

LE MISURE DI PREVENZIONE NELLO SPECCHIO DEL VOLTO COSTITUZIONALE DEL SISTEMA PENALE *



Luca Della Ragione

SOMMARIO 1. La mutazione genetica delle misure di prevenzione. — 2. Destinatari e giudizio di pericolosità. — 3. Pericolosità “generica” e pericolosità “qualificata”. — 3.1. Il problema del concorso esterno. — 3.2. L’ampliamento dei destinatari della prevenzione penale: gli indiziati di appartenere ad una associazione finalizzata alla commissione di fatti di corruzione. — 4. La sentenza De Tommaso. — 5. L’immediato *post* De Tommaso. — 6. Il volto delle misure di prevenzione nella sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019. — 6.1.1. La posizione sulle misure di prevenzione personali. — 6.1.2. Profili critici della ricostruzione in tema di prevenzione personale. — 6.2.1. La posizione sulle misure di prevenzione patrimoniali. — 6.2.2. Profili critici della ricostruzione in tema di prevenzione patrimoniale. — 6.3 La determinatezza/tassatività delle misure di prevenzione.

1. La mutazione genetica delle misure di prevenzione

*“Il sistema penale italiano si sviluppa dentro una lunga storia di coerenza e continuità”*¹, così che, esaminandone l’evoluzione storica, è possibile individuare caratteri originari che hanno impresso taluni tratti permanenti che permeano ancora oggi i modelli di prevenzione e repressione del crimine².

In questa prospettiva, *“il binomio prevenzione-repressione rappresenta senza dubbio uno degli elementi caratteristici del nostro sistema e lo studio delle misure di prevenzione – figlie del perenne oscillare tra fisiologia ed emergenza che caratterizza le vicende storiche italiane – descrive meglio di ogni altro elemento la doppiezza che caratterizza il sistema punitivo vigente in Italia, ove ad una piena adesione – sotto il profilo formale – a modelli sanzionatori rispettosi dei diritti fondamentali dell’uomo e delle ga-*

* È il testo della relazione al convegno “*Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversione e prevenzione*”, svoltosi a Genova, il 12 aprile 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

¹ SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano*, in *Storia d’Italia, Annali, XIV, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, 487 ss. Per una ricostruzione storica del sistema delle misure di prevenzione si veda: PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, 16 ss.

² INSOLERA-GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2019, 189 ss.

ranzie processuali che gli devono essere riconosciute, non si accompagna la rinuncia ad un apparato coercitivo informato alla logica del sospetto, che si risolve in una vistosa deroga – sotto il profilo sostanziale – a quegli stessi principi e a quelle garanzie che la Costituzione, la CEDU e il Codice penale enunciano con grave solennità”³.

In questo quadro si collocano le misure di prevenzione⁴, che fuoriescono dal binomio costituzionale pene/misure di sicurezza, ma che sono previste nell’ordinamento italiano fin dall’epoca di formazione dello Stato unitario, quali misure tipicamente di polizia, incidenti su diritti e/o libertà del destinatario.

Si tratta di misure finalizzate, in astratto, alla prevenzione della criminalità, o di sue particolari manifestazioni, ma che formalmente prescindono dall’accertamento di reati: esse incidono sulle libertà personali e/o sul patrimonio, e sono adottate nei confronti di talune categorie di soggetti pericolosi per la sicurezza pubblica, a prescindere dalla commissione di un reato, ma sulla base di elementi indiziari riferiti alla condotta di vita, all’appartenenza a sodalizi criminali o al compimento di attività preparatorie per la commissione di determinati delitti.

Sotto tale aspetto, le misure di prevenzione sono, sempre in astratto, nettamente distinte dalle misure di sicurezza, la cui applicazione si basa sulla commissione di un reato di una certa gravità (ad es. nel caso di soggetti non imputabili) o sul possesso di qualifiche soggettive a loro volta dipendenti dalla previa commissione di reati (ad es. l’abitudine criminosa). In quanto misure volte a contrastare la pericolosità del soggetto, le misure di prevenzione sono tuttavia funzionalmente affini alle misure di sicurezza⁵: si tratta – è stato affermato dalla Corte costituzionale (sent. 27/1957; 177/1980) – di due *species* di un unico *genus*.

³ INSOLERA-GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, cit., 189 ss.

⁴ Di recente, in una letteratura ormai vastissima, CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra costituzione e convenzione*, in *Leg. pen.*, 18 marzo 2019; GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in www.sistemapenale.it; M. LANZI, *Il sequestro e la confisca nel codice antimafia: prevenzione, restituzione, retribuzione e riscossione*, in CASSIBBA (a cura di), *Il codice antimafia riformato*, Torino, 2019, 45 ss.; MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi – Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO - PALIERO, Torino, 2015, 299 ss.; MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, 209 ss.; PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2015; PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in www.discrimen.it; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, cit. Per un commento organico al d. lgs. 159/2011, v. *Commentario breve al Codice antimafia e alle altre procedure di Prevenzione*, a cura di SPANGHER-MARANDOLA, Milano, 2019.

⁵ In argomento, nella recente manualistica, PELISSERO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in GROSSO-PELISSERO- PETRINI- PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2020, 785 ss.

Nel ventennio fascista gli istituti disciplinati nel Testo unico delle leggi di polizia sono stati utilizzati per la neutralizzazione di oppositori del regime, mandati al ‘confino’ in luoghi isolati (spesso in piccole isole).

La Corte costituzionale, in una delle sue prime sentenze (n. 11 del 1956), ha ravvisato un vistoso profilo d’illegittimità nella competenza dell’Autorità di polizia, in relazione a misure, come la c.d. ammonizione, comportanti una ‘degradazione giuridica’ dei destinatari, e perciò incidenti sulla libertà personale: ne è derivata la dichiarazione d’illegittimità costituzionale per violazione della riserva di giurisdizione di cui all’art. 13 Cost.

Di fronte alla caducazione delle misure di prevenzione, il legislatore è stato solerte nella reintroduzione, sanando il profilo d’illegittimità censurato dalla Corte costituzionale: la competenza è stata attribuita all’autorità giudiziaria, con la legge 27 dicembre 1956, n. 1423.

Nonostante le critiche radicali che la dottrina⁶ ha continuato a muovere, sia sul piano dell’efficacia che sul piano della legittimità costituzionale, il sistema delle misure di prevenzione è stato recepito e rafforzato, con l’avallo della Corte Costituzionale. Dapprima nella legislazione ‘antimafia’: la legge 31 maggio 1965, n. 575 ha esteso l’applicabilità delle tradizionali misure di prevenzione personale agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose. La legge 13 settembre 1982, n. 646 la ha estesa a tutte le associazioni ‘di tipo mafioso’ (camorra napoletana, ’ndrangheta calabrese, e simili) e ha introdotto misure patrimoniali. Misure di prevenzione per soggetti politicamente pericolosi sono state previste dalla legge 22 maggio 1975, n. 152. Un complessivo riassetto della materia è stato realizzato con la legge 3 agosto 1988, n. 327.

Quanto alla compatibilità con la Carta fondamentale, va ricordato che storicamente secondo la Corte Costituzionale le misure di prevenzione “*sono informate al principio di prevenzione e di sicurezza sociale, per il quale l’ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell’avvenire. È questa una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione*”⁷.

⁶ Cfr. l’ampia indagine di MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 209 ss.

⁷ Corte Cost. 5 maggio 1959, n. 27. Più di recente, è stato rilevato che la comune finalità delle misure di sicurezza e di prevenzione “*non implica, di per sé sola, un’indiscriminata esigenza costituzionale di omologazione delle diverse discipline, posto che le due categorie restano comunque distinte*”.

Sennonché, come autorevolmente osservato, mentre in passato, “*pur con la loro finalità illiberale di strumenti di neutralizzazione e di controllo della marginalità sociale ovvero del dissenso politico, le misure di prevenzione avevano il reato, la manifestazione criminosa o antisociale (più o meno generica), quale punto di riferimento futuro, oggi quasi tutte le misure di prevenzione hanno il reato come punto di riferimento passato: lo presuppongono, cioè, assumendo nella sostanza la finalità intrinsecamente incostituzionale di colpirlo altrimenti nell'impossibilità di provarne l'esistenza nell'ordinario processo di cognizione*”⁸.

Del resto, è stato acutamente evidenziato che nella prassi applicativa “*il processo preventivo si sovrappone a quello penale o lo segue e nello stesso i procedimenti penali costituiscono gli elementi di fatto sui quali si fonda la prognosi di pericolosità anche se i due processi rimangono distinti*”⁹.

Su queste basi, è stato correttamente affermato¹⁰ che le misure di prevenzione nella loro puntuale configurazione e nella loro concreta applicazione costituiscono “*uno strumento di reazione ad un reato già commesso (e quindi delle “pene”) che per una artificiosa <<frode delle etichette>> vengono sottratte allo statuto costituzionale e convenzionale delle pene*”, dovendosi comprendere “*se esse rispettino comunque i principi costituzionali e convenzionali che debbono essere applicati a una limitazione delle libertà personale, che è comunque connaturata alle attuali misure di prevenzione personale o ad una ablazione patrimoniale (per le misure di prevenzione patrimoniali)*”.

Sotto questo profilo si deve riconoscere la sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019, ponendosi nel solco della sentenza n.177/1980, i cui principi sono stati tuttavia nella sostanza abbandonati, ha tracciato uno statuto costituzionale e convenzionale delle misure di prevenzione.

per diversità di struttura, settore di competenza, campo e modalità di applicazione” (Corte Cost., sentenza n. 291 del 2013).

⁸ PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia* 2018, anticipato su *disCrimen* dal 12 settembre 2018.

⁹ PELISSERO, *La “fattispecie di pericolosità”: i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive. I destinatari della prevenzione praeter delictum; la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 442-443.

¹⁰ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit. Non a caso, con un'ampia ed accurata riflessione, autorevole dottrina è parsa favorevole alla trasformazione delle misure di prevenzione in misure *post delictum*, cfr. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 209 ss.

La disciplina delle misure di prevenzione (sia personali che patrimoniali) è ora inserita nel c.d. codice antimafia, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e successive modificazioni, che nel delinea quali presupposti la sussunzione sotto una figura di pericolosità, generica o specifica, ed il pericolo per la sicurezza pubblica.

2. Destinatari e giudizio di pericolosità

Le diverse categorie di destinatari della prevenzione *praeter delictum*, di carattere personale e patrimoniale, sono costantemente al centro del discorso giuridico pubblico¹¹.

La continua e progressiva estensione delle classi di soggetti proposti pare trovare una spiegazione nelle esigenze di politica criminale collegate al ruolo ormai assunto, nel sistema preventivo, dalla confisca e dalle sue molteplici possibilità applicative in relazione all'individuazione di nuove categorie di potenziali prevenuti socialmente indesiderati¹².

L'estensione delle classi di destinatari si riflette, inevitabilmente, sulla necessità di verificare l'indispensabile collegamento dinamico tra pericolosità per la sicurezza pubblica e tipologie di soggetti *ex d.lgs. n. 159/2011*¹³, in relazione a generici e specifici "tipi" di autore ed a "rischi" di future attività criminali¹⁴.

La precisa e puntuale individuazione dei singoli destinatari della misura personale rappresenta, dal punto di vista statico, il necessario presupposto per il successivo accertamento dinamico della pericolosità, all'interno di un vero e proprio "giudizio

¹¹ In tema, MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, in www.discrimen.it; ID., *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi – Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da PALAZZO - PALIERO, cit., 302 ss.; SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, in www.archiviopenale.it.

¹² Secondo MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1018, sarebbe proprio «la scoperta delle potenzialità della confisca ... ad aver dettato la metamorfosi di una disciplina originariamente volta a fronteggiare fenomeni di devianza e marginalità sociale nel contesto della legislazione di pubblica sicurezza ... e successivamente reindirizzata al contrasto di fenomeni criminali caratterizzati da una rilevante dimensione economica».

¹³ "L'ampliamento della base soggettiva dei destinatari e dei presupposti del relativo giudizio di pericolosità" viene individuato come il paradigma centrale per una più efficace e capillare strategia di contrasto della pericolosità sociale: cfr. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, cit., 302.

¹⁴ Accertamento, questo, imposto dagli artt. 2 e 6 del d.lgs. n. 159/2011 che, esplicitamente, richiedono un giudizio sulla pericolosità per la sicurezza pubblica sia rispetto alle "persone" indicate nell'art. 1, sia in rapporto a quelle individuate nell'art. 4.

bifasico”¹⁵: ad una preliminare fase destinata a collocare il proposto nell’ambito delle categorie di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159/2011, secondo le scansioni di una tipicità latamente penale¹⁶, ne segue un’altra che ha per oggetto la verifica giudiziale dell’“attualità” del pericolo per la sicurezza pubblica, attraverso la valutazione di probabili condotte future, offensive di beni meritevoli di tutela¹⁷, da condurre in chiave diagnostico-cognitiva, attraverso una valutazione prognostica basata sull’“apprezzamento 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”.

Il giudizio deve essere bifasico¹⁸ e i due momenti devono rimanere distinti, perché distinte sono le funzioni di garanzia che assolvono, in quanto in assenza di una valutazione dinamica, l’applicazione dello strumento preventivo potrebbe dipendere unicamente da una verifica condotta sull’appartenenza o meno ad una delle categorie previste dagli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159/2011, giustificandosene l’irrogazione esclusivamente per la mera corrispondenza del soggetto con un “tipo d’autore”.

Le difficoltà del “giudizio bifasico” sono poi ampliate dalle incertezze che accompagnano la stessa individuazione del concetto di sicurezza pubblica, posta in pericolo dal destinatario della misura di prevenzione, all’interno di una valutazione in cui è ricorrente la tendenza ad equiparare, sovrapponendole, le differenti nozioni di pericolosità sociale e di pericolosità per la sicurezza pubblica¹⁹.

¹⁵ Così MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 103.

¹⁶ Accertamento, quest’ultimo, richiesto proprio per evitare i rischi collegati all’applicazione di misure *praeter delictum* sulla base della sola astratta riconducibilità del destinatario della prevenzione ad una delle categorie della pericolosità. In questi termini Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018, Carnovale, in *Mass. Uff.* n. 272496.

