

LA DICHIARAZIONE DI
INCOSTITUZIONALITÀ DELLA
FATTISPECIE PREVENTIVA DEI SOGGETTI
“*ABITUALMENTE DEDITI A TRAFFICI
DELITTUOSI*”: QUESTIONI APERTE IN
TEMA DI PERICOLOSITÀ

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893

di Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

in *disCrimen* dal 10.6.2019

*Fabio Basile, Elena Mariani**

SOMMARIO 1. Considerazioni introduttive. — 2. La lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia sopravvive per le misure di prevenzione personali c.d. questorili? — 3. È possibile una 'riduzione' della misura di prevenzione applicata sul fondamento, oltre che della lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia, anche di altre fattispecie di pericolosità?

1. Considerazioni introduttive

La Corte costituzionale, con la tanto attesa sentenza n. 24 del 2019, si è espressa sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate da alcuni giudici di merito all'indomani della nota pronuncia con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo, in materia di applicazione di misure di prevenzione *ante o praeter delictum*, aveva, tra l'altro, censurato le prime due fattispecie di pericolosità generica originariamente previste dall'art. 1 l. 27 dicembre 1956, n. 1423 (come sostituito dall'art. 2 l. 3 agosto 1988, n. 327) e, successivamente, confluite nell'art. 1 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (lett. a: “coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi”; e lett. b: “coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose”). Come è noto, la Corte EDU aveva ritenuto tali due fattispecie incompatibili con l'art. 2 Prot. 4 Cedu sotto il profilo della “prevedibilità” della sanzione, vale a dire, nello specifico, della possibilità di

* Il presente lavoro è frutto di comune discussione e riflessione da parte di entrambi gli Autori. Ad ogni modo, nelle sedi ove ciò possa assumere rilievo, i paragrafi 1 e 2 vanno attribuiti ad Elena Mariani e il paragrafo 3 a Fabio Basile.

essere sottoposti ad una misura di prevenzione¹. Ad avviso dei giudici europei, infatti, né la legge né la giurisprudenza (ordinaria e costituzionale) italiane sarebbero riuscite ad identificare *chiaramente gli elementi fattuali e le specifiche condotte che devono essere presi in considerazione per la valutazione della pericolosità del soggetto ai sensi delle predette lett. a) e b)*. Le due fattispecie preventive in questione, pertanto, conferirebbero un'amplissima discrezionalità alle corti nazionali, giacché non sarebbero formulate con precisione adeguata a garantire il singolo contro interferenze giudiziarie arbitrarie ed a consentirgli di prevedere in maniera sufficientemente certa l'imposizione di una misura di prevenzione².

Ebbene, con la sentenza qui annotata³, la Consulta ha fornito una valutazione delle due anzidette fattispecie di pericolosità parzialmente difforme da quella espressa dalla Corte EDU. La Corte costituzionale, infatti, ha dichiarato l'incostituzionalità della sola fattispecie di cui alla lett. a), mentre ha 'salvato' la fattispecie di cui alla lett. b).

In relazione a quest'ultima, difatti, la Corte ha evidenziato come, "alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza de Tommaso, risulti oggi

¹ C. edu, grande camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia.

² I giudici di Strasburgo avevano condannato l'Italia anche per la vaghezza e l'imprecisione del contenuto delle prescrizioni generiche "di vivere onestamente" e "di rispettare le leggi", imposte con la sorveglianza speciale (di cui al comma 4 dell'art. 8 d.lgs. 159/2011), poiché l'interessato non riceverebbe indicazioni sufficienti circa il comportamento che gli viene richiesto e quello che, invece, può essere considerato *ulteriore indice della sua pericolosità, così da non poter prevedere* le conseguenze della propria condotta una volta colpito dalla misura di prevenzione. Per un commento alla sentenza europea si vedano, tra gli altri, LASALVIA F.P., *Il sasso nello stagno: luci "europee" e ombre "nazionali" su una sentenza "storica"? Appunti su Cedu De Tommaso c. Italia*, in *Arch. pen.*, n. 1, 2017, pp. 339-350; MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera. Nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 15-35; VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali. Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 370-378; MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, n. 2, 2018, pp. 455-461.

