

QUESITI

FERDINANDO BRIZZI

Il procedimento di prevenzione: prospettive *de jure condendo*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le “garanzie”. - 3. La giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione. 4. La conformità del “diritto di prevenzione” italiano alla giurisprudenza della Corte EDU. - 5. Il vaglio di conformità operato dalla Cassazione. - 6. Le differenze tra processo penale e procedimento di prevenzione. - 7. La tutela dei terzi in buona fede. - 8. La tutela dei creditori privilegiati: i lavoratori. - 9. Conclusioni.

1. Tra il 15 ed il 16 maggio 2015 si è tenuto a Palermo un incontro promosso dall'Università di Palermo (DEMS) e dall'Università Cattolica (Centro F. Stella) di Milano, che ha visto la partecipazione dei magistrati delle principali sezioni di misure di prevenzione e della procura nazionale antimafia¹.

Al termine dell'incontro, il 16 maggio 2015, è stato stilato un documento in cui si è convenuto sull'auspicio che ogni intervento normativo persegua l'obiettivo di migliorare l'efficienza e la rapidità del procedimento di prevenzione, anche nell'ottica di incrementare le garanzie verso un giusto procedimento di prevenzione. Si legge in particolare al punto 2) che occorre disciplinare il procedimento garantendo i diritti di difesa, un adeguato approfondimento istruttorio, la ragionevole durata, fissando ermini per le richieste e le eccezioni delle parti, in particolare per l'eccezione di incompetenza territoriale.

2. A ben vedere, già oggi l'elaborazione giurisprudenziale assicura ai protagonisti del processo di prevenzione un articolato sistema di garanzie sostanziali e processuali: si segnalano tre sentenze inedite della Cassazione, una della Sesta sezione, le altre due della Seconda, alle cui udienze, tutte tenutesi il 20 maggio 2015, ha partecipato il medesimo Sostituto Procuratore Generale, dr. Pietro Gaeta, chiedendo sempre l'annullamento del decreto della Corte d'appello, richiesta sempre accolta.

Si tratta della sentenza n. 23294 del 29 maggio 2015, Baracchi e altri, della sesta Sezione, e delle sentenze n. 23081, sempre del 29 maggio, Pergolizzi e altri, e n. 23041, anch'essa del 29 maggio, Porzio e altri, della seconda Sezione.

¹ Tra i promotori dell'incontro anche l'Agenzia per i beni confiscati e la Direzione nazionale antimafia, la Fondazione Progetto legalità dedicata a Paolo Borsellino.

Si legge nella sentenza n. 23294, Baracchi, che la Corte distrettuale è incorsa in contraddizioni argomentative radicali finendo per assecondare interpretazioni del dato normativo di riferimento talmente erronee da imporre l'annullamento senza rinvio della decisione adottata. Tale severa censura ha riguardato il dovere del giudice di merito di pervenire a formulare il giudizio di pericolosità sulla scorta non di meri sospetti, ma di fatti certi. Il proposto aveva patteggiato la pena in un giudizio penale per usura e riciclaggio. Nel procedimento di prevenzione era stata acquisita la sola sentenza di patteggiamento, ma non gli atti dell'indagine penale. Ad avviso del giudice di legittimità, una coerente applicazione del dato normativo di riferimento imponeva l'indicazione delle condotte poi riscontrate a fondamento della ritenuta responsabilità penale destinate a giustificare la ripetitività e la durata nel tempo dell'azione delittuosa, così da giustificare quel giudizio di abitualità ai traffici delittuosi destinato a fondare la ritenuta pericolosità. L'assenza di motivazione sulla pericolosità ha, di conseguenza, travolto anche la confisca concernente la confisca di un considerevole compendio patrimoniale

Anche nella sentenza n. 23081, Pergolizzi, viene formulata analoga censura al giudice di merito: l'approssimazione argomentativa è stata ritenuta totale in relazione alle censure avanzate dai terzi intervenienti. Rispetto ad esse, la Corte d'appello si è limitata ad affermare che "si sono in grado d'appello riproposte le stesse questioni e problematiche già poste ed esaminate in primo grado (e per l'appunto già rigettate da quei decidenti), ai quali si rimanda, non essendoci da parte di questa Corte altro da aggiungere". Ciò, secondo la Cassazione, «costituisce un classico caso di motivazione apparente, se non addirittura di motivazione graficamente assente».

Infine, nella sentenza n. 23041, Porzio, la critica si è accentrata sulla necessità di una effettiva dialettica processuale in cui vengano effettivamente prese in considerazione, ed eventualmente confutate, le doglianze della Difesa. Si legge, infatti, nella sentenza che la dialettica processuale è stata frustrata dalla Corte territoriale che, rinviando, in modo costante e tralaticio alla motivazione del decreto del tribunale, ha completamente ignorato gli articolati motivi di appello. La Corte avrebbe potuto respingere l'appello: quello che non poteva fare era ignorare i motivi di appello, ai quali era doveroso rispondere adeguatamente anche perché si trattava di motivi specifici e puntuali con i quali i ricorrenti si erano premurati, sulla base di una consulenza tecnica di parte, di ricostruire l'origine del proprio patrimonio, illustrandone, secondo la loro prospettazione, la lecita origine. La Cassazione conclude richiamando adesivamente la requisitoria del Procuratore Generale che ha severamente stigmatizzato l'assoluta carenza di motivazione.

3. Il vaglio rigoroso della Cassazione sta indirizzando il procedimento di prevenzione verso un percorso di giurisdizionalizzazione.