¹⁷ Di recente Cass., Sez. I, 15 giugno 2017, Bosco, in *Mass. Uff.* n. 271996.

¹⁸ Le Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., n. 111/2018, Gattuso) hanno escluso che possa ritenersi sufficiente la mera collocazione del soggetto destinatario della misura nella corrispondente categoria di ‘pericolosità mafiosa’, richiedendo, quale *quid pluris*, che il giudice motivi sulla base di argomenti specifici e positivi, tali da dimostrarne la sussistenza della pericolosità sociale nel momento dell’applicazione.

¹⁹ La giurisprudenza della Corte costituzionale, pur differenziando per struttura, per competenza e per modalità di applicazione la misura di sicurezza dalla misura di prevenzione, ha voluto assimilare la nozione di pericolosità richiesta, individuando un comune” ed una “comune finalità” tra le due misure “nell’esigenza di prevenzione di fronte alla pericolosità sociale del soggetto” (Corte cost., n. 68 del 1964, in *Giur. it.*, 1964, I, 1279). Negli stessi termini v. Corte cost., n. 177 del 1980, in *Giur. cost.*, 1980, 1546 che fa riferimento a due *species* dello stesso *genus* (v. pure sul punto Corte cost., n. 419 del 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 509 e Corte cost., n. 291 del 2013, in *Cass. pen.*, 2014, 854). Da ultimo, Cor-

La sicurezza pubblica, esplicitamente richiamata dagli artt. 2 e 6 del d.lgs. n. 159/2011, è invero il “valore” tipico da salvaguardare nel sistema della prevenzione personale.

Deve dunque trovare la propria caratterizzazione distintiva rispetto alla sicurezza sociale negli specifici connotati offensivi dei delitti previsti all’interno delle classi dei destinatari delle misure.

L’“allarme sociale” derivante dalle condotte dei potenziali ed eventuali autori di reati potrebbe, così, rappresentare l’autonomo oggetto della nozione di sicurezza pubblica²⁰, messa in pericolo solamente da quei comportamenti in grado di aggredire “certe leggi fondamentali, che attengono alla vita dello Stato, alla vita e all’incolumità dei cittadini, alla salvaguardia dei beni pubblici e privati”²¹.

Un’aggressione che non riguarderebbe ogni tipo di reato, come per la tutela della sicurezza sociale, ma relativa esclusivamente a “quei reati che incidono sulle basi fondamentali della vita associata”²² già dal punto di vista generale e astratto.

La strada su cui tracciare la differenza contenutistica tra sicurezza sociale e sicurezza pubblica rischia tuttavia uno svilimento laddove le categorie soggettive di pericolosità si caratterizzano per la “rilevanza penale” della condotta²³.

L’equiparazione delle due nozioni diventa evidente in relazione ai contenuti offensivi delle condotte tenute in vicende giudiziarie relative all’accertamento di “fatti di mafia”²⁴, nelle quali appare “molto difficile comprendere come un soggetto possa essere indiziato di appartenere a una associazione mafiosa, ma non essere necessariamente pericoloso per la sicurezza pubblica”²⁵.

te Cost. n. 24/2019. Anche la giurisprudenza della Cassazione fa riferimento ad una pericolosità in senso lato, ad una generica pericolosità, senza altra aggettivazione, omettendo persino la qualificazione di “sociale”, ritenendola implicita. V. *ex plurimis* in questo senso Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2010, Cannone, in *Mass. Uff.* n. 246682.

²⁰ Così MARTINI, *op. cit.*, 211, per il quale «la logica della prevenzione spinge avanti lo sguardo, sino a prefigurare sacrifici, minori, ma non trascurabili, anche a fronte di stati soggettivi, modalità comportamentali, meramente sintomatici della potenzialità offensiva individuale».

²¹ In questi termini NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 639.

²² Ancora NUVOLONE, *op. cit.*, 640.

²³ Secondo PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 276, “non si avrà distinzione – se non meramente terminologica – tra il giudizio di pericolosità sociale cui fa riferimento il codice penale e il giudizio di pericolosità per la sicurezza pubblica di cui parla il c.d. codice antimafia”.

²⁴ V. sul punto BALSAMO, voce *Codice antimafia*, in *Dig. Pen.*, Agg. VIII, Torino, 2014, 70, che al riguardo parla di un «sistema integrato di contrasto delle nuove forme di manifestazione del rapporto tra mafia ed economia».

²⁵ Così PADOVANI, *op. cit.*, 275.

Difficoltà a cui va tuttavia incontro il “giudizio bifasico” nei casi di assenza di predeterminati parametri di tipicità indiziaria penale sui quali modellare in chiave generale ed astratta, prima, ed in chiave probatoria, poi, il giudizio prognostico del giudice²⁶ e dall’indispensabile ricorso ad un accertamento “in concreto” della pericolosità, imposto dal carattere indiziario della fattispecie preventiva²⁷.

3. Pericolosità “generica” e pericolosità “qualificata”

All’interno del ricco ed eterogeneo elenco di potenziali autori di reato previsto negli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159/2011 si alternano modelli in cui la fattispecie di pericolosità è costruita in termini sintomatici-soggettivi (art. 1) ad altri nei quali è, invece, caratterizzata dalla presenza di un elemento normativo coincidente con la fattispecie indiziaria di uno specifico delitto (art. 4)²⁸.

Nelle prime ipotesi, come risultanti dalla recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019²⁹, il destinatario della misura è individuato, utilizzando un ti-

²⁶ Criticità, queste, relative sia alle misure di sicurezza, sia alle misure di prevenzione. V. sul punto, soprattutto, NUVOLONE, *op. cit.*, 643, secondo il quale “ciò che lascia veramente perplessi è la carenza di qualsiasi indice sicuro per l’accertamento della pericolosità”.

²⁷ Timori dell’eccessiva discrezionalità giudiziale confermati da Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, *cit.*, che, soprattutto in relazione all’accertamento della pericolosità “qualificata”, segnala una verifica “più complessa e problematica” di quella richiesta per le ipotesi di pericolosità “generica”.

²⁸ Sul tema, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, *cit.*, 209 ss. «La espansione soggettiva ed oggettiva del loro campo di applicazione le fa sempre più assomigliare ad una specie di anti-sistema che potrebbe, con sempre maggiore frequenza, affiancarsi al sistema ordinario, addirittura sino a sostituirlo» (D’ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Misure di prevenzione*, a cura di FURFARO, Torino, 2013, 55).

²⁹ Corte Cost. n. 24/2019, che ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 1, lett. a), del d.lgs. 159/2011, che ha assorbito l’art. 1, n. 1, l. n. 1423/56. In particolare, la sentenza osserva come l’espressione “traffici delittuosi” che compare nella previsione della lett. a) dell’art. 1 sia restata nel guado di due divergenti ricostruzioni da parte della giurisprudenza di legittimità. Ad un primo indirizzo (Cass. pen., n. 11846/2018), che ne ha promosso una lettura testualista, ricomprendendovi “qualsiasi attività delittuosa che comporta illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti”, si sia affiancato un orientamento (Cass. pen., n. 53003/2017) che spazzava via qualsiasi relazione con fatti e comportamenti costituenti reato, sul rilievo che “nel senso comune della lingua italiana (...) trafficare significa in primo luogo commerciare, poi anche darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile, e infine, in ambito marinairesco, maneggiare, ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento”. Ad avviso della Corte, questa tipologia di latitudine applicativa dai confini irrisolti trasfigura la formula normativa, riducendola a contenitore privo dei connotati identificativi propri di una *fattispecie* (nel senso di *species-facti* e tipo concettuale chiuso, dai significati predeterminabili), essendo a quest’ultima correlati compiti sia di

po descrittivo ad impronta empirico-probatoria³⁰, attraverso un (ormai dichiarato illegittimo) generico richiamo a “traffici delittuosi”, ovvero ad “attività delittuose” ed alla “commissione di reati”, accompagnato dalla necessaria verifica sugli “elementi di fatto” dai quali far derivare la pericolosità per la sicurezza pubblica.

Negli altri casi si ricorre, invece, per l’individuazione del proposto, ad un modello esplicitamente indiziario, sia pure latamente tipico³¹ nel contesto fumoso delle misure di prevenzione, di alcune specifiche e tassative fattispecie delittuose. In tali ipotesi, vi è infatti una piena corrispondenza tra le fattispecie preventive descritte all’art. 4 e alcune fattispecie criminose, dalle quali le prime si distinguono sulla base dell’accertamento normativamente richiesto, segnatamente una base probatoria ridotta consistente nell’indizio, peraltro carente di gravità, precisione e concordanza o anche di più di una di queste qualità³².

Gli “elementi di fatto” e gli “indizi di reità” dovrebbero consentire di allontanare, in questo modo, una valutazione meramente prognostica della pericolosità, permettendo un accertamento condotto, soprattutto, attraverso una verifica della pericolosità per la sicurezza pubblica parametrata non solo sulle caratteristiche personali del destinatario, ma necessariamente ancorata all’indispensabile collegamento tra il comportamento tenuto ed un elemento normativo costituito, in un caso, da una “generica” fattispecie criminosa e, nell’altro, da una “qualificata” ipotesi delittuosa.

Le fattispecie di “pericolosità generica”, previste nell’art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 e, in particolare quelle disciplinate nelle lett. a) e b), sono state prima “investite” dalle “onde telluriche innescate dalla sentenza De Tommaso”³³ della Corte EDU del 23 febbraio 2017, che ne ha dichiarato l’incompatibilità con la libertà di

delimitazione dello *spatium deliberandi* del giudice, sia – e ancora prima – di orientamento dell’agire individuale dei singoli; funzione quest’ultima costitutiva di ogni sistema coercitivo ispirato a *logiche di scopo a sfondo personalistico*. Conseguentemente, i giudici costituzionali sanciscono che una categoria così congegnata di destinatari di misure preventive, tanto personali quanto ablativo/patrimoniali, manca dei requisiti di precisione/determinatezza che discendono, rispettivamente, dagli artt. 13 Cost. e 2 Prot. n. 4 CEDU (quest’ultimo quale parametro interposto dell’art. 117, primo comma Cost.) e dagli artt. 41/42 Cost. e 1 Prot. addiz. CEDU (anch’esso nella funzione di interposizione autorizzata dall’art. 117 Cost.).

³⁰ MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, 1524.

³¹ MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1524.

³² CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra costituzione e convenzione*, cit.

³³ In questi termini VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, n. 9, 2017, 146.

circolazione riconosciuta dall'art. 2 Prot. 4 CEDU³⁴. E, subito dopo, dai “treni di onde” determinati dall'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale emessa il 14 marzo 2017 dalla Corte di Appello di Napoli³⁵, con cui si è messa in dubbio la legittimità delle misure di prevenzione fondate sulle fattispecie di pericolosità previste dall'art. 1, lett. a) e b). Ed ancora, dalle “onde di superficie” derivate dalla successiva sentenza delle sezioni unite della Cassazione del 27 aprile 2017³⁶, che ha dichiarato inapplicabile il delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno di cui all'art. 75 comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 rispetto alle ipotesi delle violazioni delle generiche prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, già censurate nella sentenza De Tommaso, in quanto del tutto indeterminate.

Ed infine, la Consulta: 1) con la sentenza n. 24 del 27 febbraio 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 l. 1423/1956, Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità – nella versione vigente sino all'entrata in vigore del codice antimafia – nella parte in cui consente

³⁴ Su tale pronuncia SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per “fatti di mafia”*, cit. Su tale pronuncia, v. FATTORE, *Le misure di prevenzione e il sistema penale: in weiter Ferne so nah*, in www.penalecontemporaneo.it; LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in www.archiviopenale.it; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1039; MAUGERI, *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*, in www.penalecontemporaneo.it; VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, n. 3, 2017, 370. Da ultimo, le interessanti considerazioni di PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, cit.

³⁵ Sul punto v. MAIELLO, *op. ult. cit.*, 1045.

³⁶ SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per “fatti di mafia”*, cit.; MAIELLO, *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 777 ss. “Onde di superficie” che non si sono ancora assestate perché sulla decisione delle S.U., con ordinanza della sez. II della Cassazione dell'11 ottobre 2017, Sorresso, n. 49194, è stato sollecitato l'intervento della Corte costituzionale perché dichiarare l'illegittimità della disposizione in questione nella parte in cui sanziona penalmente la violazione dei generici obblighi di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, considerati incompatibili con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU e all'art. 2 Prot. 4 CEDU. “Onde di superficie” che continuano ad erodere l'ambito applicativo dell'art. 75 del d.lgs. n. 159/2011, con la sentenza della sez. I della Cassazione del 9 aprile 2018, Pellegrini, n. 31322, sulla quale v. AMARELLI, *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*, in www.penalecontemporaneo.it. Sugli effetti che possono scaturire dalla due pronunce della Corte EDU e delle Sezioni unite si veda BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, 2018, 452 ss.; MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2018.

l'applicazione della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche a coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi. Altresì è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 l. 152/1975 (testo *ante* d.lgs. 159/2011) e degli articoli 4, comma 1, lett. c), e 16 d.lgs. 159/2011 nella parte in cui stabiliscono che ai medesimi soggetti vengano applicati, rispettivamente, il sequestro e la confisca di cui all'art. 2-ter l. 575/1965, le misure di prevenzione di cui al capo II cod. antimafia e il sequestro e la confisca di cui agli artt. 20 e 24 d.lgs. 159/2011; 2) con la sentenza n. 25 del 27 febbraio 2019, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, dell'art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136), in relazione all'art. 117 della Costituzione, rispetto all'art. 7 CEDU e all'art. 2 del relativo Protocollo n. 4 (ritenuta assorbita la violazione, pure prospettata dal ricorrente, dell'art. 25 cpv. Cost.) nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" nonché, in via consequenziale, dell'art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

Analoga attività "sismica" non ha interessato, invece, le fattispecie di "pericolosità qualificata", previste nell'art. 4 del d.lgs. n. 159/2011. L'innegabile svolta impressa dalla giurisprudenza sia convenzionale, sia interna, relativa all'avvertita esigenza di condurre le ipotesi di pericolosità generica su un terreno contrassegnato da requisiti e parametri meno vaghi ed indeterminati degli attuali non ha inciso, almeno direttamente, sulle categorie dei destinatari "qualificati" della prevenzione personale. Le "censure" giurisprudenziali hanno riguardato, esclusivamente, i soggetti previsti dall'art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 e le misure ad essi collegate, non incidendo sui destinatari individuati dall'art. 4 del d.lgs. n. 159/2011. L'intero sistema della "pericolosità qualificata" è sembrato, così, "impermeabile" al nuovo corso tracciato dai giudici di Strasburgo, consentendo, in questo modo, di ribadire implicitamente la persistente differenza fra le due forme di pericolosità³⁷.

