzata o il terrorismo e fare in modo che i profitti derivanti da tali attività non vengano reinvestiti nell'economia lecita. Alcuni Stati membri autorizzano la confisca laddove non vi siano prove sufficienti per l'azione penale, qualora l'autorità giudiziaria ritenga, secondo quanto è probabile, che i beni siano di origine illecita, nonché in situazioni in cui l'indagato o imputato si dia alla fuga per evitare l'azione penale o la condanna, sia incapace di essere processato per altri motivi o deceda prima del termine del procedimento penale. In altri casi alcuni Stati membri permettono la confisca per esempio laddove non si possa dar seguito a una condanna penale o non la si possa ottenere, qualora l'autorità giudiziaria sia convinta,*

²¹ A. Maugeri, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Dir. pen. cont. - Rivista trimestrale*, 2, 2012, p. 180 ss. A. Balsamo, *Il “Codice antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* Luglio 2012 in www.penalecomntewmporaneo.it

²² <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2013-0178+0+DOC+XML+V0//IT>. F. Mazzacuva, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato* luglio 2013 www.penalecontemporaneo.it.

dopo aver utilizzato tutti i mezzi di prova disponibili, inclusa la sproporzionalità dei beni rispetto al reddito dichiarato, che i beni derivano da attività di natura criminale. Questa tipologia è definita confisca non basata sulla condanna. È necessario che siano adottate disposizioni per consentire la confisca non basata sulla condanna in tutti gli Stati membri.”

L'approfondimento di tali temi è oggetto di altra relazione.

3 Misure di prevenzione e Cedu: lineamenti generali

In questi ultimi anni è divenuto sempre più frequente la verifica della compatibilità delle misure di prevenzione con la Cedu.

Si avverte sempre più stringente la necessità di avere chiaro il contesto, non più solo costituzionale, ma anche “sovranaazionale” di riferimento per evitare “forzature” che, in nome di una presunta “efficienza”, giungano a interpretazioni e applicazioni che possano comportare il contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell’Uomo, depotenziando uno “strumento” che ha dato ottimi risultati nel contrasto alla accumulazione di patrimoni criminali.

Se la Corte europea ha fino a oggi affermato la compatibilità delle misure di prevenzione con la Convenzione, salvo alcuni limitati interventi “correttivi”, costante deve essere l’attenzione dell’operatore per evitare che questo utilissimo strumento possa essere guardato con diffidenza dalla Corte Europea, semmai cogliendo alcune posizioni della giurisprudenza, ancora influenzata dall’originaria natura amministrativa delle misure di prevenzione e riluttante a riconoscere garanzie dovute in un procedimento che limita la libertà personale e interviene pesantemente sul patrimonio.

In definitiva le misure di prevenzione (personali e patrimoniali) devono abbandonare definitivamente l’area della indeterminatezza, della genericità, della tutela “limitata”, dell’apparire un diritto di serie “B”, per assumere i contorni di un sistema fondato su principi generali, tra loro coordinati, con ampio riconoscimento delle garanzie in un’ottica di piena compatibilità con la Costituzione e con la Cedu.

Nel prosieguo, oltre ad affrontare i noti e generali principi in materia di compatibilità con la Cedu, si svilupperanno i singoli argomenti che appaiono di maggiore attualità rispetto a possibili interventi della Corte Europea, sempre più sollecitata negli ultimi anni.

4. Misure di prevenzione personali e Convenzione europea per i diritti dell’uomo (CEDU)

4.1 La compatibilità con la Cedu

Non si dubita della compatibilità delle misure personali, presupposto di quelle patrimoniali, con la Cedu.

Vengono in rilievo due disposizioni

Art. 5, § 1, della CEDU, Diritto alla libertà e alla sicurezza

1. Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge:

.....

Art. 2 del protocollo addizionale n. 4 della CEDU

L'art. 2 del protocollo n. 4, addizionale della convenzione, adottato a Strasburgo il 16 settembre 1963, reso esecutivo con d.P.R. n. 217/82, testualmente recita: "*Chiunque si trovi regolarmente sul territorio dello Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di scegliersi liberamente la propria residenza. Ogni persona è libera di lasciare qualsiasi Paese, ivi compreso il proprio. L'esercizio di questi diritti non può essere soggetto ad altre restrizioni che non siano quelle che, previste dalla legge, costituiscano delle misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, per la sicurezza pubblica, per il mantenimento dell'ordine pubblico, per la prevenzione dei reati penali...*".

E' nota la distinzione tra misure privative (soggette all'art. 5 § 1 che, dalla lett. *a*) alla lett. *f*), enumera sei possibili ragioni che possono fondare la *legittima* privazione della libertà personale di un individuo) o limitative della libertà personale (soggette all'art. 2 del protocollo addizionale n. 4) che dipende dalla *situazione concreta* sottoposta all'esame della Corte e non dalla qualificazione giuridica adottata dall'ordinamento nazionale.

Al fine di assicurare il massimo riconoscimento delle garanzie previste dalla Convenzione ed evitare gli effetti di una possibile *frode delle etichette* la Corte ha precisato che *la differenza tra privazione e semplice limitazione della libertà personale* discende da "una differenza di grado e d'intensità, non di natura o di contenuto". I criteri utilizzati dalla Corte sono di tipo *quantitativo* e riguardano "il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta". Per questa ragione assume carattere di privazione della libertà non solo la misura coercitiva, ma anche una penetrante limitazione della libertà di circolazione²³.

In via di prima approssimazione si può affermare che la privazione della libertà si realizza ove la libertà fisica venga a mancare del tutto perché si è in presenza di coercizioni sul corpo (come nel caso di arresto, fermo e detenzione a vario titolo), anche per un breve lasso di tempo. Ma, proprio in virtù della "concretezza" della Corte una privazione della libertà si ha anche in presenza di vincoli particolarmente incisivi della libertà di circolazione e alla sorveglianza rigorosa delle forze dell'ordine.

La garanzia di cui all'art. 5 § 1 Cedu non opera nei confronti delle misure che comportano una

²³ Cfr. L. Beduschi, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008-2010 in tema di art. 5 § 1 cedu e art. 2 prot. n. 4 cedu*. In Riv. Trim. diritto penale contemporaneo, 2011.

mera *restrizione* della libertà personale, la cui legittimità va pertanto vagliata alla stregua dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, posto a tutela della libertà di circolazione. L'art. 2 Prot. n. 4 Cedu accorda alla libertà di circolazione una *protezione condizionata*, nel senso che consente alle autorità statali di porre in essere talune restrizioni purchè *previste dalla legge e necessarie* ad assicurare la tutela degli interessi elencati nello stesso art. 2 Prot. n. 4, al § 3 (sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale o protezione dei diritti e libertà altrui). Si richiede, inoltre, il rispetto di un principio di *proporzione*: una volta riscontrata nel caso concreto un'interferenza con la sfera di tutela dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, la Corte è chiamata ad operare un bilanciamento tra il rispetto del diritto garantito dalla norma in parola, da un lato, e le esigenze della collettività, dall'altro.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte ritenuto la compatibilità con la Cedu di norme limitative della libertà personale di contenuto simile alle misure di prevenzione, ponendo l'accento sulla necessità dell'intervento dell'autorità giudiziaria (Corte europea, sent. 1.7.61 sul caso *Lewless* e 18.6.71 sul caso *De Wilde* ed altri).

Nello stesso senso sono le sentenze relative a norme (poi abrogate) previste in tema di misure di prevenzione personali.

Con la sentenza del 6.1.1980, sul caso *Guzzardi*, la Corte accertava la violazione dell'art. 5, par. 1, della convenzione, in presenza di persona sottoposta all'obbligo di soggiorno nell'isola dell'Asinara, trattandosi "di assegnazione di una persona ritenuta socialmente pericolosa al soggiorno obbligato in un'isola, ove possa muoversi soltanto in una zona estremamente esigua, sotto permanente sorveglianza e nella quasi completa impossibilità di stabilire contatti sociali". In questo caso, come emerge dalla lettura della sentenza, si individuava una vera e propria privazione della libertà personale e non si ravvisava nessuna delle cause legittimanti la limitazione previste dalle lett. da a) a f).

Tale decisione è superata dalla successiva normativa che prevede l'imposizione dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza del proposto che, perciò, non integra una vera e propria privazione della libertà.

Con la sentenza 22.2.1986, sul caso *Ciulla*, la Corte riteneva violato l'art. 5 par 1 della convenzione nel caso di persona sottoposta a custodia provvisoria, così come previsto dall'allora vigente art. 6 l. n. 1423/56.

Nel caso *Raimondo c. Italia* del 22.2.94 – in cui il ricorrente era stato sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, con l'obbligo di non lasciare la propria abitazione prima delle 7 del mattino e di non rincasare più tardi delle 21 e di presentarsi alla polizia in certi giorni (prescrizione tipica della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza) – la Corte europea ha ritenuto che le prescrizioni imposte fossero meno afflittive rispetto a quelle applicate nei confronti del ricorrente nel caso *Guzzardi* e, pertanto, ha concluso che la misura in questione avesse comportato una restrizione (e non una privazione della libertà personale), perciò compatibile con l'art. 2 del

protocollo n. 4.

La Corte, ancora, con la sentenza del 6.4.2000, sul caso Labita, ha affermato che sono legittime misure di prevenzione “applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna, poichè tendono ad impedire il compimento di atti criminali”. La Corte ritenne “ingiusta” l’applicazione (o meglio la mancanza di revoca della misura applicata nel 1993) al Labita che, prosciolto dall’accusa di partecipazione ad associazione mafiosa, era stato destinatario della misura (anche patrimoniale) solo perché la moglie era la sorella di un capo mafioso nel frattempo deceduto; circostanza “considerata negativamente” dalla Corte che affermò la violazione dell’art. 2 del protocollo 4²⁴.

In definitiva l’esame della giurisprudenza della Cedu consente di inquadrare le misure di prevenzione personali come “limitative” e non “privative” della libertà personale, perciò compatibili con l’art. 2 del protocollo n. 4, rispondendo ai criteri ivi previsti:

- *previsione della legge*
- *necessità* di assicurare la tutela degli interessi elencati nello stesso art. 2 Prot. n. 4, al § 3 (pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione dei reati);
- *proporzionalità* tra il loro contenuto e gli interessi da tutelare, in particolare la prevenzione dei reati.

Appare, invece, problematica la compatibilità delle misure di prevenzione con l’art. 5, nonostante la previsione per legge, la tipizzazione e la giurisdizionalizzazione del procedimento, per la non agevole inquadrabilità in una delle categorie di cui alle lett. da a) a f).

Peraltro, recentemente la Corte europea²⁵ si è pronunciata, sulla compatibilità con l’art. 5 comma 1. lett. b) Cedu di una misura di prevenzione, eseguita ai fini di prevenire episodi di violenza in occasione di manifestazioni sportive, consistita nella restrizione in camera di sicurezza per circa quattro ore.

4.2 – L’interpretazione convenzionalmente orientata

L’astratta compatibilità delle misure di prevenzione personali alla Convenzione europea per i diritti dell’uomo impone all’interprete di assicurare che norme e principi di questa delicata materia non si pongano in contrasto con le disposizioni della Convenzione (come interpretate dalla Corte europea), in considerazione del valore primario di tale disciplina, pilastro fondamentale della normativa

²⁴ Cfr. par. 12.

²⁵ I. Gottardi, *Detenzione per prevenire condotte violente durante una manifestazione sportiva: esclusa la violazione dell’art. 5 Cedu da parte della Germania*, Nota a C. eur. dir. uomo, sez. V, sent. 7 marzo 2013, ric. n. 15598/08, Ostendorf c. Germania, maggio 2013, in [www. Penale contemporaneo.it](http://www.Penale.contemporaneo.it).

internazionale in tema di riconoscimento di diritti fondamentali della persona.

4.3 – La “rilevabilità” della violazione delle norme della CEDU

Non possono essere applicate direttamente nel nostro ordinamento le norme della CEDU quando non sia possibile un'interpretazione delle norme interne compatibile con le norme della Convenzione europea (cfr. S.C. sent. n. 4463/12 sul caso Labita). L'applicabilità diretta è esclusa anche dopo che la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) è stata recepita dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituiva la Comunità europea (Corte cost. sent. n. 80/11).

La violazione della norma interna con la CEDU va denunciata sollevando innanzi alla Corte costituzionale la questione di non manifesta infondatezza, per violazione dell'art. 117 della Costituzione, sempre che non si ravvisino norme Costituzionali prevalenti (Corte cost. sent. nn. 347 e 348 del 2007).

5 - Misure di prevenzione patrimoniali e Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU)

5.1 - La compatibilità con la CEDU

Secondo l'art. 1 del protocollo addizionale n. 1: *“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità ed alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non ledono il diritto degli Stati di applicare quelle leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri tributi o ammende.”*

La Corte europea riconosce che la “confisca antimafia” è una misura di prevenzione e non una sanzione penale; una diversa conclusione rischierebbe di snaturare l'istituto imponendo l'applicazione di principi (e garanzie) tipici del sistema penale, incompatibili col sistema delle misure preventive (in particolare l'art. 7 della Cedu).

Per la Corte la misura di prevenzione ha una funzione e una natura ben distinte rispetto alla sanzione penale; mentre quest'ultima tende a sanzionare la violazione di una norma penale, ed è subordinata all'accertamento di un reato e della colpevolezza dell'imputato, la misura di prevenzione non presuppone un reato e tende a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi (sent. 22.2.94 sul caso Raimondo, dec. 15.6.99 sul caso Prisco).