³ Per un primo commento alla sentenza n. 24, nonché alla correlata sentenza n. 25 della Corte costituzionale (che affronta la seconda questione sollevata dalla Corte EDU, ovvero quella relativa alla legittimità delle prescrizioni generiche della sorveglianza speciale), si veda FINOCCHIARO S., *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte EDU. Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 24, Pres. Lattanzi, Red. Viganò; Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 25, Pres. Lattanzi, Red. Amoroso*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019.

possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dall'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011, sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali 'casi' – oltre che in quali 'modi' – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca. La locuzione '**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' è oggi suscettibile, infatti, di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli 'titoli' di reato, quanto di specifiche 'categorie' di reato. Tale interpretazione della fattispecie permette di ritenere soddisfatta l'esigenza – sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l'attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte – di individuazione dei 'tipi di comportamento' ('types of behaviour') assunti a presupposto della misura"⁴.

Per contro, anche a giudizio della Corte costituzionale la fattispecie imperniata sui *traffici delittuosi* "di cui all'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera a), del d.lgs. n. 159 del 2011, appare (...) affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza de Tommaso. Alla giurisprudenza, infatti, non è stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l'interessato, il disposto normativo in esame. Invero (...) sul punto convivono tutt'oggi due contrapposti indirizzi interpretativi, che definiscono in modo differente il concetto di 'traffici delittuosi'⁵

⁴ C. cost., sent. 24 gennaio 2019, n. 24, punto 12.2) dei *Considerato in diritto*. Sull'interpretazione 'tassativizzante' che la Cassazione ha fornito della lett. b), si vedano MAGI R., *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità* (Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Milano, 18-19 novembre 2016), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 501; BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2018; MENDITTO F., *Misure di prevenzione e Corte europea, in attesa della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 22 ottobre 2018.

⁵ Vengono richiamate, come esempio del primo indirizzo interpretativo, Cass., sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846 – che fa riferimento alle "attività delittuose che comportino illeciti arricchimenti anche senza il ricorso a mezzi negoziali fraudolenti e quindi condotte delittuose caratterizzate da una tipica attività trafficante", ma anche a tutte quelle attività con finalità patrimoniale o di profitto "che si caratterizzano per la spoliazione (...), l'appropriamento e in genere per l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili" –, mentre, come esempio del secondo indirizzo interpretativo, Cass., sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003 – che si riferisce al "commercio

(...). Simili genericissime (e tra loro tutt'altro che congruenti) definizioni di un termine geneticamente vago come quello di 'traffici delittuosi', non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura (...). Pertanto, la descrizione normativa in questione, anche se considerata alla luce della giurisprudenza che ha tentato sinora di precisarne l'ambito applicativo, non soddisfa le esigenze di precisione imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 2 del Prot. n. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall'art. 42 Cost. e, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca"⁶.

È agevole prevedere che la sentenza della Corte costituzionale qui in esame – che, da una parte, riprende e valorizza alcuni orientamenti già emersi nella giurisprudenza di legittimità e nella dottrina più recenti e, dall'altra, introduce nuovi e preziosi spunti di riflessione e d'analisi sulle misure di prevenzione (soprattutto sulla confisca) – probabilmente segnerà un punto di svolta nel futuro dibattito su queste misure.

In attesa che tale dibattito maturi adeguatamente, in questa sede ci limitiamo a sottoporre all'attenzione del lettore solo due profili problematici che una lettura a caldo della sentenza sembra sollevare.

2. La lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia sopravvive per le misure di prevenzione personali c.d. questorili?

Il primo profilo problematico che vogliamo qui evidenziare si riconnette ad un passaggio della motivazione della sentenza n. 24, e segnatamente al paragrafo 6.3) dei *Considerato in diritto*, dove la Corte costituzionale ha affermato che "inammissibile per irrilevanza deve ritenersi la censura relativa all'art. 1 del medesimo decreto

illecito di beni tanto materiali (...) quanto immateriali (...) o addirittura concernente esseri viventi", nonché alle "condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite", da non confondere, però, "con la mera nozione di delitto (...) da cui sia derivata una qualche forma di provento".