³⁷ VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 147.

3.1 - *Il problema del concorso esterno*

Tra le ipotesi problematiche di pericolosità specifica va brevemente affrontato il problema dell'applicazione delle misure di prevenzione al concorrente esterno nel delitto ex art. 416 bis c.p. Sul tema le Sezioni Unite³⁸ hanno aderito al prevalente orientamento giurisprudenziale volto a far rientrare nell'ampio concetto di «appartenenza» tutte quelle condotte materiali che spaziano dalla vera e propria partecipazione associativa al c.d. concorso esterno.

Dalla nozione di “appartenenza”, al contrario, restano escluse quelle condotte che non si traducano, sul piano materiale, in un apporto individuabile alla vita della compagine», restando ai margini della mera “collateralità” o “area di contiguità o vicinanza al gruppo, che non sia riconducibile in un'azione, ancorché isolata, che si caratterizzi per essere funzionale agli scopi associativi”.

La rilevanza penalistica dell'attività realizzata da chi è indiziato di “appartenere” al sodalizio criminale viene, così, ricondotta nell'ambito di una duplice e, in alcune circostanze, indifferenziata dinamica; attraverso un percorso nel quale il contributo fornito all'associazione potrebbe essere decisivo sia per qualificare il ruolo rivestito da chi “fa parte”, sia per decifrare la condotta di chi, invece, “concorre”.

Una configurazione così elastica del concetto di appartenenza rischia tuttavia di comportare, dal punto di vista sostanziale, l'assimilazione della fattispecie preventiva con quella repressiva; omologazione, però, indispensabile per consentire alla fattispecie preventiva un decisivo arricchimento in termini di recupero di plausibili *standards* di tassatività e determinatezza nella descrizione dei livelli minimi di pericolosità³⁹.

Le due ipotesi, preventiva e repressiva, potrebbero occupare, così, lo stesso spazio, riguardando il medesimo fatto storico, ma l'individuazione dell'una o dell'altra dipenderebbe dal tipo di accertamento giudiziale condotto. Una coincidenza relativa, in questo modo, esclusivamente, alla configurazione fattuale della condotta, non au-

³⁸ Cass., S.U., 30/11/2017, n. 111. Sia consentito sul tema il rinvio a DELLA RAGIONE, “*Appartenenza mafiosa*” e “*attualità della pericolosità sociale*” nell'applicazione delle misure di prevenzione per fatti di mafia, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 83 ss.

³⁹ In questi termini MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 77. Sotto questo profilo il “recupero di frammenti di tassatività” per la fattispecie preventiva sarebbe, però, avvenuto introducendo l'art. 416-bis c.p., utilizzando, così, un reato a “fisionomia ambientale”. Assimilazione tra fattispecie preventiva e fattispecie repressiva che rappresenterebbe “un primo passo per smussare l'appariscente orientazione sintomatico-soggettiva della fattispecie di pericolosità, recuperando – anche se sul languido piano degli indizi generici – un rapporto di corrispondenza con una fattispecie criminosa” (MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, cit., 304).

automaticamente estendibile alle effettive dinamiche che caratterizzano, sotto il profilo probatorio, la partecipazione all'associazione mafiosa⁴⁰.

Lo stesso fatto storico, il medesimo comportamento posto in essere, l'identica condotta realizzata assumerebbero, in queste ipotesi, una dimensione differente, sotto il profilo sanzionatorio, a seconda del tipo di indagine, delle strategie investigative adottate e dei risultati in termini di prova ottenuti. Si potrebbe, insomma, decidere se collocare all'interno dell'ambito della repressione penale o della prevenzione *praeter delictum* un determinato fatto facendo riferimento esclusivamente alla qualità e alla consistenza del materiale probatorio raccolto dagli inquirenti, processualizzando così istituti di diritto penale sostanziale⁴¹.

Conferendo, in questo modo, al titolare dell'azione penale la possibilità di scegliere tra due percorsi non necessariamente alternativi e caratterizzati, invece, da “una relazione di continuità, di mutuo e reciproco scambio”⁴².

In presenza di una verifica processuale che, inevitabilmente, renderebbe incerti i confini tra repressione e prevenzione, fino al punto da far svanire la linea di demarcazione tra i due differenti ambiti.

Questa “scelta” dipenderebbe dalla qualificazione giuridica che si vuole assegnare al comportamento individuale, “fisso ed immutabile nel suo accadimento materiale”, in alcun modo selezionato in termini differenti dal legislatore, cristallizzato nella sua realtà storica, in attesa di ricevere la dignità formale-nominalistica di reato o di fattispecie soggettiva di prevenzione a seconda della propensione indiziaria o della bontà del materiale probatorio disponibile⁴³.

La questione della sovrapposizione dei concetti di “appartenenza” e di “partecipazione” non è meramente teorica, soprattutto se si prendono in considerazione quei soggetti che, pur non essendo inseriti negli organigrammi dell'organizzazione criminale, forniscono un contributo volto al rafforzamento della stessa e al raggiungimen-

⁴⁰ Secondo PELISSERO, *op. cit.*, 448, “i destinatari finiscono per essere fisicamente gli stessi, ma come Giani bifronti interessano la giustizia penale ora come soggetti pericolosi ora come autori di fatti, in una sorta di contrapposizione e compenetrazione funzionale tra diritto penale d'autore e diritto penale del fatto”.

⁴¹ Su tale complessa tematica, le lucide considerazioni di MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminata legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2019, 219 ss.

⁴² ORLANDI, *La “fattispecie di pericolosità”. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 473, secondo cui “le informazioni del procedimento penale filtrano con facilità in quello di prevenzione, anche quando l'imputato fosse assolto.

⁴³ SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per “fatti di mafia”*, cit.

to dei suoi scopi o, comunque, vi “orbitano” intorno, volontariamente, per ottenere vantaggi, o costretti, in quanto vittime.

Il problema non si pone tuttavia nel caso in cui tali soggetti traducano il loro contributo in un delitto; in questo caso infatti, a prescindere dall’interpretazione data al concetto di appartenenza, essi possono soggiacere ad una misura di prevenzione ai sensi della successiva lettera b), che menziona gli indiziati di “delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-*bis* ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni previste dallo stesso articolo”.

Più spinosa è invece la sorte di quei concorrenti esterni il cui contributo non integra una fattispecie delittuosa ovvero di quei soggetti che, pur subendo passivamente le pretese della consorterìa, pongono in essere condotte comunque funzionali alla stessa.

Questi ultimi, a ben vedere, dovrebbero essere esclusi dalla fattispecie di pericolosità in esame qualora si adotti quell’impostazione secondo cui per “appartenente” deve intendersi un soggetto che ricopre uno dei ruoli indicati dall’art. 416-*bis* c.p., ossia di promozione, direzione, organizzazione o quantomeno partecipazione al sodalizio.

Il ricondurre il concetto di appartenente a quello di partecipe, anche se realizza un’apprezzabile delimitazione dell’ambito applicativo delle misure in esame e garantisce una certa coerenza all’interno dell’ordinamento, ripropone tuttavia la spinosa questione concernente l’esatta individuazione di tale ruolo, inficiato da una seria “carezza di descrittività”⁴⁴.

Alla luce delle condotte di cui all’art. 416-*bis* c.p. potrebbe quindi ipotizzarsi l’estromissione dai destinatari della prevenzione dell’*extraneus*, ossia di colui a cui non è stato attribuito un ruolo nel sodalizio e che non è “stabilmente inserito

⁴⁴ INSOLERA, *Delitti contro l’ordine pubblico*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, Bologna, 2016, 320 ss. Sul punto non può poi non richiamarsi la celebre sentenza della Cassazione a Sezioni Unite ‘Mannino’ (Cass., Sez. Un., 20 settembre 2005, in *Foro it.*, 2006, II, 82 ss., con nota di FIANDACA-VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*. In argomento, nell’ambito di una letteratura ricchissima, MAIELLO, *Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno*, ora in ID., *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale*, Torino, 2014, 101 ss.; PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’Ordine pubblico*, a cura di PELISSERO, Torino, 2010, 279 ss.; VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003. Da ultimo, l’ampia indagine di AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, Roma, 2016), secondo cui “*In tema di associazione di tipo mafioso, la condotta di partecipazione è riferibile a colui che si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno “status” di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicitazione del quale l’interessato “prende parte” al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell’ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi*”.

nell'organizzazione criminale, essendo privo dell'*affectio societatis* in quanto limitatosi a fornire un contributo causalmente efficiente – oltre che consapevole e volontario – alla conservazione o al rafforzamento delle capacità operative del sodalizio.

Del resto, non si è mancato di evidenziare in dottrina che l'impostazione volta ad includere il concorso esterno nella nozione di "appartenenza" non considera debitamente il fatto che il concorso esterno è *"venuto formandosi in discontinuità con una rigorosa applicazione della disciplina in materia di concorso criminoso; sulla base, cioè, di puntualizzazioni giurisprudenziali i cui esiti hanno determinato – con valutazione improntata a realismo critico – la fondazione di una fattispecie di matrice autenticamente giurisprudenziale, per nulla corrispondente ad una manifestazione puramente concorsuale del delitto-base di partecipazione associativa"*⁴⁵.

Il risultato è quello di svilire l'irriducibilità dei due ruoli, irriducibilità scandita invece dalla succitata sentenza Mannino e consacrata dalle più recenti pronunce della Corte Costituzionale e della Corte EDU⁴⁶.

Va anche ricordato che vi sono state decisioni più recenti che hanno rafforzato la tesi di chi sostiene⁴⁷ che la nozione di indiziato di partecipazione debba essere ricostruita ricalcando quella di appartenente a una associazione di tipo mafioso, dalla quale si differenzia *"esclusivamente in ragione dei distinti livelli probatori richiesti per la relativa integrazione"*⁴⁸.

⁴⁵ MAIELLO, *op. ult. cit.*, 1525 ss.

⁴⁶ Così MAIELLO, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2019, 219 ss., 1525 ss., che richiama le sentenze Corte cost., 26 marzo 2015, n. 48 e Corte EDU, 14 aprile 2015, n. 66655. Più specificamente, la Consulta ha confermato che *"la differenza tra il partecipante "intraeus" all'associazione mafiosa e il concorrente esterno risiede, pertanto, nel fatto che il secondo, sotto il profilo oggettivo, non è inserito nella struttura criminale, pur offrendo un apporto causalmente rilevante alla sua conservazione o al suo rafforzamento, e, sotto il profilo soggettivo, è privo dell'«affectio societatis», laddove invece l'"intraeus" è animato dalla coscienza e volontà di contribuire attivamente alla realizzazione dell'accordo e del programma criminoso in modo stabile e permanente ..."* (Corte Cost. n. 48/2015). La stessa differenziazione tra *intraeus* ed *extraeus* è stata recepita dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU, IV, 14/4/2015, Contrada v. Italia, sulla quale DONINI, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 359 ss; FIANDACA, *Brevi note sulla portata della sentenza della Corte Edu (caso Contrada) in tema di concorso esterno*, in *Foro it.*, II, 742; PALAZZO, *Il caso Contrada e i cortocircuiti della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1061 ss.), che, nel caso "Contrada" qualifica la fattispecie del concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso quale *autonomo "reato di origine giurisprudenziale"*, riconosciuto in maniera esplicita dalla giurisprudenza italiana nel 1994, nel caso Demitry, con la sentenza della Cassazione a Sezioni Unite.

⁴⁷ MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, cit., 328.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. I, 7 aprile 2010, n. 246943

Alla luce anche di quanto appena riportato, si è dunque concluso che l'assorbire il concorso esterno nella nozione di appartenenza ad associazione di tipo mafioso comporta "un aggiramento della funzione di garanzia della fattispecie di prevenzione, in quanto implica l'applicazione della misura di prevenzione oltre i casi previsti dalla legge"⁴⁹.

Si consideri infine che, quando il legislatore ha voluto estendere le misure di prevenzione ai casi di concorso, lo ha fatto espressamente, come dimostra quanto previsto dalla lettera h) dell'art. 4 d.lgs. 159/2011.

3.2 - L'ampliamento dei destinatari della prevenzione penale: gli indiziati di appartenere ad una associazione finalizzata alla commissione di fatti di corruzione

Le recenti scelte del legislatore italiano, trasfuse nella l. n. 161/2017, ignorando il "monito" proveniente dai *dicta* europei e nazionali⁵⁰, non hanno determinato "un radicale intervento di razionalizzazione mediante lo sfoltimento dei soggetti destinatari e la precisazione dei presupposti"⁵¹.

Le ultime novità legislative confermano infatti una tendenza inarrestabile verso una vera e propria "mutazione genetica" del c.d. codice antimafia⁵².

L'art. 4 del d.lgs. n. 159/2011 è, così, diventato l'"omnicomprensivo" contenitore di variegati modelli di pericolosità indiziaria.

Ed invero, nel corso degli anni i destinatari della prevenzione personale sono sensibilmente saliti di numero, arricchendo il catalogo originariamente predisposto per la pericolosità "qualificata": non solo il "rinvio" ai soggetti collocati nell'art. 1 del d.lgs. n. 159/2011, ma anche nuove ipotesi indiziarie, collegate a specifici delitti, seguite da un'eterogenea catalogazione di soggetti pericolosi individuati attraverso la realizzazione di "atti preparatori, obiettivamente rilevanti ovvero esecutivi" di alcuni reati, l'esistenza di sentenze di condanna per uno dei delitti previsti dalla normativa in materia di armi, la presenza della condizione soggettiva della proclività a delinquere, l'assunzione del ruolo di istigatore, mandante e finanziatore di alcuni deter-

⁴⁹ MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1525 ss.

⁵⁰ Sul punto v. LASALVIA, *La riforma del Codice Antimafia: prime osservazioni critiche*, cit., secondo il quale "la riforma del codice antimafia imprime un duro arresto a quel processo di miglioramento, trascura tutto il recente dibattito accademico e giurisprudenziale, ignora *in toto* le forti censure che pochi mesi fa ha rilevato la Corte di Strasburgo".