Così assai recentemente² il Supremo collegio ha aderito all'orientamento giurisprudenziale, da ultimo prevalente, secondo cui che la ricusazione del giudice deve essere ammessa anche nel procedimento di prevenzione, considerato che ad esso sono applicabili, in quanto compatibili, le norme del processo penale (art. 4, ult. co., legge n. 1423 del 1956) e, quindi, anche quelle preordinate a garantire la terzietà e l'imparzialità del giudice, avuto riguardo alla natura giurisdizionale del procedimento *de quo*³. I giudici di legittimità evidenziano come il richiamo contenuto nell'art. 4, ult. co., legge n.1423 del 1956 alla applicabilità delle norme del codice di rito (invero limitata alle norme attinenti le misure di sicurezza) ha legittimato una progressiva "giurisdizionalizzazione" del procedimento di prevenzione, che si è espressa nella estensione al procedimento di prevenzione di istituti tipici del processo penale quali: l'obbligo di rimessione degli atti a sezione della stessa Corte diversa da quella che ha emesso il decreto annullato ai sensi dall'art. 623, co. 1, lett. c) c.p.p.⁴; l'applicazione del principio di correlazione tra contestazione e pronuncia previsto dall'art. 521 c.p.p.⁵; l'obbligo di preventiva contestazione dell'addebito nell'avviso di convocazione⁶.

L'evoluzione giurisprudenziale, in senso favorevole alla attrazione del procedimento di prevenzione nell'area dei procedimenti giurisdizionali, legittima la conclusione che il principio fondamentale di terzietà ed imparzialità del giudice stabilito dall'art. 111, co. 2, Cost., alla cui attuazione sono finalizzate le disposizioni sulla incompatibilità e ricusazione del giudice, debba trovare applicazione anche nell'ambito del rito che disciplina l'irrogazione delle misure di prevenzione.

Per questi motivi è stato ritenuto applicabile al procedimento di prevenzione la disposizione sulla ricusazione prevista all'art. 37, co. 1, lett. b), c.p.p., nel testo risultante dalla sentenza additiva della Corte cost., n. 283 del 2000, adattata al procedimento di prevenzione, nel senso che, al pari del giudice chiamato a decidere sulla responsabilità penale, anche il giudice chiamato ad assumere il provvedimento decisorio nel procedimento di prevenzione può es-

² Cass., Sez. I, 23 luglio 2015, Lampada, inedita.

³ Cass., Sez. V, 23 gennaio 2009, Nicitra, in *Mass. Uff.*, n. 242942; Id., Sez. V, 23 gennaio 2014, Di Vincenzo e altri, *ivi*, n. 259873.

⁴ Cass., Sez. VI, 2 febbraio 2006, Castelluccia ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 233828.

⁵ Cass., Sez. I, 10 giugno 2013, De Angelis, in *Mass. Uff.*, n. 256451.

⁶ Cass., Sez. I, 14 aprile 1986, Maresca, in *Mass. Uff.*, n. 172684; Id., Sez. I, 28 giugno 2006, Arena, *ivi*, n. 234847.

sere ricusato, allorché in altro procedimento di prevenzione abbia espresso una valutazione di merito sullo stesso fatto e nei confronti del medesimo soggetto.

4. Per altro, a più riprese, gli stessi organi giurisdizionali europei hanno verificato l'assenza di lacune nel procedimento di prevenzione quanto alle garanzie ed alle regole processuali.

Nella sentenza della Grande Camera, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, non è stato ritenuto in contrasto con i principi della CEDU il fatto che le misure di prevenzione siano applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna, poichè esse tendono a impedire il compimento di atti criminali.

La Corte di Strasburgo non ha mai accolto l'equiparazione tra confisca di prevenzione e pena e tra procedimento penale e procedimento di prevenzione (cfr. per tutte la decisione 4 settembre 2001, *Riela contro Italia*, ric. n. 52439/99, che tra le prime ha esaminato la confisca disciplinata dall'art. 2-ter legge n. 575 del 1965, sussumendola nell'ambito civile di cui all'art. 6, §1, CEDU, tra l'altro richiamando la sentenza 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; nonché, tra molte, le decisioni 5 gennaio 2010, *Bongiorno ed altri c. Italia*; 27 maggio 2004, *Licata c. Italia*; 20 giugno 2002, *Andersson c. Italia*).

La Corte europea, ha sempre negato l'applicazione *ratione materiae* dell'art. 7 CEDU, recante il principio di irretroattività, e dell'art. 6, co. 2, relativo alla presunzione d'innocenza, nonché, da ultimo, dell'art. 4 Prot. n. 7, recante il divieto di *bis in idem*), alla confisca-misura di prevenzione, riconoscendo che la sua natura "preventiva" non è in contrasto con i principi della CEDU, che ammette che misure di prevenzione "siano applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna, poichè tendono ad impedire il compimento di atti criminali" (cfr. sentenza *Labita c. Italia*, cit.).

Inoltre, il ricorso a presunzioni, ai fini dell'individuazione dell'origine illecita dei beni, è stato ripetutamente riconosciuto legittimo dalla CEDU (da ultimo, sent. 17 giugno 2014, *Cacucci c. Italia*) ed è espressamente previsto Direttiva 2014/42/UE, approvata dal Parlamento europeo il 25 febbraio 2014, in quanto ciò che assicura la tenuta del sistema e la sua conformità ai principi dell'ordinamento sovranazionale, è il riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di prova contraria, che rende quella presunzione meramente relativa (*iuris tantum*).

