

BREVI NOTE SULLA RIFORMA DEL D.LGS. N. 159/2011

Le misure di prevenzione hanno ormai acquisito un rilievo centrale nell'azione di contrasto alle forme di criminalità "comune" e "qualificata", benché non costituiscano ancora un settore del tutto autonomo nel più ampio contesto di un sistema punitivo dotato di una specifica sezione dedicata alla prevenzione e al controllo sociale. Obiettivi, questi, da porre al centro delle riflessioni e delle conseguenti scelte politico-legislative in un momento storico come quello attuale, caratterizzato dalla urgente necessità di fronteggiare la commissione di fatti preveduti dalla legge come reati, scommettendo sulla prevenzione anziché sul solo modello della repressione che non ha sempre assicurato i risultati voluti. Né può trascurarsi l'esigenza, imposta pure da incombenti pericoli di preta marca terroristica, di disporre di strumenti di interdizione adeguati a contrastare forme di aggressione a beni giuridici così fondamentali da dover necessariamente implicare, non soltanto il ricorso a forme di tutela penalistica anticipata, ma anche un vero e proprio settore della prevenzione da definirsi in maniera più puntuale.

Il codice antimafia rappresenta il tentativo di conferire alle misure di prevenzione una disciplina autonoma ed organica, avuto riguardo ai presupposti che ne legittimano l'applicazione, sia sul versante personale, sia su quello patrimoniale, oltre che nella difficile e complessa materia della gestione dei patrimoni confiscati.

Già alla luce di queste prime considerazioni, un'analisi più dettagliata del d.lgs. n. 159/2011 si rivela indispensabile al fine di ricostruire il sistema e quindi di identificare gli snodi fondamentali e le connessioni della disciplina introdotta con il diritto penale "classico", nella sua doppia articolazione del diritto sostanziale e di quello processuale. Su questo peculiare aspetto, estremamente importante per comprendere il volto attuale del *sistema di prevenzione*, i principi e le regole ai quali deve ritenersi assoggettato e i confini che ne segnerebbero l'autonomia, distinguendolo dal diritto penale, il codice antimafia costituisce un documento ancora non del tutto completo. Al punto che la questione è rimasta sino ad oggi affidata soltanto ad alcune frammentarie soluzioni interpretative della Corte costituzionale e delle Sezioni unite della Corte di cassazione, ma non ha registrato un intervento sistematico - oggi oltremodo urgente - del legislatore.

Di seguito verranno indicate le disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 ritenute maggiormente meritevoli di riforma.

Art. 4

Soggetti destinatari

1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano:

- a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p.;
- b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356;
- c) ai soggetti di cui all'articolo 1;
- d) a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori **ovvero esecutivi**, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale;
- e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;
- f) a coloro che compiano atti preparatori **ovvero esecutivi**, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;
- g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d);
- h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;
- i) alle persone indiziate **di avere preso parte attiva, ovvero** di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive.

La modifica della lett. d) mira a correggere l'imprecisa formulazione della fattispecie, al contempo ampliandone l'ambito di operatività che oggi appare irragionevolmente ridotto.

Come è ampiamente noto, alla luce della novella apportata all'art. 4, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 159/2011 dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7¹, convertito con modificazioni dalla legge 17 aprile 2015, n. 43, le misure di prevenzione personali – nonché quelle patrimoniali, stante il rinvio dell'art. 16 all'art. 4 del d.lgs. n. 159/2011 – possono essere applicate anche nei confronti di coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere *atti preparatori*, obiettivamente rilevanti, diretti «a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-*sexies* del codice penale»².

Il d.l. n. 7/2015 è stato licenziato al dichiarato scopo di contrastare con maggiore efficacia il fenomeno dei cd. *foreign fighters*, nella consapevolezza che la lotta al terrorismo non può essere adeguatamente combattuta solo con gli strumenti “classici” del diritto penale, ma implica anche il ricorso alle forme di tutela spiccatamente anticipata tipiche del sistema prevenzionistico.