Per la Corte la confisca antimafia, inoltre, rientra tra quelle misure (non inevitabilmente a carattere penale) necessarie e adeguate alla protezione dell'interesse pubblico. Non può essere paragonata a una sanzione penale secondo i tre criteri individuati dalla stessa Corte per affermare che una misura riveste

carattere penale ai fini della Convenzione: la qualificazione nel diritto interno, la natura della sanzione, la severità della sanzione (sent. 8.6.76 sul caso Engel).

In definitiva, secondo la costante giurisprudenza della Corte europea l'ingerenza nel godimento del diritto al rispetto dei beni, garantito dal primo comma del citato art. 1, è consentita dal secondo comma che lascia agli Stati il diritto di adottare "quelle leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale"; desumendosi l'interesse generale dall'obiettivo di "impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza lecita non è stata dimostrata" (sent. 22.2.94 sul caso Raimondo, dec. 4.9.01 sul caso Riela e del 5.7.01 sul caso Arcuri, sent. 5.1.10 sul caso Bongiorno, dec. 6.7.11 sul caso Pozzi, dec. 17.5.11 casi Capitani e Campanella).

L'ingerenza degli Stati è ritenuta dalla Corte **proporzionata** al legittimo scopo perseguito, consistente in una politica di prevenzione della criminalità per la cui attuazione il legislatore deve avere un ampio margine di manovra sia sull'esistenza di un problema di interesse pubblico, che richiede una normativa, sia sulla scelta delle modalità applicative di quest'ultima. In particolare, la Corte, ha ritenuto che tale ingerenza va valutata tenendo conto che "il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto, in Italia, dimensioni davvero preoccupanti. I guadagni smisurati che le associazioni di stampo mafioso ricavano dalle loro attività illecite danno loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Quindi, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, e in particolare la confisca controversa, possono essere indispensabili per poter efficacemente combattere tali associazioni" (cfr. in particolare la decisione Arcuri e la sentenza Bongiorno, cit.).

La Corte europea ha ben delineato le caratteristiche delle misure patrimoniali (sequestro e confisca): "finalizzate ad impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza legittima non è stata dimostrata..." (sent. 5.7.01 sul caso Arcuri, cit.).

Alla Corte, del resto, è ben chiara la ragione delle misure patrimoniali, fondate su "presunzioni di fatto o di diritto", cui la Convenzione non vi si oppone in via di principio, essendo assicurata una garanzia giurisdizionale effettiva. Così come la Corte non ignora il "margine di discrezione che spetta agli Stati quando essi disciplinano "l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale", in particolare nel quadro di una politica anticrimine finalizzata a combattere il fenomeno della grande criminalità".

Per quel che concerne il requisito della proporzione nel caso di sequestro una recente sentenza della Corte individua una casistica essenzialmente relativa all'eccessiva durata del periodo compreso tra l'adozione del provvedimento cautelare e la decisione finale sul merito: Sent. 9 ottobre 2008, *Forminster Enterprises Limited c. Repubblica Ceca* (ric. n. 38238/04); sent. 8 gennaio 2008, *Jucys c. Lituania* (ric. n. 5457/03).

6 Le conseguenze derivanti dalla compatibilità alla Cedu: la retroattività in generale (rinvio per le

misure patrimoniali)

I principi espressi dalla Corte europea consentono di delineare con sufficiente chiarezza le caratteristiche cui devono corrispondere le misure di prevenzione (personali e patrimoniali) per rientrare tra “le misure preventive” che, perciò, non sono soggette “direttamente” ai principi propri delle sanzioni penali, individuate come detto secondo una concezione “sostanzialistica” contenuti nell’art. 7²⁶ della Convenzione e descritti nel dettaglio dalla giurisprudenza.

La lettura della disposizione rende chiaro che il principale effetto che consegue alla natura preventiva della misura consiste nell’inapplicabilità del principio di irretroattività della legge di cui si dirà oltre, relativo sia alle misure personale, sia a quelle patrimoniali (per le quali ci si diffonderà al par. 9).

Tale principio trova riconoscimento anche nell’ordinamento italiano. In tema di misure di prevenzione si ritiene non invocabile il principio di irretroattività della legge penale previsto dagli artt. 25 della Costituzione e 2 c.p., giacché le norme in materia si uniformano non già ai principi che riguardano le pene, bensì a quelli concernenti le misure di sicurezza. Pertanto, in base al disposto dell’art. 200 c.p., esse devono intendersi “regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione”. I principi ricordati trovano fondamento nella natura e funzione delle misure di prevenzione che sono applicate non quale diretta conseguenza di un determinato fatto (come accade per i reati), bensì per l’intera condotta di vita del soggetto sviluppatasi nel tempo, tale da fare desumere una pericolosità sociale attuale. Poiché proprio a questa pericolosità in atto, anche la legge eventualmente sopravveniente intende porre rimedio, ne consegue l’applicabilità della disciplina prevista dalla norma in vigore nel momento in cui la misura viene concretamente irrogata (S.C sent. 40703/02, 7116/07, 33597/09).

Pertanto, per le categorie di pericolosità oggi previste dall’art. 4, lett. b), d.lgs. 159/11, vanno valutate anche le condotte realizzate prima del 2008 e del 2009, epoca in cui sono entrata in vigore le norme che consentono nei confronti di questi l’applicazione della misura di prevenzione (d.l. n. 92/08, conv. dalla l. n. 125/08, per gli indiziati della commissione dei delitti previsti dall’art. 51, comma 3 bis c.p.p.; l. n. 94/09 per gli indiziati del delitto ex art. 2 quinquies d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92).

In assenza di una norma transitoria, dovendo essere espresso un giudizio di pericolosità sociale nei confronti del proposto, si fa riferimento al momento della decisione, anche se le occasioni e le ragioni su cui poggia tale pericolosità sono desunte da comportamenti e circostanze pregresse, le quali, nella logica del sistema creato dalle norme di prevenzione, riverberano sul tempo futuro le conseguenze del

²⁶ ARTICOLO 7 Nulla poena sine lege

1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili

loro valore sintomatico (Trib. di Napoli -sez. misure di prevenzione- dec. 9.12.10 in http://www.penalecontemporaneo.it/materia/6-misure_di_prevenzione/).

7 Il procedimento di prevenzione e la compatibilità con la CEDU (art. 6)

7.1. Profili generali

La Corte europea ha sempre richiamato, in generale, l'applicazione dell'art. 6²⁷ al procedimento di prevenzione personale e/o patrimoniale. Da ultimo sent. 26.7.11 Pozzi e altri contro Italia: “ La Corte rammenta innanzitutto che l'articolo 6 si applica alle procedure di applicazione delle misure di prevenzione nella sua parte civile, tenuto conto in particolare del loro oggetto « patrimoniale » (Arcuri c. Italia, succitata; Riela ed altri c. Italia succitata; Bocellari e Rizza c. Italia (dec.), n. 399/02, 28 ottobre 2004 e 16 marzo 2006).

Ferma restando l'applicabilità dell'art. 6 la Corte ribadisce costantemente alcuni principi:

- non è compito della corte conoscere degli errori di fatto o di diritto assertivamente commessi da un organo giudiziario interno, salvo nel caso e nella misura in cui essi potrebbero avere leso i diritti e le libertà tutelati dalla Convenzione;
- l'ammissibilità delle prove dipende essenzialmente dalle norme del diritto nazionale e spetta in linea di principio ai giudici interni, in particolare ai tribunali, di interpretare tale legislazione. Il ruolo della Corte è limitato alla verifica della compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione Gallego.

In particolare, la Corte verifica che il ricorrente sia stato rappresentato da un avvocato di fiducia, abbia partecipato alla procedura, abbia avuto la possibilità di presentare le memorie e i mezzi di prova da lui ritenuti necessari per tutelare i suoi interessi.

La Corte, riguardo il procedimento delle misure di prevenzione rileva, inoltre:

²⁷ ARTICOLO 6 Diritto a un equo processo

1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

- (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;*
- (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;*
- (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;*
- (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;*
- (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza.*

- che la procedura si svolge in contraddittorio dinanzi a tre organi di giudizio successivi.
- che i giudici italiani non si basano su semplici sospetti, ma devono accertare e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti.

In definitiva il procedimento di prevenzione, in particolare dopo la sentenza che ha reso obbligatoria l'udienza pubblica se richiesta, corrisponde al disposto dell'art. 6, pur se appare, comunque, necessario il *potenziamento* di alcune garanzie.

Peraltro, l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni sulle misure di prevenzione deve sempre tenere conto dei principi suindicati se si vuole evitare che la Corte europea assuma criteri sempre più rigorosi nella verifica della loro compatibilità alla Cedu

7.2. La forma dell'udienza

L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico, perciò in camera di consiglio, sempre che l'interessato non chieda la pubblica udienza (art. 7, comma 1, secondo e terzo periodo, d.lgs. 159/11).

Il nuovo testo ripercorre, in attuazione della delega, la disciplina vigente all'esito della sentenza della Corte costituzionale 12 marzo 2010 n. 93 con cui erano stati recepiti plurimi interventi della Corte europea per i diritti dell'uomo (sent. 13.11.07, Bocellari e Rizza, 8 luglio 2008, Pierre, 5 gennaio 10, Bongiorno). Secondo la Cedu, pur tenendo conto di alcuni interessi superiori e dell'alto grado di tecnicità, "in particolare della posta in gioco delle procedure relative all'applicazione delle misure di prevenzione e degli effetti che possono produrre sulla situazione personale delle persone coinvolte", si impone il riconoscimento agli interessati del diritto di chiedere una pubblica udienza, costituendo la pubblicità del procedimento uno strumento per consentire il controllo e la trasparenza dell'azione giudiziaria e, in definitiva, l'equo processo.

Ci si interroga sugli effetti della celebrazione dell'udienza pubblica

Si ritiene che la forma pubblica dell'udienza di prevenzione comporta l'applicabilità delle sole disposizioni del processo penale relative alla pubblicità del dibattimento, con esclusione di tutte quelle norme relative alla fase preliminare (avviso di fissazione dell'udienza, termini per la notifica, etc.) e alla fase dell'udienza (svolgimento dell'istruttoria, modalità di conduzione dell'esame dei testimoni e delle parti, utilizzazione degli atti acquisiti da altri procedimenti).

Tale conclusione discende dalla ragione che ha spinto la Corte europea a consentire la celebrazione nella forma pubblica, ricondotta (non alla forma e modalità del procedimento ma) alla necessità di consentire il controllo della funzione giudiziaria, ben tradotta nell'art. 7 d.lgs. n. 159/11 che al comma primo consente la celebrazione dell'udienza in forma pubblica e ai commi successivi disciplina seppur sommariamente il procedimento.

Trovano, pertanto, applicazione le sole disposizioni di cui agli artt. 471, 472 e 473 c.p.p. per il dibattimento.

La giurisprudenza, infatti, ha affermato che il diritto alla pubblicità è riconosciuto solo nel

procedimento di applicazione della misura e non anche nei diversi procedimenti che si svolgono nell'ambito delle misure di prevenzione, con diverse finalità. (S.C. sent. n. 1848/11 relativa a incidente di esecuzione del terzo avverso confisca divenuta irrevocabile)

Rimane aperto il tema della pubblicità dell'udienza innanzi alla Corte di Cassazione non esaminato nel merito dalla Corte costituzionale (Corte cost. sent. n. 214/2013).

Peraltro alcuni effetti possono comunque trarsi dalla pubblicità dell'udienza (cfr. il paragrafo che segue).

7.3. La partecipazione del proposto all'udienza

Il d.lgs. n. 159/11 disciplina le facoltà e le modalità di partecipazione del proposto (o dell'interessato) all'udienza, con una tecnica normativa che in parte richiama la disciplina previgente, in parte riproduce le disposizioni in materia di esecuzione, non tenendo conto delle particolarità del procedimento di prevenzione e della sua piena giurisdizionalizzazione oltre che dell'evoluzione della giurisprudenza.

La facoltà di partecipazione del proposto (o dell'interessato), in generale, è garantita a pena di nullità assoluta e insanabile (art. 7, comma 7, d.lgs. n. 159/11), ai sensi degli artt. 178 lett. c) e 179 c.p.p., così come era già previsto (art. 4, comma 6, l. n. 1423/56).

Qualora il proposto (o l'interessato) sia in stato di libertà, è rimessa alla sua volontà la partecipazione o meno all'udienza, salvo l'eventuale impedimento a comparire.

Con riferimento alla più complessa questione della partecipazione all'udienza del proposto (o interessato) detenuto o internato (anche agli arresti domiciliari) la disciplina posta dall'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 159/11, che riproduce testualmente il disposto dell'art. 666 c.p.p. (senza neanche sostituire la parola "giudice" con "tribunale"), presenta alcuni aspetti problematici, laddove la l. n. 1423/56, che nulla prevedeva, aveva consentito alla giurisprudenza di elaborare principi che garantivano pienamente il diritto della parte.

Possono verificarsi diverse situazioni:

- proposto detenuto nell'ambito della circoscrizione del Tribunale²⁸;
- proposto detenuto fuori della circoscrizione del Tribunale che chieda di essere *sentito*;
- proposto detenuto fuori della circoscrizione del Tribunale che chieda di *presenziare o di partecipare* all'udienza;

Il proposto detenuto in luogo posto nella circoscrizione del giudice deve (e doveva) essere tradotto, ferma restando la facoltà di rinunciare alla presenza in udienza. La competenza provinciale del Tribunale comporta che si faccia riferimento alla detenzione nel circondario provinciale, pur se nella provincia siano presenti più Tribunali.