Solo in un caso è stato ravvisato il contrasto della normativa italiana "di prevenzione" con quella europea: la Corte EDU, nelle note sentenze, 13 no-

vembre 2007, emessa nella causa *Boccellari e Rizza c. Italia* e 8 luglio 2008, emessa nella causa *Pierre ed altri c. Italia*, aveva stabilito che la procedura di applicazione delle misure di prevenzione, prevista dall'ordinamento italiano, si poneva in contrasto con l'art. 6, § 1, CEDU. La Corte di Strasburgo non ha negato che detta procedura possa presentare «un elevato grado di tecnicità» e far emergere, altresì, esigenze di protezione della vita privata di terze persone. Ma ha rilevato che l'entità della «posta in gioco» - rappresentata (nel caso delle misure patrimoniali) dalla confisca di «beni e capitali» - e gli effetti che la procedura stessa può produrre sulle persone non consentono di affermare «che il controllo del pubblico» - almeno su sollecitazione del soggetto coinvolto - «non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato». Di conseguenza, ha ritenuto «essenziale», ai fini della realizzazione della garanzia prefigurata dalla norma convenzionale, «che le persone [...] coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle Sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello».

Tali indicazioni sono state recepite dalla Corte costituzionale, sentenza n. 93 dell'8 marzo 2010, e poi trasfuse nel d.lgs. n. 159 del 2011, cfr. art. 7, co. 1⁷. Da ultimo, la Corte costituzionale è tornata sul rilievo della sentenza 13 novembre 2007, emessa nella causa *Boccellari e Rizza c. Italia*, nella sentenza n. 109 del 2015, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, co. 3, 667, co. 4, e 676 c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica.

5. Del resto è lo stesso giudice di legittimità italiano ad operare il duplice riscontro di conformità della norma italiana sia ai principi costituzionali sia alla normativa sovranazionale.

Proprio in questa *Rivista*⁸ è stato già rilevato come in una recente sentenza del Supremo collegio⁹ siano state attentamente analizzate le decisioni della Corte europea secondo cui la confisca antimafia è una misura di prevenzione e non una sanzione penale. Per la Corte EDU (sentenza 22 febbraio 1994 sul caso *Raimondo*; decisione 15 giugno 1999, *Prisco*, sulla ricevibilità del ricorso) la

⁷ «L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico. Il presidente dispone che il procedimento si svolga in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta».

⁸ BRIZZI, *Sentenza Grande Stevens e processo di prevenzione: prime indicazioni del Giudice di legittimità*, in *questa Rivista*, 2014, 3

⁹ Cass., Sez. VI, 23 luglio 2014, *Muià ed altro*, in *questa Rivista* online. Le motivazioni di tale sentenza sono state da ultimo integralmente richiamate da Cass., Sez. II, 22 giugno 2015, *Friolo*, inedita.

misura di prevenzione ha una funzione ed una natura ben distinta rispetto a quella della sanzione penale: quest'ultima tende a sanzionare la violazione di una norma penale (e la sua applicazione 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. E ciò è stato ritenuto sufficiente ad escludere ricadute della nota sentenza Grande Stevens rispetto al processo di prevenzione, in quanto sul piano della classificazione legale (formale) dell'illecito, non si è a fronte della comparazione tra illecito penale e amministrativo, e ciò perché il presupposto della misura di prevenzione non è un "illecito" di qualsivoglia natura, quanto una "condizione". I criteri ulteriori indicati prescindono dal superamento del dato "formale" della qualifica dell'illecito, in quanto si è in presenza di un presupposto totalmente differente e non comparabile: non ci può essere confronto tra un fatto (sia naturalisticamente che giuridicamente inteso) e una condizione personale. Neppure quando la condizione personale viene ricostruita anche (ma non solo) sulla base di condotte ed eventi che possono assumere un'autonoma valenza penale e che come tali possono e devono essere valutati in tale sede.

Potrà parlarsi di "effetti sanzionatori" della misura di prevenzione patrimoniale solo in senso del tutto atecnico, giacché il nucleo del provvedimento patrimoniale non riposa sul delitto o sul suo provento, nè su finalità tipicamente repressive¹⁰, ma sulle caratteristiche del soggetto - "pericoloso", sulla base di indici oggettivi - e sulle modalità di acquisizione del bene, anch'esse "pericolose" perchè "plausibilmente" avulse da un contesto di liceità¹¹.

Il riscontro circa la conformità dell'ordinamento italiano a quello europeo è stato recentemente effettuato anche dalle Sezioni unite della Cassazione nell'ambito della sentenza Borrelli¹² ove è stato ritenuto che non sia applicabile nell'ambito del procedimento penale, e quindi in quello di prevenzione, la disposizione di cui all'art. 182, co. 2, c.p.c. come modificato dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, art. 46, co. 2, né per il ricorso per cassazione né per ogni altra impugnazione, non apparendo possibile distinguere fra il primo e le altre impugnazioni.

I supremi giudici hanno escluso che tale interpretazione si ponga in contrasto con le indicazioni desumibili da pronunzie della Corte europea dei diritti

¹⁰ Richiamando, al riguardo, gli ormai consolidati principi affermati in materia dalla Corte EDU nel noto *leading case* Engel ed altri contro Paesi Bassi dell'8 giugno 1976, da ultimo rievocati nella sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri contro Italia.