Si è dunque preso atto della necessità di allestire un “doppio binario”, sulla falsariga di quello già sperimentato nel contrasto alla mafia, proprio in ragione delle molteplici peculiarità criminologiche del fenomeno in questione e della sua elevata capacità di destabilizzazione dell'ordine democratico e di penetrazione nel tessuto dell'economia legale. La creazione di un “doppio binario” nella lotta al terrorismo scaturisce pure dall'esigenza di acquisire la disponibilità di un materiale probatorio più ampio di quello tipico del processo penale, dal momento che il giudice della prevenzione potrà contare – in virtù della peculiare “grammatica probatoria” del procedimento di prevenzione e, quindi, delle meno stringenti regole di giudizio destinate a sorreggere l'accertamento della responsabilità in quel contesto – su un quadro indiziario dei fenomeni criminali in campo maggiormente “duttile” e meno “formalizzato”.

Proprio l'esigenza di implementare l'efficacia dell'azione di contrasto al terrorismo impone però una riflessione sull'attuale formulazione dell'art. 4, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 159/2011. Quest'ultima disposizione è rimasta sin qui sostanzialmente inapplicata per ragioni connesse alla sua imprecisa formulazione, la quale non replica fedelmente il contenuto delle omologhe fattispecie di reato in tema di terrorismo.

¹ Si tratta del cd. decreto antiterrorismo, recante «Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione», pubblicato in *G.U.*, 19 febbraio 2015, n. 41.

² Sulle modifiche apportate al sistema di prevenzione dal d.l. n. 7/2015, BALSAMO, *Decreto antiterrorismo e riforma del sistema delle misure di prevenzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 marzo 2015.

Un confronto con la lett. a) del co. 1 dell'art. 4 d.lgs. n. 159/2011 permetterà di comprendere le ragioni del sostanziale insuccesso applicativo della disposizione contenuta nella lett. d).

Invero, la suddetta lett. a) consente l'applicazione delle misure di prevenzione agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p. Ne consegue che quest'ultima norma opera quale *presupposto* sia del processo penale che del procedimento di prevenzione. È per questo motivo, d'altronde, che nell'ambito della criminalità mafiosa il procedimento di prevenzione non è rimasto circoscritto entro un ambito meramente *residuale* rispetto al processo penale, ma ha svolto piuttosto una funzione *integrativa* e talvolta *concorrente* rispetto alla repressione penale. Può dunque affermarsi che il processo penale e il procedimento di prevenzione sono divenute le due componenti di un sistema "integrato" di contrasto alle pervasive forme di manifestazione del fenomeno mafioso.

Per converso, la lett. d) colpisce la sola ipotesi in cui vengano compiuti «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti» alla commissione di reati contrassegnati da finalità di terrorismo anche internazionale. Ciò significa che deve trattarsi di atti dotati di una sufficiente riconoscibilità esterna, ma che non devono ancora raggiungere la soglia della fase esecutiva in senso penalistico.

La formulazione della fattispecie in esame è rimasta invariata anche a seguito dell'entrata in vigore del già citato d.l. n. 7/2015, con lo scontato effetto che le misure di prevenzione personali e patrimoniali in tema di lotta al terrorismo continueranno ad occupare uno spazio *residuale* – non certo *concorrente* – rispetto a quello riservato all'intervento penale³.

La scelta del legislatore si espone a perplessità più che fondate, specie sul versante della ragionevolezza della soluzione prescelta⁴. Anche a prescindere dall'evidente incertezza interpretativa derivante dalla distinzione – notoriamente assai problematica – tra atti "preparatori" ed atti "esecutivi", vi è infatti il rischio che le misure di prevenzione colpiscano soltanto coloro i quali si limitano a compiere atti preparatori in vista della loro successiva partecipazione ad un conflitto in territorio estero, non anche coloro che, spingendosi oltre nell'*iter criminis*, iniziano a dare esecuzione a quanto già programmato.

³ In questo senso si era già espressa, prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 7/2015, la Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata, presieduta dal prof. Giovanni Fiandaca, la cui *Relazione* è consultabile in www.penalecontemporaneo.it, 12 febbraio 2014, 18.