⁵¹ In questi termini VISCONTI, *op. cit.*, 146.

⁵² MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, in *www.discrimen.it*.

minati reati⁵³. In un contesto nel quale, utilizzando la tecnica del rinvio prevista dall'art. 16 del d.lgs. n. 159/2011, l'ampliamento del novero dei possibili destinatari della prevenzione personale è stato esteso, automaticamente, anche ai possibili propositi per la misura patrimoniale⁵⁴.

Questo tipo di classificazione, contenuta nell'art. 4 del d.lgs. n. 159/2011, pur abbinando, tra i destinatari della prevenzione personale, ipotesi che si differenziano tra loro sia sul piano della gravità, sia su quello dell'allarme sociale, sia dal punto di vista dei modelli comportamentali astratti, sia dei presupposti applicativi, e assimilando, così, all'interno di una disciplina indifferenziata, fattispecie non comparabili, rappresenta il risultato di precise scelte di politica criminale, orientate a realizzare meccanismi integrati di difesa sociale attraverso la correlazione tra il sistema preventivo e quello repressivo, utilizzando l'esplicito richiamo a fattispecie penali per delimitare l'ambito applicativo delle misure di prevenzione, caratterizzate dal un elevatissimo livello di afflittività.

Il legislatore, in questo modo, servendosi della tecnica normativa già sperimentata per i "fatti di mafia", ha inserito, ad esempio con la l. n. 161/2017, alcune nuove fattispecie indiziarie non assimilabili a quelle per "fatti di mafia".

Alle categorie di soggetti pericolosi perché indiziati di uno specifico delitto, già esistenti all'interno dell'art. 4 del d.lgs. n. 59/2011, ne sono state aggiunte delle altre: sono state "create" le ipotesi delle lett. *i-bis*) e *i-ter*). Con un'operazione di ampliamento e ridefinizione legislativa dei destinatari delle misure che non ha agevolato, purtroppo, la necessaria opera di aggiornamento in chiave di stretta legalità *sub specie*, tassatività e di determinatezza, sollecitata dalla sentenza De Tommaso per la "pericolosità generica", del sistema normativo della prevenzione nel suo complesso. Ri-

⁵³ Per una ricostruzione dell'evoluzione delle misure contenute nell'art. 4 del d.lgs. n. 159/2011 MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, cit., 29 e ss. Sul punto v. pure MARTINI, *op. cit.*, 110 e ss. Le modifiche contenute nella l. n. 161/2017, relative all'art. 4 del d.lgs. n. 159/2011, non si sono limitate all'introduzione di nuove categorie di destinatari, intervenendo sulla lett. b) e d) e prevedendo le classificazioni delle lett. *i-bis*) e *i-ter*). Le innovazioni hanno riguardato anche l'inserimento, nelle lett. d) e f), accanto agli "atti esecutivi, obiettivamente rilevanti" dell'inciso relativo agli atti "ovvero esecutivi".

⁵⁴ MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, cit. Secondo MAZZACUVA, *op. cit.*, 1031, proprio perché la proliferazione delle categorie della pericolosità qualificata "risulta oggi dettata soprattutto dall'obiettivo di estendere l'area di operatività della confisca di prevenzione ... si potrebbe anche auspicare un definitivo perfezionamento del processo di dissociazione delle misure patrimoniali da quelle personali, in particolare attraverso una distinzione delle classi di soggetti destinatari". Ampiamente, cfr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 194 ss.

schiano di acuire la carenza di legittimazione penalistica che da sempre accompagna la vita delle misure preventive⁵⁵.

La scelta legislativa contenuta all'interno della lett. i-*bis*), con l'individuazione tra i destinatari della prevenzione personale (e patrimoniale) dei soggetti indiziati di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di taluni delitti contro la pubblica amministrazione⁵⁶, è frutto di un'impostazione che tende ad equiparare senza mezzi termini, a livello di pericolosità, il fenomeno mafioso e quello corruttivo⁵⁷, con pericolose derive dal punto di vista dell'anticipazione esasperata dell'intervento preventivo, dei rapporti tra pericolosità generica specifica, oltre che dall'ottica della neutralizzazione di settori sani dell'economia solo lambiti da strumentali imputazioni di fattispecie associative.

Ma le due distinte forme associative non sono sovrapponibili, essendo noto che la genesi storico-legislativa dell'art. 416-*bis* c.p. è incompatibile con l'associazione per delinquere semplice⁵⁸.

Il reato di associazione di tipo mafioso, con specifiche caratteristiche e peculiari tipologie comportamentali, è stato infatti introdotto nel codice penale per sopperire all'inadeguatezza fattispecie associativa pura nelle vicende giudiziarie relative a "fatti di mafia", anche attraverso la valorizzazione dell'elaborazione giurisprudenziale maturata sul terreno delle misure di prevenzione personali⁵⁹. Sotto tale aspetto, l'art. 416-*bis* c.p. rappresenta l'evoluzione normativa, in termini repressivi, di un modello originariamente creato unicamente per soddisfare esigenze di repressione della 'mafia'; ca-

⁵⁵ "Credo davvero che al di là dei settori della criminalità organizzata, del terrorismo, dell'eversione e della violenza negli stadi, le altre attuali categorie di destinatari delle misure di prevenzione andrebbero al più presto archiviate nelle teche della storia del diritto penale accanto a quelle degli oziosi e vagabondi" (PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 465).

⁵⁶ Art. 4, d.lgs. n. 159/2011, lett. i-*bis*): "ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-*bis* o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 321, 322 e 322-*bis* del medesimo codice".

⁵⁷ Critica questa impostazione VISCONTI, *op. loc. cit.*, secondo il quale "i due fenomeni, per la radicale diversità che li contraddistingue, non si prestano ad essere equiparati sul piano giuridico con un mero tratto di penna legislativo". In tema, LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, cit.; SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, cit.

⁵⁸ LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, cit.; SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, cit.

⁵⁹ Sul punto v. per tutti BALSAMO, *op. cit.*, 45, secondo il quale "l'esperienza processuale in materia di misure di prevenzione riuscì a definire le caratteristiche della realtà associativa mafiosa con una nettezza di contorni tale da divenire il modello di riferimento della figura di reato successivamente tipizzata dall'art. 416-*bis* c.p."

ratterizzandosi per la presenza di un substrato di tipo socio-culturale direttamente riconducibile all'intero fenomeno mafioso nella sua complessità criminologica⁶⁰.

La natura e la dimensione applicativa dell'art. 416 c.p. hanno, invece, un diverso fondamento⁶¹.

L'associazione per delinquere, grazie alla sua "generalità" e "genericità", è uno strumento in grado di fronteggiare e reprimere le più svariate forme di manifestazione della criminalità organizzata comune⁶².

Ed è proprio per questa sfera di possibili applicazioni così ampia ed estesa che sconta un grave *deficit* di tipicità, relativo soprattutto alla vaghezza del programma delittuoso, oltre che tensioni con il principio costituzionale di offensività. È infatti evidente che in questo modo si rischia di applicare una misura di prevenzione all'indiziato di partecipare ad una associazione, dotata di tutti i requisiti elaborati in sede giurisprudenziale, il cui programma – che rende illecita la condotta in sede penale – tuttavia non ha trovato minima attuazione, oppure la cui realizzazione, anche parziale, non risulta provata oltre ogni ragionevole dubbio.

Scelta legislativa, questa, che si sarebbe potuta probabilmente evitare ricorrendo alle lett. a) e b) dell'art. 1 del d.lgs. n. 159/2011, vale a dire continuando a collocando la categoria dei soggetti pericolosi per la sicurezza pubblica perché indiziati di uno dei reati contro la pubblica amministrazione nell'alveo della pericolosità "generica", come è avvenuto del resto per un orientamento giurisprudenziale che è andato progressivamente consolidandosi⁶³. Utilizzando dunque i requisiti dell'abitudine dell'attività delittuosa e dell'illecita provenienza dei profitti per descrivere le ipotesi di "corruzione seriale"⁶⁴, che, sulla base di elementi di fatto, lasci emergere uno stile

⁶⁰ LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, cit.; SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, cit.

⁶¹ LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, cit.; MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, cit.; SIRACUSANO, *I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, cit.

⁶² In questi termini FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Bologna, 2012, 486.

⁶³ *Ex plurimis* Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, Scagliarini, in *Mass. Uff.* n. 264321. Sul tema, approfonditamente, MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, cit. Secondo VISCONTI, TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in www.la legislazione penale.eu, 14/2/2018, 9, "molte delle condotte illecite cui si riferisce potevano essere (e sono state) ricondotte nelle concrete applicazioni dell'art. 1 d.lgs. n. 159/11 ad ipotesi di pericolosità generica".

⁶⁴ La nuova fattispecie indiziaria prevista dall'art. 4 lett. i-*bis*) del d.lgs. n. 159/2011, "più che apparire come un aspetto di novità, risulta essere la positivizzazione normativa di un approdo cui dottrina e giurisprudenza erano già pervenute, essendo riconducibile la condotta associativa contrassegnata dalla abituale commissione di reati contro la pubblica amministrazione già alle vecchie ipotesi di peri-

di vita improntato a determinate tipologie di condotte economicamente rilevanti e che ricorra in modo massiccio, continuativo, sistematico, a condotte *lato sensu* corrottive, dalle quali traggano, in tutto o in parte, i mezzi di sostentamento⁶⁵.

Evidenti, sotto questo aspetto, i problemi in punto di compatibilità, alla luce della De Tommaso, della vaghezza del concetto di indiziato, che correlato all'art. 416 c.p., appare ulteriormente aggravato, difettando quei substrati culturali, valoriali e criminologici che rendono agevolmente percepibile il fenomeno mafioso⁶⁶.

4. La sentenza De Tommaso

La struttura contemporanea delle misure di prevenzione è attualmente condizionata dalla già citata e ormai celebre sentenza 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, con cui la Corte Edu ha stabilito che gli artt. 1, 3 e 5, legge n. 1423/1956 (oggi parzialmente riprodotti negli artt. 1, 6 e 8 del d.lgs. n. 159/2011) violano l'art. 2, Prot. 4 CEDU in quanto *“l'interferenza della pubblica autorità nella libertà di circolazione non è sorretta dalla specifica previsione dei casi nei quali essa può essere giustificata come “necessaria in una società democratica”. La disposizione che consente di restringere la libertà di movimento del cittadino deve essere accessibile, nonché da quest'ultimo prevedibile quanto ai suoi effetti. La prevedibilità passa evidentemente attraverso il rispetto del principio di precisione della norma che, nei casi previsti dagli artt. 1, 3 e 5 della L. n. 1423/1956 (oggi artt. 1, 6 e 8, D.Lgs. n. 159/2011), non appare rispettato. Peraltro, le prescrizioni che si possono imporre per dar corpo alla misura conferiscono un potere discrezionale assai ampio al giudice, ed hanno un coefficiente di prevedibilità troppo basso, con la conseguenza che al cittadino non è dato conformare con certezza ed a priori le proprie condotte al precetto normativo”*.

Ciò che colpisce di tale ultima pronuncia è la norma della CEDU che la Corte ha posto alla base della censura italiana, giacché ci si sarebbe aspettato, a causa della endemica indeterminatezza delle disposizioni che compongono il sistema di prevenzione penale, il rilevamento di un conflitto con l'art. 7, cioè con la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, ma ciò avrebbe significato inquadrare le misure di prevenzione in ambito

colosità generica descritte dall'art. 1, 1° co., lett. a) e b)” (BALSAMO, MATTARELLA, voce *Codice antimafia (riforma del)*, in *Dig. Pen.*, Agg. X, Torino, 2018, 43).

⁶⁵ MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, cit.

⁶⁶ MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, cit.

penalistico, con una scelta coraggiosa ma che avrebbe contraddetto un orientamento giurisprudenziale consolidato e contrario, sia a livello nazionale che europeo⁶⁷.

Ecco quindi la ragione per cui la Corte EDU individua un conflitto con l'art. 2, Prot. 4, della CEDU, con cui però si tutela la libertà di circolazione, che non risulta del tutto pertinente rispetto alla *quaestio* affrontata, se non del tutto indirettamente, giacché l'osservanza delle leggi può anche riguardare norme che attengono alla circolazione e, naturalmente, il vivere onestamente può attenersi pure al divieto, di stampo ottocentesco, di vagabondare, ma come ognuno può facilmente rendersi conto, trattasi di interpretazioni alquanto "sui generis" e connotate da precomprensioni a-penalistiche⁶⁸.

D'altro canto, la stessa Corte costituzionale, in una ormai lontana sentenza del 1980, aveva dichiarato l'illegittimità dei c.d. "proclivi a delinquere", evidentemente per motivi analoghi a quelli che hanno indotto la Corte EDU alla pronuncia in questione⁶⁹.

Quanto al requisito della previsione per legge, afferma la Corte che, secondo la sua giurisprudenza, è necessario individuare nell'ordinamento nazionale una base legale della restrizione, che tale base legale sia accessibile per l'interessato, e che infine sia tale da consentirgli di ragionevolmente prevedere la restrizione del diritto convenzionale in conseguenza della propria condotta⁷⁰. Ora, la Corte ritiene che perché sussista tale requisito non è sufficiente che la legge preveda una base legale, ma è necessario inoltre che tale base legale sia corroborata da altri due requisiti, e cioè l'accessibilità (*accessibility*) e la prevedibilità (*foreseeability*). Individuata la base legale di tali restrizioni nella legge n. 1423/1956, la Corte europea ritiene soddisfatto il requisito dell'accessibilità, tuttavia ritiene violato quello della prevedibilità. In particolare, la Corte ritiene assolutamente necessario che la disposizione sia formulata con sufficiente precisione (*sufficient precision*), e cioè una precisione tale da permettere ai cittadini di poter regolare la loro condotta e cioè di poter valutare, sulla base delle circostanze del caso concreto, le conseguenze delle proprie azioni⁷¹. La Corte stabilisce, pertanto, il principio secondo cui una disposizione soddisfa lo *standard* minimo di prevedibilità se costituisce una misura di protezione contro le interferenze e cioè contro le interpretazioni arbitrarie delle Pubbliche Autorità. Una legge che

⁶⁷ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, cit., 1039.

