

ANTICIPAZIONI

VINCENZO NICO D'ASCOLA

Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*

Ordinariamente si ritiene che le due forme di pericolosità, generica e qualificata, si equivalgano, posto che ad entrambe può conseguire la misura patrimoniale della confisca. In realtà tra le due forme di pericolosità intercorrono profonde differenze che non giustificano la ritenuta equivalenza. In particolare, la pericolosità qualificata, o da reato, impone un dialogo talmente fitto con il diritto penale e con il diritto processuale penale da revocare in dubbio la tradizionale esclusione delle misure di prevenzione dall'area di tutela riservata al reato.

The paper border. Prevention and punishment in the prism of the danger of crime

Ordinarily it is believed that the two forms of dangerousness, generic and qualified, are equivalent, since both can be achieved by the patrimonial measure of confiscation. In reality, there are relevant differences between the two forms of danger which do not justify the deemed equivalence. In particular, the qualified danger, or from a crime, requires such a close dialogue with criminal law and criminal procedural law that the traditional exclusion of preventive measures from the area of protection reserved for crime is questioned.

SOMMARIO: 1. La pericolosità quale presupposto delle misure di prevenzione: un sistema a due facce. - 2. Sistema della prevenzione e sistema penale: due modelli realmente distanti? - 2.1. Sistema della prevenzione e sistema processuale penale. - 2.2. Sistema della prevenzione: il divario con i principi costituzionali. - 3. La pericolosità sociale come categoria unitaria: realtà legislativa o conformismo giurisprudenziale? - 3.1. Il mito della prevenzione. - 4. Pericolosità da reato e diritto penale. - 4.1. Pericolosità da reato e processo penale. - 5. Pericolosità da reato e legalità. - 6. Conclusioni e prospettive.

1. *La pericolosità quale presupposto delle misure di prevenzione: un sistema a due facce.* I rapporti tra pericolosità qualificata e pericolosità generica non sono oggetto di particolare approfondimento.

Tutt'al più, con riferimento ad entrambe, ci si limita ad una mera enunciazione delle retrostanti figure criminologiche di cui all'art. 1, ovvero al catalogo dei reati di cui all'art. 4 del codice antimafia.

Così facendo non si entra nel merito della questione, si mettono assieme categorie tra di loro eterogenee e non si valutano le ricadute sul sistema della prevenzione di una pericolosità *a due facce*.

A maggior ragione non si affronta il problema dei rapporti di ciascuna forma di pericolosità con il sistema penale, per comprendere se dalle due citate forme di manifestazione della pericolosità sociale conseguano differenziate relazioni con il diritto penale. Nel solco di questa opinabile tendenza si colloca la strada che le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno seguito sul punto¹.

*Lavoro destinato agli Scritti in onore del prof. Adelmo Manna

Si parte dall'assunto secondo cui quella qualificata costituirebbe la più grave forma di pericolosità. Affermazione condivisibile, ma ben poco esplicitiva. Si aggiunge poi che pericolosità generica e qualificata costituirebbero una categoria unitaria, passando a indicarne i motivi. Costituiti, per l'appunto, dalla partecipazione di entrambe al più complessivo sistema della prevenzione. Sulla stessa falsariga si ritiene che concorrerebbero a contrastare l'illecito arricchimento, risultando a tale riguardo irrilevante il modo in cui il prevenuto lo abbia conseguito.

A nostro sommessimo avviso vi è da osservare, invece, quanto alle misure patrimoniali, che dovrebbero costituire l'elemento unificante delle due forme di pericolosità, che le modalità di formazione della ricchezza risultano nettamente diverse nell'un caso rispetto all'altro. Ciò per l'evidente ragione che risultano intimamente condizionate dal tipo di pericolosità sociale e dal modo in cui essa interagisce con i canali di formazione del patrimonio. Pertanto, anche la confisca - assunta a comune denominatore - si dimostra incapace di ridurre ad unità l'assetto legislativo della prevenzione, al contrario disomogeneo per come si vedrà in seguito.

Vi è poi da segnalare che così facendo si sposta l'accento sul versante patrimoniale in adesione ad un pur condivisibile *trend* legislativo, ma anche giurisprudenziale, sempre più spinto nel valorizzare la lotta alla formazione dei patrimoni di origine sospetta. Così mettendo in ombra, però, il contrasto alla pericolosità individuale che costituiva l'originario obiettivo della legislazione in materia. Orientata al controllo sociale già a partire dalla fondamentale legge n. 1423/1956.