¹¹ Cass., Sez. II, 22 aprile 2015, Ponziano e altri, inedita.

¹² Cass., Sez. un., 17 novembre 2014, Borrelli e altro, in *Mass. Uff.*, n. 260894.

umani¹³. La Corte EDU, nella pronunzia *Faltejsek c. Repubblica Ceca*, 15 maggio 2008, ha affermato l'esigenza che le limitazioni al diritto di accesso al giudice siano stabilite in modo chiaro e prevedibile e, pertanto, alla stregua di una giurisprudenza non ondivaga ma certa e specifica. E tali caratteristiche si rinvengono nell'art. 100 c.p.p., mentre le oscillazioni giurisprudenziali, peraltro minoritarie, non riguardano l'interpretazione della stessa nel senso di contrasto sulla necessità della procura speciale, ma soltanto la possibilità o meno di una sanatoria, che non fa venire meno l'opportunità di cautela della parte ricorrente. È stato, così, enunciato il seguente principio di diritto: «la mancanza della procura speciale ai sensi dell'art. 100 c.p.p., delle parti private diverse dall'imputato al difensore non può essere sanata, previa concessione di un termine da parte del giudice, ai sensi dell'art. 182 c.p.c., co. 2, ma comporta l'inammissibilità dell'impugnazione».

6. A rimarcare le differenze tra procedimento penale e quello di prevenzione è intervenuta la Corte costituzionale, con la sentenza sent. 15 aprile 2015 (dep. 9 giugno 2015), n. 106, Pres. Criscuolo, Rel. Lattanzi, con cui è stata ribadita la costituzionalità della previsione che, nel caso di ricorso per cassazione contro il provvedimento che applica la misura della confisca in esito al procedimento di prevenzione, possa essere dedotto il solo vizio della violazione di legge, e non anche quelli ulteriori che vengono elencati all'art. 606 c.p.p., tra i quali, soprattutto, il cd. vizio di motivazione¹⁴.

Il quesito concerneva il «combinato disposto» dell'art. 4, co. 11, legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 3-ter, co. 2, legge n. 575 del 1965, norme ora riprese, rispettivamente, dagli artt. 10, co. 3, e 27, co. 2, d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui limitano alla sola violazione di legge la proponibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti di confisca adottati nell'ambito dei procedimenti di prevenzione.

Le censure del giudice rimettente¹⁵ - violazione dell'art. 3 della Costituzione e dell'art. 24 Cost. - sono state disattese dalla Consulta, che aveva già escluso l'illegittimità delle limitazioni previste per il procedimento di prevenzione, affrontando il tema con riferimento alle misure personali (sentenza n. 321 del 2004), e negando fondamento all'assimilazione che già in allora veniva proposta con riguardo alle misure di sicurezza di carattere patrimoniale.

¹³ Non vi è alcuna irragionevole limitazione del diritto di accesso al giudice nel richiedere da parte del terzo interessato il rilascio di procura speciale e nell'impossibilità di sanare successivamente il mancato rilascio di tale procura.

¹⁴ Cfr. Cass., Sez. II, 25 maggio 2015, Campolo, inedita.

¹⁵ Cass., Sez. V, (ord.) 22 luglio 2014, Grillone, in *Gazz. Uff., I serie speciale*; Corte cost., n. 47 del 2014.

Se è vero che, come ricorda l'ordinanza, che gli spazi di critica consentiti dalla lettera e) del co. 1 dell'art. 606 c.p.p. sono ben più ampi di quelli connessi alla violazione di legge, che sussiste solo nel caso di provvedimenti privi di motivazione o dalla motivazione apparente (mentre il "vizio di motivazione" si estende ai casi di contraddittorietà o di manifesta illogicità dell'apparato argomentativo della decisione). la Consulta ricorda che, mentre nel procedimento di prevenzione è previsto il «ricorso alla Corte d'appello, anche per il merito» (art. 4, co. 10, legge n. 1423 del 1956), in quello di esecuzione (ove può applicarsi la misura di sicurezza *ex art. 12-sexies*) è previsto solo il ricorso per cassazione. In materia di prevenzione v'è dunque una doppia possibilità di impugnazione, che ben può giustificare la parziale restrizione dei motivi ammissibili con la seconda.

Quanto alla prospettata analogia tra i procedimenti posti in comparazione, la Corte in primo luogo ha ricordato come i medesimi argomenti, relativi alla diversità del procedimento di prevenzione e alle garanzie difensive, sono stati recentemente posti a base della sentenza n. 21 del 2012 e dell'ordinanza n. 216 del 2012, che, ad altri fini, hanno ribadito la conformità ai principi costituzionali del procedimento di prevenzione, anche alla luce delle riforme operate nel 2008 e nel 2009, e successivamente ha evocato «le profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra le due sedi, penale e di prevenzione: la prima ricollegata a un determinato fatto-reato oggetto di verifica nel processo, a seguito dell'esercizio dell'azione penale; la seconda riferita a una complessiva notazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato»¹⁶. Correlativamente, sono state riprese le osservazioni della stessa giurisprudenza di legittimità sul diverso finalismo dell'ablazione patrimoniale nella prospettiva della prevenzione ed in quella della misura di sicurezza, conseguente ad un reato e specificamente mirata ad impedire la commissione di nuovi reati.