⁶⁸ Per quest'ordine di idee, cfr. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, cit., 1039.

⁶⁹ MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, cit., 1039.

⁷⁰ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

⁷¹ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

conferisce un potere discrezionale, infatti, deve sempre indicare la portata di tale potere e i limiti di tale discrezionalità⁷².

Osserva ancora la Corte di Strasburgo che né la giurisprudenza ordinaria né la Corte Costituzionale hanno chiaramente identificato gli “elementi fattuali” né le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell’individuo. Pertanto la Corte europea ritiene che la legge in questione non contenga previsioni sufficientemente dettagliate su che tipo di condotta sia da considerare espressiva di pericolosità sociale.

Le disposizioni della legge n. 1423/1956 sono state, inoltre, giustiziate anche sotto il diverso profilo della vaghezza ed imprecisione relativa al contenuto delle prescrizioni che devono essere imposte all’interessato (artt. 3 e 5 l. 1423/1956). Ad essere additate dalla Corte, in particolare, sono le prescrizioni – tutt’oggi vigenti – che imporrebbero ai soggetti di cui all’art. 1 di “*vivere onestamente*” e di “*rispettare le leggi*”.

La Corte Costituzionale, al contrario, con sentenza n. 232/2010 aveva ritenuto non violato il principio di legalità e non fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione (oggi trasfusa nell’art. 75 del codice antimafia) che sanziona penalmente l’inosservanza di tali obblighi inerenti appunto alla sorveglianza speciale⁷³.

La Corte di Strasburgo segnala come il tentativo di lettura interpretativa della Consulta che fa salve tali disposizioni non possa essere condiviso: mentre la Corte Costituzionale, infatti, faceva riferimento al parametro del “*dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere o non tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale*”, i giudici di Strasburgo, considerano tale parametro un “*illimitato richiamo all’intero ordinamento giuridico italiano*” che “*non fornisce alcuna chiarificazione sulle norme specifiche la cui inosservanza dovrebbe essere considerata quale ulteriore indicazione del pericolo per la società rappresentato dall’interessato*”.

Conclude la Corte che “*la legge n. 1423/1956 risulta formulata in termini vaghi ed eccessivamente ampli. Né la categoria di persone a cui le misure di prevenzione erano applicabili, né il contenuto di alcune di queste misure erano definite dalla legge con precisione e chiarezza sufficienti. Conseguentemente, la legge non rispondeva ai requisiti di prevedibilità fissati dalla giurisprudenza della Corte*”⁷⁴.

⁷² GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

⁷³ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

⁷⁴ *Ibidem*, § 125.

5. L'immediato *post* De Tommaso

Come correttamente rilevato in dottrina⁷⁵, la posizione della Corte EDU nella sentenza De Tommaso avrebbe dovuto costituire “*il punto fermo con cui necessariamente fare i conti anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale sui rapporti tra legislazione nazionale e CEDU*”, in quanto relativa alla complessiva legislazione italiana in materia di misure di prevenzione personali⁷⁶.

Ed invero, A seguito di tale pronuncia e calibrate sulla stessa:

a) Cass., sez. un., 27/04/2017, Paternò, ha ritenuto che la norma incriminatrice di cui all'art. 75, d.l.gs. n. 159/2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.l.gs. cit., non abbia ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”, in quanto trattasi di prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura;

b) Corte App. Napoli, sez. VIII, 14/03/2017, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 3, 5, l. n. 1423/1956, nonché dell'art. 19, l. n. 152/1975 e degli artt. 1, 4, comma 1, lett. c), 6, 8, d.l.gs. n. 159/2011, tutti per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla violazione dell'art. 2 del Prot. Add. 4 CEDU, nonché la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, l. n. 152/1975, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla violazione dell'art. 1 del Prot. Add. 1 CEDU, nonché per contrasto con l'art. 42 Cost.;

c) Cass., sez. II, 11/10/2017, ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, co. 2, del d. lgs. n. 159/2011 nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” connessi all'imposizione della misura di prevenzione della sorveglianza speciale in relazione agli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 7 della Convenzione EDU ed all'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione, interpretati alla luce della *ratio decidendi* della sentenza De Tommaso c. Italia pronunciata dalla Grande camera della Corte EDU il 23/02/2017.

Una parte della giurisprudenza ha tuttavia tentato di neutralizzare l'effetto dirompente della sentenza De Tommaso.

⁷⁵ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

⁷⁶ VIGANÒ, *op.cit.*, 376-377.

Così, si affermava che la sentenza della Corte EDU era stata “*influenzata da considerazioni relative al caso concreto esaminato nel quale la misura di prevenzione era stata applicata dai Giudici di merito sostanzialmente in relazione a tendenze criminali, non adeguatamente supportate dall’attribuzione di comportamenti specifici o di rilevanza penale; un caso si rilevava non rispondente ai canoni interpretativi progressivamente invalsi nella materia*”⁷⁷.

Si è anche negato il carattere di *giurisprudenza consolidata* alla sentenza della Grande Camera; un orientamento questo che, come rilevato, non tiene conto del richiamo operato proprio dalla Corte Costituzionale ai pronunciamenti della Grande Camera proprio per definire la nozione di giurisprudenza consolidata⁷⁸.

La Suprema Corte si è poi impegnata in un’opera di tassativizzazione delle ipotesi di pericolosità generica in coerenza con le esigenze espresse dalla Corte EDU⁷⁹.

Con posizioni che secondo autorevole dottrina⁸⁰ mettono in risalto le contraddizioni insite nello strumento preventivo, si è affermato: “*ultimamente questa Corte, proprio al fine di elidere le critiche di genericità ed indeterminatezza ed evitare una pronuncia di incostituzionalità delle norme in materia di prevenzione personale e patrimoniale, ha proceduto ad un’interpretazione del diritto interno convenzionalmente e costituzionalmente conforme al dettato dell’art. 2 Protocollo 4 addizionale della Convenzione ed ha sottolineato l’importanza della componente ricostruttiva del giudizio di prevenzione tesa a rappresentare l’apprezzamento di fatti idonei (o meno) a garantire l’iscrizione del soggetto proposto in una delle categorie tipizzate di soggetti a pericolosità generica*”; si precisa che “*il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione non viene ritenuto colpevole o non colpevole in ordine alla realizzazione di un fatto specifico ma viene ritenuto pericoloso o non pericoloso in rapporto al suo precedente agire per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza elevate ad indice rivelatore della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell’ordine sociale e costituzionale o dell’ordine economico e ciò in ragione delle disposizioni di legge che qualificano le diverse categorie di pericolosità*”⁸¹.

Si valorizza in tal modo la componente ricostruttiva del giudizio di pericolosità: “*il giudizio di pericolosità espresso in sede di prevenzione va scisso – nelle sue*

⁷⁷ Così Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2017, n. 2385.

⁷⁸ Cfr. VIGANÒ, *op.cit.*, 377.

⁷⁹ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, cit., 1039.

⁸⁰ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

⁸¹ Così Cass., Sez. II, 1 marzo 2018, n. 30974.

*componenti logiche – in una prima fase di tipo “constatativo” rapportata alla importazione di dati cognitivi idonei a rappresentare l’avvenuta condotta contraria alle ordinarie regole di convivenza tenuta – in passato – dal soggetto proposto (tra cui, ovviamente, ben possono rientrare i pregiudizi penali derivanti dall’accertamento di fatti costituenti reato) cui si unisce una seconda fase di tipo essenzialmente prognostico, per sua natura alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come “probabile” il ripetersi di condotte antisociali, inquadrare nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge*⁸². Di tale fase constatativa si enfatizza la aderenza della dimensione probatoria di essa ai “*contenuti tipici della fattispecie astratta*” che viene significativamente arricchita in via interpretativa⁸³.

*“Si è così richiesto un complesso di requisiti che certamente contribuiscono ad escludere la vaghezza di contorni della decisione legale richiedendo”*⁸⁴:

“a) la realizzazione di attività delittuose (trattasi di termine inequivoco) non episodica ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto;

b) la realizzazione di attività delittuose che oltre ad avere la caratteristica che precede siano produttive di reddito illecito (il provento);

*c) la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare”*⁸⁵.

6. Il volto delle misure di prevenzione nella sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019

Le questioni di costituzionalità relative alla tenuta del sistema di prevenzione sono state affrontate dalla sentenza n. 24 del 2019⁸⁶, con cui la Corte costituzionale

⁸² Così Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641.

⁸³ Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826.

⁸⁴ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Sulla sentenza n. 24, PISANI, *Le fattispecie di pericolosità generica tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost.*, 2019; MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, *ibidem*, 332; BASILE-MARIANI, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti “abituamente dediti a traffici delittuosi”: questioni aperte in tema di pericolosità*, in *disCrimen*, 10 giugno 2019. Più di recente, MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 107 ss.

ha dichiarato l'illegittimità della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, e di quelle patrimoniali, nei confronti di coloro che “*debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi*” (art. 1 lett. a) d.lgs. 159/2011).

La censura è caduta sul concetto di «traffici delittuosi», reputato giustamente dai giudici costituzionali non compatibile con le esigenze di determinatezza imposte dall'art. 13 Cost. e dall'art. 117 co. 1 Cost., in riferimento all'art. 2 Prot. 4 CEDU.

La medesima pronuncia, salvando la tenuta complessiva del sistema di prevenzione, ha invece ritenuto legittima la previsione di cui all'art. 1 lett. b) d. lgs. 159/2011 in quanto il riferimento ad un sostentamento abituale con i proventi di attività delittuose sarebbe sufficientemente preciso, implicando il riferimento a specifici reati commessi abitualmente e produttivi di profitti che compongono il reddito del prevenuto.

Procedendo con ordine, andrà prima affrontata l'area della prevenzione personale e poi quella patrimoniale.

6.1.1 - *La posizione sulle misure di prevenzione personali*

La sentenza n. 24 del 2019 esamina nel merito il profilo attinente alla determinatezza/accessibilità della fattispecie normativa che individua tra i destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali i “pericolosi generici”.

In via preliminare, viene delineato lo statuto delle misure di prevenzione. Quest'ultime – afferma la Consulta – hanno subito una progressiva “giurisdizionalizzazione” ad opera della Corte stessa e del legislatore repubblicano.

Nell'ambito di tale ricostruzione, si osserva come “*oltre alla verifica della riconducibilità del soggetto a una delle categorie oggi elencate nell'art. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011*” l'applicazione “*della misura personale della sorveglianza speciale richieda un ulteriore e distinto presupposto, rappresentato dalla pericolosità di quel soggetto per la sicurezza pubblica, richiesto dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 159/2011*”.

Così, un conto è il “*riscontro probatorio delle sue passate attività criminose*”, e altro è la “*ulteriore verifica processuale circa la sua pericolosità, questa seconda consistendo nell'accertamento della “rilevante probabilità di commissione, nel futuro, di ulteriori attività criminose”*”.

Si individua nel requisito della pericolosità sociale il “punto di contatto” tra le

misure di prevenzione e le misure di sicurezza, assunto dalla Corte quale indice della natura effettivamente preventiva dell'istituto, escludendosi invece espressamente – come già aveva fatto la sentenza de Tommaso – che esso abbia carattere sanzionatorio-punitivo, con conseguente inapplicabilità delle garanzie proprie della materia penale.

Viene così consolidandosi un sistema 'a specchio' tra misure di prevenzione *ante delictum* e misure di sicurezza *post delictum*, che trova la propria 'cerniera' nel concetto di *pericolosità personale*⁸⁷: prima del reato, questa assume le fattezze della *pericolosità per la sicurezza pubblica* e giustifica l'adozione di una misura di prevenzione; dopo l'illecito, viene normativamente declinata come *pericolosità sociale*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 202 e 203 c.p., e fonda l'applicazione di una misura di sicurezza.

Si osserva ancora che la funzione assegnata alle misure di prevenzione personali è quella di “*limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto*”.

Non si nega che le misure in questione portino con sé una “*indubbia dimensione afflittiva*”, ma si ritiene quest'ultima sia una “*conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato*”.

Si conferma l'orientamento costituzionale che ha ricondotto tali misure nell'alveo dell'art. 13 Cost., subordinandone la legittimità al rispetto di condizioni rafforzate che ne impongono l'applicazione in termini ancor più garantistici di quelli richiesti in sede sovranazionale.

Condizioni che vengono individuate dalla Corte nella cifra costituzionale rafforzata, finanche rispetto alla tutela sovranazionale, della misura di prevenzione personale secondo le seguenti coordinate⁸⁸: 1) l'esistenza di un'ideale base legale; 2) la

⁸⁷ CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra costituzione e convenzione*, cit.

⁸⁸ In argomento, MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss., il quale afferma che “A giustificazione dell'asserto, la Corte richiama il proprio, risalente indirizzo interpretativo col quale ha sempre qualificato le misure di prevenzione personali sottoposte al suo scrutinio (anche quelle di minore forza coercitiva – quali l'ordine di rimpatrio e l'ammonizione) lesive della libertà personale sancita dall'art. 13. Sottolinea, poi, come tale linea vada riaffermata (sembrerebbe di arguire *a fortiori*) in rapporto alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale di p.s. – con o senza obbligo di soggiorno. Questa maggiore ampiezza della tutela costituzionale *in the books* si rivela, però, nelle determinazioni *in action* assunte dalla Corte incapace di produrre effetti di più incisiva performatività garantistica, ove si consideri che essa non le impedi-

necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati; 3) la riserva di giurisdizione.