Si insiste dunque nel porre in risalto le ragioni di una logica unitaria che metterebbe insieme pericolosità qualificata e generica, in quanto fondate sull'applicabilità della confisca di prevenzione sia ai pericolosi *generici*, sia a quelli *qualificati*. Assimilati così quanto meno sul versante di taluna delle conseguenze cui sono esposti. A nulla rilevando l'evidente differenza che separa le due sottostanti fattispecie condizionanti il giudizio di pericolosità. Nell'un caso costituite da soggetti abitualmente dediti ad attività delittuose, purché riconducibili a talune categorie di reati. Nell'altro caso, invece, da singole figure di reato inserite in un apposito catalogo.

Gli argomenti utilizzati per dimostrare la sostanziale unitarietà delle due forme di pericolosità sono poi confermati dal conclusivo ma opinabile rilievo secondo il quale ciò che può riferirsi all'una, può analogamente riferirsi

¹ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, *Spinelli*, in *Cass. pen.*, 2015, 10, 3520.

all'altra.

La stessa Corte di cassazione, questa altra volta seguendo la diversa e più impegnativa via della tipicità, riprende il tema dei rapporti tra pericolosità generica e qualificata². In conseguenza del noto intervento della Corte EDU nella vicenda *De Tommaso*³, il giudice di legittimità si è posto alla ricerca di una lettura tassativizzante dei casi di pericolosità generica enucleati dall'art. 1 d.lgs. n. 159/2011, nel tentativo di fornire di questi ultimi una interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme. A tale riguardo si è osservato che il ruolo svolto dalle diverse figure di pericolosità generica è in tutto e per tutto analogo a quello proprio delle norme incriminatrici nel differenziato contesto del diritto penale. Nell'una ipotesi come nell'altra il giudice dovrebbe anzitutto porsi il problema della sussumibilità del caso concreto nell'idealtipo definito dal legislatore, risultando del tutto ininfluenza che venga in rilievo un caso di pericolosità generica o qualificata. Conclusione, questa, che intanto si segnala per l'apprezzabile sforzo di ancorare i casi di pericolosità generica, indiziati di indeterminatezza, ad elementi tassativizzanti, attraverso la ricerca di una *correlazione* tra questi ultimi e i reati che possono costituirne espressione⁴. Così la Corte di cassazione sembra convalidare l'idea di una parificazione tra le due forme di pericolosità, sia pure giungendovi attraverso un percorso diverso. Data la medesimezza del processo di verifica della corrispondenza del fatto al tipo legale che il giudice della prevenzione deve compiere nell'uno come nell'altro caso. Parificazione, dicevamo, raggiunta sul controverso piano della tipicità e quindi della sostenibilità convenzionale e costituzionale della base legale della pericolosità generica⁵.

2. Sistema della prevenzione e sistema penale: due modelli realmente distanti? Per comprendere se sussistano significative differenze tra le più volte richiamate ipotesi di pericolosità è tuttavia ancor prima necessario chiedersi se esista – e di che ampiezza sia – la distanza che in termini di garanzie separa il sistema della prevenzione dal complementare sistema penale. Ciò al fine di comprendere poi se, individuato e misurato il divario, questo si mantenga inalterato a seconda che ci si trovi dinnanzi a casi di pericolosità generica o qualificata. La maggiore o minore vicinanza alle categorie tradizionali del rea-

² Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, Righi, in *Mass. Uff.*, n. 273976.

³ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

⁴ Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, Righi, cit.

⁵ Per una parziale convalida di questa impostazione, cfr. Corte cost., n. 24 del 2019.

to e del processo penale costituisce, a nostro modesto avviso, un valido banco di prova, non soltanto per testare l'effettiva unitarietà della categoria, ma soprattutto per agevolare la comprensione di aspetti ben più interessanti. Ad esempio la natura delle misure di prevenzione e, più in particolare, se sulla natura di queste ultime si rifletta l'eventuale riscontrata differenziazione più volte richiamata. In quali casi la generalizzata attribuzione di funzioni preventive possa dirsi sussistente e in quali altri no. Come si atteggi il noto e controverso concetto di pericolosità. Nonché, conclusivamente, se possa convenirsi sulla complessiva tenuta del sistema di prevenzione⁶.