Qualora il *proposto sia ristretto fuori della circoscrizione del Tribunale* e avanzi "tempestiva

²⁸ Naturalmente nel procedimento d'appello deve farsi riferimento al distretto della Corte.

richiesta” di essere “*sentito*”, provvede prima del giorno dell’udienza il magistrato di sorveglianza del luogo ove il soggetto è ristretto previa trasmissione degli atti da parte del Tribunale.

Nel caso in cui il proposto sia ristretto fuori della circoscrizione del Tribunale e avanzi “tempestiva richiesta” di “*presenziare o partecipare*”, manifestando inequivocabilmente la volontà di essere presente personalmente all’udienza, sono sorte alcune perplessità.

Il d.lgs. n. 159/11 non disciplina tale ipotesi. Nel regime previgente la giurisprudenza più attenta riteneva che dovesse essere assicurata la comparizione personale del proposto che avanzava una esplicita richiesta di *partecipare* all’udienza e non di *essere sentito*. Si affermava che la presenza del proposto andava garantita in applicazione analogica delle disposizioni sul procedimento di riesame delle misure cautelari, al fine di evitare possibili censure d’illegittimità costituzionale, sia con riferimento al principio di eguaglianza, sia con riguardo all’inviolabilità del diritto di difesa, garantendo all’interessato un reale contraddittorio dinanzi al giudice, nel rispetto dei principi d’immediatezza e di oralità che ispirano l’attuale sistema processuale (S.C. sent. nn. 2531/96, 31334/08).

L’espressa disciplina del d.lgs. n. 159/11 dell’ipotesi in cui il proposto chieda di essere sentito e l’omessa previsione del caso in cui chieda di presenziare potrebbe fare dubitare dell’applicabilità dei principi elaborati dalla giurisprudenza. Deve, però, ritenersi che ci si trovi in presenza dell’ennesima “disattenzione” del legislatore e che sia ineludibile un’interpretazione costituzionalmente orientata che recuperi la giurisprudenza formatasi sotto il vigore della l. n. 1423/56.

Per assicurare l’effettivo esercizio del diritto del proposto detenuto fuori del circondario, l’avviso di fissazione dell’udienza dovrà esplicitare le due diverse modalità di richiesta (essere “*sentito*” ovvero “*partecipare*”) che influiscono sulla necessità o meno di disporre la traduzione.

Questa è la conclusione raggiunta dalla più attenta giurisprudenza che perviene alla conclusione proposta, non solo sulla base della giurisprudenza previgente, ma anche richiamando “una interpretazione sistematica, adeguata alla Costituzione ed alla Cedu” (S.C. sent. n. 43539/12).

“Si deve partire dalla premessa che la sentenza della Corte Costituzionale 93. 2010, sul presupposto degli interventi della Corte EDU nella materia, ha riconosciuto al procedimento di prevenzione la natura sostanziale di procedimento di merito, poiché è destinato ad incidere in via definitiva su diritti personali e patrimoniali. Il relativo procedimento, quindi, non può assimilarsi ad un “comune” giudizio camerale finalizzato a decisioni incidentali. Proprio per le esigenze connesse alla natura di procedimento di merito, in via di declaratoria di illegittimità costituzionale, la Corte aveva introdotto il diritto del proposto a chiedere la trattazione in udienza pubblica del procedimento, regola che poi è stata trasfusa in termini positivi nella nuova normativa del codice antimafia.

La attuale procedura in forma di udienza pubblica è stata comunque lasciata alla iniziativa della parte, ritenendosi rispettosa del principio della Cedu una procedura semplificata purché la parte abbia comunque facoltà di optare per la trattazione pubblica. Una volta riconosciuta natura di

procedimento di merito al procedimento di prevenzione, proprio per tale natura, come del resto affermato in materia di giudizio abbreviato in fase di appello, non è più possibile escludere il diritto della parte a partecipare al procedimento di prevenzione che lo riguarda.

Si tratta di interpretazione che diventa necessaria in applicazione dell'art. 6 Cedu. Pur se in apparenza tale disposizione non prevede esplicitamente il diritto alla comparizione innanzi al giudice tra i diritti fondamentali in materia di processo, che tale diritto sia di fatto inserito nell'articolo 6 risulta dalla previsione, in tale stesso articolo, di diritti dell'interessato da esercitare in udienza e che, quindi, presuppongono il pieno diritto alla partecipazione. In tali termini CEDU GC SEJDOVIC v. ITALY 1/3/2006 (" Nonostante ciò non sia espressamente menzionato nel paragrafo 1 dell'art. 6, l'oggetto e lo scopo dell'articolo valutato complessivamente dimostra che una persona accusata di un reato ha diritto di partecipare all'udienza ... " " Il compito di garantire il diritto dell'inquisito di essere presente nell'aula di udienza ... è posto quale uno dei requisiti essenziali dell'art. 6 ... "). In termini più espliciti l'articolo 14 comma 3 del Patto internazionale sui Diritti Civili e Politici, esecutivo ex L. 881.1977, n. 881 indica espressamente il diritto "ad essere presente al processo". Tale diritto a presenziare è ormai pacificamente estensibile al procedimento di prevenzione in quanto parificato al processo di merito."

Per l'impedimento a comparire, l'art. 7, comma 5, d.lgs. n. 159/11 prevede che l'udienza sia rinviata solo nei casi in cui sussista un legittimo impedimento dell'interessato che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice.

Si accoglie solo parzialmente l'orientamento giurisprudenziale che, in assenza di disciplina imponeva il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento a comparire del proposto che avesse manifestato la volontà di essere presente e di essere sentito personalmente anche se detenuto fuori del luogo della circoscrizione del tribunale (S.C. sent n. 19535/03, 46614/07).

Ancora una volta, così come nel caso di diritto a presenziare all'udienza del detenuto fuori circoscrizione del Tribunale, si riproduce testualmente una norma (l'art. 127, comma 4, c.p.p. in materia di udienza camerale, senza neanche sostituire il termine "giudice" con "tribunale"), non tenendo conto della peculiarità del procedimento di prevenzione e dei diritti e delle garanzie del proposto (o dell'interessato).

Essendo stata proposta un'interpretazione costituzionalmente orientata diretta a garantire la partecipazione all'udienza del detenuto fuori circondario che chieda di *partecipare personalmente*, per evitare censure di incostituzionalità anche in tale ipotesi si applicheranno le disposizioni sul legittimo impedimento.

7.4 Il legittimo impedimento del difensore

La disciplina previgente e l'art. 7 d.lgs. n. 159/11 nulla prevedono sul legittimo impedimento del difensore del proposto o dell'interessato.

L'attuale arresto della giurisprudenza di legittimità dimostra quanto nella materia della prevenzione sia ancora necessaria una particolare attenzione dell'interprete per assicurare l'esercizio del diritto di difesa.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 7551/98, affermarono che l'art. 486, comma quinto, c.p.p., a norma del quale il giudice provvede alla sospensione o al rinvio del dibattimento in caso di legittimo impedimento del difensore, non si applicava ai procedimenti in camera di consiglio svolti con le forme previste dall'art. 127 c.p.p. ivi compresi quelli camerale di esecuzione e di prevenzione, benché per questi (a differenza di quanto stabilito dall'art. 127 c.p.p.) fosse prevista la "partecipazione necessaria" del difensore. Secondo le Sezioni Unite per tali tipologie di procedimenti il legislatore aveva optato per la "partecipazione necessaria" del difensore (e del pubblico ministero), ma non dell'interessato, sentito personalmente solo previa richiesta; aggiungeva che appariva ardita la tesi "della necessità di rinviare l'udienza per impedimento del difensore, quando neppure l'impedimento dell'imputato ne costituiva la ragione".

L'interpretazione delle Sezioni Unite è confermata dalla Cassazione anche dopo la riformulazione dell'art. 111 della Costituzione (l. cost. n. 2/99) e l'introduzione dell'art. 420 ter c.p.p. (l. n. 479/99) che rende applicabile all'udienza preliminare il legittimo impedimento del difensore (S.C. sent. n. 2405/00, 2634/00. In senso contrario S.C. sent. n. 13033/00).

L'orientamento è seguito anche da alcune decisioni in cui si afferma che l'art. 420 ter c.p.p. nulla statuisce per il procedimento camerale regolato dall'art. 127 c.p.p., in conformità del carattere discrezionale delle scelte legislative concernenti i diversi livelli di garanzie difensive da assicurare nelle varie procedure (S.C. sent. nn. 4855/00, 8917/2000, 405/01, 28211/03).

Sulla questione sono tornate le Sezioni Unite che, con la sentenza n. 31461/06, hanno ribadito l'irrelevanza del legittimo impedimento del difensore sulla base di un articolato ragionamento²⁹

²⁹ Ragionamento che si può così riassumere:

- il legislatore ha previsto una sistematica e diversa disciplina dell'esercizio del diritto di difesa, in relazione alle varie fasi e alle varie tipologie dei procedimenti nel cui ambito tale diritto deve esplicarsi;
- a seguito della riforma dell'udienza preliminare, di cui alla l. n. 479/99, divenuta sede di assunzione e formazione della prova, con trasferimento di istituti tipici del dibattimento, l'art. 420 ter c.p.p. prevede l'impedimento a comparire dell'imputato o del difensore, anticipando a tale fase le regole prima dettate con esclusivo riferimento al dibattimento;
- il diritto partecipativo dell'imputato nei procedimenti camerale si atteggia in maniera diversa da quanto previsto nel dibattimento e nell'udienza preliminare. I procedimenti di esecuzione e di sorveglianza non hanno subito nessuna trasformazione, tale da giustificare un'assimilazione con la nuova configurazione dell'udienza preliminare. La mera coincidenza della prescrizione della "partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore" (comune al rito ex art. 420 c.p.p.) non può condurre a estendere la disposizione dell'art. 420 ter c.p.p. a detti procedimenti, non essendovi né identità di ratio legis, né collegamento normativo, né espressa previsione come avvenuto per l'udienza preliminare;
- una visione d'insieme della complessa materia conduce a rilevare che dal sistema emerge una logica tendente a temperare, fra gli altri, il principio del contraddittorio con quello della ragionevole durata del processo, inducendo il legislatore a prevedere per i procedimenti camerale, oltre al modello tipico delineato dall'art. 127 c.p.p., schemi procedurali diversi: contraddittorio necessario, contraddittorio eventuale e differito, presenza della sola parte o del solo difensore. In particolare, la specificità dei procedimenti di esecuzione e di sorveglianza sta proprio nella necessità di assicurare celerità nell'applicazione del giudicato;
- il legislatore ha predisposto un sistema di esercizio del diritto di difesa diverso per le varie fasi o tipologie dei processi, che regge al

In sintesi, per le Sezioni Unite, il legittimo impedimento a comparire del difensore non rileva nei procedimenti di prevenzione (esecuzione e di sorveglianza) e la sua "necessaria" presenza non comporta il rinvio della relativa udienza di trattazione, purché sia assicurata la presenza di un sostituto (S.U. sent. n. 31461/06).

Le Sezioni semplici hanno seguito l'orientamento delle Sezioni Unite affermando che il legittimo impedimento del difensore, quale causa di rinvio dell'udienza, non rileva nei procedimenti in camera di consiglio, per i quali è previsto che i difensori, il pubblico ministero e le altre parti interessate, siano sentiti solo se compaiono (S.C. sent. n. 14396/09).

La lunga esposizione della *granitica* giurisprudenza di legittimità consente di individuare numerosi argomenti espressi con riferimento ai giudizi camerali, con partecipazione necessaria del difensore ed eventuale del proposto, che non appaiono convincenti per il procedimento di prevenzione, anche alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 159/11.

Giova ribadire, seguendo il filo logico delle Sezioni Unite, che il procedimento di prevenzione non è in alcun modo assimilabile ai procedimenti camerali di esecuzioni o di sorveglianza, ove la partecipazione necessaria del difensore si muove nell'ambito di un giudicato (intervenuto nel pieno contraddittorio) e della sua applicazione, ovvero al procedimento camerale di cui all'art. 127 c.p.p. in cui non è neanche prevista la presenza necessaria del difensore, per le caratteristiche proprie di procedimento finalizzato all'applicazione di misure privative della libertà che impone il pieno esplicarsi del diritto di difesa.

Anche le modifiche apportate dal d.lgs. n. 159/11, seppur parziali (cfr. supra, par. 7.2) confermano la peculiarità del procedimento di prevenzione rispetto ad altri procedimenti camerali, prevedendosi non solo la necessaria partecipazione del difensore, ma anche il legittimo impedimento del proposto seppur solo in determinate ipotesi, come già ritenuto dalla giurisprudenza.

L'udienza di prevenzione appare più correttamente assimilabile alle tipologie di procedimenti in cui è previsto il legittimo impedimento del difensore per gli effetti che derivano dallo svolgimento del procedimento sulla libertà personale del soggetto, quali:

- l'udienza dibattimentale, pubblica così come oggi previsto per il procedimento di prevenzione su richiesta dalla parte;
- l'udienza preliminare in cui, a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 479/99, sono stati estesi i poteri istruttori e deliberativi del giudice, prevedendo contestualmente, pur se tenuta con rito camerale, il legittimo impedimento del difensore.

In conclusione gli argomenti dell'autorevole giurisprudenza di legittimità non appaiono pienamente riferibili al procedimento di prevenzione, cui dovrebbero applicarsi le disposizioni sul legittimo impedimento del difensore.

I principi ora espressi operano anche nel caso di *astensione dalle udienze* proclamate dalle

vaglio della compatibilità con il dettato costituzionale e con i principi affermati dalla Corte europea.

associazioni e organi forensi, assimilata all'ipotesi di legittimo impedimento.