6.1.2 - *Profili critici della ricostruzione in tema di prevenzione personale*

La ricostruzione trascura il mutamento strutturale e funzionale delle misure di prevenzione personali, che in passato, pur con la loro finalità illiberale di strumenti di neutralizzazione e di controllo della marginalità sociale ovvero del dissenso politico⁸⁹, avevano il reato, la manifestazione criminosa o antisociale (più o meno generica), quale punto di riferimento futuro, mentre oggi quasi tutte le misure di prevenzione hanno il reato come punto di riferimento passato: lo presuppongono, cioè, assumendo nella sostanza la finalità intrinsecamente incostituzionale, ma pur sempre sanzionatorio-afflittiva, di colpirlo altrimenti nell'impossibilità di provarne l'esistenza nell'ordinario processo di cognizione.

sce di 'salvare' quel che Strasburgo aveva impietosamente messo all'indice. E tuttavia questo esito del giudizio, anziché esprimere una reale debolezza del tessuto costituzionale, si ricollega con ogni evidenza ad un *self restraint* ermeneutico – di cui si sono in precedenza indicate le precomprensioni – che spinge la Consulta a congegnare un sofisma pur di non trarre le debite conseguenze del ragionamento avviato in ordine ai rapporti tra prevenzione personale ed art. 13. La sentenza afferma che la riserva *assoluta e rinforzata* di legge scolpita dall'art. 13 va declinata con diverso rigore, rispettivamente, *in criminalibus* e nella materia *non penale*. Nella prima, il principio si esprime nella massima forza garantistica, esigendo la rigorosa determinatezza dei presupposti di fattispecie, non emendabile dal formante giudiziario; più esplicitamente, la Corte riafferma che eventuali difetti di precisione del testo non potranno essere colmati in via giurisprudenziale, potendo esercitarsi la fisiologica funzione di stabilizzazione conformativa degli schemi legali – di rilevanza e qualificazione – solo entro le cornici semantiche definite dal linguaggio della disposizione. Nella seconda, invece, “non può del tutto escludersi che le esigenze di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione”.

⁸⁹ ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 23; CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979. Gli Autori ritengono che la principale norma costituzionale assunta a fonte di giustificazione delle misure preventive – vale a dire l'art. 13 – abbia, in realtà, una funzione strumentale di mera disciplina del procedimento di limitazione della libertà personale per i casi in cui quest'ultima sia correlata all'esercizio del potere di punire conforme all'art. 25 commi 2 e 3 Cost., consistente, quindi, nell'applicazione di sanzioni connesse alla commissione di reati. In tale quadro argomentativo, si è voluto altresì vedere nella presunzione costituzionale di non colpevolezza, sancita dall'art. 27 comma 2 Cost., un ulteriore forte ostacolo alla legittimazione della categoria delle misure, affermando che «la presunzione di non colpevolezza [...] bandisce dal nostro ordinamento ogni fattispecie di sospetto, e attribuisce al giudice il monopolio dei giudizi di colpevolezza, e, più in generale, di demerito sociale» (CORSO, *L'ordine pubblico*, cit.).

Come è noto, la rimodulazione della disciplina è avvenuta, dapprima, “*con l'affidamento alla giurisdizione delle misure limitative della libertà personale (l. n. 1423/1956); successivamente attraverso un progressivo passaggio da situazioni a pregnante connotazione sintomatica, verso un apparato di fattispecie di pericolosità cc.dd. indiziarie, costruite sul riferimento a modelli di tipicità criminose a base probatoria ridotta*”⁹⁰.

Il cambio di paradigma – che incide altresì sul versante della pericolosità comune, tramite la ridescrizione in chiave empirico-fattuale delle relative categorie – è segnato “*dalla sentenza costituzionale n. 177/1980, che, accogliendo la questione di legittimità sul parametro del principio di determinatezza, ha espunto la categoria di pericolosità generica dei "proclivi a delinquere"*”⁹¹.

La svolta dell'arresto risiede nel suo sancire il vincolo del tipo legale, inteso quale fondamento e limite dell'indice di pericolosità rilevante quale presupposto delle misure di prevenzione.

Su queste basi, ben può dirsi che la 'fattispecie di prevenzione' si insedia, in senso lato, nel sistema penale adempiendo all'ufficio di definire i "casi previsti dalla legge", ai quali fanno riferimento gli artt. 25, co. 3⁹², e 13, co. 2, Cost.

In questa collocazione strutturale e funzionale, essa si fa carico, dunque, di dare “*attuazione al principio di stretta legalità ed al complesso di garanzia che ad esso si ricollegano, implicitamente riconosciuto dalla sentenza in che tuttavia utilizza con una certa contraddittorietà il riferimento all'art. 13 Cost. per legittimare lo statuto di garanzia di un sistema che si iscrive a pieno titolo nella materia penale*”⁹³.

⁹⁰ MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1524 ss.

⁹¹ MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1524 ss.

⁹² La Consulta ha espressamente affermato l'applicabilità alle misure di prevenzione dell'art. 25 co. 3, riferito esplicitamente alle sole misure di sicurezza. In particolare, la sentenza della Corte costituzionale n. 419/1994 afferma che questa comune sottoposizione all'art. 25 co. 3 derivi dalla medesimezza del fine (la prevenzione dei reati).

⁹³ MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1524 ss. Per MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss. dalla sentenza costituzionale n. 177/1980 emerge una concezione di legalità che – lungi dal fondare una mezzadria tra legge e giudice nella determinazione della fattispecie oggettiva del giudizio di pericolosità – voleva riaffermare la natura vincolante della riserva di legge, soprattutto nella proiezione processuale di delimitazione dei poteri del giudice. Peraltro, che nella prevenzione *ante delictum* la legalità sia destinata a svolgere soprattutto quest'ultima funzione si ricava dalla struttura delle norme che la reggono, caratterizzate – com'è stato osservato – dalla mancanza di precetto (CONSULICH, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *disCrimen*, 1° ottobre 2019 e prima ancora, in prospettiva (non solo) processuale, CERESA GASTALDO, *Misura di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza*

Va poi considerato che oggi, tutte le argomentazioni sulla estraneità alla materia penale avanzate nel tempo dalla dottrina e gli approdi cui è pervenuta la giurisprudenza possono ritenersi superate dalle indicazioni provenienti dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sul concetto di "pena" ai sensi dell'art. 7 CEDU.

Per la Corte europea, infatti, la nozione di pena, considerata dall'art. 7 CEDU, possiede una portata autonoma rispetto a quella degli ordinamenti interni e la Corte, per rendere efficace la protezione offerta dalla disposizione, deve essere libera di andare al di là delle apparenze e giudicare da sé se una misura particolare realizzi una pena ai sensi della disposizione convenzionale⁹⁴. In forza di tale impostazione, i Giudici di Strasburgo, fermando l'attenzione sulla natura, sugli effetti e sulla severità della misura, hanno affermato che si è in presenza di una "pena" ogniqualvolta la dichiarata prevenzione si risolva, quanto agli effetti, in una vera e propria repressione di condotte comunque illecite⁹⁵.

Ne esce convalidata l'impostazione dottrinale⁹⁶ secondo cui le misure di prevenzione rientrano nella nozione di "materia penale", connotandosi per un contenuto fortemente afflittivo.

D'altra parte, l'avvenuto mutamento anche delle stesse fattispecie di pericolosità sulle quali si innesta l'intervento di prevenzione che sempre più risultano ritagliate non tanto – come accadeva prevalentemente in precedenza – sul tipo normativo di autore, bensì sui corrispondenti tipi criminosi, impongono l'applicazione di un intervento calibrato sul mero indizio di commissione di uno specifico reato.

fatto, in www.penalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2015, per il quale l'*ubi consistam* delle misure di prevenzione è non già l'indizio di un fatto concreto, "ma l'apparenza di un fatto puramente ipotetico" e, perciò, proiettate a costituire regole di azione e decisione del giudice, piuttosto che di guida dell'agire individuale. Ne discende che in tale ambito l'attribuzione di funzioni normative concorrenti al formante giurisprudenziale rischia di dissolvere la portata processuale della legalità, che rischierebbe di trasformarsi in una sorta di autoregolazione del potere del giudice di definire presupposti e condizioni delle proprie prerogative di intervento. L'orientamento conclude che "in questo scenario di considerazioni, riteniamo che l'assoggettamento della prevenzione personale alla cornice disciplinare dell'art. 13 Cost. avrebbe dovuto accompagnarsi al riconoscimento della piena operatività della riserva assoluta e rinforzata di legge, con messa al bando di norme contenenti clausole generali o espressioni indeterminate affidate al riempimento e alla stabilizzazione ermeneutica del potere giudiziario".

⁹⁴ Corte EDU, 21/02/1984, Öztürk c. Allemagne, par. 49 e 50; Corte EDU, 09/02/2015, Welch c. Royaume-Uni, par. 27.

⁹⁵ Corte EDU, Sez. II., 4 marzo 2014, c.d. "Grande Stevens"; CEDU, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia; CEDU, 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia; Corte EDU, 10 febbraio 2015, Kiiveri v. Finlandia; Grande Camera del 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

⁹⁶ MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1524 ss.

Come è stato ben detto⁹⁷, in quest'ottica, “*le misure di prevenzione non rappresentano più una misura praeter delictum; esse sono misure post delictum; anzi fanno seguito all'accertamento di una pluralità di delitti. Vi è da chiedersi allora se esse siano davvero espressione di un diritto preventivo e non costituiscano piuttosto una reazione al reato nascondendo così una evidente frode delle etichette. Come espressione di una reazione al reato esse costituiscono una componente del diritto punitivo che deve essere sottoposta alle garanzie costituzionali e convenzionali della matèrè pénale*”.

Va invero registrata la già citata mutazione genetica dell'intero settore, trasformando le misure di prevenzione “*da pene del sospetto a strumento di verifica giurisdizionale incidentale – ma necessaria – di comportamenti illeciti già realizzati in chiave di esame soggettivo di connotati di pericolosità reiterativa*”; se le misure di prevenzione hanno una “*funzione marcatamente specialistica e, al fine, anticipatoria di forme di contenimento della pericolosità sociale apprezzate in sede giurisdizionale sulla base di indicatori non dissimili – anche in caso di pericolosità generica – da quelli che il legislatore considera in fattispecie incriminatrici di parte speciale*”⁹⁸ si capisce come “*la differenza rispetto alle normali reazioni al reato (id est: alle pene) sfumi fin quasi a scomparire*”⁹⁹.

Si tratta quindi di “*<<pene>> di cui si enfatizza la funzione preventiva, ma come la Corte Edu ci ha insegnato nel caso Welch più di vent'anni fa <<in effetti gli obiettivi della prevenzione e della riparazione si conciliano con quello della repressione e possono essere considerati come elementi costitutivi della nozione stessa di pena>>*”¹⁰⁰.

È dunque giustificata l'esigenza di “*garantire uno statuto costituzionale delle misure di prevenzione (per lo meno di quelle fondate sulla pericolosità generica) ne metta in discussione la natura, evidenziando ancora di più il carattere sostanzialmente repressivo di tali misure che non possono essere sottratte a tutte le garanzie proprie del sistema penale*”¹⁰¹.

L'effetto di tali puntualizzazioni lascia emergere una trasfigurazione sostanziale identitaria delle misure di prevenzione, “*da cui discende il loro spostamento in una*

⁹⁷ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

⁹⁸ MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità. Le misure di prevenzione a metà del guado?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 145.

⁹⁹ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

¹⁰⁰ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.; Corte EDU, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, § 30.

¹⁰¹ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

sorta di inedita categoria di misure post delictum a “prova contratta” o, se si preferisce, a “mera base indiziaria”¹⁰².

La natura fortemente afflittiva comporta l'attrazione nella garanzia della irretrattività¹⁰³ e più in generale, l'applicazione delle garanzie penalistiche a sfondo costituzionale.

Alla efficacia retroattiva sono radicalmente ostativi i divieti *ex artt.* 25 co. 2 Cost., 7 CEDU, 15 Patto int. dir. civ. e pol., 49 Carta dir. fond. U.E., art. 2 c.p.

Del pari, potrebbe risultare applicabile la garanzia del *ne bis in idem* di estrazione convenzionale, modulato sul 'fatto concreto' e non sulle relazioni logico-strutturali tra fattispecie astratte¹⁰⁴.

Tale ricostruzione non è intaccata dall'affermazione della Consulta secondo cui la finalità preventiva/futura e dunque non penale/passata sarebbe radicata dall'accertamento della pericolosità sociale, atteso che in tal modo si finisce: 1) da un lato, per sovrapporre i due momenti del giudizio bifasico di prevenzione, quello della sussunzione in una (necessariamente solo generica) tipicità penale e quello successivo dell'accertamento della pericolosità sociale, che invece devono rimanere distinti, perché distinte sono le funzioni di garanzia che assolvono; 2) dall'altro lato, per generare una indebita sovrapposizione con le misure di sicurezza, le quali, inserite a pieno titolo nel sistema penale, guardano anch'esse al futuro.

6.2.1 - *La posizione sulle misure di prevenzione patrimoniali*

Venendo alle misure di prevenzione patrimoniali, viene evidenziata la loro distinta e più recente introduzione ad opera della legge n. 646 del 1982, con la quale si decise di innestare nel tessuto normativo delle misure *personali* anche la nuova misura *patrimoniale* della confisca di prevenzione (e del sequestro ad essa prodromico).

La Corte procede dunque a svolgere alcune rilevanti considerazioni circa la *ratio* della confisca di prevenzione, richiamando la sentenza n. 4880/2015 delle Sezioni unite, secondo cui il presupposto applicativo risiede nella “*ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita*”. Invero, fin dalla sua

¹⁰² MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss.

¹⁰³ MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1524 ss.

¹⁰⁴ MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss.

origine, tale confisca risulta ideata al fine di “*sottrarre alla criminalità organizzata beni e denaro di origine illecita (dimostrata attraverso un classico schema presuntivo), evitando al tempo stesso di subordinare l’ablazione patrimoniale alla necessità di dimostrare, nell’ambito di un processo penale, la precisa derivazione di ogni singolo bene o somma di denaro da un particolare delitto*”.

Si afferma che “*sebbene nell’attuale formulazione legislativa dell’art. 24 d.lgs. n. 159/2011 la sproporzione compaia quale requisito alternativo e autonomo rispetto alla dimostrazione dell’origine illecita, ciò non può oscurare la ratio della confisca in esame, poiché la verifica giudiziale della sproporzione, infatti, continua ad avere senso in quanto idonea a fondare una ragionevole presunzione relativa all’origine illecita del bene, allorché contestualmente risulti la pregressa attività criminosa di colui il quale abbia la disponibilità del bene*”.

Su queste basi, la Corte osserva che la confisca di prevenzione condivide la medesima finalità della confisca allargata di cui all’art. 240-bis c.p., “*le due misure costituendo altrettante species di un unico genus, come già messo in luce dalla sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2018*”.