Partendo dal diritto sostanziale si è soliti ritenere che nelle misure di prevenzione manchi il fatto inteso quale tradizionale perimetro di tutela cui è assegnato il ruolo di descrivere in modo chiaro e preciso la condotta punibile, vietando casi di responsabilità penale centrati sul mero disvalore d'autore.

La differenza tra i due sistemi è scontata, anche se si rivelerà disomogenea e soprattutto meno netta di quanto a prima vista possa sembrare. Al riguardo l'argomento tradizionalmente più persuasivo è costituito dalla natura predittiva del giudizio di pericolosità per la sicurezza pubblica sul quale si fondano le misure di prevenzione⁷, ancorché sia innegabile che di predizioni viva anche il diritto penale. Per come vedremo, proprio nel contesto di queste riflessioni resta confermata la nostra convinzione circa l'importanza di distinguere le due diverse forme di pericolosità sociale.

Proseguendo deve ancora notarsi come sia ricorrente la convinzione secondo la quale le misure di prevenzione, in quanto assimilate alle misure di sicurezza, non godrebbero della ulteriore garanzia del divieto di retroattività⁸. Divie-

⁶ La dottrina è praticamente unanime nel ritenere che le misure di prevenzione abbiano natura penalistica. Sul punto, oltre ai noti lavori di MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, cfr. soprattutto PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014; MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019; BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione, Profili sostanziali*, Torino, 2020.

⁷ Vd., ad esempio, Corte cost., n. 21 del 2012, nonché Corte cost., ord. n. 289 del 2011; nella giurisprudenza europea, per tutte, Corte EDU, 4 settembre 2001, *Riela e altri c. Italia*, nonché la nota Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, cit.

⁸ Cfr. Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, *Spinelli*, cit. È poi consolidata la giurisprudenza della Corte costituzionale nel ritenere che le misure di sicurezza non siano assoggettate al divieto di retroattività. Presupposto, questo, che sulla base della ritenuta assimilazione tra queste ultime e le misure di prevenzione è posto a fondamento dell'ulteriore affermazione secondo la quale per tale ragione, anche le misure delle quali ci stiamo occupando registrerebbero una eccezione al principio del divieto di retroattività sfavorevole. In tal senso si vedano anche Corte cost., n. 53 del 1968; Corte cost., n. 196 del 2010; Corte cost., n. 104 del 2014. La stessa successiva e già citata sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale, pur non entrando espressamente nel tema, afferma, per come meglio vedremo in seguito, la soggezione delle misure di prevenzione al solo principio di legalità per di più inteso in maniera estremamente

to, quello della retroattività sfavorevole, riconosciuto agli illeciti amministrativi punitivi che beneficiano anche del complementare principio della retroattività della *lex mitior*⁹.

In virtù di tale impostazione si è ritenuto di applicare la misura patrimoniale della confisca a vicende alle quali, secondo la legge del tempo in cui si erano svolte, non si sarebbe potuto applicarla¹⁰.

Quanto poi al principio di colpevolezza, inteso nella sua articolazione costituita da dolo e colpa, esso appare relegato ai margini, se non addirittura posto al di fuori del sistema della prevenzione, dato che non se ne fa cenno. Malgrado sia difficile negare che anche qui il rimprovero presuppone una imputazione degli *elementi di fatto* a titolo di dolo o quanto meno di preterintenzione¹¹.

Né è trascurabile la mancanza di ogni riferimento ai limiti del ricorso alla analogia o a pratiche cripto-analogiche funzionali alla estensione dei presupposti applicativi delle misure. Allo stesso modo non può definirsi insignificante l'irrelevanza del trascorrere del tempo tra la datazione degli *elementi di fatto* e il giudizio, posta la mancanza di ogni richiamo alla disciplina della prescrizione. Cosa, questa, che sembra svuotare di significato addirittura l'essenza e l'obiettivo della prevenzione alla quale, per sua stessa natura, non può mancare l'incrocio stretto tra diagnosi e prognosi, soprattutto se si intende assegnare un ruolo davvero effettivo al requisito dell'attualità¹². Obiezione nemmeno superata dall'obbligo di dare conto di questa stessa attualità, anche con riferimento alla fase della esecuzione di una misura precedentemente disposta e poi sospesa¹³. Posto che la profondità tendenzialmente illimitata del giudizio

semplificata, perché limitato all'obbligo che le misure di prevenzione siano prevedute, ma non determinate per legge.