8 L'estensione delle categorie di pericolosità e gli altri presupposti per l'applicabilità delle misure personali (e dunque di quelle patrimoniali), rapporti con la CEDU

8.1 I presupposti di applicabilità delle misure personali, in particolare le categorie di pericolosità, cenni

Le misure applicate dall'autorità giudiziaria, al pari di ogni tipologia di misura di prevenzione personale, richiedono tre presupposti indefettibili (artt. 4 e 6, comma 1, d.lgs. n. 159/11):

- a) la riconducibilità della persona a una categoria soggettiva delineata dal legislatore;
- b) la pericolosità (effettiva) della persona per la sicurezza pubblica, tale da rendere necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza;
- c) l'attualità della pericolosità sociale della persona.

Il primo requisito è rappresentato dalla inquadrabilità della persona in una delle categorie di pericolosità indicate dal legislatore, perciò tipizzate.

Pur se le misure personali hanno natura preventiva, essendo finalizzate ad accertare *ante delictum* la pericolosità del soggetto, è necessario che si operi un giudizio in parte assimilabile a quello formulato in sede penale: occorre verificare che la persona nei cui confronti si procede sia collocabile nell'ambito delle categorie di pericolosità delineate dal legislatore.

Le fattispecie o categorie, dovendo consentire un giudizio sulla futura commissione di reati, non possono che fare riferimento, esplicito o implicito, ai reati che intendono prevenire (Corte cost. sent. n. 177 del 1980, con cui si dichiarava l'illegittimità costituzionale della disposizione che includeva tra i possibili destinatari della misura coloro che "per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere").

L'evoluzione delle categorie di pericolosità

Dopo l'emanazione della Costituzione continuavano a essere in vigore le norme del titolo VI del TULPS del 1931, dedicato *alle persone pericolose per la società*, ad eccezione di quelle abrogate sul confino. Le disposizioni, molto generiche, individuavano categorie di persone cui potevano essere applicate diverse misure di prevenzione: malati di mente, intossicati da alcol e da sostanza stupefacente, oziosi, vagabondi, sospetti di vivere col ricavo di azioni delittuose o designate dalla pubblica voce come pericolose.

La l. n. 1423/56, emanata per dare attuazione ai principi espressi dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 2 del 1956, descrive e "tipizza" categorie di persone (c.d. pericolosità semplice) che, in larga parte, ripercorrono le categorie di soggetti anche precedentemente ritenuti pericolosi per la

sicurezza pubblica:

- oziosi e vagabondi abituali validi al lavoro,
- persone dedite a traffici illeciti o che vivano abitualmente con il provento di delitti o con il favoreggiamento,
- persone che diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere,
- persone dedite a favorire o sfruttare la prostituzione o la tratta delle donne o la corruzione dei minori o che svolgono abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume.

La l. n. 575/65 (c.d. legge antimafia) introduce un'altra categoria di pericolosità, le persone indiziate di appartenere ad associazioni mafiose (c.d. pericolosità qualificata o specifica). La l. n. 152/75 delinea ulteriori categorie, generalmente ricollegabili alla prevenzione di fenomeni eversivi.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 177/80 richiama il legislatore a una maggiore determinazione delle categorie di pericolosità, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 1, n. 3) ultima ipotesi, l. n. 1423/56 (coloro che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere) perchè offre uno spazio di incontrollabile discrezionalità in sede di applicazione.

Seguono numerose leggi che modificano e ampliano le categorie di destinatari della misura, fino a giungere al d.l. n. 92/08, conv. dalla l. n. 125/08, e alla l. n. 94/09 che completano il quadro normativo prevedendo le categorie degli indiziati della commissione di uno dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3 bis, c.p.p. e dall'art. 12 quinquies d.l. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92.

8.2. I riflessi sulla compatibilità alla Cedu

Fatti e non sospetti

Le sentenze della Corte europea ricordano costantemente che “le giurisdizioni italiane non potevano basarsi su semplici sospetti: esse dovevano stabilire e valutare oggettivamente i fatti esposti dalle parti e nulla nel fascicolo fa pensare che abbiano valutato in modo arbitrario gli elementi che sono stati a loro sottoposti”

Ciò dimostra, in primo luogo quanto debba ritenersi ormai acquisito il riferimento all'accertamento da parte del tribunale operato esclusivamente su circostanze di fatto, senza alcun riferimento ai sospetti.

La precisazione non è fuor di luogo perché ancora oggi anche in sentenze della Cassazione (e decreti dei giudici di merito quando riportano questi passi), si fa ancora riferimento al “sospetto”.

Va espunto dal linguaggio, perché lo è già dalla valutazione concreta, ogni valenza al sospetto.

L'esame della giurisprudenza, di merito e di legittimità, in tema di accertamento dei presupposti delle misure di prevenzione evidenzia l'impegno verso l'avvicinamento ai criteri e principi propri del diritto processual-penalistico, pur tra incertezze e confusioni, spesso derivanti dalla difficoltà di ricondurre a unità un sistema in cui l'accertamento del fatto è diretto alla formulazione di giudizi di

carattere prognostico (sulla pericolosità sociale) e di mera probabilità (indizio) della commissione di un reato. Secondo la Suprema Corte nel giudizio di prevenzione devono essere utilizzati elementi certi (S.C. sent. nn. 39953/05, 27655/07, 25919/08, 47764/08, S.U. 13410/10 in motivazione), con esclusione di sospetti, congetture e illazioni, che costituiscono mere intuizioni del giudice (S.C. sent. n. 3191/92). Si distinguono gli indizi -utilizzabili perchè fondati su fatti certi, dai quali risalire attraverso un procedimento, logico giuridico, ad altro fatto non noto- dai sospetti, congetture ed illazioni (S.C. sent. n. 12511/01).

Alcune incertezze, come premesso, si desumono da alcune sentenze della Cassazione che continuano a fare riferimento al termine sospetto, spesso utilizzato impropriamente per descrivere il carattere sintomatico "nel giudizio di prevenzione....gli indizi possono essere desunti direttamente anche dai provvedimenti giudiziari non essendo necessaria l'acquisizione dei verbali.... in quanto il giudizio di pericolosità è a carattere essenzialmente sintomatico e può essere fondato anche su semplici indizi ovvero su situazioni che giustificano sospetti e presunzioni" (S.C. sent. 110/94, 4967/95 e 20160/11);

- il giudizio di pericolosità può scaturire anche da "situazioni che giustifichino sospetti e presunzioni". Questi devono, però, essere fondati su "elementi specifici" (S.C. sent. n. 4464/93);
- il giudizio di pericolosità "può basarsi anche su elementi che giustifichino sospetti o presunzioni". Si fa, però, riferimento a fatti, come i precedenti penali, l'esistenza di recenti denunce per gravi reati, il tenore di vita, l'abituale compagnia di pregiudicati e di soggetti sottoposti a misure di prevenzione, ed altre manifestazioni oggettivamente contrastanti con la sicurezza pubblica (S.C. sent. n. 6794/98).

Gli effetti derivanti dall'ampliamento della categoria di indiziati di reato.

Alla categoria originaria di *indiziati* di appartenenza ad associazione mafiosa, che aveva indotto il legislatore a emanare un'apposita normativa con la l. n. 575/65, sono stati aggiunti (nel 2008-2009) *indiziati* di numerosi delitti, ampliando a dismisura il presupposto della pericolosità qualificata ancorato alla probabilità di commissione di delitti. L'art. 4 d.lgs. n. 159/11 si è limitato a riprodurre la disciplina previgente.

La *forzatura* legislativa appare evidente se si considera che, per individuare il presupposto di una misura preventiva, si estende l'indizio dalla connotazione della pericolosità relativa all'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso alla commissione di molteplici (seppur gravi) reati. Non sfugge che l'*indizio* di appartenenza a un'organizzazione criminale, particolarmente pericolosa quale quella di tipo mafioso, inteso come qualificata probabilità di partecipazione alla stessa, è elemento ben più rilevante, consistente e qualificante, sotto il profilo preventivo, rispetto all'indizio (qualificata probabilità) di commissione di reati, pur gravi. La perplessità deriva anche dal catalogo di delitti previsti dall'art. 51, comma 3 bis, c.p.p., che comprende reati non gravi (sotto il profilo edittale), rientrandovi qualsiasi delitto commesso per agevolare un'associazione di tipo mafioso o realizzato con

modalità mafiosa, anche al di fuori di contesti associativi criminali.

La scelta legislativa, comunque, corrisponde ai criteri di determinatezza individuati dalla Corte costituzionale e non appare irrazionale se la si ancora, da un lato, alla necessità della prova della realizzazione del reato di cui il soggetto deve essere indiziato; dall'altro, ai presupposti, comunque necessari, per l'applicabilità di qualsiasi misura di prevenzione personale, vale a dire l'esistenza comunque della pericolosità del soggetto da accertare in concreto.

L'inopportuno riferimento alle presunzioni (relative all'applicabilità delle misure personali)

Per assicurare un giusto procedimento di prevenzione occorrono interpretazioni rigorose. A solo titolo esemplificativo:

- a) di fronte alle categorie di cui all'art. 4 lett. a) e b) occorre : 1) la prova della realizzazione del reato; 2) la qualificata probabilità di commissione del reato che integra l'indizio rilevante;
- b) vanno evitate presunzioni, sia nella individuazione della pericolosità, che nella sua attualità, come di sovente accade per le categorie ora citate di cui all'art. 4, lett. a) e b).

Le misure preventive sono giustificate solo in presenza di persone pericolose e attualmente pericolose in assenza di un rigoroso accertamento su questi punti non può essere applicata una misura privativa comunque della libertà personale che, altrimenti rischierebbe di assumere caratteri sanzionatorio³⁰.

9 – Le misure patrimoniali (sequestro e confisca di prevenzione) la natura giuridica (retroattività o irretroattività

9.1 Una questione non solo teorica ma dagli in negabili effetti pratici, le diverse forme di confisca previste dall'ordinamento

Riaffermata la natura “sostanziale” dell'inquadramento giuridico della Corte europea tra sanzioni e misure preventive e l'applicabilità del principio di irretroattività solo per le sanzioni, appare fondamentale accertare la “reale” natura giuridica della confisca di prevenzione.

Può essere utile un riferimento alle diverse forme di confisca

La confisca penale “tradizionale”, prevista dall'art. 240 c.p. del codice penale del 1930, costituisce una misura di sicurezza patrimoniale che presuppone la commissione di un reato ed è volta a prevenire la commissione di altri reati mediante la sottrazione al reo delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato ovvero ne rappresentano il prodotto, il profitto o il prezzo. Si richiede o un'oggettiva pericolosità del bene (il cui possesso sia vietato) o un imprescindibile nesso strumentale

³⁰ Per ragioni di sintesi si rinvia a F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*. Milano, 2012, pag. 88 e ss, 92 ss.

col reato commesso.

La confisca prevista dall'art. 12 sexies d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/1992, pur richiedendo la condanna per i reati in esso elencati, come la confisca penale "tradizionale", se ne differenzia perché prescinde dal nesso col reato commesso, qualora si tratti di beni nella disponibilità diretta o indiretta del reo di valore sproporzionato al reddito o all'attività economica di questi e sempre che non ne sia giustificata la legittima provenienza.

Anche nelle varie ipotesi di confisca per equivalente, introdotte nell'ordinamento (art. 322 ter c.p., art. 640 quater c.p., reati in materia di evasione fiscale di cui al d.lgs. n. 74/00) il nesso col commesso reato viene meno, in quanto prevale l'esigenza (sanzionatoria) di sottrarre al condannato beni per un valore equivalente al profitto tratto dal reato.

9.2 L'imprescindibile natura preventiva della confisca di prevenzione

Pur se vi è un graduale allontanamento dal reato commesso, la confisca penale, in tutte le fattispecie sopra elencate, richiede la commissione del reato e, salvi casi eccezionali, anche la condanna del destinatario della misura patrimoniale. Solo in presenza di questi imprescindibili presupposti è consentita l'adozione della misura di sicurezza, tipica, atipica, o sanzionatoria, secondo le diverse opinioni della giurisprudenza e dalla dottrina, comunque sempre finalizzata a sottrarre i beni illecitamente accumulati.

Nel sistema della prevenzione patrimoniale non si richiedono né la previa commissione del reato né la condanna del responsabile. La persona può anche essere stata già condannata irrevocabilmente, ma ciò non è richiesto come presupposto di applicabilità della misura.

Le misure patrimoniali di prevenzione, proprio in quanto svincolate dall'accertamento del commesso reato o di uno specifico illecito (amministrativo), perciò prive di natura sanzionatoria, penale o amministrativa, hanno un inevitabile connotato preventivo perché adottate nei confronti di soggetti pericolosi di cui si vuole prevenire la realizzazione di condotte che costituiscono reato.

Alla finalità preventiva si affianca l'esigenza, divenuta negli anni sempre più pressante, di sottrarre dal circuito economico i patrimoni illecitamente acquisiti, esigenze che, però, non possono snaturare le misure, trasformandole in sanzionatorie.

In definitiva, la funzione preventiva delle misure di prevenzione patrimoniali, che le differenzia dalle misure di sicurezza tipiche o atipiche previste nel sistema penale, consiste nel prevenire l'ulteriore attività pericolosa della persona, sottraendo al prevenuto i beni illecitamente accumulati il cui possesso consentirebbe o agevolerebbe un'ulteriore espressione di pericolosità (sequestro e confisca), ovvero sottraendo provvisoriamente beni che potrebbero agevolare la condotta pericolosa (sospensione dell'amministrazione dei beni, personali o connesse ad attività economiche).

