

GIUSTIZIA

IL SISTEMA DELLE MISURE ANTIMAFIA, GIÀ PRIVO DELLE GARANZIE TIPICHE DEL PROCESSO PENALE, ASSUME SEMBIANZE ABNORMI ANCHE PER UNA SENTENZA COSTITUZIONALE CHE HA SGANCIATO LE CONFISCHE DAL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

La legge della prevenzione: quando il “diritto dei giudici” diventa retroattivo

FABRIZIO COSTARELLA*
COSIMO PALUMBO**

È noto a tutti che l'architettura ordinamentale italiana appartiene a un modello di civil law. Il diritto promana dalla Legge – il cui procedimento di elaborazione è appannaggio del potere legislativo – e non dal precedente giurisprudenziale. Ai giudici è riservata una funzione, oltre che applicativa dei precetti normativi, interpretativa, che non a caso è definita “nomofilattica”, cioè di “protezione” – secondo l'etimologia della parola – della Legge. Il giudice, prevede infatti la nostra Costituzione all'articolo 101, è soggetto (soltanto) alla Legge.

Del resto, il nostro sistema costituzionale si fonda sulla rigida separazione dei tre poteri fondamentali dello Stato, il legislativo, l'esecutivo e il giudiziario, che sono stati immaginati dai padri costituenti come indipendenti tra loro.

La giurisprudenza si è tuttavia anche assunta l'incarico di tenere la Legge al passo con le rapide evoluzioni sociali che, anche a causa della generalizzata lentezza del procedimento legislativo ordinario, rischiano di causare un divario incalcolabile tra il diritto vigente e il cosiddetto diritto vivente. Tale funzione è presto sfociata in attività che, da interpretazione normativa, è divenuta sempre più di integrazione delle fattispecie, a volte anche significativamente difforme dalla lettera della Legge e dalla sua ratio. Il tema, molto più ampio, riguarda i rapporti tra potere politico e giudiziario, tra legalità e giurisdizione, temi nevralgici soprattutto in un ambito, come quello delle misure di prevenzione, che necessiterebbe della massima chiarezza normativa ma che, per contro, mostra più evidente degli altri l'esercizio del potere “creativo” della norma da parte della magistratura. Questo interventismo del giudice, penale e di prevenzione, oltre che indagato nelle cause, va valutato negli effetti. È accaduto, infatti, che, per rispettare formalmente il sistema



di civil law, il Legislatore sia stato costretto, in numerose occasioni, a modifiche legislative che, in realtà, non facevano altro che “ratificare” una stabile interpretazione di una norma che, difforme rispetto al precetto, pur non essendo diritto vigente, era diventata diritto vivente.

Ad esempio, l'attuale regime di improcedibilità dell'atto di appello è disegnato sull'insegnamento delle Sezioni Unite “Galtelli”; il principio di immediatezza è stato stravolto dalle Sezioni Unite Bajrami e così via.

Altre volte, il sistema ha recepito gli arresti della giurisprudenza, adattando istituti legali già esistenti. Basti pensare alla “saga” sul delitto di concorso esterno in associazione a delinquere, con l'intervento della Corte Edu nel caso Contrada/Italia.

Dire se questa vera e propria “funzione legislativa concorrente” della giurisprudenza, che ha indotto un autorevolissimo autore a parlare di “diritto dei Giudici”, sia conforme – a tacer d'altro – alla separazione tra i poteri dello Stato, è opera assai gravosa, incrociando il corretto esercizio della “funzione propulsiva di

nuovi diritti” che il potere giudiziario assolve e che appare irrinunciabile nell'attuale stagnazione della politica.

Qui basta segnalare che un simile fenomeno è stato in grado di mettere in crisi, a più riprese, il principio di legalità penale, uno dei cardini dell'ordinamento, che si declina attraverso vari corollari, tra i quali quelli di riserva di legge e di irretroattività.

Crisi che diventa profonda e inenunciabile nel sistema della prevenzione – che è tradizionalmente considerato fuori dalla materia penale e dalle garanzie che le sono proprie – nel quale la creazione giurisprudenziale del precetto di prevenzione ha comportato effetti parossistici.

Tra le tante sue asistematicità, la materia della prevenzione non è infatti assistita dal principio di irretroattività. Nella giurisprudenza, se ne predica, infatti – non pare a ragione, ma non è questo il tema del presente intervento –, una certa assimilabilità alle misure di sicurezza, che sono per espressa previsione legislativa (articolo 200 del codice penale) applicabili anche retroattivamente. A nulla è valso mai obiet-

tare che la norma codicistica si riferisce ai “modi” di applicazione delle misure di sicurezza, mentre per le misure di prevenzione si giunge a determinare, ora per allora, i “casi” della risposta ordinamentale. A nulla, far notare l'abnormità – rispetto ai condivisi e basilari principi ordinamentali – di una successione normativa che si applica, per tale via interpretativa, anche ai fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore. Talvolta in epoca assai remota.