⁶ C. cost., sent. 24 gennaio 2019, n. 24, punto 12.3) dei *Considerato in diritto*.

legislativo [d.lgs. 159/2011], che si limita a disciplinare i presupposti applicativi delle misure del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale, di competenza del questore"⁷.

La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 1, lett. a), cod. antimafia, pertanto, non si estende alla individuazione legislativa, ivi contenuta, dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione personali c.d. questorili del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale, ma riguarda esclusivamente l'art. 1, lett. a), in quanto richiamato dall'art. 4, co. 1, lett. c), d.lgs. 159/2011, e, quindi, la sola individuazione legislativa dei presupposti per l'applicazione della misura personale della sorveglianza speciale e delle misure patrimoniali del sequestro e della confisca⁸.

Se, dunque, è pacifico che sulla base dell'inquadramento del proposto nella *sola* lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia non potranno più essere disposte le misure di competenza dell'autorità giudiziaria (e, se applicate precedentemente alla pronuncia della Corte costituzionale, queste dovranno ora essere revocate: v. *infra* par. 3), il sopraccitato passaggio della sentenza lascia dubbi in riferimento alle misure questorili. Ci si potrebbe chiedere, infatti, se la fattispecie di pericolosità di cui alla lett. a) ("coloro che ... debbano ritenersi abitualmente dediti a traffici delittuosi"), pur essendo stata dichiarata costituzionalmente illegittima, per un insanabile *deficit* di precisione, ai fini dell'applicazione della sorveglianza speciale e delle misure di prevenzione patrimoniali, sia invece rimasta in vigore ai fini dell'applicazione delle misure personali di competenza del questore.

Una risposta positiva a tale quesito presupporrebbe il riconoscimento di *standard* differenti di "precisione" richiesti alla legge quando essa disciplina la sorveglianza speciale, oltretutto le misure di prevenzione patrimoniali (misure applicate dal giudice), rispetto a quelli richiesti alla legge quando la stessa disciplina, invece, il foglio di via e l'avviso orale (misure applicate dal questore). Tale differenziazione potrebbe, peraltro, trovare fondamento anche nei due differenti parametri di legittimità costituzionale cui tradizionalmente si riconducono, da un lato, la sorveglianza speciale (che dovrebbe rispettare i canoni stabiliti dall'art. 13 Cost. a tutela della libertà personale)⁹ e, dall'altro, il foglio di via e l'avviso orale (che

⁷ C. cost., sent. 24 gennaio 2019, n. 24, punto 6.3) dei *Considerato in diritto*.

⁸ La declaratoria di incostituzionalità, del resto, a rigore non riguarda l'art. 1 lett. a), bensì "l'art. 4, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lett. a)". Nel prosieguo del presente lavoro si farà, pertanto, riferimento alla lett. a) solo per ragioni di semplicità espositiva.

⁹ Anche la sentenza qui in esame, al punto 9.7.3) dei *Considerato in diritto*, ribadendo una giurisprudenza costituzionale consolidata (sulla quale v. la nota successiva), ha affermato che le

dovrebbero, invece, rispettare i canoni stabiliti dall'art. 16 Cost. a tutela della libertà di circolazione)¹⁰.

In senso contrario ad una residua vigenza della lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia ai soli fini dell'applicazione delle misure di prevenzione questorili, depongono, tuttavia, alcune considerazioni decisive.

In primo luogo, è la stessa sentenza della Corte EDU de Tommaso ad aver fondato le proprie censure alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali sulla necessaria tutela della libertà di circolazione, predisposta dall'art. 2 Prot. 4 Cedu. Tali censure (e, in particolare, la carenza di "prevedibilità" che connota la fattispecie di cui alla lett. a) parrebbero, pertanto, riferibili alla disciplina di tutte le misure di prevenzione limitative di detta libertà di circolazione, comprese, quindi, anche quelle questorili.

Inoltre, la circostanza che il foglio di via e l'avviso orale possano comportare, per lo meno come effetto eventuale in 'seconda battuta', conseguenze assai

misure della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, "in tanto possono considerarsi legittime, in quanto rispettino i requisiti cui l'art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione alla libertà personale, tra i quali vanno in particolare sottolineate la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione legale dei 'casi e modi' della restrizione) e la riserva di giurisdizione".