L'attenuazione delle sopra indicate esigenze preventive si verifica, come si vedrà oltre, in alcuni casi di applicazione disgiunta della misura patrimoniale da quella personale, quando è consentita la

confisca di beni pervenuti ai successori dopo la morte della persona pericolosa.

9.3 L'origine della tesi della natura di "tertium genus", le ragioni del suo superamento

Non convince la tesi secondo cui la confisca di prevenzione va ricondotta nell'ambito di quel "tertium genus", tra sanzione penale e provvedimento di prevenzione, equiparato a una sanzione amministrativa che produce gli effetti della misura di sicurezza prescritta dall'art. 240, comma secondo, c.p. (S.U. sent. n. 18/96).

Questa posizione è stata elaborata dalla Corte di cassazione per giustificare la possibilità di confiscare i beni nel caso di morte del proposto nel corso del procedimento, nonostante l'operatività del c.d. principio di accessorietà, secondo cui la misura patrimoniale poteva essere applicata solo unitamente alla misura di prevenzione personale. Attraverso questa ricostruzione si superava la declaratoria di improcedibilità della misura personale derivante dalla morte del proposto, consentendo la prosecuzione del procedimento ai soli fini della confisca che, in quanto misura di sicurezza atipica, poteva essere adottata "al fine di sottrarre definitivamente i beni di provenienza illecita dal circuito economico di origine per inserirli in altro esente da condizionamenti criminali"³¹.

Le esigenze di una siffatta ricostruzione dell'istituto, quale misura di sicurezza, seppur atipica, necessaria per imporre la confisca sono venute meno con la ricordata riforma del 2008 che, al principio di accessorietà, ha sostituito quello di applicazione disgiunta della misura patrimoniale. Oggi la possibilità di adottare la confisca, sia nel caso di morte del proposto nel corso del procedimento, sia qualora non sia applicabile la misura personale, pur in presenza di una persona che è stata pericolosa, trova espresso riconoscimento legislativo.

Sulla scia della ricordata giurisprudenza della Cassazione, vi è una tendenza a rendere concettualmente autonoma la misura patrimoniale da quella personale, con la ricorrente affermazione di una pericolosità in sé dei beni che, per ciò solo, dovrebbero esseri eliminati dal circuito legale attraverso il sequestro e la confisca di prevenzione.

Si tratta di posizioni spesso motivate dalla necessità di giustificare l'operatività di singole disposizioni, in un'ottica sostanzialistica finalizzata a una più efficace azione di contrasto alle organizzazioni criminali.

Queste tesi, riproposte pur dopo l'affermazione del principio di applicazione disgiunta (venuta meno la necessità di forzare il dato legislativo che non consentiva la misura patrimoniale in assenza di quella personale), propongono una natura sanzionatoria dell'istituto che rischia di porsi in contrasto con la Costituzione, facendo derivare una sanzione patrimoniale non dall'accertamento della commissione di un fatto (come nel caso della confisca -penale- conseguente a condanna o della confisca -amministrativa- derivante dall'accertamento di illecito amministrativo), ma

³¹ Per una ricostruzione più analitica cfr. F. Menditto, "La confisca di prevenzione nei confronti del 'morto'. un non liquet della corte costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate", Commento a Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 21, in www.penalecontemporaneo.it, marzo 2012.

dall'accertamento di soli presupposti patrimoniali ovvero da un labile collegamento con la misura di prevenzione personale che, come detto, è fondata su un mero giudizio di pericolosità.

Si tratta di posizioni che si pongono in contrasto con le citate decisioni della Corte europea che ritengono compatibili le misure di prevenzione con la Convenzione europea proprio per la loro natura preventiva e non sanzionatoria.

Più attenta la Corte Costituzionale che da tempo afferma che il procedimento di prevenzione e, segnatamente, il procedimento per l'applicazione della confisca «comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al “circuito economico” di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo e, dall'altro, a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso» (da ultimo Corte cost. sent. nn. 21/12, 335/96).

Degli eventuali rischi di incompatibilità della confisca con la Cedu sembra essere consapevole la più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui “il principio dell'autonomia della misura patrimoniale di prevenzione rispetto a quella personale..., pur permanendo l'ovvio collegamento tra la cautela patrimoniale e la pericolosità e, una volta accertata, l'attenzione si sposta sulla pericolosità dei beni utilizzabili dalla criminalità economica di matrice mafiosa... una volta accertati i presupposti di pericolosità qualificata del soggetto e di indimostrata legittima provenienza dei beni a lui riconducibili, l'applicazione della confisca diviene comunque obbligatoria, ancorché tale risultato sia conseguibile solo all'esito definitivo della prevista procedura, senza che alcun effetto risolutivo possa ricollegarsi al venir meno del prevenuto ovvero della sua pericolosità” (S.C. sent. n. 6977/11).

9.4. La natura preventiva della confisca e il principio di applicazione disgiunta

Il carattere “preventivo” della confisca risponde anche alla fondamentale esigenza di eliminare dal circuito criminale beni di provenienza illecita che, perciò, inquinano l'economia. Questa funzione può anche indurre, sotto il profilo descrittivo a parlare di “pericolosità del bene”, pur nella consapevolezza che il bene è per sua natura “neutro” e la sua illiceità o pericolosità deriva dal collegamento col soggetto pericolosi che lo ha acquistato.

In sintesi Le misure di prevenzione patrimoniali sono istituti diretti a contrastare l'accumulazione di beni di illecita provenienza che trovano il loro fondamento giustificativo nel rapporto intercorrente tra gli stessi e determinati soggetti socialmente pericolosi in grado di disporne, con la precisazione che la pericolosità dei soggetti può anche non essere attuale (o meglio la misura personale può non essere in atto o applicabile), perché il soggetto che era pericoloso (ovvero in certi limiti il suo successore a titolo particolare o universale) continuerebbe a trarre dai suoi beni un vantaggio geneticamente illecito.

In tal senso si esprime la Corte europea secondo cui la misura di prevenzione patrimoniale è “finalizzata ad impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui la provenienza

legittima non è stata dimostrata.” (sent. 5.7.01 sul caso Arcuri e altre in precedenza citate).

Da questa funzione “preventiva” discende quella che talvolta viene definita “pericolosità in sé del bene” e che va intesa, come caratteristica derivante dall’acquisto operato da persona pericolosa che comporta un’illeceità genetica che permane pur se viene meno il proposto o la sua pericolosità, riflettendosi, comunque, sul bene stesso.

Tale conclusione è rafforzata dall’introduzione del principio di applicazione disgiunta.

E’ noto che l’introduzione del principio di applicazione disgiunta ad opera del d.l. n. 92/98, conv. dalla l. n. 125/08 sollevò numerose perplessità³² risolte dalla più attenta giurisprudenza di merito, secondo cui l’autonomia dell’azione di prevenzione reale comporta la “caducazione della regola generale del binomio misure personali-misure patrimoniali da cui deriva l’applicabilità del sequestro e della confisca ad ulteriori ipotesi, rispetto a quelle già previste, in cui la misura personale, pur in presenza di un soggetto pericoloso, non può essere irrogata ovvero è cessata. Qualora la misura personale non sia stata applicata occorre accertare incidentalmente i suoi presupposti (riconducibilità alla categoria di pericolosità e pericolosità sociale) ad eccezione dell’attualità della pericolosità sociale che rappresenta un mero requisito di irrogabilità”³³.

A sostegno della tesi sono stati addotti numerosi argomenti³⁴, tra cui la natura costituzionalmente orientata dell’interpretazione proposta, in linea con gli interventi in cui la stessa Corte costituzionale ha demandato al legislatore l’eventuale modifica del principio di accessorietà, riconoscendo implicitamente la conformità a Costituzione di tale modifica, e non contrasta con i principi della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali in quanto “i profitti smisurati che le associazioni di tipo mafioso traggono dalle loro attività illecite conferiscono loro un potere la cui esistenza mette in discussione il primato del diritto nello Stato. Così, i mezzi impiegati per combattere tale potere economico, in particolare la confisca in questione, possono risultare indispensabili ai fini di una lotta efficace contro le predette associazioni” (Corte europea dei diritti dell’uomo: sentenza del 22.2.94, sul caso Raimondo e decisione di irricevibilità sul caso Arcuri).

Questa interpretazione è stata accolta dalla Corte di cassazione: “la nuova regola è, quindi, quella dell’autonomia tra misure di prevenzione personali e reali; il procedimento di prevenzione

³² F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*. Milano, 2012, pag. 353 e ss.

³³ Dec. Trib. Napoli -sez. mis. prev.- 20.4.09, dec. Trib. Reggio Calabria 22.7.09, dec. Trib. Napoli -sez. mis. prev. 9.12.10, cit., in http://www.penalecontemporaneo.it/materia/6-misure_di_prevenzione/.

³⁴ Argomenti che si possono così riassumere:

- l’univoco significato della norma (oggi art. 18, comma 1, d.lgs. n. 159/11) che, con una disposizione di indubbio carattere generale, per le parole adoperate e per il significato a loro attribuibile, stabilisce testualmente che le misure personali e quelle reali patrimoniali possono essere richieste autonomamente l’una dall’altra, così come disgiuntamente possono essere applicate;
- l’avverbio *disgiuntamente*, adoperato per stabilire il rapporto tra le due diverse tipologie di misure, indica che ciascuna di esse può seguire il proprio percorso, sia nel momento in cui viene esercitato il potere di proposta, sia in quello successivo dell’applicazione;
- la collocazione della disposizione nel percorso, in precedenza tracciato, in cui vi è stata la progressiva attenuazione del nesso di accessorietà tra misure personali e patrimoniali, portato a termine dal legislatore del 2008 che con numerose nuove disposizioni indica una diversa linea di politica criminale di intervento sui patrimoni illecitamente accumulati dalle organizzazioni mafiose, attraverso il passaggio da un approccio incentrato sulla *pericolosità del soggetto* a uno fondato sull’acquisizione illecita del bene da parte di persona pericolosa.

patrimoniale può, pertanto, essere avviato a prescindere da qualsiasi proposta relativa all'adozione di misure di prevenzione personali³⁵. La stessa Corte richiede, in ogni caso, l'accertamento incidentale dei presupposti della misura personale³⁶.

Anche la Corte costituzionale, con la sent. n. 21/12, cit. ha implicitamente aderito alla descritta impostazione.

In conclusione³⁷ la natura e gli effetti del principio e delle varie ipotesi di applicazione disgiunta confermano che la misura patrimoniale, ormai svincolata dall'applicazione della misura personale, richiede uno stretto collegamento con la pericolosità della persona, da accertare almeno incidentalmente.

La confisca mira a sottrarre dal circuito economico i beni di provenienza illecita acquisiti dalla persona pericolosa. Se la persona non è pericolosa o non era pericolosa all'epoca di acquisizione dei beni viene meno la ragion d'essere della misura di prevenzione patrimoniale perché manca il collegamento con la provenienza illecita dei beni, sia pure indiziaria e generica, che discende dalla pericolosità della persona. Si può prescindere dall'applicazione della misura personale, ma non dai suoi presupposti, e dal collegamento dell'illecita provenienza con la tipologia di pericolosità manifestata, perché al soggetto pericoloso vanno sottratti tutti i beni qualunque sia la loro origine illecita, ma non si può spezzare il nesso tra acquisto del bene e manifestazione della pericolosità, pena la trasformazione della misura di prevenzione patrimoniale in sanzione, con una scorciatoia probatoria incompatibile con i principi costituzionali con la Cedu.

Le misure di prevenzione patrimoniali divengono, col riconoscimento del principio di applicazione disgiunta, strumento di ablazione in favore dello Stato dei beni frutto dell'attività illecita della persona pericolosa, pur se non può farsi luogo alla misura di prevenzione personale (o questa è cessata), sempre che i presupposti di questa siano accertati.

La ricostruzione dell'istituto non può prescindere dal fondamento delle misure di prevenzione personali che, avendo carattere preventivo, richiedono l'attualità della pericolosità della persona. Può accadere che nel momento in cui viene formulato il giudizio (o prima che il giudizio divenga definitivo) la pericolosità non presenti carattere di attualità (per il tempo trascorso dal momento della proposta, per il cambiamento dello stile di vita del soggetto, per la morte della persona, etc.) ovvero che dopo l'accertamento giudiziale definitivo la pericolosità sia venuta meno (per la morte del sottoposto, per il mutamento dello stile di vita della persona derivante anche da eventi successivi all'adozione della misura e prima della sua esecuzione differita nel tempo, come nel caso della detenzione, etc.). In tali casi, in assenza di una pericolosità attuale viene meno l'esigenza di prevenzione (che esisteva) e la misura non può essere applicata (se irrogata in primo grado viene

³⁵ S.C. sent. nn. sent. nn. 5361/11, 5579/11, 18327/11, 484/12.

³⁶ S.C. sent. nn. 5361/11, 484/12, 3809/13, 10153/13, 24272/13, 39204/13 .

³⁷ F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*. Milano, 2012, pag. 358 e ss.

caducata nelle ulteriori fasi del giudizio) e se applicata deve essere revocata. A tali ipotesi va assimilata quella in cui la pericolosità sociale sia stata accertata, la misura sia stata applicata e sia poi cessata perché espiata interamente.

Per l'applicazione della misura patrimoniale si può derogare (e il legislatore ha deciso in tal senso) all'ulteriore presupposto dell'attualità della pericolosità sociale la cui mancanza impedisce ontologicamente l'adozione e la persistenza della misura personale, ma non ostacola in alcun modo l'irrogazione della misura patrimoniale che necessita solo dell'accertata pericolosità.