⁴ Sembra infatti che il legislatore, pur avendo compreso le molteplici potenzialità – sul piano della modernità e dell'efficacia – insite nel sistema prevenzionistico anche sul terreno della lotta al terrorismo, non abbia portato questa intuizione alle sue logiche conseguenze, attribuendo alle misure di prevenzione un ruolo corrispondente a quello sperimentato, con ampio successo, sul limitrofo versante del contrasto alla mafia.

Per queste ragioni sarebbe auspicabile un ampliamento dell'ambito di operatività delle misure di prevenzione anche a coloro che compiano «atti preparatori *ovvero esecutivi*» diretti alla commissione di un reato in materia di terrorismo, con il non trascurabile effetto di assegnare a queste misure un ruolo simmetrico a quello già sperimentato con successo nel contrasto alla criminalità mafiosa.

Sempre nel solco dell'esigenza di incrementare l'efficacia del sistema di prevenzione, occorrerebbe poi modificare anche le lett. f) ed i) del comma 1 dell'art. 4 d.lgs. n. 159/2011 che, nella loro attuale formulazione, denotano vizi simili a quelli poc'anzi evidenziati in ordine alla lett. d).

Più in particolare, la lett. f) limita l'intervento di prevenzione a «coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista (...)», così escludendo la ben più grave ipotesi in cui vengano invece posti in essere atti *esecutivi* nella medesima direzione.

Analogamente, il campo di applicazione della lett. i) andrebbe esteso alle persone indiziate di avere preso parte attiva alle manifestazioni di violenza sportiva di cui all'art. 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, laddove l'attuale formulazione della norma consente invece di colpire solo gli indiziati di una mera attività di agevolazione nei confronti delle persone o dei gruppi che abbiano preso parte attiva, in più occasioni, alle suddette manifestazioni di violenza.

Art. 10

Impugnazioni

OMISSIS

3. Avverso il decreto della corte d'appello, è ammesso ricorso in cassazione per i motivi di cui all'art. 606 del codice di procedura penale, da parte del pubblico ministero e dell'interessato, entro dieci giorni. La Corte di cassazione provvede, in camera di consiglio, entro trenta giorni dal ricorso. Il ricorso non ha effetto sospensivo.

OMISSIS

La modifica inserita nel comma 3 rimuove la limitazione secondo la quale il ricorso per cassazione avverso il decreto della Corte di appello è ammesso soltanto per violazione di legge. Stando all'attuale disciplina in tema di sindacato sulla motivazione, è esclusa dal novero dei vizi deducibili in sede di legittimità l'ipotesi dell'illogicità manifesta di cui all'art. 606, lett. e), c.p.p., potendosi esclusivamente denunciare con il ricorso il caso di motivazione

inesistente o meramente apparente, qualificabile come violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato imposto al giudice d'appello.

Sono noti i termini con i quali la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 106/2015, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 4, co. 11, legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e dell'art. 3-ter, co. 2, legge 31 maggio 1965, n. 575, censurati per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui limitavano alla sola violazione di legge la proponibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti di confisca adottati nell'ambito dei procedimenti di prevenzione. Ciò in ragione dell'asserita disparità di trattamento rispetto alla disciplina dettata in tema di confisca *ex art. 12-sexies* legge 7 agosto 1992, n. 356. Disparità, questa, tuttavia esclusa dalla Corte costituzionale in relazione alla confisca di cui all'appena citato art. 12-*sexies*, rispetto alla quale il ricorso per cassazione è ammesso anche per il vizio di motivazione, trattandosi di istituti diversi e, dunque, non comparabili. Si è affermato che i due procedimenti si riferiscono a situazioni sostanziali differenti, essendo l'uno collegato a un determinato fatto-reato oggetto di verifica nel processo, a seguito dell'esercizio dell'azione penale, l'altro riferito ad una complessiva valutazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato. Inoltre, mentre nel procedimento di prevenzione è previsto il ricorso alla Corte d'appello, anche per il merito, in quello di esecuzione è previsto solo il ricorso per cassazione e, pertanto, dopo un secondo grado di merito, ben può giustificarsi la limitazione del sindacato sulla motivazione.