¹⁰ Tale impostazione risalirebbe alla sentenza della Corte costituzionale n. 2 del 14 giugno 1956, ad avviso della quale la misura del rimpatrio con foglio di via obbligatorio comporta una limitazione delle libertà di circolazione e di soggiorno del proposto, rilevante nello spettro dell'art. 16 Cost., ma non una restrizione della libertà personale, rilevante nello spettro dell'art. 13 Cost. In senso analogo, v. C. cost., sent. 21 giugno 1960, n. 45; C. cost., sent. 20 giugno 1964, n. 68; C. cost., sent. 24 novembre 1994, n. 419; C. cost., sent. 29 maggio 1995, n. 210. In dottrina, sulle controverse questioni dell'ampiezza del concetto di libertà personale di cui all'art. 13 Cost. e dei parametri costituzionali per sindacare la legittimità delle misure di prevenzione, v., tra gli altri, ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 948 ss.; AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 20 ss.; BRICOLA F., *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione* (Atti del Convegno di Alghero - Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale), Giuffrè, Milano, 1975, ora in BRICOLA F., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 930; BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 143; CERRI A., *Libertà. II) Libertà personale - dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXI, 1991, p. 3 ss.; PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Jovene, Napoli, 1996, p. 177; FILIPPETTA G., *La libertà personale e le libertà di domicilio, di circolazione e individuale*, in NANIA R., RIDOLA P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2001, p. 364 ss.; PADOVANI T., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, Pisa, 2014, pp. 295-298; BALBI G., *Le misure di prevenzione personali* (Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Milano, 18-19 novembre 2016), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 511-512.

pregiudizievoli anche per la libertà personale di chi vi sia sottoposto¹¹, dovrebbe indurre ad estendere anche ad esse gli standard più garantistici in punto di “precisione” della relativa disciplina legislativa, riservati alla sorveglianza speciale, anche al fine di evitare un’ingiustificata disparità di trattamento tra i destinatari delle misure di competenza del tribunale ed i destinatari delle misure di competenza del questore.

Infine, anche dal punto di vista empirico-criminologico, sarebbe incoerente e privo di validità scientifica il risultato di ritenere affidabile ed accurata una fattispecie di pericolosità non sulla base degli elementi che la contraddistinguono, bensì sulla base della risposta che l’ordinamento le ricollega: come se la lett. a) fosse capace di descrivere un’affidabile ed accurata categoria criminologica di soggetti pericolosi ... solo se agli stessi si andrà ad applicare una misura di prevenzione questorile.

Per tali motivi riteniamo, quindi, che in futuro la lett. a) dell’art. 1 cod. antimafia non potrà essere utilizzata nemmeno per l’applicazione delle misure di prevenzione questorili, per quanto la Corte costituzionale non si sia pronunciata esplicitamente su questo specifico punto.

3. È possibile una ‘riduzione’ della misura di prevenzione applicata sul fondamento, oltre che della lett. a) dell’art. 1 cod. antimafia, anche di altre fattispecie di pericolosità?

Il secondo profilo problematico che una lettura a caldo della sentenza n. 24 sembra sollevare riguarda la possibilità che un soggetto, al quale, prima di questa pronuncia, sia stata applicata una misura di prevenzione in quanto all’epoca considerato pericoloso *sia* ai sensi della lett. a) dell’art. 1 d.lgs. 159/2011 *che* ai sensi di altre fattispecie di pericolosità, possa oggi chiedere una ‘riduzione’ della misura

¹¹ Si pensi ai divieti di cui all’art. 3, co. 4, d.lgs. 159/2011, che possono conseguire all’avviso orale; agli aumenti di pena previsti dagli artt. 71, 72 e 73 d.lgs. 159/2011 per entrambe le misure; alla configurazione di autonome fattispecie di reato ai sensi dell’art. 76, co. 2 e 3, d.lgs. 159/2011, in caso di violazione delle due misure. In dottrina sostengono il carattere affittivo anche delle misure questorili o, quanto meno, del rimpatrio con foglio di via obbligatorio, ad esempio, TOSCHI A., *Problemi di costituzionalità relativi ai provvedimenti del questore nel sistema delle misure di prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 390 e 394-396; LA ROCCA N.E., *Le impugnative avverso i provvedimenti del questore*, in FURFARO S. (a cura di), *Misure di prevenzione*, UTET Giuridica, Torino, 2013, pp. 546-547; DE LIA A., *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch. pen. (web)*, n. 1, 2017, pp. 8-9.