⁹ Sul punto, si veda Corte cost., n. 63 del 2019.

¹⁰ Si veda, sul punto, la già citata Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, *Spinelli*, che riporta fedelmente la vicenda sottoposta a giudizio.

Per una critica dell'impostazione giurisprudenziale volta ad escludere l'applicabilità del divieto di retroattività sfavorevole alle misure di prevenzione, sia consentito il rinvio a D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, in *La Giustizia patrimoniale penale*, a cura di Bargi, Cisterna, tomo I, in *Diritto e procedura penale*, collana diretta da Gaito, Romano, Ronco, Spangher, Torino, 2011, 182 e ss.; ID., *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale, Confronto di idee su: «Il procedimento di prevenzione tra evoluzione e involuzione»*, in *questa Rivista*, 2012, 807 e ss.

¹¹ Restando aperta, nella sua intuibile problematicità politico-legislativa, l'applicazione delle misure di prevenzione con riferimento alle condotte colpose. Sul punto vd. comunque *infra*, nt. 53.

¹² Cass., Sez. un., 30 novembre 2017, *Gattuso*, in *Cass. pen.*, 2018, 1486.

¹³ Cfr. Corte cost., n. 291 del 2013, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. n. 159/2011 nella parte in cui non prevedeva che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale restasse sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sotto-

di prevenzione è cosa diversa dall'obbligo di rivalutare la pericolosità sociale nel caso in cui l'esecuzione della misura sia successiva a quella di una pena detentiva, quanto meno pari a due anni. D'altronde, il legislatore e la giurisprudenza hanno avvertito la necessità di introdurre correttivi al rischio di soggetti eternamente pericolosi, ma lo hanno fatto sul piano delle sole misure patrimoniali, non anche di quelle personali¹⁴.

Emerge chiara, pertanto, già da questa parziale, ma sufficientemente indicativa elencazione, la misura del divario esistente tra reato e prevenzione sul piano di principi e garanzie fondamentali.

A questi nostri primi rilievi le obiezioni sono scontate. Ciò che a noi sembra criticabile costituirebbe invece la scontata conseguenza della natura non penalistica e nemmeno punitiva delle misure di prevenzione.

Pur non addentrandoci sin da subito nell'inestricabile tema della natura punitiva ovvero preventiva di queste misure, sin da subito possiamo sottolineare come la stessa giurisprudenza che ne esclude la natura sanzionatoria - e di conseguenza anche la sottomissione alle garanzie che costituirebbero prerogativa del solo diritto penale - sia cionondimeno concorde nel riconoscerne la natura *afflittiva*¹⁵. Ciò per l'evidente ragione che incidono sui diritti di libertà personale, come anche sul patrimonio, del prevenuto.

Il tema dell'afflittività, seppure presente nel dibattito sulla natura delle misure di prevenzione, è poi sottovalutato perché si trascurano evidenze ben più significative. Come gli ulteriori effetti interdittivi, incapacitativi e inabilitativi che ne derivano¹⁶, come quelli direttamente punitivi costituiti dagli incrementi di pena che sotto forma di circostanze aggravanti si generano nel caso di com-

posta, il giudice della prevenzione dovesse valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento della esecuzione della misura.

¹⁴ Si allude, per un verso, ai termini di perenzione del sequestro, se non convertito in confisca; per un altro verso, alla necessità di una ragionevole correlazione temporale tra pericolosità sociale ed illecito arricchimento, in virtù della quale possono essere legittimamente confiscati solo i beni acquisiti dal prevenuto nell'epoca di manifestazione della sua pericolosità. In quest'ultima direzione, cfr. Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, *Spinelli*, cit., nonché, sul fronte della confisca *allargata* ora prevista dall'art. 240-*bis* c.p., Corte cost., n. 33 del 2018.

¹⁵ Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826, *Righi*, cit.; da ultimo, cfr. Corte cost., n. 24 del 2019, *cit.*, la quale esclude il carattere sanzionatorio/punitivo delle misure in esame, che altrimenti avrebbe chiamato «in causa necessariamente le garanzie che la C.E.D.U. e la stessa Costituzione sanciscono per la materia penale», malgrado espressamente riconosca che le stesse limitano la libertà personale, al punto da utilizzare l'art. 13 Cost. quale parametro per misurare la dimensione costituzionale della legalità in materia.