Osserva ancora la Corte che la giurisprudenza di legittimità è giunta a circoscrivere l’area dei beni confiscabili a quelli che risultino acquistati in un arco temporale “*ragionevolmente correlato a quello in cui il soggetto risulta essere stato impegnato in attività criminose*”.

Questo requisito di c.d. “*correlazione temporale ... in tanto ha senso, in quanto si possa ragionevolmente ipotizzare che i beni o il denaro confiscati costituiscano il frutto delle attività criminose nelle quali il soggetto risultava essere impegnato all’epoca della loro acquisizione, ancorché non sia necessario stabilirne la precisa derivazione causale da uno specifico delitto*”.

Dalla *ratio* della misura, la Corte formula alcune conclusioni circa la natura giuridica della confisca, negando che la “*natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva, l’ablazione dei beni costituendo piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, e quindi del vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità*”.

Da ciò la conclusione secondo cui “*il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all’ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalen-*

te) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere ... in assenza di connotati afflittivi ulteriori rispetto alla neutralizzazione di quell'arricchimento illecito, la confisca possiede un carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene”.

“Pur non avendo natura penale” – prosegue la Corte – “sequestro e confisca di prevenzione incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU)”, e pertanto sono soggette alle garanzie ivi previste, tra cui¹⁰⁵:

1) la previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che sia precisa e rispettosa del canone della prevedibilità (art. 1 Prot. addiz. CEDU);

2) la “necessarietà” della restrizione del diritto di proprietà rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. addiz. CEDU), e pertanto la proporzione rispetto a tali obiettivi (art. 3 Cost.);

3) l'adozione mediante un procedimento che, ancorché non sottoposto agli standard garantistici del processo penale, rispetto dei canoni generali del “giusto” processo garantito dalla legge (artt. 111 Cost., e 6 CEDU), assicurando in particolare il rispetto del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

Alla Corte Costituzionale va di certo riconosciuto il merito di avere sgombrato “il campo dall'insostenibile tesi della natura meramente preventiva della confisca in parola, secondo cui tale misura sarebbe volta ad arginare una sorta di pericolosità intrinseca dei proventi illeciti. Per quanto implausibile, già alla luce degli originari presupposti applicativi della misura e ancor più dal momento in cui tra questi non figura l'attualità della pericolosità del preposto, tale impostazione si è propagata in modo traluzio nella giurisprudenza di legittimità”¹⁰⁶.

La sentenza n. 24 consente quindi di accantonare la qualificazione preventiva delle misure patrimoniali che per lungo tempo ha inquinato il dibattito circa le reali finalità delle medesime, il quale può essere ora circoscritto al confronto tra inquadramenti sanzionatori e compensativo-ripristinatori.

La medesima pronuncia opta per quest'ultima impostazione, sdoganando quella

¹⁰⁵ FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte Edu*, in *Dir. Pen. cont.*, 4 marzo 2019.

¹⁰⁶ Così, acutamente, MAZZACUVA, *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 987 ss.

che una recente dottrina ha definito come la confisca civile¹⁰⁷ presupporrebbe un *facto illecito* (il reato) e ne colpirebbe i *proventi* non altrimenti destinati a fini restitutori o risarcitori (o per assenza della vittima/danneggiato o per inerzia degli stessi), con finalità essenzialmente *ripristinatoria* e senza alcuna ambizione *stigmatizzante*.

6.2.2 - Profili critici della ricostruzione in tema di prevenzione patrimoniale

Dalla ricostruzione operata dalla Consulta sulla prevenzione patrimoniale emergono due sostanziali direttrici¹⁰⁸:

- 1) il riconoscimento del diritto vivente quale fonte tipizzata del diritto della prevenzione penale patrimoniale;
- 2) la natura ripristinatoria della confisca di prevenzione.

In relazione al primo punto, se pur non si possono negare le buone intenzioni e la condivisibilità dell'obiettivo, non può tacersi che lo sforzo tassativizzante della giurisprudenza può esporre il fianco critiche difficilmente superabili¹⁰⁹.

L'interpretazione tassativizzante può infatti apparire per parte della dottrina un "*atto di usurpazione della giurisprudenza che si sostituisce al compito disatteso colpevolmente dal legislatore*"¹¹⁰, con pregiudizio per il modello orizzontale di separazione dei poteri.

Per altro verso, conferire legalità alle misure di prevenzione significa consolidare e dare per scontata la "categoria sanzionatoria" della prevenzione *ante delictum*, con attrazione nella materia penale, ma anche e soprattutto significa dare implicita legittimazione alla fisionomia funzionale di logica penalistica surrogatoria e indiziaria.

Quanto al secondo punto, la ritenuta natura ripristinatoria della confisca di prevenzione conferisce alla stessa la medesima natura penale già affermata dalla Consulta con la ordinanza n. 97/2009 in relazione alla confisca per equivalente in materia penale tributaria, soggetta dunque alla garanzia della irretroattività.

Risulta quindi arduo negare alla confisca di prevenzione l'attribuzione di componenti oggettivamente sanzionatorie¹¹¹.

¹⁰⁷ FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato*, Milano, 2018, 402 ss.

¹⁰⁸ Per questa impostazione di fondo, cfr. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss.

¹⁰⁹ PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, cit.

¹¹⁰ PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, cit.

¹¹¹ MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 707 ss.

Va anche considerato che essa ha carattere di definitività¹¹²; ciò, unitamente alla considerazione del relativo contenuto, la connota in chiave di particolare afflittività.

Sotto altro profilo, occorre rilevare come essa non trovi causa in un comportamento genericamente antisociale, corrispondente a stili di vita estranei alle regole legali della società civile.

Il comparto della prevenzione personale, al quale quella patrimoniale accede presupponendone la pericolosità (anche se solo passata) del destinatario, si è evoluto, come già detto, registrando il progressivo passaggio da un sistema di pericolosità espressivo di archetipi sintomatico-soggettivi ad un altro nel quale rilevano fattispecie strutturate sul modello indiziario.

Mentre le prime si sostanziano in condotte abituali di vita contrarie all'ordine sociale, le seconde assumono come referenti i medesimi elementi di tipicità di incriminazioni non sorrette dagli *standard* probatori necessari per l'affermazione di reità.

La circostanza che la fattispecie di pericolosità c.d. indiziaria assorba una struttura evocante – non solo metaforicamente – la tipicità criminosa della corrispondente ipotesi di reato radica “*la definizione della 'natura' della sua conseguenza, decretandone l'appartenenza al genere sanzionatorio (latamente inteso)*”¹¹³.

Peraltro, già da tempo la giurisprudenza di legittimità si è mossa nel senso di fornire una lettura c.d. ‘tassativizzante’ della pericolosità generica e di quella qualificata, ‘agganciando’ tali qualifiche alla previa attività delinquenziale compiuta dal proposto e comunque sempre a fatti storicamente apprezzabili indicativi della propensione di quest’ultimo a commettere reati¹¹⁴, quindi a fatti meritevoli di essere sanzionati nel rispetto delle garanzie penalistiche¹¹⁵.

Del resto è la stessa Consulta con la sentenza in esame a riconoscere l’impatto della confisca di prevenzione sugli artt. 41 e 42 Cost.

Sotto tale aspetto, non può non rilevarsi che il patrimonio, soprattutto nelle

¹¹² MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite*, cit., 707 ss.

¹¹³ MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite*, cit., 707 ss.

¹¹⁴ Laddove la Corte EDU ha verificato che la misura di prevenzione fosse stata disposta sulla base di meri sospetti o irragionevoli presunzioni, ha sancito la violazione dell’art. 2 Prot. 4 Convenzione EDU, cfr. la pronuncia *Labita vs Italia*, 6.4.2000, § 196 ss. In tema di confisca di prevenzione, Corte EDU, 17.6.2014, *Cacucci e Sabatelli vs Italia*, § 44, che ha stabilito che le misure non conseguono a semplici sospetti, bensì a fatti in senso stretto. In termini, Corte EDU, 26.7.2011, *Pozzi vs Italia*, in particolare § 27. Per una serie di critiche in questo senso si vedano, tra i molti e solo di recente, CERSA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 3.12.2015.

¹¹⁵ MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss.

misure ablatorie, risulta indissolubilmente legato al concetto di persona, per la semplice, ma decisiva ragione, che, laddove il Tribunale decida di sequestrare e poscia confiscare l'intero patrimonio di un soggetto, ciò non può non riverberarsi sulla stessa vita personale e familiare di quest'ultimo.

Al fine di definire lo statuto giuridico delle misure patrimoniali è anche utile “*richiamare il dato enfaticamente anche dal giudice delle leggi che l'aerea dei beni confiscabili deve essere circoscritta <<a quelli acquistati in un arco temporale ragionevolmente correlato a quello in cui il soggetto risulta essere stato impegnato in attività connesse>>. Non si può quindi dire che la finalità dell'ablazione patrimoniale sia assolutamente indipendente dalla commissione di un reato (o addirittura di più reati), sicché esse manterrebbero un carattere ripristinatorio; essa in effetti mantiene il suo carattere di reazione ad un reato realizzato o a più reati realizzati (misure di prevenzione fondate sulla pericolosità generica) o soltanto ipotizzati o sospettati (misure fondate sulla pericolosità qualificata). Sottrarre le misure di prevenzione patrimoniale allo statuto della pena (o comunque della sanzione punitiva) significa quindi incorrere in una pesante, evidente ed eclatante <<frode delle etichette>>*”¹¹⁶.

Va infine rilevato che la comunanza empirico-fattuale della fattispecie penale e di quella surrogatoria/indiziaria di prevenzione induce a fondare – alla luce degli asseriti della *Grande Stevens* e della successiva giurisprudenza della Corte EDU che ad essa si è conformata – l'inclusione del 'caso di pericolosità' nella nozione di 'materia penale' rilevante nell'ottica dell'apparato di garanzie degli artt. 6 e 7 CEDU.

In una prospettiva più generale è necessario ricondurre la disciplina delle misure di prevenzione alla *matière pénale* così da consentire l'applicazione delle necessarie garanzie al di là delle etichette utilizzate (senza vergogna) dal legislatore nazionale¹¹⁷.

Su queste basi, si aprono scenari futuri di applicabilità del *ne bis in idem*, con la possibile, conseguente messa in discussione dell'orientamento giurisprudenziale in tema di autonomia del giudizio di prevenzione rispetto a quello penale in senso stretto¹¹⁸.

Quanto, in particolare, alla garanzia dell'irretroattività, va da ultimo osservato come la sua attuazione in materia discenda da una interpretazione 'costituzionalmente orientata', dovendosi, sul punto, rammentare come la sentenza costituzionale

¹¹⁶ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

¹¹⁷ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

¹¹⁸ MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss.

n. 104/2014 abbia attratto le sanzioni punitive nell'alveo di tutela del principio garantito dall'art. 25, comma 2¹¹⁹.

In questo quadro un recente orientamento ha ipotizzato che per uscire dalle tensioni costituzionali “*si potrebbe pensare ad una diversa regolamentazione degli strumenti di repressione della criminalità dal profitto che faccia perno sulla confisca ex art. 240 bis c.p. che dovrebbe opportunamente diventare strumento di applicazione generale dopo una opportuna rimodulazione che faccia perno sui seguenti punti: 1) deve essere mantenuta la necessità della condanna per un delitto; 2) deve richiedersi inoltre che si tratti di un delitto che sia espressione di una accumulazione patrimoniale illecita; 3) deve richiedersi ancora l'elemento della sproporzione tra reddito e patrimonio, che deve essere dimostrata senza alcuna inversione dell'onere della prova (dichiarata o mascherata); 4) deve sussistere infine l'elemento della connessione temporale, così come richiesto dalla giurisprudenza più recente in materia di misure di prevenzione*”¹²⁰.

¹¹⁹ MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite*, cit., 707 ss.

¹²⁰ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit. Per una analoga proposta, in precedenza, MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 805 ss. L'Autore già rilevava che “concentrando l'attenzione sulla prevenzione patrimoniale e marcando una distanza da soluzioni solo *politicamente corrette*, riteniamo che il legislatore della riforma dovrebbe impostarne la disciplina in chiave autenticamente residuale rispetto alle forme di confisca applicabili dal “giudice del reato”. A ben vedere, un'ottica politico-criminale indirizzata a recuperare una dimensione di legalità costituzionale nella strategia di aggressione ai patrimoni derivanti da illecita accumulazione, dovrebbe fondarsi su di un meccanismo calibrato sull'archetipo della confisca delineata dall'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992 (oggi 240-*bis* c.p.); stabilendosi, così, un regime di “applicabilità sussidiarietà delle misure di prevenzione a carattere ablativo, destinato ad operare in ogni ipotesi in cui non sia instaurabile un giudizio penale (per prescrizione del reato, ovvero altra causa estintiva), oppure non sia possibile definirlo con sentenza di condanna, ma ricorra, tuttavia, un quadro indiziario connotato da gravità. In effetti, una volta emancipatosi dalle ipoteche di costituzionalità, lo strumento scolpito dall'art. 12-*sexies* rappresenta, oggi, il veicolo che meglio coniuga l'efficacia di una opzione di attacco alle ricchezze di formazione illecita con la salvaguardia *ragionevole* delle garanzie di matrice liberal/personalistica. Com'è noto, la disposizione introduce una misura ablatoria ancorata a *declaratorie di colpevolezza* che (inerenti a *reati* tendenzialmente riferibili alla criminalità organizzata e caratterizzati da una spiccata finalità di lucro), fanno scattare una presunzione (ben vero relativa) di illiceità delle accumulazioni di ricchezza di cui non si provi la legittima provenienza e che, dunque, prescindono dal nesso di pertinenzialità col reato oggetto di condanna. Su queste basi, la recisione del nesso eziologico tra *res* oggetto di confisca e delitto presupposto segna il *surplus* di efficacia della nuova figura rispetto allo schema della confisca *ex art. 240 c.p.*, fondata sul rapporto immediato e diretto tra provento del reato – nelle sue manifestazioni di prodotto, profitto o prezzo – e specifico episodio delittuoso. Sotto tale profilo, occorre riconoscere che la misura in questione – pur presentando una struttura con spiccata funzionalità punitiva, orientata, quindi, verso un orizzonte generalpreventivo – contempla un meccanismo operativo che l'avvicina alla confisca antimafia, configurata come misura di prevenzione dall' art. 2-*ter* l. n. 575 del 1965. Da quest'ultimo an-

Si afferma così che “*pur senza nascondersi le criticità della proposta essa presenterebbe il vantaggio, rispetto all’attuale sistema delle misure di prevenzione patrimoniali, di ancorare la confisca de qua alla condanna per un delitto espressione di una criminalità del profitto e alla accertata dimostrazione di un arricchimento patrimoniale ingiustificato in un quadro temporale significativamente corrispondente a quello del reato considerato. In un tale modello non esisterebbero più le misure di prevenzione, ma non si rinunzierebbe ad una efficace repressione degli arricchimenti patrimoniali collegati ad atti delittuosi*”¹²¹.