imposta (ad esempio, la diminuzione della durata della misura personale, la cancellazione dell'eventuale obbligo o divieto di soggiorno o l'eliminazione di eventuali prescrizioni facoltative aggiunte alla sorveglianza speciale, ma anche una riduzione dell'entità dei beni sottoposti a sequestro od a confisca), sul presupposto che, essendo venuto meno uno dei pilastri su cui si fondava la sua pericolosità, debba corrispondentemente essere ridotta anche la misura applicatagli: seguendo, quindi, una logica simile a quello che si verifica in ambito penale, allorquando, in caso di dichiarazione di incostituzionalità di uno dei reati per i quali il condannato sta scontando la pena inflittagli, questi ha diritto ad un ricalcolo, in senso riduttivo, della pena.

La risposta a tale interrogativo non risulta di immediata ed agevole individuazione. Qui si intende, perciò, proporre al lettore soltanto qualche considerazione in attesa di future, più approfondite riflessioni da parte di dottrina e giurisprudenza.

Va subito anticipato che i maggiori dubbi sembrano concernere i casi in cui il soggetto sia stato congiuntamente inquadrato, *oltre* che nella fattispecie di cui alla lett. a), anche nella fattispecie di cui alla lett. b) dell'art. 1 cod. antimafia, e ciò in ragione del peculiare rapporto – si potrebbe dire di 'compenetrazione' o, meglio ancora, di 'specie a genere' – che pare legare queste due fattispecie di pericolosità, essendo la locuzione "traffici delittuosi" una sorta di specificazione della più generica locuzione "attività delittuose".

Il quesito risulta, invece, di più agevole soluzione nel caso in cui il proposto sia stato congiuntamente inquadrato, *oltre* che nella fattispecie di cui alla lett. a), anche nella terza fattispecie di pericolosità generica, quella di cui alla lett. c) dell'art. 1 cod. antimafia, oppure in una o più delle fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 4 cod. antimafia: queste ulteriori fattispecie di pericolosità, infatti, presentano una fisionomia nettamente stagliata rispetto alla 'dedizione abituale a traffici delittuosi' di cui alla lett. a) e, pertanto, sia dal punto di vista teorico, sia da quello pratico, il rischio di sovrapporsi ad essa è davvero minimo.

Prima di prospettare alcune possibili risposte al quesito in esame conviene, ad ogni buon conto, ricordare che, secondo l'orientamento della più recente giurisprudenza di legittimità, il giudizio di pericolosità deve essere scisso in due fasi:

- la prima, di tipo “constatativo”, comporta la valutazione di dati cognitivi (tra cui i precedenti reati commessi) idonei a rappresentare che il proposto – in passato – ha tenuto una condotta contraria alle ordinarie regole di convivenza¹²;

- la seconda fase, di tipo essenzialmente “prognostico”, per sua natura alimentata dai risultati della prima, è tesa a qualificare come “probabile” il ripetersi delle condotte antisociali inquadrare nelle categorie criminologiche di riferimento¹³.

L’inquadramento del proposto, all’esito della fase constatativa, in una delle fattispecie disciplinate dall’art. 1 (e dall’art. 4) d.lgs. 159/2011 serve, pertanto, a circoscrivere le tipologie di pericolosità in presenza delle quali si deve ‘attivare’ il sistema della prevenzione *ante delictum*¹⁴. La misura di prevenzione viene, però, effettivamente applicata solo a seguito di un ulteriore giudizio, quello prognostico, che, nel caso della misura personale, è volto ad accertare la concreta ed attuale pericolosità del proposto, mentre, nel caso della misura patrimoniale, è volto ad assodare l’illegittima provenienza dei beni. È da questo secondo giudizio che dipendono, in particolare, la determinazione del grado di pericolosità del soggetto