¹⁶ Peraltro in certi casi difficilmente distinguibili da quelli che scaturiscono dalle sanzioni amministrative punitive. Cfr., a titolo esemplificativo, art. 67 d.lgs. n. 159/2011, art. 3 l. 21 novembre 1967, n. 1185, art. 9 l. 18 aprile 1975, n. 110, art. 1 d.m. 18 marzo 1998, n. 144.

missione di taluni reati da parte di soggetti sottoposti a queste misure¹⁷. In simili casi lo *status* di prevenuto produce aumenti sanzionatori per essere stato il fatto commesso da quest'ultimo. Quindi senza alcuna lievitazione oggettiva della gravità del fatto, ma solo in virtù di una ritenuta maggiore pericolosità dell'autore.

In disparte gli evidenti profili di incostituzionalità¹⁸, è chiaro che simili aumenti della pena criminale per effetto di una misura di prevenzione inducono a dubitare, insieme a tante altre ragioni, della funzione asseritamente non punitiva di quest'ultima.

Ed allora, già in virtù di queste convergenti considerazioni, che non sembrano facilmente contestabili, si legittima una ulteriore obiezione che analogamente appare difficile da confutare.

Per un verso il postulato di assoluta estraneità al diritto penale merita un'accusa di circolarità, dato che parte da una affermazione di principio la quale si dimostra inflessibile anche dinanzi al significativo riconoscimento della natura sicuramente afflittiva delle misure di prevenzione. Risultando altresì difficilmente comprensibili il senso e la portata di una diagnosi differenziale tra i termini *afflittivo* e *punitivo*, soprattutto se usati come etichette contrapposte per delimitare l'area del *penale* da un'area non meglio definita, ma della quale nulla si dice se non che penale non è. Né le cose cambiano se 'afflittivo' si sostituisce con 'preventivo', data la innegabile presenza di situazioni miste di punizione e prevenzione insieme, per come è testimoniato dalla stessa pena criminale nonché dal rilievo secondo il quale la asserita natura preventiva di queste misure non ha vietato alla Corte EDU di valutarne la base legale alla luce dei noti principi di prevedibilità e accessibilità¹⁹.

¹⁷ Si consideri, in particolare, l'art. 71, co. 1, d.lgs. n. 159/2011, il quale contempla una circostanza aggravante relativa a taluni reati, se commessi «da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione».

Si tenga anche conto che la violazione di una delle prescrizioni previste dall'art. 75 d.lgs. n. 159/2011 attiva una reazione sanzionatoria diversamente modulata a seconda della qualità soggettiva dell'agente. Ciò in quanto il sorvegliato 'semplice' viene punito con la contravvenzione prevista dal primo comma, mentre la condotta del sorvegliato 'qualificato' che violi una di queste prescrizioni è sanzionata con il delitto prefigurato dal secondo comma.

¹⁸ Che non ci sembrano molto dissimili da quelli che hanno indotto, qualche anno addietro, la Corte costituzionale a dichiarare l'incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3, co. 1, e 25, co. 2, Cost., dell'art. 61, n. 11-*bis*, c.p., il quale prevedeva l'aggravante consistente nell'aver l'imputato commesso il fatto «trovandosi illegalmente sul territorio nazionale». Cfr. Corte cost., n. 249 del 2010, con nota di VIGANÒ, *Nuove prospettive per il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Giur. cost.*, 2010, 3017 ss.

¹⁹ Sulla dicotomia punizione/prevenzione, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Tori-

D'altronde, la stessa Corte costituzionale ha usato l'aggettivo *affittivo* quale sinonimo di *punitivo*²⁰. Ciò senza trascurare poi il fatto che il sostantivo *prevenzione* è per sua stessa natura polisemico e pertanto si presta a diverse utilizzazioni²¹.

Al di là delle etichette, vi è però da notare che, anche ove si convenisse che di diritto penale non si tratta, la riconosciuta natura *affittiva* di diritti costituzionalmente presidiati imporrebbe pur sempre la necessità di individuare un livello di garanzie comunque proporzionato alla gravità degli effetti prodotti.

Questo modo di intendere la questione ci fa intravedere i limiti di un dibattito che si sviluppa tra due aggettivi. Posto che anche ove si attribuisse natura punitiva alle misure di prevenzione, ciò non equivarrebbe comunque a riconoscere l'automatica appartenenza al diritto penale.