Così, nel sistema della prevenzione, si sono trovati a convivere la retroattività della norma e la funzione legislativa concorrente della giurisprudenza.

È quindi accaduto che la Corte costituzionale, con la sentenza 24/19, prendendo atto dei rilievi critici sollevati in sede convenzionale (sentenza della Grande Camera Edu nel caso De Tommaso/Italia), abbia dettato una sentenza interpretativa di rigetto in relazione all'articolo 1, comma 1 lettera b) del Codice Antimafia – ritenuto di generica formulazione e, quindi, di qualità insufficiente per assicurare l'accessibilità del precetto e la prevedibilità

della sanzione – enunciando a quali condizioni (*rectius*, secondo quale interpretazione) esso possa essere ritenuto conforme a Costituzione, così tassativizzando i comportamenti che legittimano la reazione dello Stato.

Nel farlo, il Giudice delle Leggi ha valorizzato alcune sentenze di legittimità, che hanno progressivamente determinato – con procedimento di “affinamento” conclusosi con le Sezioni Unite “Spinelli” del 2015 – il precetto normativo, così nuovamente avallando la funzione propulsiva e non più solo nomofilattica della giurisprudenza. La norma, ha detto la Corte costituzionale, non era di qualità sufficiente (e, quindi, non era conforme a Costituzione) sino a quando la Corte di Cassazione non ne ha determinato il contenuto.

Il parossismo che ne è conseguito è l'estensione della retroattività, in materia di prevenzione, dalla modifica legislativa alla tassativizzazione e tipizzazione giurisprudenziale della norma.

La disposizione, censurata di incostituzionalità, è suscettibile di applicazione retroattiva, se, in qualsiasi tempo, la sua lacunosità e indeterminazione siano state colmate dall'intervento dei Giudici.

Per tale via, è quotidianamente possibile applicare le disposizioni sulle confische a fatti avvenuti ben prima dell'anno 2015, sulla scorta di una Legge che è divenuta comprensibile, per il suo destinatario, in una data successiva.

Neanche la Corte di Cassazione, a quell'epoca, aveva ancora una interpretazione univoca di quella Legge, ma l'uomo comune “doveva saperlo” e, dunque, “doveva aspettarsi” che, un giorno, lo Stato gli avrebbe sottratto il patrimonio.

È la prova di come il sistema della prevenzione, già così tanto asistemico rispetto ai principi generali dell'ordinamento, si preste a diventare un pericolosissimo strumento di indiscriminata aggressione di diritti costituzionalmente garantiti, se il rispetto di quei principi si affievolisce anche nella materia penale.

Riconoscere una funzione più che meramente nomofilattica alla giurisdizione, in un ordinamento che si struttura su (altre) rigide regole generali ineludibili, è solo un “battito d'ali”. Ma questo soffio è in grado di provocare sconvolgimenti (è la materializzazione del “paradosso di Lorenz”), se si propaga in un sistema in cui tutto è vago, come quello della prevenzione.

Ecco perché la prevenzione è inenunciabile.

*Avvocato del Foro di Catanzaro

**Avvocato del Foro di Torino

IL DUBBIO

www.ildubbio.news

IL DUBBIO

@ildubbionews

DIRETTORE RESPONSABILE
DAVIDE VARI

SOCIETÀ EDITRICE
EDIZIONI DIRITTO
E RAGIONE SRL (Socio unico)
Via del Governo Vecchio, 3
00186 Roma

AMMINISTRATORE UNICO
ROBERTO SENSI

REDAZIONE
Via del Governo Vecchio, 3
00186 Roma
tel. 06.68803313
redazione@ildubbio.news

PUBBLICITÀ
SB SRL
Via Rovigo, 11 - 20132
Milano
colombo@sbsapie.it
tel. 02.45481605

PUBBLICITÀ LEGALE
INTEL MEDIA
PUBBLICITÀ
Via Sant'Antonio, 30-76121 Barletta
info@intelmedia.it
tel. 0883.347995

STAMPA
IPS ITALIA Srl
Member of IPS Group
Via Sondrio 1, 20063 Cernusco
sul Naviglio, (MI) ITALIA

DISTRIBUZIONE
M-DIS DISTRIBUZIONE
MEDIA s.p.a.
Via Cazzaniga, 19 20132 Milano
tel. 02.2582.1 fax 02.2582.5306

REGISTRAZIONE
Registrato al Tribunale di Roma
n. 63/2023 del 17 aprile 2023
(già Registrato al Tribunale di
Bolzano n. 7 del 16 dicembre 2015)
Iscrizione al Registro Operatori

di Comunicazione numero 26618
Pubblicazione a stampa:
ISSN 2499-6009
Pubblicazione online:
ISSN 2724-5942

La testata fruiscie dei contributi
diretti editoriali d.lgs. 70/2017

QUESTO NUMERO È STATO
CHIUSO IN REDAZIONE
ALLE ORE 20,00