¹² La giurisprudenza parla di “fatti” storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta ‘indicatori’ della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge” (Cass., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641) e considera il giudizio di prevenzione “strutturato come giudizio ‘cognitivo’ teso a ricostruire, preliminarmente, talune condotte poste in essere dal soggetto ‘attenzioneato’, in virtù del fatto che la formulazione di un giudizio prognostico rivolto al futuro (il giudizio di pericolosità attuale) è affrancata da un inaccettabile soggettivismo (che contrasterebbe con la natura giurisdizionale del procedimento) se ed in quanto trae origine da una previa operazione di tipo ricostruttivo, del tutto analoga a quella che si realizza – in sede penale – lì dove si ricostruisce il rapporto tra fatto concreto e fattispecie astratta” (Cass., sez. I, 1 febbraio 2018, n. 24707).

¹³ Cass., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641; Cass., sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209; Cass., sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846. Sulla scomposizione bifasica del giudizio di pericolosità, v., in dottrina, tra gli altri, MENDITTO F., *L’attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia. Osservazioni a margine di Cass. Pen., Sez. I, 11 febbraio 2014 (dep. 5 giugno 2014), n. 23641, Pres. Giordano, Rel. Magi, Ric. Mondini*, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2014, pp. 6-7; MARTINI A., *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 103, 149-150 e 201; BASILE F., *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in PALIERO C.E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 980 ss.; SIRACUSANO F., *I destinatari della prevenzione personale per “fatti di mafia”*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2018, pp. 313-314.

¹⁴ La Cassazione ha precisato che la nozione di pericolosità sociale non deve essere intesa in senso del tutto generico, ma deve tenere conto della selezione normativa delle specifiche categorie di pericolosità. Le indicazioni del legislatore sono “tipizzanti” e determinano l’esclusione dall’applicazione del diritto della prevenzione di quelle condotte che, pur potendo inquadrarsi come “manifestazioni di pericolosità soggettiva”, risultino estranee al “perimetro descrittivo” di cui al d.lgs. 159/2011: Cass., sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209.

e/o della consistenza e del numero di cespiti patrimoniali acquisiti illegittimamente e, di conseguenza, l'effettiva entità della misura di prevenzione.

Ebbene, come si accennava, la risposta al quesito se l'originaria decisione in ordine a tipo, contenuti e durata della misura personale imposta e/o all'estensione della confisca debba (e possa) essere rivista in conseguenza della sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia sembrerebbe dipendere sostanzialmente dalle fattispecie di pericolosità in cui il proposto era stato ricondotto dal decreto applicativo della misura stessa.

Ora, nessun dubbio si pone nelle ipotesi (a dire il vero, assai rare dal punto di vista prasseologico) in cui l'unica fattispecie applicata fosse quella di cui alla lett. a) dell'art. 1 cod. antimafia. In tali casi, difatti, perdono completamente rilevanza gli elementi (fatti, comportamenti e circostanze sintomatici) posti alla base del giudizio di pericolosità del soggetto, in quanto non esiste più il 'rischio' tipizzato dal legislatore di cui tali elementi dovrebbero essere indicatori. Essendo venuta meno la probabilità di commissione di condotte alle quali l'ordinamento ritiene di dover opporre un intervento di carattere preventivo, la misura deve essere interamente revocata¹⁵.

Più complessa è, invece, la situazione quando il proposto sia stato inquadrato anche in altre fattispecie di pericolosità, oltre a quella di cui alla lett. a).

In tali casi, potrebbe apparire equa, almeno dal punto di vista teorico, una 'riduzione proporzionale' della misura di prevenzione. Infatti, essendo venuta meno la rilevanza degli elementi di valutazione ricollegabili alla lett. a), si potrebbe considerare ridotto il grado di pericolosità del soggetto, giacché esso si fonderebbe ora su un numero minore di elementi (quelli attinenti alla fattispecie criminologica residua) ed anche il 'rischio' di delittuosità futura riguarderebbe una più ristretta tipologia di condotte¹⁶.