In altre parole, la discrasia temporale tra pericolosità esistente e accertata (ad un certo tempo) e la sua attualità (esistenza al momento presente), che in taluni casi impedisce l'applicazione o l'esecuzione della misura personale, non produce alcun effetto sulla possibilità di applicare la misura patrimoniale.

Col principio di applicazione disgiunta il sistema conserva una sua intrinseca coerenza perseguendo l'obiettivo di colpire i patrimoni illecitamente acquisiti, non attraverso il ribaltamento del nesso di accessorietà tra misura personale e patrimoniale, perché occorre sempre un accertamento giudiziale, eventualmente incidentale, della pericolosità del titolare del bene, ma facendo venire meno tale nesso perché non è più necessaria la previa applicazione (o esecuzione) della misura personale.

L'illiceità genetica dell'acquisto del bene permane pur se viene meno il proposto o la sua pericolosità, riflettendosi, comunque, sul bene stesso”³⁸.

Così ricostruito il sistema, appaiono formule riassuntive quelle che delineano il passaggio a un sistema che pone al centro la pericolosità del bene perché questo è neutro e la sua natura di pericolosità è desunta dal denaro o dalle modalità di acquisto frutto di attività illecite o del suo reimpiego da parte di persona pericolosa.

Il bene è confiscato non solo se ricorrono gli ordinari presupposti dell'illecita provenienza, ma anche se è stato acquistato da persona (che era all'epoca) pericolosa. Il decorso del tempo, o comunque la cessazione della pericolosità del soggetto, o qualunque ragione che non consenta di applicare la misura di prevenzione, non può avere l'effetto positivo di autorizzare il possesso del bene da parte di colui che lo ha illecitamente acquisito (quando era pericoloso) e ne trae la conseguente utilità.

Il decorso del tempo o eventi sopraggiunti, come la morte del proposto, non fanno venire meno le esigenze descritte, così come la morte di colui che poteva essere proposto le attenua.

Sulla base dei principi di carattere generale enucleati possono essere esaminate le singole ipotesi di applicabilità disgiunta della misura previste espressamente ovvero desumibili dal sistema.

Va segnalata una recente sentenza della Corte di Cassazione, secondo cui “la conquistata autonomia delle misure di prevenzione patrimoniali rispetto a quelle personali ... consenta di ravvisare

³⁸ F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*. Milano, 2012, pag. 359 e 360. Le parti sottolineate sono ripercorse quasi testualmente da S.C. sent. n. 10532/13.

per le misure patrimoniali l'attrazione dei cespiti riconducibili del prevenuto, proprio perchè indiziato di appartenenza ad una associazione mafiosa, e ove caratterizzati dal requisito della sproporzione tra valore dei cespiti e attività economiche "trasparenti", nell'area di una presunzione di illecita accumulazione, secondo connotazioni di "pericolosità" che finiscono per attingere non la persona in sé, ma il mantenimento, in capo a quel soggetto, di patrimoni la cui origine e la cui libera gestione finiscono per agevolare "ontologicamente" la vitalità (e lo stesso "prestigio" esterno) dello specifico sodalizio mafioso cui il prevenuto è indiziato di appartenere. Una pericolosità, dunque, che pare trasferirsi dalla persona in quanto tale, alla specifica *relatio* che correla l'"indiziato" a fenomeni di accumulazione economica che non trovano spiegazioni congrue circa la loro lecita e "trasparente" origine; una pericolosità, per così dire "relazionale," che dunque impone la rescissione di quel vincolo, non diversamente da come la misura personale tende a rescindere i legami "personali" con il sodalizio di riferimento.³⁹

9.5. Alcune conseguenze derivanti dalla natura giuridica della confisca di prevenzione (la cd. connessione temporale)

Se l'accertamento della penale responsabilità ha consentito alle Sezioni Unite di affermare che non occorre un collegamento temporale tra epoca del commesso reato ed epoca di acquisto del bene, di valore sproporzionato ai redditi dichiarati o all'attività economica del reato, anche in considerazione della natura di misura di sicurezza della confisca penale prevista dall'art. 12 sexies d.l. n. 306/02, conv. dalla l n. 356/92 (sent. n. 920/04, imp. Montella), questo ragionamento non è consentito per la confisca di prevenzione in cui manca l'accertamento della commissione del fatto-reato con le garanzie proprie del processo penale.

Una diversa conclusione comporta che, accertato il mero indizio di commissione dei reati previsti (416 bis c.p. e gravi delitti in materia di mafia) ovvero la pericolosità semplice o diretta a prevenire fenomeni sovversivi, possono essere sequestrati e confiscati i beni in qualunque epoca acquistati dalla persona, sulla base della mera sproporzione ovvero della sufficienza indiziaria della provenienza illecita. Non basta, per giustificare questa tesi, fare riferimento (come ritiene parte della giurisprudenza di legittimità in precedenza ricordata) all'onere di dimostrare la legittima provenienza dei beni da parte del proposto, che presuppone proprio la previa verifica dei presupposti di applicabilità della misura di cui si sta discutendo; o, ancora porre a carico dell'accusa la "prova" della provenienza illecita, non richiesta dalla norma.

In definitiva, l'introduzione del principio di applicazione disgiunta e la sua operatività confermano che è rispondente al sistema della prevenzione la necessaria correlazione temporale fra gli indizi di carattere personale sull'appartenenza del soggetto ad una associazione di tipo mafioso (ovvero di manifestazione della pericolosità per le varie categorie di persone nei confronti delle quali è oggi

³⁹ S.C. sent. n. 3809/13.

consentita la misura patrimoniale) e l'acquisto dei beni, dovendo verificarsi se i beni da confiscare siano entrati nella disponibilità del proposto, non già anteriormente, ma successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso (ovvero alla manifestazione della pericolosità)⁴⁰.

Su questo solco si pone la più recente e attenta giurisprudenza che, proprio all'esito dell'esame delle conseguenze derivanti dal principio di applicazione disgiunta, avanza alcuni rilievi al quasi consolidato orientamento di legittimità sull'irrelevanza della connessione temporale. Si afferma "Se non può, dunque, essere richiesto un accertato positivo di rigorosa coincidenza cronologica tra l'accumulo patrimoniale e le concrete manifestazioni di "appartenenza" del proposto al sodalizio mafioso, è pur sempre necessario postulare che tra l'acquisizione dei beni e la condizione di "appartenenza" non sia ravvisabile uno iato temporale di dimensioni tali da "scardinare" la correlabilità tra la condizione soggettiva di indiziato di "mafiosità" con l'intima ragion d'essere di quella presunzione di illecita accumulazione di beni di cui si è detto, giacchè, altrimenti, i due parametri di "sospetto" (quello della condizione soggettiva, e quello riguardante l'origine dei beni) cesserebbero di essere requisiti "concorrenti" ai fini della applicazione della misura, per diventare condizioni indipendenti e logicamente scoordinate fra loro. Il problema del dato temporale finisce dunque per refluire appieno sul terreno del "merito" e, in particolare, su quello degli apprezzamenti che debbono essere condotti alla luce delle deduzioni e allegazioni del proposto circa l'origine dei beni, nel quadro — giova ribadirlo — degli specifici canoni di apprezzamento "probatorio" che caratterizzano la tematica delle misure di prevenzione... se il bene oggetto di sequestro non è proporzionato alle capacità reddituali lecite del proposto; se da parte di questi non è allegata una apprezzabile giustificazione circa l'origine del bene; se, dunque, non sono seriamente ricostruibili le vicende della vita del proposto contestuali all'acquisto del bene; ne segue, induttivamente, la dimostrazione indiziaria — sufficiente all'ablazione — che anche il bene, acquisito in epoca diversa rispetto alla consumazione di specifici fatti-manifestazione di pericolosità, si iscrive nel contesto di un'esperienza esistenziale illecita — non avvisandosi, nella debita indagine sulla vita del proposto, altro contrario segnale di comportamenti non devianti, lecitamente produttivi di reddito»⁴¹.

Nello stesso senso è la giurisprudenza secondo cui "Non è da revocare in dubbio che la "pericolosità", a differenza di quanto previsto per le misure di prevenzione personali, non va verificata al momento dell'applicazione della misura di prevenzione reale, bensì all'epoca di incrementi "sospetti" del patrimonio proposto. Il "giudizio" che il giudice della prevenzione è chiamato a effettuare deve essere necessariamente fondato sull'esame di dati che diano conto, all'esito di una unitaria considerazione, di una "ragionevole contestualizzazione temporale tra pericolosità e

⁴⁰ Per un esame della questione cfr. F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali, La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*. Milano, 2012, pag. 341 e ss.

⁴¹ S.C. sent. n. 3809/13, cit.

incremento patrimoniale⁴².

9.6 Le opposte opinioni in ordine alla natura sanzionatoria della confisca di prevenzione

Nel tempo hanno assunto rilievo gli interventi dottrinari tendenti ad affermare la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione⁴³.

Tale opinione ha trovato un unico riconoscimento nella sentenza n. 14044/13, definita “storica” perché la Suprema Corte afferma per la prima volta la natura “oggettivamente sanzionatoria” della confisca misura di prevenzione riconoscendo, di conseguenza, l’applicazione del principio di irretroattività⁴⁴, quanto meno nel caso di applicazione disgiunta.

L’approfondimento della sentenza consente, in realtà, di verificare ancora una volta che la materia delle misure di prevenzione, in particolare di quelle patrimoniali, richiede una particolare attenzione interpretativa, anche per la sua spiccata specializzazione che, non di rado ha comportato veri e propri refusi legislativi⁴⁵.

La Corte, nella sentenza in esame, ha esaminato un caso di applicazione della confisca ex art. 2 *ter* l. 575/65 (oggi art. 24 d.lgs. n. 159/11) nei confronti di un soggetto al quale era stata applicata una pena ex art. 444 c.p.p. con il beneficio della sospensione condizionale per il reato di cui all’art. 12 *quinquies* d.l. n. 306 del 1992, aggravato ex art. 7 d.l. n. 152 del 1991, commesso prima del luglio 2008, data dell’entrata in vigore del d.l. n. 92/08 (poi conv. dalla l. n. 125/08 e modificato dalla l. n. 94/09).

Dalla lettura della esposizione in fatto si rileva che la Corte d’appello, diversamente dal Tribunale, aveva ritenuto applicabile la nuova disposizione sulla base del principio posto dall’art. 200 c.p.p., riferibile anche alle misure di prevenzione. Secondo la Corte d’appello l’irrogazione “della misura di prevenzione patrimoniale, per effetto della novella legislativa del 2008, prescinde dall’esistenza di una pericolosità attuale” per cui ai fini della confisca rileva il requisito della illecita modalità di acquisizione, che deve persistere al tempo dell’applicazione della misura”. In concreto sono ravvisati i presupposti per la confisca essendo stati acquistati dei beni (di valore sproporzionato rispetto ai redditi) nel periodo in cui era pacifica l’appartenenza del proposto all’associazione mafiosa come “acclarato nel processo celebratosi a suo carico”, sicché “gli acquisti immobiliari risalivano al 2004, dunque ad epoca concomitante o posteriore rispetto alle condotte già contestategli in sede di giudizio penale”.

La Corte d’appello fa applicazione di principi pacifici, quali quelli della retroattività delle misure di prevenzione, anche patrimoniali e della necessità di accertamento incidentale della pericolosità del

⁴² S.C. sent. n. 33160/12.

⁴³ Cfr. ad esempio, V. Maiello *Confisca, CEDU e Diritto dell’Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*. In *Diritto Penale contemporaneo*, Rivista trimestrale, nn. ¾ del 2012, pagg. 43 e ss.

⁴⁴ A.M. Maugeri, la confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?, luglio 2013, www.penalecontemporaneo.it.

⁴⁵ Cfr. F. Menditto, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. codice antimafia*, Cass. pen, 2012, p. 793 ss.

proposto nel caso di applicazione disgiunta. Inoltre individua un nuovo caso di applicazione disgiunta, rappresentato dalla inapplicabilità della misura personale nell'ipotesi ex art. 166, comma 2, c.p.p., e richiama il più convincente orientamento in ordine alla necessaria sussistenza di connessione temporale tra pericolosità del soggetto e acquisto dei beni.

La Corte di Cassazione accoglie la tesi del ricorrente che lamentava la violazione del principio di irretroattività ex art. 2 c.p., avendo la novella del 2008/2009 comportato quanto meno una modifica mediata di una norma di diritto sostanziale quale è l'art. 166 c.p., ma anche in virtù dell'art. 11 c.d. preleggi.

Il nucleo centrale della motivazione rileva che l'applicazione dell'art. 200 c.p. alle misure di prevenzione patrimoniali si fondava sull'equiparazione delle misure di prevenzione alle misure di sicurezza, sulla base del parallelismo tra le due categorie fondato sul presupposto dell'accertamento della perdurante pericolosità sociale ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale; venuto meno quel presupposto viene meno il suddetto parallelismo e non si giustifica l'applicazione dell'art. 200 c.p., ma piuttosto si deve applicare la legge in vigore all'epoca delle condotte che fondano l'adozione della misura. Si afferma, poi, la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione

Il ragionamento della Corte si sviluppa attraverso un percorso in cui si accolgono le interpretazioni “meno” rispettose dei principi costituzionali e della Cedu, per poi pervenire alla natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, almeno nel caso di applicazione disgiunta. In definitiva si propone una ricostruzione dell'istituto della confisca di prevenzione opposto a quello che la più attenta giurisprudenza e dottrina sta offrendo in questi anni, così come evidenziato in precedenza.