Del resto - nota la Consulta - una volta considerata legittima la limitazione dei motivi di ricorso con riguardo alle misure personali non avrebbe avuto senso una diversa soluzione per le misure patrimoniali, che si fondano sul medesimo giudizio di pericolosità e spesso (anche se, ormai, non necessariamente) sono disposte contestualmente.

7. Altro punto del c.d. documento di Palermo sui cui pare opportuno svolgere ulteriori considerazioni è il punto 4), secondo cui occorre tutelare i creditori delle aziende consentendo all'amministratore di procedere tempestiva-

¹⁶ In tal senso già l'ordinanza Corte cost., n. 275 del 1996.

mente ai pagamenti dei debiti privilegiando i creditori strategici per la prosecuzione dell'attività, nonché accelerare i procedimenti di verifica della buona fede per i crediti di origine incerta.

La riflessione su tali problematiche è da tempo avviata in dottrina ed in giurisprudenza anche rispetto a materie che esulano dalle misure di prevenzione patrimoniali, ma che con esse presentano tratti comuni.

Così la giurisprudenza ha dovuto affrontare la questione se il giudice, in sede di giudizio nei confronti dell'ente collettivo, ritenga di dover confiscare o sottoporre a sequestro preventivo beni di pertinenza della massa attiva di un fallimento, possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei cespiti, senza prendere in considerazione le esigenze tutelate dalla procedura concorsuale, o debba invece procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa - e segnatamente dei creditori in buona fede - e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato.

Secondo autorevole dottrina¹⁷, perché comunque un soggetto possa vantare un diritto alla restituzione dei beni facenti capo alla società responsabile di un illecito da reato, non è sufficiente che sia titolare di una tale posizione giuridica soggettiva, giacché l'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 riconosce tutela al solo "terzo estraneo di buona fede", concetto che la Cassazione ricostruisce con particolare rigore. Quanto alla nozione di terzo estraneo, si ritiene non sufficiente che l'interessato non abbia semplicemente non partecipato alla commissione del reato da cui, ex d.lgs. n. 231 del 2001, è derivata la responsabilità della società cui i beni sono stati sequestrati. È necessario invece che il singolo non abbia ricavato dalla vicenda vantaggi e utilità. L'Autore rileva che, quanto alla sua buona fede al momento dell'acquisizione del diritto, il concetto di buona fede per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica, come richiamato dall'art. 1147 c.c., dal momento che anche i profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela escludono che la posizione del soggetto acquirente o che vanti un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia giuridicamente da tutelare ed infatti tale condizione è ricostruita in termini di "non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato"¹⁸. Non solo, ma differentemente da quanto previsto in materia civilistica - nel cui ambito la buona fede è presunta, anche in assenza di osservazioni in proposito ad opera della parte interessata - nei casi in esame i terzi che richiedono la restituzione dei beni - o la presa in

¹⁷ SANTORIELLO, *Procedura fallimentare e responsabilità degli enti: un rapporto ancora problematico, in via di pubblicazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2015, 3.

¹⁸ Cass., Sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Mass. Uff.*, n. 213511.

considerazione da parte del giudice penale dei propri diritti - devono (non dimostrare la sussistenza di tale *animus*, ma) allegare espressamente la mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza; tale onere di allegazione consisterà nell'indicazione da parte del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene degli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato.

Si tratta di riflessioni che possono essere estese anche in riferimento alla verifica della buona fede in sede di prevenzione.

Secondo il consolidato insegnamento del Supremo Collegio, ai fini dell'opponibilità del diritto di garanzia reale sul bene oggetto del provvedimento di confisca di prevenzione, non basta che l'ipoteca sia stata costituita mediante iscrizione nei registri immobiliari prima del sequestro o del provvedimento ablativo, ma è richiesta l'inderogabile condizione della buona fede e dell'affidamento incolpevole del creditore ipotecario, da desumersi sulla base di elementi di cui spetta allo stesso fornire la dimostrazione¹⁹. In tal senso si è altresì chiarito che l'onere probatorio a carico del terzo ha ad oggetto la dimostrazione del suo affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di oggettiva apparenza che rende scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza²⁰. Orientamento questo che ha ricevuto l'autorevole avallo anche delle Sezioni unite Civili, le quali, interpretando il d.lgs. n. 159 del 2011, art. 52²¹, hanno sottolineato come la menzionata disposizione non contenga previsioni espresse in termini di prova - vale a dire non precisi a chi spetti provare la buona fede e l'affidamento incolpevole - ma che ciononostante debba ritenersi che l'elaborazione giurisprudenziale negli anni maturata, soprattutto nell'ambito penale, e la veste sostanziale di attore nel procedimento giurisdizionale di ammissione, che assume il creditore, convergono nell'addossare a quest'ultimo la prova positiva delle condizioni per l'ammissione al passivo del suo credito, essendo tale conclusione conforme al canone ermeneutico dell'intenzione del legislatore, dovendosi supporre che il legislatore nazionale - quando emana una

¹⁹ *Ex multis* Cass., Sez. I, 6 febbraio 2007, Servizi Immobiliari Banche S.i.b. S.p.A., in *Mass. Uff.*, n. 236364; Id., Sez. I, 29 aprile 2011, MPS Gestione Crediti Banca Spa e altri, *ivi*, n. 250910; Id., Sez. I, 27 aprile 2012, Intesa San Paolo S.p.A. e altri, *ivi*, n. 253827; cfr. Corte cost., n. 1 del 1997.

²⁰ Cass., Sez. I, 14 gennaio 2009, San Paolo Imi S.p.A., in *Mass. Uff.*, n. 242817.