¹⁵ Per la misura *personale*, dovrebbe essere disposta la revoca ai sensi dell'art. 11, co. 2, cod. antimafia, con effetto *ex tunc*, per insussistenza *ab origine* dei presupposti applicativi travolti dalla declaratoria di incostituzionalità. In relazione a questo istituto, Cass., sez. un., 10 dicembre 1997, n. 18, ha riconosciuto che esso può essere utilizzato anche quando l'esecuzione della misura di prevenzione sia cessata, al fine di tutelare l'interesse del prevenuto a che vengano rimossi tutti gli effetti derivanti dal decreto applicativo della misura. Per la misura *patrimoniale*, dovrebbe invece essere disposta la revocazione della confisca ai sensi dell'art. 28 cod. antimafia, sempre per difetto originario dei presupposti di applicazione.

¹⁶ Si dovrebbe, quindi, procedere alla modifica della misura personale ai sensi dell'art. 11, co. 2, cod. antimafia ed alla revocazione parziale della misura patrimoniale ai sensi dell'art. 28 cod. antimafia.

Le primissime letture, offerte alla sentenza della Corte costituzionale n. 24, sembrano, tuttavia, orientarsi in senso differente, vale a dire nel senso di ritenere che la misura non vada in alcun modo modificata qualora il soggetto sia stato inquadrato, con l'originario decreto di applicazione della misura stessa, anche in altre fattispecie di pericolosità oltre a quella di cui alla lett. a)¹⁷.

Inoltre, al di là della posizione assunta a livello teorico, la via della rideterminazione del grado di pericolosità, e quindi della conseguente riduzione della misura applicata, non appare quasi mai percorribile nei fatti, poiché la prassi non è solita ricondurre specificamente i singoli elementi posti a fondamento della valutazione di pericolosità del soggetto ed i singoli beni di cui si ritiene illegittima l'acquisizione alle singole fattispecie di pericolosità nelle quali il proposto è stato inquadrato, così da consentire oggi un 'depennamento' degli elementi e dei beni riconducibili esclusivamente alla fattispecie di cui alla lett. a).

Forse un siffatto 'depennamento' potrebbe risultare possibile solo in alcuni limitatissimi casi, in presenza di due condizioni:

- che il proposto sia stato ricondotto nella lett. a) ed in altre fattispecie di pericolosità da essa ben distinte (quindi, come sopra dicevamo, nella lett. c dell'art. 1, o in una delle fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 4 cod. antimafia);

- che nel decreto di applicazione della misura sia stato dettagliatamente precisato quali elementi siano stati ritenuti indicativi della 'dedizione a traffici delittuosi' e quali, invece, abbiano portato al giudizio, ad esempio, in ordine alla 'dedizione alla commissione di reati che offendono l'integrità fisica o morale dei minorenni' (art. 1, lett. c, cod. antimafia) o alla sussistenza di 'indizi di appartenenza ad una associazione di tipo mafioso' (art. 4, lett. a, cod. antimafia); quali prescrizioni della sorveglianza speciale (tra quelle facoltative) siano state applicate per prevenire il compimento di futuri 'traffici delittuosi' e quali, invece, siano state imposte per

¹⁷ Si veda, ad esempio, l'ordine di servizio n. 4/2019 emesso dal Presidente della Sezione Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano, ai sensi del quale "l'istituto previsto dall'art. 673 c.p.p. con necessaria revoca di eventuali decreti applicativi della sorveglianza speciale di P.S." deve trovare applicazione "soltanto nei confronti di soggetti ritenuti appartenere esclusivamente alla categoria sopra richiamata e cioè a soggetti ritenuti abitualmente dediti a traffici delittuosi senza inclusione in altre categorie di pericolosità c.d. generica o qualificata". Nello stesso senso, in dottrina, v. FINOCCHIARO S., *Due pronunce della Corte costituzionale*, cit., punto 17.5, ad avviso del quale è verosimile che "le uniche misure già disposte che possono ritenersi di per sé integralmente travolte dall'odierna pronuncia di incostituzionalità sono quelle applicate sul presupposto della sola lettera a) della norma, e non già quelle – ben più frequenti nella prassi – applicate sulla base di entrambe le lettere a) e b) della norma".

prevenire ‘reati contro l’integrità fisica o morale dei minorenni’ o per recidere il legame con ‘l’associazione di tipo mafioso’; oppure, per quanto riguarda la confisca, quali beni siano stati confiscati in quanto acquisiti grazie ai ‘traffici delittuosi’ e quali, invece, grazie ‘all’appartenenza ad associazioni di tipo mafioso’¹⁸.