La motivazione esposta dalla Corte può così sintetizzarsi:

- fa riferimento al carattere innovativo dell'applicazione disgiunta non considerando le preesistenti ipotesi legislativamente previste (irrogazione di misura di sicurezza detentiva, residenza all'estero, misura personale in atto) o di creazione giurisprudenziale (proposto deceduto dopo l'intervenuto accertamento della pericolosità, almeno in primo grado), sicchè in tali ipotesi l'applicazione di una misura patrimoniale in assenza di un accertamento *dell'attuale* pericolosità sociale non impediva il richiamo dell'art. 200 c.p. anche alle misure di prevenzione”;
- valorizza il mancato accertamento della pericolosità del proposto, svolto invece dalla Corte d'appello⁴⁶, trattandosi di principio ormai pacifico, come ricordato in precedenza;
- aderisce al principio secondo cui non occorre connessione temporale tra la pericolosità della persona ed epoca di acquisto dei beni, quando, peraltro, la Corte d'Appello aveva espressamente aderito

⁴⁶ “Il problema della attuale pericolosità sociale dell'Occhipinti (vuoi accertata in concreto, vuoi da presumere sulla base di elementi eventualmente correlati alla peculiare contestazione di reato a lui già mossa) non viene in alcun modo in rilievo, non risultando affatto esaminato dalla Corte territoriale” laddove si era detto “ciò a fronte della pacifica appartenenza dello stesso Occhipinti all'associazione mafiosa attiva nel trapanese, stando alle circostanze di fatto acclarate nel processo celebratosi a suo carico, e tenendo conto che gli acquisti immobiliari risalivano al 2004, dunque ad epoca concomitante o posteriore rispetto alle condotte già contestategli in sede di giudizio penale.

all'opposta opinione;

- procede a un'eccessiva "enfaticizzazione" di alcuni passaggi della sentenza delle Sezioni Unite n. 18/06 che, come si è sottolineato in altra sede, era fondata sostanzialmente su "opzioni di politica criminale" tanto da essere oggetto di vivaci critiche⁴⁷;
- sostiene che "non sembra azzardato affermare" la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, al pari della confisca per equivalente di prevenzione (11768/12), laddove non vi è dubbio che la confisca per equivalente, oggi prevista dall'art. 35 d.lgs. n. 159/11 ha pacificamente natura sanzionatoria proprio perché sottrae beni diversi da quelli confiscabili perché non rinvenuti. L'equiparazione, dunque, è priva di rilievo normativo e logico.

L'isolata posizione della Corte, ora citata, oltre che in contrasto con la precedente giurisprudenza⁴⁸, è stata in seguito disattesa motivatamente⁴⁹.

10 Cedu e diritti dei terzi

10.1 I terzi intestatari

La Corte europea ha più volte esaminato la rispondenza ai principi Cedu delle garanzie attribuite nel procedimento di prevenzione ai terzi intestatari

Ad esempio, nella sentenza 4.1.12010 Bongiorno la Corte esamina il caso dei ricorrenti ritenuti terzi intestatari per conto del padre, persona nei cui confronti veniva applicata la misura personale e patrimoniale.

Secondo la Corte non vi è violazione alcuna dell'art. 6 avendo i ricorrenti partecipato al

⁴⁷ Cfr. F. Menditto, *La confisca di prevenzione nei confronti del 'morto'. un non liquet della corte costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate*, marzo 2012, pag. 7 e ss. in www.penalecontemporaneo.it

⁴⁸ S.C. sent. nn. 5361/11, 16347/12, 24272/12 30814/12.

⁴⁹ S.C. sent. n. 39204/13. Secondo la Corte l'applicabilità della confisca in assenza dello stato di pericolosità attuale del proposto non smentisce l'applicabilità dell'art. 200, comma 1, c.p. alle misure di prevenzione patrimoniali, assimilate a tal fine le misure alle misure di sicurezza patrimoniali, "*non già in via diretta, ma per effetto del richiamo operato dall'art. 236 c.p., che ha cura di selezionare con puntualità le disposizioni applicabili anche alle misure patrimoniali, ovviamente sul presupposto, implicito ma inequivoco, che la diversità strutturale tra i due tipi di misure impedirebbe la naturale estensione di disciplina dettata espressamente per le prime*". Il riferimento alla disposizione di cui all'art. 200, comma primo, c.p., riferibile direttamente alla misure di sicurezza personali, implica la situazione di pericolosità, necessariamente attuale - secondo quanto precisato dalla giurisprudenza costituzionale - se afferisce alla persona. "*Non si può, infatti, definire una pericolosità personale che non sia attuale, essendo irragionevole ipotizzare che ad una persona non più pericolosa si possano applicare misure di sicurezza personali*". Diverse sono le valutazioni per le misure patrimoniali, perché, rispetto ai beni non ha significato parlare di attualità della pericolosità, collegata, invece, "*alle modalità di acquisizione alla titolarità di un soggetto e quindi alla loro origine patrimoniale*".

La riforma ha concentrato "*l'attenzione sulla pericolosità del bene, connessa direttamente alle modalità di acquisto*", senza mutare la natura della confisca che "*risponde al fine di «eliminare dal circuito economico beni provenienti da attività che ... devono ritenersi ricollegate alla ritenuta appartenenza del soggetto ad un'associazione di tipo mafioso...l'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza, per l'appartenenza del titolare ad associazioni di tipo mafioso, sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest'ultimo lo stato di pericolosità, perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso*".

procedimento, anche con un avvocato di fiducia, presentando deduzioni e mezzi di prova da loro ritenuti necessari al fine di tutelare i propri interessi. La Corte osserva che la procedura relativa all'applicazione delle misure di prevenzione si è svolta in contraddittorio dinanzi a tre giurisdizioni successive.

Ancora una volta si richiama la valutazione da parte del Tribunale italiano di fatti e non di sospetti.

Si sottolinea che le presunzioni previste non erano incontrovertibili, in quanto poteva essere contraddette dalla prova contraria.

La Corte europea esamina la legge italiana laddove prevede, in presenza di «indizi sufficienti», la presunzione che i beni della persona sospettata di appartenere ad un'associazione per delinquere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Questa stessa norma prevede espressamente la possibilità che i beni oggetto della misura di prevenzione, pur essendo in realtà a disposizione della persona sospettata di appartenere all'associazione per delinquere, appartengano formalmente a terzi. Sottolinea che “Ogni sistema giuridico prevede presunzioni di fatto o di diritto. Evidentemente, la Convenzione non vi si oppone in linea di principio (vedi, *mutatis mutandis*, *Salabiaku c. Francia*, sentenza del 7 ottobre 1988, serie A n° 141-A, § 28). Il diritto dei ricorrenti al rispetto dei loro beni implica, tuttavia, l'esistenza di un'effettiva garanzia giurisdizionale” che in concreto c'è stata.

In definitiva anche rispetto ai terzi tenuto conto della discrezionalità che hanno gli Stati quando disciplinano «l'uso dei beni conformemente all'interesse generale», soprattutto nell'ambito di una politica criminale che mira a combattere il fenomeno della grande criminalità, la Corte conclude che l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto dei loro beni non è sproporzionata rispetto al legittimo scopo perseguito.

Analoga la motivazione della sentenza del 26 luglio 2011, Pozzi.

10.2 Gli eredi del proposto

E' noto che l'art. 18 d.lgs. n. 159/11 prevede:

- l'ipotesi di morte del proposto, in cui il procedimento prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa (comma 2);
- il caso in cui il procedimento patrimoniale sia iniziato, nei cinque anni dalla morte del soggetto nei cui confronti poteva essere disposta la confisca, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare.

Le perplessità di ordine costituzionale sulla seconda ipotesi sono state risolte dalla Corte costituzionale⁵⁰.

Sotto il profilo della compatibilità con la Cedu (art. 6) può richiamarsi la sentenza della Corte Europea, Silickienė contro la Lituania, No. 20496/02, 10 aprile 2012. Il caso riguardava la confisca

⁵⁰ F. Menditto, “La confisca di prevenzione nei confronti del ‘morto’. un non liquet della corte costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate”, Commento a Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 21, cit. in www.penalecontemporaneo.it, marzo 2012.

dei beni della vedova di un dell'imputato. La Corte ha sottolineato che le persone la cui proprietà era stata confiscata si erano concretamente difese, così come aveva fatto l'interessato prima di morire.

11 L'estensione dell'applicabilità delle misure patrimoniali ai cd. "pericolosi semplici".

11.1. L'evoluzione della giurisprudenza

Si è ricordato che d.l. n. 92/08, conv. dalla l. n. 125/08, ha esteso l'applicabilità della legge antimafia e, dunque, delle misure patrimoniali, anche alle persone dedite a traffici delittuosi o che vivono abitualmente col provento di attività delittuosa (di cui all'art. 1, nn. 1 e 2, l. 1423/56).

Il d.lgs. n. 159/11 si limita a riprodurre le disposizioni previgenti con un'ulteriore estensione delle misure patrimoniali a tutte le persone che rientrano nella c.d. pericolosità comune, ivi compresi, dunque, i soggetti dediti alla commissione di reati contro i minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

L'evoluzione normativa rende chiaro come sequestro e confisca di prevenzione abbiano l'univoca funzione di aggredire i patrimoni illecitamente accumulati, indipendentemente dalla commissione del reato, da parte di persone pericolose.

La ratio delle misure è quella di colpire le accumulazioni illecite, non più solo degli indiziati di mafia (o determinate condotte previste all'epoca dall'art. 14 l. n. 55/90) ma da parte di tutte le persone pericolose anche se con riferimento alla c.d. pericolosità comune; in particolare:

- *coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi.* Si tratta delle persone che, con continuità, sono aduse a condotte riferibili a delitti (e non a mere contravvenzioni), seppur non tali da integrare estremi di reato (artt. 4, lett. c) e 1, lett. a), d.lgs. n. 159/11; art. 1, n. 1), l. n. 1423/56 previgente);
- *coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose.* Sono persone che si sostengono, per condotta abitudinaria ed esistenziale, anche solo in parte, con il ricavato di attività provenienti da delitto (e non da contravvenzione), pur se non vi siano elementi per ritenere che abbiano commesso tali reati (artt. 4, lett. c) e 1, lett. b), d.lgs. n. 159/11; art. 1, n. 2, l. n. 1423/56 previgente).

Il dato normativo è univoco nel richiedere un'abitudine nella dedizione a traffici delittuosi ovvero del vivere, anche in parte, con i proventi di attività delittuose., senza specificazioni di categorie di delitti, a differenza di quanto prevedeva l'art. 14 l. n. 55/90 (abrogato con la riforma del 2008).

L'assenza di limiti a tipologie di delitti consente di affermare che il legislatore intende intervenire sui soggetti pericolosi, qualunque sia l'attività delittuosa sottostante sulla base della quale viene manifestata la pericolosità, con la contestuale possibilità di aggredire i patrimoni illecitamente accumulati.

L'applicazione della misura personale e l'aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati va oltre

le passate categorie di pericolosità (si pensi “agli oziosi e vagabondi, oggi giustamente espunti dalla legislazione della prevenzione) perché la ratio della misura va rinvenuta nel contenimento di soggetti pericolosi, anche sottraendo a questi i patrimoni illecitamente accumulati.

E’ questo l’approdo delle misure di prevenzione che consente di renderle, allo stesso tempo, compatibili con i principi costituzionali e “moderne”.

Queste conclusioni non possono, però, comportare una pseudo criminalizzazione di condotte che non si riesce a sanzionare con la via maestra del processo penale.

L’area delle misure di prevenzione è ben diversa da quella del commesso reato, venendo in rilievo non l’accertamento del fatto reato, ma della pericolosità desunta da fatti, che consentano di ravvisare un’abitudine di condotta descritta dalle categorie di pericolosità.

Come non era sufficiente per affermare la pericolosità la presenza di condotte isolate o non reiterate riconducibili a reati contro il patrimonio, allo stesso modo deve procedersi per qualsiasi attività delittuosa.

In conclusione in presenza, ad esempio di una condotta riferibile a corruzione siamo al di fuori dell’area della misura di prevenzione, ma se gli episodi divengono reiterati e rappresentano condotta di vita abitudinaria da cui la persona trae alimento ricorre una tipica ipotesi di pericolosità che richiede l’intervento della misura di prevenzione per contenere detta pericolosità.

In particolare, nel caso di condotte di evasione fiscale che, come è noto, nel nostro sistema costituiscono sempre condotta illecita, sia essa tale da configurare un mero illecito amministrativo, siano esse di entità tale da integrare l’estremo di reato ai sensi del d.lgs. n. 74/00.

La sistematica evasione fiscale, in particolare se integrante condotte che possono rientrare nell’area dell’illecito penale, si attaglia perfettamente alla categoria di pericolosità delineata dall’art. 1, lett. a) e b) (e 4, lett. c) d.lgs. n. 159/11, in quanto il soggetto vive di traffici delittuosi ovvero vive col provento di attività delittuosa qualora tragga redditi da evasione fiscale pur se provenienti da attività economica astrattamente lecite.

Non va confuso l’intervento preventivo con quello repressivo. In sede di prevenzione occorre una condotta abitudinaria, né occasionale né sporadica, tale da fare ritenere che il soggetto sia pericoloso; sulla base della pericolosità accertata deve essere opportunamente controllato per prevenire la commissione di delitti. Allo stesso tempo gli vanno sottratti i beni illecitamente acquisiti.

Al fine di evitare sovrapposizioni è opportuno ricordare che la giurisprudenza ha affrontato il tema dei redditi da evasione fiscale, ma non con riferimento all’applicabilità della misura personale, bensì alla giustificazione offerta dal proposto per dimostrare la legittima acquisizione del bene. Ma questo ragionamento (quali beni sequestrare e quali giustificazioni devono essere offerte) riguarda una fase ulteriore, quella della sussistenza dei presupposti oggettivi che si esamineranno oltre e riguarda lo svolgimento di un’attività economica lecita dalla quale sono tratti redditi non dichiarati fiscalmente.