Malgrado la contraria presa di posizione della Corte costituzionale (invero essenzialmente pronunziatasi sulla ragionevolezza della diversità di disciplina tra la confisca di prevenzione e la confisca "allargata"), si ritiene che la crescente *giurisdizionalizzazione* del procedimento di prevenzione, unitamente alla necessità di "bilanciare" l'acuita afflittività del sistema prevenzionistico con un simmetrico innalzamento delle garanzie, possa giustificare l'estensione del sindacato di legittimità anche al vizio di motivazione; per l'effetto allineando, pur nella piena consapevolezza della diversa "grammatica probatoria" dei due giudizi⁵, la struttura del procedimento di prevenzione a quella tipica del processo penale.

⁵ Decise "spinte" nel senso del consolidamento garantistico del processo di prevenzione sono state espresse da Cass., Sez. un., 9 aprile 2010, Cagnazzo, n. 13426, stando alla quale «il vero tratto distintivo che qualifica l'autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale va intravisto nella diversa "grammatica probatoria" che deve sostenere i rispettivi giudizi: una diversità però, che, proprio in quanto riferita esclusivamente al "modo d'essere" degli elementi di apprezzamento del "merito", non incide affatto sulla legittimità delle acquisizioni, a prescindere - evidentemente - dalla sede in cui le stesse siano operate».

Ciò consentirebbe, tra l'altro, di assicurare un controllo da parte della Corte di cassazione sugli snodi probatori essenziali del procedimento di prevenzione patrimoniale. Ossia quelli concernenti la logicità della motivazione con la quale il giudice di appello abbia:

1. ravvisato o escluso la sussistenza della *correlazione temporale* tra pericolosità sociale e illecito arricchimento (indispensabile ai fini di una corretta applicazione della misura patrimoniale alla luce del noto insegnamento fornito da Cass., Sez. un., c.c. 26 giugno 2014, dep. 2 febbraio 2015, n. 4880, Spinelli e altro);
2. ritenuto assolto o non (adeguatamente) adempiuto l'onere di allegazione posto a carico del proposto in merito alla pericolosità sociale (eventualmente pregressa) e alla provenienza del patrimonio.

In relazione, poi, al procedimento in grado di appello, non sembra che la disciplina vigente abbia tenuto conto delle conseguenze in termini di incompatibilità. Infatti, il Collegio della Corte di appello che si pronunzierà sul decreto di sequestro non potrà, ragionevolmente, decidere sulla successiva confisca (ove intervenga il decreto), avendo già formulato un giudizio ed avendo quindi avuto contezza degli atti; ne deriva che potrà decidere di astenersi o essere ricusato, con ricadute sui termini di efficacia del sequestro che potrebbero ulteriormente dilatarsi (art. 24). Il che rischia di vanificare, tra l'altro, la portata applicativa della proposta di introduzione dell'art. 34-ter nel codice antimafia, il cui comma 1 prevede che venga conferita priorità assoluta alla trattazione dei procedimenti di prevenzione patrimoniali (cfr. art. 12 d.d.l. ora all'esame del Senato).

Inoltre non vi è alcuna previsione che individui, ove si ritenesse la incompatibilità e nei casi di Corti di appello con un numero esiguo di Consiglieri o di sezioni penali, la Corte di appello territorialmente competente.

Art. 35

Nomina e revoca dell'amministratore giudiziario

OMISSIS

2. *L'amministratore giudiziario è scelto tra gli iscritti nell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari secondo criteri di trasparenza che tengano conto del numero degli incarichi aziendali in corso, della natura monocratica o collegiale dell'incarico, della tipologia e del valore dei compensi da amministrare, avuto riguardo anche al numero dei lavoratori, della natura diretta o indiretta della gestione, dell'ubicazione dei beni sul territorio, delle pregresse esperienze professionali specifiche. Con lo stesso decreto sono altresì stabiliti i criteri per l'individuazione degli incarichi per i*

quali la particolare complessità dell'amministrazione o l'eccezionalità del valore del patrimonio da amministrare determinano il divieto di cumulo. L'amministratore giudiziario è nominato con decreto motivato. All'atto della nomina l'amministratore giudiziario comunica al tribunale se e quali incarichi analoghi egli abbia in corso, anche se conferiti da altra autorità giudiziaria o dall'Agenzia.