Se, invece, il proposto è stato originariamente ricondotto, oltre che nella fattispecie di cui alla lett. a), anche in quella della lett. b) dell’art. 1 cod. antimafia, il nostro timore è che, in punto di fatto, risulti impraticabile una rideterminazione del grado di pericolosità dello stesso. In tali ipotesi, infatti, in genere non si rinvenono, nella motivazione del provvedimento applicativo della misura, distinzioni in relazione all’inquadramento criminologico del soggetto, poiché è diffusa la prassi di giustapporre la fattispecie dei “traffici delittuosi” a quella delle “attività delittuose” impiegandole in maniera unitaria nel giudizio di pericolosità, quasi esse costituissero un’endiadi¹⁹. Quindi, risulta di fatto impossibile discernere quali condotte e quali situazioni siano riconducibili ai “traffici delittuosi” e quali, invece, alle “attività delittuose”; quali prescrizioni della sorveglianza speciale, tra quelle facoltative, siano dirette a prevenire i “traffici” anziché le “attività” delittuose; infine, quali beni siano stati confiscati in quanto acquisiti grazie ai “traffici delittuosi” e quali, invece, siano stati confiscati in quanto acquisiti grazie alle “attività delittuose”²⁰: e ciò anche a causa del già menzionato rapporto di ‘specie a genere’ rinvenibile tra la locuzione “traffici delittuosi” e la locuzione “attività delittuose”, tale per cui condotte, situazioni e beni in passato (eventualmente) ricondotti ai soli “traffici” parrebbero oggi – dopo la scomparsa della lett. a) – comunque riconducibili anche alle “attività”²¹, rendendo perciò molto difficile (se non impossibile) individuare il *quantum* di misura direttamente ricollegabile alla sola lett. a).

¹⁸ Chi ha anche solo un po’ di confidenza con la prassi giudiziaria in materia di misure di prevenzione sa bene, tuttavia, che questa seconda condizione è di assai rara verifica.

¹⁹ In merito all’utilizzo congiunto di queste due fattispecie di pericolosità, è interessante notare, come è emerso da una ricerca criminologica ancora in corso, curata dagli Autori del presente articolo, che, tra i provvedimenti applicativi delle misure di prevenzione personali emessi dalla Sezione Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano tra il 2012 ed il 2018, solo 15 di essi hanno inquadrato il proposto nella sola lett. a) dell’art. 1 cod. antimafia, mentre 125 provvedimenti hanno inquadrato il proposto, oltre che nella lett. a), anche nella lett. b) (e 11 di questi 125 provvedimenti hanno applicato, oltre alle lett. a e b, anche una terza fattispecie di pericolosità).

²⁰ Forse qualche attento e sensibile processualpenalista potrebbe obiettare che decreti siffatti sono viziati in punto di motivazione, che non vi è stata una corretta contestazione degli addebiti, e così via: ma il rischio è che la sua voce risuoni in un deserto di indifferenza rispetto a tali problematiche.

²¹ Emblematico di tale possibilità è il passaggio motivazionale del decreto n. 57/2019 emesso dalla Sezione Autonoma Misure di Prevenzione del Tribunale di Milano (pp. 13-15), in cui i giudici, dopo

In questi casi si potrebbe forse pensare ugualmente ad una riduzione della misura, da praticare in maniera ‘forfettaria’, giacché si è comunque ridotto il numero delle fattispecie nelle quali il soggetto era stato originariamente inquadrato. Una siffatta soluzione comporterebbe, però, l’altrettanto complesso problema di stabilire criteri di calcolo dell’entità della riduzione che siano equi ed oggettivi, applicabili in maniera certa e non rimessi all’esclusiva discrezionalità dell’organo procedente.

aver ripercorso quanto statuito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24 del 2019, hanno precisato che l’interessata è stata “collocata anche nella categoria di cui alla lettera b) dell’art. 1 del D.L.vo 159/2011, categoria che appare assorbente ed esclusiva in relazione alla sistematica consumazione di delitti contro il patrimonio e di accumulazione patrimoniale sviluppata in un arco temporale che ha pressoché contraddistinto tutta la sua vita personale”.