In questo momento, invece, si esaminano i presupposti soggettivi di applicabilità della misura

personale e si afferma che l'attività, anche delittuosa, da cui può desumersi l'esistenza di traffici delittuosi o il vivere da proventi di attività delittuosa può corrispondere esattamente all'attività delittuosa (e illecita) derivante da evasione fiscale.

Se questa attività è delittuosa, evidentemente, non rileva alcuna possibile giustificazione come talvolta (in modo isolato e non condivisibile) ammesso dalla giurisprudenza che richiede, per la giustificazione (per evitare la confisca) lo svolgimento di un'attività economica lecita

Al fine di garantire una carretta applicazione dei principi che si affermano va aggiunto, per evitare inammissibili estensioni delle misure di prevenzione, che va operato un rigoroso accertamento sull'esistenza dei presupposti della persona che vive, anche in parte, col provento dei delitti e che per stile di vita trae provento da questa attività delittuosa.

Particolarmente persuasive saranno le condotte prolungate, reiterate tali da evidenziare uno stile di vita "delittuoso", ed è tale anche quella da evasione fiscale strutturalmente illecita, sotto il profilo amministrativo tributario, e ciò potrebbe essere un primo indice rivelatore, ma soprattutto sotto il profilo penale, secondo le soglie oggi stabilite dalle disposizioni penali del d.lgs. n. 74/00 ovvero dalle disposizioni penali ivi previste.

Un ulteriore indice persuasivo è rappresentato da condotte delittuose collegate alla tipica attività di evasione fiscale, quali, ad esempio, le false fatturazioni, che evidenziano lo "stile di vita criminale" dell'evasore fiscale rilevante sotto il profilo delle misure di prevenzione, bancarotte fraudolente ricoprendo la qualità di socio o amministratore di fatto, reati contro il patrimonio collegati quali truffa, appropriazione indebita, insolvenza fraudolenta, associazioni per delinquere finalizzate alla commissione dei citati reati, etc.

Che quello in esame sia un settore ormai tipico delle misure di prevenzione personali si desume anche dal perfetto attagliarsi dello strumento del sequestro e della confisca diretto a colpire queste illecite accumulazioni, sempre intestate a prestanome od opportunamente celate.

Si deve essere, dunque, in presenza di soggetti adusi a vivere attraverso espedienti sempre elusivi della legge, ponendo in essere condotte che spesso riescono a sfuggire a un reale controllo da parte degli organi dello Stato che intervengono in modo occasionale, disorganico, non incrociando i dati, talvolta in un ottica di mero risultato burocratico diretto a definire il fascicolo senza porsi l'obiettivo di aggredire il fenomeno. Laddove, dall'altra parte, vi sono soggetti che vivono nel delitto attraverso attività formalmente lecite attraverso prestanome e teste di legno, non potendo loro operare direttamente per sfuggire ai controlli e, soprattutto, dileguarsi nel momento in cui il debito fiscale diventa attuale, i fornitori vanno pagati; insomma, nel momento in cui si avrà la bancarotta fraudolenta di cui risponderanno altri.

Le misure di prevenzione, proprio perché sono dirette a ricostruire l'intera condotta di vita del soggetto, consentono di raccogliere organicamente almeno parte delle condotte poste in essere nel tempo dal soggetto e, dunque, le diverse tipologie di attività elusive e delittuose.

Si configura, in modo evidente una categoria di pericolosità di persone dedite a traffici delittuosi e/o che vivono col provento di delitti di evasione fiscale, che ben si può definire “l’evasore fiscale socialmente pericoloso”.

Non si tratta, dunque del mero evasore fiscale, anche occasionale, che appartiene all’area dell’illecito amministrativo o, in taluni casi, dell’illecito penale, ma di colui che manifesta una personalità dedita all’evasione fiscale, continua e ripetuta, che rappresenta uno stile di vita, con cui vive, perciò dedito a traffici delittuosi ovvero che vive col provento di questa attività delittuosa⁵¹.

Un’ulteriore applicazione di tali principi riguarda il “corruttore abituale”⁵².

11.2 La verifica della compatibilità con la Cedu

Occorre verificare se l’evoluzione della giurisprudenza possa comportare problemi di compatibilità con la Cedu.

Preliminarmente va sottolineato che si è avuto cura di sottolineare che l’applicabilità delle misure di prevenzione personali (presupposto di quelle patrimoniali) va effettuata con rigore, sia sotto il profilo dei principi, sia dell’applicazione concreta, rifuggendo da qualunque semplificazione probatoria.

I riflessi sulla misura patrimoniale riguardano, fondamentalmente, il requisito della proporzionalità della misura

Si è ricordato che per accertare la compatibilità del sequestro e della confisca con l’art. 1 del protocollo addizionale n. 1 (specificamente con la prima parte del primo paragrafo che statuisce il principio generale del *pacífico godimento* dei propri beni) occorre verificare:

a) se la *privazione* della proprietà risponda ai requisiti previsti dalla seconda parte dello stesso primo paragrafo:

- la conformità alla legge, che deve essere precisa, accessibile e prevedibile nelle sue conseguenze;
- il rispetto dei principi generali di diritto internazionale;
- la finalizzazione al pubblico interesse, che richiede un bilanciamento tra questo e il diritto individuale.

b) se, ai sensi del secondo paragrafo, lo Stato abbia previsto un intervento conformemente all’interesse generale per cui sono invece necessari:

- una base legale del provvedimento;
- la sussistenza di un interesse generale (il pagamento delle imposte o di altri contributi o di sanzioni penali) che giustifichi la regolamentazione;

⁵¹ La prima applicazione di questi principi può trarsi dal dec. Trib. Chieti 12.6.12. Il provvedimento è pubblicato in http://www.penalecontemporaneo.it/materia/6-misure_di_prevenzione/ unitamente alla proposta della Procura della Repubblica di Lanciano. Sulla stessa rivista può leggersi il dec. Trib. Cremona 23.1.13. Questi provvedimenti sono commentati sulla medesima rivista da F. Rapino *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all'evasore socialmente pericoloso*. All’originario decreto del tribunale di Chieti, contenente da un lato l’applicazione della misura personale, dall’altro il sequestro dei beni, sono seguiti:

- la conferma della misura personale da parte della Corte d’Appello di L’Aquila, con decreto del 24.5.13, inedito
- il decreto di confisca di primo grado emesso dal Tribunale di Chieti con decreto del 25.7/2.8.2013, inedito.

⁵² Dec. Trib. Roma 28-5.13, pres. Casa, est. Di Enzo, inedito.

- la proporzionalità della regolamentazione al fine perseguito come necessarietà dell'esigenza invocata.

Tra i diversi requisiti quello che potrebbe assumere rilievo, rispetto ai precedenti casi esaminati dalla Corte, è la proporzionalità della regolamentazione rispetto al fine perseguito vale a dire il *giusto equilibrio* tra esigenze collettive e diritti individuali.

Il parametro della proporzionalità è spesso esaminato dalla Corte anche con riferimento alla protezione dei diritti individuali (artt. 8-11 CEDU), diritti che riguardano una sfera che deve ritenersi maggiormente tutelata (almeno secondo la Costituzione italiana) con una differenza estremamente rilevante perchè l'art. 1 del protocollo 1 offre degli elementi di confronto estremamente ampi per le esigenze degli Stati contraenti rispetto a quelli offerti dagli artt. 8-11 che possono essere limitati solo per le esigenze contenute negli stessi articoli (per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese).

Orbene, la Corte ha riconosciuto che il fine perseguito dalla confisca antimafia (l'unica all'epoca prevista dalla legge antimafia) rientra nell'interesse generale a far sì che l'uso della proprietà da parte di colui che è indiziato di far parte di un'organizzazione criminale non sia finalizzato a procurare a costui o all'organizzazione stessa illeciti vantaggi a danno della comunità; pertanto ha giudicato legittimo – perché non sproporzionato rispetto al fine – il sacrificio del diritto di proprietà. La Corte nelle sentenze già citate ha, dunque, affermato principi di carattere più generale.

La Corte europea “sottolinea che la misura controversa rientra nell'ambito di una politica di prevenzione della criminalità e ritiene che, nell'attuazione di tale politica, il legislatore debba avere un ampio margine di manovra per pronunciarsi sia sull'esistenza di un problema di interesse pubblico che richiede una normativa che sulla scelta delle modalità applicative di quest'ultima.”

In definitiva si afferma, con un principio di portata generale, un ampio potere dello Stato di regolamentare i presupposti della confisca tutte le volte che sia in gioco, tra i diversi interessi generali, la “prevenzione della criminalità”, che costituisce l'essenza delle misure di prevenzione.

Solo dopo questo *passaggio* la Corte esamina il caso posto alla sua attenzione, vale a dire la confisca di prevenzione “antimafia” e afferma: “Tra l'altro.... il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto, in Italia, dimensioni davvero preoccupanti. I guadagni smisurati che le associazioni di stampo mafioso ricavano dalle loro attività illecite danno loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Quindi, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, ed in particolare la confisca controversa, possono risultare indispensabili per poter efficacemente combattere tali associazioni (vedi *Arcuri ed altri tre c. Italia*, succitata)⁵³”.

In ordine alle categorie in precedenza esaminate non sembra che possano porsi problemi di rispondenza al parametro della proporzionalità.

Nel caso di confisca ai danni dell'evasore fiscale abituale viene in rilievo un parametro individuato dallo stesso art. 1 del prot. 1 ove si menziona proprio il pagamento delle imposte o di altri contributi

⁵³ Sent. 5.1.10, Bongiorno, 17.5.11, Capitani e Campanella; 26.7.11, Pozzi ove si fa riferimento alla “grande criminalità”.

che giustifichi l'intervento sul diritto di proprietà.

Del resto la rilevanza dell'interesse dello Stato alla prevenzione dei reati in materia di evasione fiscale e a confiscare i beni illecitamente acquisiti sottratti alla collettività si desume anche da norme di carattere internazionale, quale, ad esempio, il Protocollo emendativo della Convenzione del 1988 tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa ed i Paesi membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – OCSE – sulla reciproca assistenza amministrativa in materia fiscale, fatto a Parigi il 27 maggio 2010, ratificato dall'Italia con l. n. 193/11.

Si può anche citare la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo «Piano d'azione per rafforzare la lotta alla frode fiscale e all'evasione fiscale» (COM(2012)0722),

Quanto al corruttore abituale sono plurime le convenzioni internazionali in materia di corruzione. A solo titolo esemplificativo:

- la risoluzione adottata il 31 ottobre 2003 dall'assemblea generale delle Nazioni Unite recante tra l'altro adozione della convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, aperta alla firma alla conferenza tenuta a Merida, Messico, dal 9 all'11 dicembre 2003;
- la Convenzione dell'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997 e in vigore per l'Italia dal 15 dicembre 2000.

12.Revoca ex tunc e Cedu

Si è ricordato⁵⁴ il c.d. caso Labita che si è concluso con la sentenza n. 4463/12 della Suprema Corte.

Il ricorrente si lamentava del rigetto (confermato anche dalla Corte di Cassazione) dell'istanza di revoca ex tunc del decreto applicativo della misura di prevenzione (personale e patrimoniale), nonostante la sentenza citata del 2000 della Cedu che aveva riconosciuto la violazione della Convenzione.

La Suprema Corte ha sostanzialmente ampliato le ipotesi di revoca ex tunc, ricomprendendovi (al pari delle ipotesi di revisione) “l'obbligo della giurisdizione nazionale di conformarsi alle decisioni della Corte Europea per i diritti dell'uomo”.

Tale effetto è desunto dalla sentenza n. 113 del 2011 della Corte costituzionale, che aveva ad oggetto l'art. 630 c.p.p., ma “le cui statuizioni devono trovare applicazione anche con riferimento alle misure di prevenzione, dal momento che l'istituto disciplinato dalla L. n. 1423 del 1956, art. 7 è assimilato agli strumenti revocatori”.

Con la citata sentenza la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630 cod.

⁵⁴ Cfr. par. 4.1

proc. pen. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Per effetto di una interpretazione costituzionalmente orientata, l'effetto abrogante deve essere esteso anche all'istituto della revoca della misura di prevenzione previsto dalla L. n. 1423 del 1956, art. 7, tenuto conto dell'assimilazione di tale istituto agli strumenti revocatori e, quindi, della medesima ratio che connota gli istituti della revisione di cui all'art. 630 c.p.p. con riferimento al procedimento di cognizione e quello della revoca di cui al citato art. 7 con riferimento al procedimento di prevenzione.

Condivisibilmente la Corte di Cassazione afferma che una diversa interpretazione renderebbe non manifestamente infondata una eccezione di incostituzionalità della L. n. 1423 del 1956, art. 7.

In definitiva l'elemento "sopravvenuto che legittima la revisione del procedimento di prevenzione non è, quindi, costituito, nel caso di specie, dal cd. fatto nuovo tradizionalmente inteso e nemmeno dai mutamenti della giurisprudenza della Suprema Corte in tema di rapporto tra giurisdizione domestica e decisioni della Corte Europea per i diritti dell'uomo, mutamenti che non sarebbero rilevanti, ma dalla abrogazione, o meglio dalla integrazione, di una norma procedurale quale è l'art. 630 cod. proc. pen., integrazione estensibile, come già detto, all'istituto previsto dalla L. n. 1423 del 1956, art. 7".