OMISSIS

L'art. 13 del d.d.l. ora all'esame del Senato ha modificato il comma 2 dell'art. 35 d.lgs. n. 159/2011, prevedendo che sia demandato ad un decreto del Ministro della Giustizia il compito di individuare i criteri di nomina di amministratori e coadiutori giudiziari che tengano conto del numero degli incarichi in corso, «comunque non superiore a tre», della natura monocratica o collegiale dell'incarico, della tipologia e del valore dei compendi da amministrare, avuto riguardo al numero dei lavoratori, della natura diretta o indiretta della gestione, dell'ubicazione dei beni sul territorio, delle pregresse esperienze professionali specifiche. Si è previsto che con lo stesso decreto ministeriale siano stabiliti i criteri per l'individuazione degli incarichi per i quali la particolare complessità dell'amministrazione o l'eccezionalità del valore del patrimonio da amministrare determinino il divieto di cumulo.

Proprio per l'attenzione prestata a parametri che incidono sul rispetto dei criteri di trasparenza, rotazione e non concentrazione degli incarichi, non appare del tutto ragionevole la previsione "rigida" del limite di tre incarichi aziendali. Tale limite quantitativo, infatti, non tiene conto di tutti gli altri parametri introdotti dalla norma e in particolare del fatto che tre incarichi possono riguardare compendi aziendali di semplice gestione e di valore molto modesto; così come un solo incarico può avere ad oggetto un compendio aziendale di notevole complessità e/o di elevato valore.

Peraltro, la modifica non sembra tener conto del fatto che anche un solo incarico avente ad oggetto un compendio immobiliare assai vasto può impegnare l'amministratore molto più di tre incarichi aziendali anche di medio valore. Né si tiene conto del fatto che in tal modo dal numero degli incarichi rimangono fuori quelli di coadiuzione dell'Agenzia, perché tecnicamente non sono incarichi di amministratore giudiziario, malgrado comportino in concreto il medesimo impegno.

Vi è pure da aggiungere che il criterio della rotazione "cieca" qui privilegiato presenta l'ulteriore e non certo trascurabile inconveniente di porre tutti i professionisti sullo stesso piano, senza tenere conto del fatto che quello dell'amministratore giudiziario è un compito talvolta molto complesso, tale da implicare un corredo integrato di competenze che presuppongono anche un significativo investimento in termini di formazione professionale.

Si propone pertanto la soppressione, nell'art. 35, co. 2, d.lgs. n. 159/2011, dell'inciso «comunque non superiore a tre».

Art. 42

Disciplina delle spese, dei compensi e dei rimborsi

OMISSIS

4. La determinazione dell'ammontare del compenso, la liquidazione dello stesso e del trattamento di cui all'articolo 35, comma 8, nonché il rimborso delle spese sostenute per i coadiutori, **sono effettuati dal cancelliere sulla base delle indicazioni fornite con decreto motivato dal tribunale**, su relazione del giudice delegato. Il compenso degli amministratori giudiziari è liquidato sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14.

OMISSIS

La modifica del comma 4 dell'art. 42 d.lgs. n. 159/2011, già suggerita dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. Giovanni Fiandaca, mira ad eliminare una vistosa anomalia del sistema italiano, nel quale - a differenza di quanto avviene in pressoché tutti gli altri ordinamenti europei - le attività di liquidazione dei compensi degli ausiliari del giudice sono effettuate dallo stesso organo giudicante, anziché dal personale di cancelleria che lo assiste. Ciò rischia di determinare un duplice inconveniente:

1. un evidente appesantimento del carico di lavoro dell'autorità giudiziaria, peraltro non accompagnato da alcun apprezzabile miglioramento qualitativo dei provvedimenti;
2. una inopportuna concentrazione di funzioni nella medesima persona che conferisce l'incarico e poi liquida i relativi compensi.

Al contrario, una volta emanate le tabelle per la liquidazione dei compensi, appare più ragionevole che la relativa attività applicativa venga attribuita al personale di cancelleria, il quale provvederà ad effettuarla sulla base delle indicazioni fornite dal giudice circa i parametri da prendere in considerazione con riguardo all'entità del patrimonio, alla complessità del compito gestionale e all'impegno profuso dall'amministratore nell'adempierlo.