²¹ Espressamente richiamato dalla legge n. 228 del 2012, art. 1, co. 200.

legge - conosca il diritto vivente facendolo normativamente proprio qualora non provveda, come nel caso di specie, ad innovarlo²².

Una volta che l'istante abbia allegato elementi idonei a comprovare, in relazione alle condizioni del caso concreto, la propria buona fede nella concessione del credito e la non strumentalità dello stesso all'attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, il giudice che intenda respingere l'istanza di ammissione è tenuto a fornire adeguata motivazione sulle ragioni per cui tali elementi debbano ritenersi insufficienti. Il medesimo giudice, ai sensi del citato d.lgs. n. 159 del 2011, art. 52, co. 3, deve in particolare tenere conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi. Tali parametri normativi di giudizio non possono peraltro ritenersi che né esclusivi, né vincolanti. In altri termini il giudice deve obbligatoriamente tener conto degli stessi, ma può prenderne in considerazione anche altri non espressamente menzionati dal legislatore e anche disattendere quelli normativamente previsti, purchè anche in tal caso supporti con idonea motivazione la sua decisione.

Il terzo cessionario di credito garantito da ipoteca su beni sottoposti a sequestro e a confisca di prevenzione gode della medesima tutela del creditore originario, al quale viene riconosciuta a condizione che risultino l'anteriorità dell'iscrizione del titolo o dell'acquisto del diritto rispetto al provvedimento cautelare o ablativo intervenuto nel procedimento di prevenzione e la sua buona fede, intesa come affidamento incolpevole, non potendosi ritenere sufficiente che tali condizioni siano realizzate in capo al cedente²³: da ciò ne consegue che la prova della "buona fede" e dell'"incolpevole affidamento" deve riguardare sia l'originario creditore che il successivo cessionario del credito.

Per quanto attiene alla cessione dei crediti in blocco, i giudici di legittimità hanno ritenuto infondata la tesi secondo la quale, stante la mole dei crediti ceduti, i controlli potevano essere fatti solo a campione, per cui non si può addebitare al cessionario del credito il fatto di non aver controllato i registri pubblici²⁴.

L'acquisto in massa dei crediti non viene effettuato "alla cieca", ma sulla base di un'analisi dei crediti proprio perché, solo ove se ne conosca la qualità (e la

²² Cass. civ., Sez. un., 7 maggio 2013, Min. Economia Finanze ed altro c. Aspra Finance S.p.A. ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 626570.

²³ Cass. Sez. II, Sentenza 13 marzo 2015, Island Refinancing S.r.l., in *Mass. Uff.*, n. 263297.

²⁴ Cass. Sez. II, Sentenza 3 luglio 2015, Italfondario S.p.A., inedita.

quantità) si può determinare il prezzo di vendita. Quindi, il comportamento del cessionario, finalizzato al controllo dei singoli crediti non è affatto impossibile ma, anzi, è doveroso e, comunque, non può derogare al tassativo principio fissato dalla normativa in esame. È stato, sul punto, enunciato il seguente principio di diritto: «ai sensi dell'art. 52 d.lgs. n. 159 del 2011, la confisca pregiudica ipso iure i diritti di credito dei terzi che risultino da atti aventi data certa posteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca posteriore al sequestro, sicché, essendo il creditore istante costituito automaticamente in colpa, diventa irrilevante la prova sulle ulteriori condizioni previste nell'art. 52, co. 1, lett. b), d.lgs. cit.»²⁵.

8. All'indomani dell'incontro di Palermo, il 28 maggio 2015, la Corte costituzionale con la sentenza n. 94²⁶, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 198, l. 24 dicembre 2012, n. 228, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013)», nella parte in cui non include tra i creditori che sono soddisfatti nei limiti e con le modalità ivi indicati anche i titolari di crediti da lavoro subordinato.

La Consulta ha così deciso il ricorso proposto dal Tribunale ordinario di Caltanissetta, sezione misure di prevenzione, che doveva pronunciarsi sulle istanze di alcuni lavoratori subordinati, intese ad ottenere il pagamento del credito per trattamento di fine rapporto vantato nei confronti di una società a responsabilità limitata, loro datrice di lavoro, le cui quote e il cui intero patrimonio erano stati confiscati, in esito a procedimento di prevenzione, con provvedimento del 23 novembre 2012, divenuto definitivo il 5 febbraio 2013.

Tra i parametri costituzionali violati, il Tribunale indicava l'art. 36 Cost., giacché la mancata estensione della procedura di accertamento anche ai titolari di crediti da lavoro dipendente comporta, nel caso di confisca dell'azienda del datore di lavoro, una grave lesione del diritto alla retribuzione, non giustificabile alla luce delle finalità di sicurezza pubblica sottese alla misura di prevenzione patrimoniale.

La Corte costituzionale ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 36 Cost. in quanto la misura patrimoniale rischia, infatti, di privare *ex abrupto* il lavoratore della possibilità di agire utilmente *in executivis* per il pagamento delle proprie spettanze.

Ciò avviene segnatamente allorché la confisca renda i residui beni del debitore insufficienti a soddisfare le sue ragioni, e massimamente nell'ipotesi di con-

²⁵ Cass., Sez. II, Sentenza 7 luglio 2015, Italfondiaro, S.p.A. inedita.

²⁶ In questa Rivista online.

fisca “totalizzante”, la quale investa, cioè – come nel caso oggetto del giudizio *a quo* – l’intero patrimonio del datore di lavoro (nella specie, una società di capitali nella quale erano stati convogliati i proventi dell’attività illecita).