6.3 - *La determinatezza/tassatività delle misure di prevenzione*

La Corte analizza quindi il diritto vivente delle fattispecie normative che individuano i destinatari delle misure.

Viene richiamato il precedente rappresentato dalla citata sentenza n. 177 del 1980, con cui era stata dichiarata incompatibile con il principio di legalità (desunto dall’art. 13 Cost. e dall’art. 25, terzo comma, Cost.) la previsione dell’applicabilità delle misure di prevenzione personali a coloro che “*per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere*”.

La legittimità delle medesime disposizioni scrutinate dalla Consulta nel 1980, è stata successivamente vagliata nella sentenza della Corte EDU de Tommaso del 23 febbraio 2017, con la quale è stato affermato che “*né la legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le “prove fattuali” o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione*”.

La Corte osserva che, anche a seguito della pronuncia De Tommaso, la Suprema Corte ha compiuto un apprezzabile sforzo di interpretazione convenzionalmente

golo visuale, anche le “ipotesi particolari di confisca” previste dall’art. 12-*sexies* si fondano su una *ratio* legata ad una prognosi di pericolosità oggettivo/soggettiva, consistente nel rischio di un reimpiego dei proventi illeciti. È da questa constatazione che, a nostro sommo avviso, dovrebbe maturare l’auspicio che un’opera di riforma concepisca i due tipi di confisca in esame quali strumenti, qualitativamente omogenei, di una medesima strategia, articolandone i rapporti interni sul piano del differenziale spessore dei compendi probatori e non in funzione della diversità dei presupposti sostanziali di applicabilità. Di qui la necessità di razionalizzare le relazioni tra procedimento penale ed *actio in rem*, ma anche di formalizzare adeguati *standard* indiziari per l’applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniali”.

¹²¹ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit.

orientata (c.d. tassativizzante), conferendo maggiore precisione alle due fattispecie di cosiddetta “pericolosità generica”.

Questa interpretazione c.d. tassativizzante operata dalla giurisprudenza di legittimità “*muove dal presupposto metodologico secondo cui la fase prognostica relativa alla probabilità che il soggetto delinqua in futuro è necessariamente preceduta da una fase diagnostico-constatativa*”, consistente in un giudizio retrospettivo che ha ad oggetto l'accertamento dei «fatti» che costituiscono elementi costitutivi delle fattispecie di c.d. pericolosità generica, descritte attualmente all'art. 1 del d.lgs. n. 159/2011”.

Elementi che questo indirizzo giurisprudenziale ha tentato di precisare, con particolare riferimento ai termini “delittuoso”, “abituamente” e “elementi di fatto”, di cui alla lettera a) ed alla lettera b) dell'art. 1; nonché al termine “traffici delittuosi”, che invece compare alla sola lettera a) della disposizione ed al termine “proventi” di attività delittuose, che è invece elemento costitutivo della sola fattispecie di cui alla lettera b).

Alla “tassativizzazione sostanziale” è seguita un'opera di “tassativizzazione processuale”, volta a precisare la consistenza probatoria degli “elementi di fatto” su cui l'applicazione della misura deve basarsi, consentendo così alla sentenza in commento di individuare l'oggetto delle questioni di legittimità “*non già dalle disposizioni censurate nella loro statica formulazione legislativa, bensì nella lettura fornite dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, al fine di verificare se tale interpretazione – sviluppatasi in epoca in larga misura successiva alla sentenza della Corte EDU de Tommaso – ne garantisca ora un'applicazione prevedibile da parte dei consociati*”.

L'assunto si fonda sul presupposto che mentre nella materia penale l'interpretazione giurisprudenziale non può di per sé “*colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale (sentenza n. 327 del 2008), poiché nessuna interpretazione può surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta*” (sentenza n. 115 del 2018); viceversa, al di fuori della materia penale”, in un ambito estraneo alla stessa è possibile “*vagliare se il diritto vivente giurisprudenziale sia stato o meno in grado di “precisare” il dato normativo, ponendo i potenziali destinatari delle misure di prevenzione in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa*”.

La Corte afferma che va sgombrato il campo da “*ogni equivoca sovrapposizione tra il concetto di tassatività sostanziale, relativa al thema probandum, e quello di co-*

siddetta tassatività processuale, concernente il quomodo della prova”, precisando che solo il primo attiene al rispetto del principio di stretta legalità penale, mentre il secondo riguarda il modo in cui in giudizio si può procedere all’accertamento probatorio degli elementi della fattispecie, coinvolgendo il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il diritto a un “giusto processo” (art. 111 Cost. e art. 6 CEDU).

La decisione della Corte è dunque calibrata sul livello di precisione tassativizzazione giurisprudenziale e su queste basi si ritiene che un sufficiente grado di precisione sia stato raggiunto nella definizione della fattispecie di cui alla lettera b) dell’art. 1 d.lgs. 159/2011 (in cui è confluito l’art. 1, n. 2 della l. n. 1423/1956), consistente nel vivere “abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose”.

Il sufficiente grado di precisione, emerge, secondo la Corte nella “predeterminazione non tanto di singoli “titoli” di reato, quanto di specifiche “categorie” di reato”: “*deve cioè trattarsi di a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca – l’unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito*”.

Tali requisiti devono essere provati sulla base di precisi «elementi di fatto», di cui il tribunale è tenuto a dare conto puntualmente nella motivazione, in virtù del disposto di cui all’art. 13, secondo comma, Cost.

Ai fini dell’applicazione della misura *personale* della sorveglianza speciale, a tali requisiti si aggiunge “la valutazione dell’effettiva pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ai sensi dell’art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 159 del 2011”.

In relazione al sequestro ed alla confisca, è necessario che i requisiti “*siano accertati in relazione al lasso temporale nel quale si è verificato, nel passato, l’illecito incremento patrimoniale che la confisca intende neutralizzare, e con l’ulteriore precisazione che l’ablazione patrimoniale si giustificherà se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, in quantità ragionevolmente congruente rispetto al valore dei beni che s’intendono confiscare, e la cui origine lecita egli non sia in grado di giustificare*”.

Su queste basi, la Corte ha ritenuto che la questione di legittimità costituzionale, tanto in riferimento alle misure personali che alle misure patrimoniale, risulta infondata nei termini di cui sopra in riferimento alla fattispecie di cui alla *lettera b)* dell’art. 1 d.lgs. 159/2011.

Diversamente, la Corte ha concluso per l'accoglimento della questione sollevata in relazione alla fattispecie di cui alla *lettera a)* dell'art. 1 d.lgs. 159/2011 (in cui è confluito l'art. 1, n. 1, della legge 1423/1956), consistente nell'essere i soggetti proposti "*abitualmente dediti a traffici delittuosi*"

Si osserva al riguardo che nemmeno alla giurisprudenza "*è stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile ex ante per l'interessato, il disposto normativo in esame*», com'è dimostrato anche dall'attuale convivenza di «due contrapposti indirizzi interpretativi, che definiscono in modo differente il concetto di "traffici delittuosi"¹²².

La sentenza, dal punto di vista dei parametri costituzionali spendibili per sorvegliare l'impiego delle misure *ante delictum*, distingue il riferimento all'art. 25, *sub specie* di tassatività delle fattispecie di pericolosità, da quello all'art. 13 Cost. che, rispettivamente, dal punto di vista sostanziale e da quello processuale, testimoniano, in una dimensione che per contro dovrebbe essere di interazione, le garanzie ineludibili da rispettare allorché venga in gioco una compressione della libertà personale, tanto se preventiva alla commissione di un fatto di reato quanto se reattiva ad esso.

Viene tuttavia, con un certo grado di inconscia precomprensione, alla fine valorizzata solo la tassatività processuale, che deve valere per qualsiasi misura pubblica che veicoli in capo al destinatario una degradazione giuridica assimilabile alla privazione della libertà personale.

Il riferimento alla tassatività processuale si espone tuttavia a delle considerazioni critiche¹²³, essendo influenzato dalla volontà, più o meno consapevole, di assumere come presupposto l'espulsione del sistema di prevenzione dalla materia penale.

Senonché, già si è visto tali assunti si contrano con la logica surrogatoria/indiziaria delle misure di prevenzione, attratte nel genere sanzionatorio penale, scontando tuttavia un deficit di legalità/determinatezza che affligge la base normati-

¹²² Da una parte la sentenza della Corte di cassazione n. 11846/2018 ha fatto riferimento a «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]», ricomprendendovi anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l'approfittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili». Dall'altra parte la pronuncia della Corte di cassazione n. 53003/2017 fa invece riferimento al «commercio illecito di beni tanto materiali [...] quanto immateriali [...] o addirittura concernente esseri viventi (umani [...] ed animali [...]), nonché a condotte *lato sensu* negoziali ed intrinsecamente illecite [...], ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento».

¹²³ Cfr. per tali argomenti, MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss.

va del sistema delle misure di prevenzione, tanto sul piano dei presupposti che su quello dei contenuti. Senza considerare che gli artt. 13 e 25 Cost. sono espressione di una medesima sensibilità garantista propria della materia penale¹²⁴, sintetizzabile nel binomio “incisione della libertà/garanzie penalistiche”.

L’opera tassativizzante, muovendosi sul piano probatorio, ha provato a ricercare ciò che il testo non dice, alla ricerca degli elementi di fatto in concreto dotati di efficacia indiziante dei reati delle varie categorie indicate dalla legge.

Per vero, rimane incontestabile la constatazione che quegli “elementi di fatto” non sono legislativamente predeterminati.

E forse nemmeno avrebbero potuto esserlo proprio in quanto si tratta non già di elementi costitutivi di un tipo di fatto, ma di materiale fattuale rilevante nella sua capacità indiziaria.

La giurisprudenza ha compiuto sforzi rilevanti sulla via della tassativizzazione: non a caso, quanto alla pericolosità generica, viene richiesto che si possa fare riferimento ad un accertamento giudiziale di responsabilità per uno o più fatti criminosi pregressi, indifferente essendo che a tale accertamento si pervenga nello stesso giudizio di prevenzione ovvero sia stato conseguito in un precedente o parallelo processo di cognizione.

In tal modo, viene tuttavia in rilievo proprio quella logica surrogatoria e indiziaria che attrae il sistema di prevenzione in quello punitivo, finendo le misure di prevenzione per assumere la fisionomia surrogatoria di misure di sicurezza largamente generalizzate¹²⁵. Esse, infatti, coi contenuti della sorveglianza speciale e della confisca, tendono a divenire sanzioni conseguenti ad un accertamento giudiziale pieno o semipieno di reati pregressi oggi previsti in numero davvero esorbitante e di natura molto eterogenea.

Il sistema di prevenzione *ante delictum* è così diventato, con una evidente truffa alle etichette¹²⁶, uno strumento parallelo a quello punitivo, del quale condivide la natura, congegnato in modo da colpire più agevolmente tutti quei reati per i quali il legislatore avverta un’esigenza di semplificazione accertativa, come avviene per i delitti di mafia¹²⁷.

¹²⁴ MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, cit., 107 ss.

¹²⁵ MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 209 ss.

¹²⁶ MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 209 ss.

¹²⁷ PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, cit., secondo cui “ne risulta naturale, in questa logica, una tendenza fortemente espansiva della prevenzione ante

È dunque pur vero che l'interpretazione tassativizzante ha rilevato talvolta una sensibilità garantista, condivisa dalla Corte di Strasburgo, ma è altrettanto vero che per il sistema della prevenzione, in assenza di adeguato coordinamento, ha assunto una fisionomia funzionale di doppiione surrogatorio ed indiziario di quello punitivo.

Ecco dunque il volto costituzionale delle misure di prevenzione, disegnato sulla base della loro capacità di incidere, in chiave penalistica, sui diritti e sullo *status* sociale dei cittadini.

Sotto tale aspetto, una scelta coraggiosa della Consulta avrebbe imposto una battuta di arresto allo spostamento dell'asse del sistema penale complessivo a favore della prevenzione *ante delictum* con conseguente alterazione dei principi sostanziali e processuali vigenti in materia di responsabilità penale.

Solo in questo modo, sarebbe stato possibile rifondare su nuove basi un sistema preventivo costituzionalmente compatibile, valorizzando *“una pericolosità soggettiva rimessa all'accertamento in concreto del giudice, ma “indiziata” da elementi fattuali legislativamente determinati e non già “indizianti” i più svariati reati pregressi di cui non si abbia piena la prova”*¹²⁸.

Va comunque considerato che più che un punto di arrivo, la sentenza n. 24 dovrebbe costituire *“il primo passo di un percorso di rivisitazione critica di un settore della legislazione in cui la rilevanza dei fini perseguiti tende a far perdere di vista il tema della legittimità dei mezzi”*¹²⁹.

Potrebbero infatti essere riconsiderati vari aspetti problematici tra cui, ad esempio, la scarsa determinatezza della descrizione delle categorie di soggetti aventi “pericolosità qualificata” e di altre prescrizioni inerenti la sorveglianza speciale, così come, abbandonata la funzione preventiva, si dovrà riflettere ancora sulla natura delle misure di prevenzione, alla luce dei principi fondamentali del sistema penale ad orientamento costituzionale.

delictum al punto da diventare una sorta di doppiione del sistema punitivo. Ed è forse sintomatico, sotto questo profilo, che le misure di prevenzione abbiano alla fine dato corpo addirittura ad un codice (non vogliamo dire in sostituzione di quello penale, di cui ancora attendiamo la riforma organica)”.

¹²⁸ PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, cit.

¹²⁹ MAZZACUVA, *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, cit., 987 ss.