In simili evenienze, il lavoratore perde, in pratica, ogni prospettiva di ottenere il pagamento dei propri crediti tanto dal debitore (che non ha più mezzi), quanto dallo Stato, cui sono devoluti i beni confiscati: sicché la sua tutela resta affidata al solo eventuale intervento sostitutivo del Fondo di garanzia istituito presso l’Istituto nazionale della previdenza sociale, ai sensi dell’art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297 (Disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica), subordinato, peraltro, a particolari presupposti e circoscritto, comunque, ad una limitata porzione dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato.

L’estensore della sentenza, prof. Giuseppe Frigo, ha evidenziato come la disciplina censurata non possa essere giustificata in una prospettiva di bilanciamento con l’interesse sotteso alle misure di prevenzione patrimoniali, ricollegabile ad esigenze di ordine e sicurezza pubblica anch’esse costituzionalmente rilevanti: nella specie, in effetti, non di bilanciamento si tratta, «ma di un sacrificio puro e semplice» dell’interesse contrapposto²⁷. Il bilanciamento è quello espresso, nell’ambito della normativa “a regime”, dalle previsioni limitative recate dall’art. 52 del d.lgs. n. 159 del 2011, volte ad impedire che la tutela si estenda a soggetti *lato sensu* “conniventi” con l’attività illecita del proposto o di reimpiego dei suoi proventi, o a crediti simulati o artificiosamente creati, ovvero ancora a casi nei quali è possibile aggredire utilmente il residuo patrimonio del debitore: previsioni peraltro vevoli – in virtù dello specifico richiamo operato dall’art. 1, comma 200, primo periodo, della legge n. 228 del 2012 (da ritenere comprensivo del requisito della certa anteriorità del credito rispetto al sequestro) – anche nell’ambito della disciplina transitoria relativa ai procedimenti di prevenzione pendenti, come nel caso all’attenzione della Corte.

In questa prospettiva, la mancata inclusione dei titolari di crediti da lavoro subordinato tra i soggetti abilitati ad avvalersi della procedura in questione si rivela, dunque, priva di giustificazione adeguata sul piano costituzionale.

9. La straordinaria vitalità del “diritto vivente” di prevenzione ha spesso costretto il legislatore “ad inseguire” la giurisprudenza, come dimostra il disegno di legge n. 1687²⁸, oggetto di recente parere reso dal CSM²⁹ in cui viene citato,

²⁷ Sentenza Corte cost., n. 317 del 2009.

²⁸ Approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 29 agosto 2014 e presentato al Senato della Repubblica il 20 novembre 2014 dal Ministro della giustizia e dal Ministro dell’interno, di concerto con

qual esempio in tal senso, il rilievo dell'evasione fiscale: al primo comma dell'art. 24 del codice antimafia viene aggiunto un periodo, nel quale si statuisce che «in ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale».

Rileva il CSM che la disposizione recepisce, quanto alla confisca di prevenzione, gli approdi del percorso ermeneutico giunto di recente a compimento con il pronunciamento delle Sezioni unite - sentenza Repaci³⁰ - e concorre, insieme all'analoga previsione inserita, all'art. 19 del disegno di legge in commento, in relazione alla confisca allargata *ex art. 12-sexies* d.l. n. 306 del 1992, ad introdurre un regime comune alle due principali tipologie di confisca (c.d. "per sproporzione") utilizzate nel sistema di contrasto alla criminalità organizzata.

Emerge dunque una significativa divaricazione tra questi approdi giurisprudenziali e legislativi rispetto ad autorevole dottrina³¹ che pare non considerare: che la confisca di prevenzione non presuppone l'accertamento di responsabilità per un determinato reato, ma richiede piuttosto la valutazione dell'esistenza di un diffuso stato di pericolosità, che può manifestarsi nella consumazione di reati, ma che da questi, di regola prescinde, e legittima le verifiche in ordine alla provenienza delle risorse a disposizione della persona pericolosa e le eventuale, conseguente, incisione patrimoniale³²; che l'evasione fiscale si accompagna normalmente alla commissione di ulteriori delitti, quali il riciclaggio, l'impiego di falsa fatturazione, l'intestazione fittizia di compendi societari³³.

il Ministro dell'economia e delle finanze, avente ad oggetto "Misure volte a rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata e ai patrimoni illeciti".

²⁹ CSM *Delibera consiliare del 23 luglio 2015*

³⁰ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, Repaci, in *Mass. Uff.*, n. 260245)

³¹ MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, in www.penalecontemporaneo.it, che si duole espressamente del fatto che, a seguito della sentenza Repaci, «non solo sarà definitivamente impossibile per l'indiziato a pericolosità qualificata o a pericolosità generica sottrarre i suoi beni alla confisca di prevenzione adducendo l'evasione fiscale, ma anche l'utilizzo di tale misura patrimoniale contro il mero evasore sembra avviato su una strada di non ritorno; si potrebbe rilevare una strategia efficace di lotta al fenomeno in questione, ma in una logica che rischia di essere sproporzionata e complessivamente incoerente in termini di politica criminale (soprattutto se la confisca di prevenzione non sarà applicata con parsimonia contro tale tipologia di indiziati)».

³² Cass., Sez. I, 16 luglio 2015, Ciotta e altri, inedita, conforme Id., Sez. II, 18 luglio 2015, Annunziata e altri, inedita.

³³ Cfr. Rapporto Annuale dell'Unità di Informazione Finanziaria, Banca d'Italia, Roma, maggio 2015: «Come rilevato dal National Risk Assessment, in l'Italia i rischi di riciclaggio derivanti dall'evasione e dai reati tributari sono valutati come molto significativi. Le segnalazioni di operazioni sospette pervenute all'Unità nel corso del 2014 riconducibili a tipologie fiscali confermano la decisa rilevanza del fenomeno. Le modalità ricorrenti di riciclaggio osservate in questa tipologia sono le frodi nelle fatturazioni

Quindi l'impiego dello strumento ablativo nei confronti dell'evasore non va a colpire la mera sottrazione agli obblighi impositivi, ma un sistema criminale che, spesso grazie alla creazione di schermi societari, mira ad eludere un obbligo costituzionalmente previsto³⁴.

Non può per altro sfuggire all'interprete che l'intestazione fittizia societaria finalizzata al riciclaggio dei proventi dell'evasione fiscale rientra tra le ipotesi di pericolosità qualificata, art. 4, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011: allora non si può parlare della confisca di prevenzione come strumento per realizzare surrettiziamente una strategia di contrasto dell'evasione fiscale, senza le garanzie del processo penale, in quanto ciò viene portato normalmente all'attenzione del giudice della prevenzione è un complessivo sistema delittuoso che la consente, inquadrabile nella nozione di "biografia criminale" dell'evasore/proposto³⁵.

È stata proprio la giurisprudenza formatasi successivamente alla sentenza Repaci a delinearne i profili di applicabilità in riferimento alla nozione di pericolosità, affermando che il soggetto dedito in modo continuativo a condotte elusive degli obblighi contributivi è «iscrivibile» nella categoria di cui all'art. 1, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 159 del 2011³⁶: il soggetto dedito - in modo massiccio e continuativo - a condotte elusive degli obblighi contributivi realizza, in tal modo, una provvista finanziaria che è indubbiamente da considerarsi quale «provento» di delitto (inteso quale sostanziale vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato. Se la quota indebitamente trattenua venga successivamente reinvestita in attività di tipo commerciale è al contempo evidente che i profitti di tale attività risultano inquinati dalla metodologia di reinvestimento della frazione imputabile alle pregresse attività elusive. Lì dove il soggetto proposto tragga mezzi di sostentamento - anche in via di fatto - da tali attività, può senza dubbio affermarsi che costui «viva abitual-

(oltre 1.500 segnalazioni), i girofondi tra soggetti fisici e giuridici collegati fra loro (circa 3.000 segnalazioni), l'utilizzo di conti personali per il transito di movimentazioni concernenti l'attività di impresa (circa 3.500 segnalazioni), nonché il reiterato prelevamento di denaro contante finalizzato all'azzeramento della provvista creatasi sui rapporti aziendali (oltre 2.000 segnalazioni). Si osserva altresì il frequente utilizzo di società di comodo e l'interposizione di prestanome o di schemi societari opachi. Le stesse segnalazioni di operazioni sospette in contante possono riguardare attività orientate a illeciti di natura fiscale».

³⁴ Vedi in tal senso Cass., Sez. II, 10 luglio 2015, Covelli, inedita, relativa ad un'ipotesi di riciclaggio di proventi di evasione fiscale realizzato mediante un sistema di schermi societari. Il Supremo collegio ha precisato che il delitto presupposto del riciclaggio può essere costituito da quelli di dichiarazione infedele e fraudolenta di cui al d.lgs. n. 74 del 2000, artt. 3 e 4, nonché che il delitto di riciclaggio concorre con quello di cui all'art. 12-*quinquies* legge n. 356 del 1992.

³⁵ BRIZZI, *Misure di prevenzione e pericolosità dei "colletti bianchi" nella elaborazione della giurisprudenza di merito*, in questa Rivista online.

³⁶ Cass., Sez. I, 17 luglio 2015, Scagliarini e altro, inedita.

mente, anche in parte» con i proventi di attività delittuose, in ciò risultando integrato il presupposto di legge.

Tuttavia tale giudizio deve essere effettuato valutando - in rapporto al momento della decisione di primo grado - la eventuale permanenza della pericolosità semplice, e ciò in rapporto al fatto che la parte cd. prognostica del giudizio di prevenzione (quella rivolta al futuro) non può prescindere dalla concreta verifica di rilevanza di simili comportamenti; inoltre, va esplicitato il momento temporale di insorgenza di detta pericolosità (sempre in ipotesi di ritenuta sussistenza) e la sua durata.

È stato così precisato che nella verifica della sproporzione tra valori (redditi/investimenti) o comunque nella eventuale valutazione di pertinenzialità o derivazione diretta, non possono essere appresi i beni la cui acquisizione si sia verificata in un “tempo” che preceda le manifestazioni di pericolosità, secondo il parametro della necessaria «correlazione temporale» tra manifestazioni di pericolosità ed accumulazioni patrimoniali, recentemente evidenziato come principio regolatore dell’istituto della confisca dalla decisione delle Sezioni unite della Cassazione, Spinelli³⁷.

Quindi la giurisprudenza fissa in maniera rigorosa i “paletti” dell’irrelevanza dell’evasione fiscale in sede di prevenzione, contemperando esigenze di contrasto dei fenomeni criminali ed esigenze di garanzia individuale.

³⁷ Cass., Sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, in *Mass. Uff.*, n. 262602.