A questo punto sembra chiaro che la questione non può limitarsi a decidere se le misure di prevenzione debbano stare dentro il diritto penale o fuori, apparendo illusoria e quindi inutile la febbrile ricerca, da parte degli studiosi, ora di sprazzi, ora di barlumi deponenti nell'una o nell'altra direzione.

La realtà di un diritto piegato alle mille sfaccettature e quindi anche alle mille contraddizioni di una società priva, tra le tante altre cose, di *direzionalità* - caratteristica, questa ultima, che inevitabilmente si riflette anche sulla qualità del prodotto legislativo che ne costituisce l'immagine speculare - non consente, anzi sconsiglia la pretesa di separare con nettezza le funzioni asseritamente attribuite ad un istituto, maggiormente se esso stesso, di per sé, già risulta di incerta collocazione²².

Oltretutto, se a un quadro così flessibile si aggiunge, quale metro di paragone, la storica indeterminatezza del sostantivo *funzione* che da subito richiama l'interminabile controversia circa le funzioni da attribuire alla stessa pena criminale, si comprende come meglio sarebbe mutare del tutto l'approccio sin

no, 2018, spec. 63 e ss. Sulla questione si veda anche la nota sentenza della Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, che ha dimostrato la possibile convivenza tra prevenzione e punizione. Sul punto, MASERA, *La nozione costituzionale*, cit., 37 ss.

²⁰ Cfr. Corte cost., n. 104 del 2014.

²¹ È vero infatti quanto sostiene la Corte di cassazione, a Sezioni Unite, nella già richiamata sentenza Spinelli, allorché afferma che anche la misura patrimoniale della confisca svolge una funzione preventiva, dal momento che induce il prevenuto a non perseverare nel commettere fatti produttivi di un illecito arricchimento. Tuttavia, così ragionando si rischia di dilatare troppo il concetto di prevenzione. È innegabile, infatti, che anche il condannato subisca una intimidazione che dovrebbe scoraggiarlo dalla commissione di ulteriori reati. Non per questo sarebbe legittimo attribuire alla pena criminale funzioni prevalentemente preventive.

²² Sul tema, si veda la recente indagine di SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, Napoli, 2020, *passim* e spec. 57 ss., 395 ss.

qui seguito²³.

2.1. *Sistema della prevenzione e sistema processuale penale.* Con riferimento al diritto processuale penale è sufficiente un semplice rinvio ai fondamentali principi di garanzia del codice per dimostrarne il divario rispetto all'inesistente *sistema processuale* dettato per le misure di prevenzione. *Sistema* al quale sono destinate solo alcune disorganiche disposizioni.

Posto ciò, a noi sembra indicativa del modo di procedere l'assenza di una previsione che per regolare le attività rimandi a quelle del codice di procedura penale²⁴, quanto meno se compatibili. Circostanza, questa, priva anche di buon senso, dato che un minimo di realismo giuridico avrebbe dovuto suggerire al legislatore di prendere atto di ciò che ordinariamente accade. Ossia che i magistrati che se ne occupano, magistrati che risultano assegnati al penale, sono comunque costretti ad utilizzare il codice penale e il codice di procedura penale, dato che sarebbe illegittimo e darebbe luogo a censure di incostituzionalità ispirarsi ai più soggettivi e variabili schemi suggeriti da prassi localmente invalse.

Anche premesse le peculiarità della prevenzione e la impossibilità di sottemmetterla integralmente al ben più rigido statuto del processo penale, non è insignificante segnalare l'assenza di un adeguato *standard* probatorio.

Manca poi la funzione di piena garanzia del giudicato, data la possibilità che questo sia superato da elementi intervenuti e quindi non conosciuti, ma soltanto conoscibili, nel corso di un precedente giudizio di prevenzione che si sia concluso. Circostanza pur comprensibile, ma che espone il prevenuto al rischio di processi - anche su questo versante - eterni. Caratteristica che tuttavia, ancora una volta, esalta la funzione punitiva e non certo quella preventiva.

Né può trascurarsi che il giudizio di primo grado è già compromesso nei casi in cui risulta affidato - per come è possibile che accada - allo stesso collegio

²³ Ci sembrerebbe preferibile pensare a un complesso ma unitario sistema sanzionatorio, al vertice del quale andrebbe ovviamente collocato il diritto penale ed i cui sottostanti livelli, da classificarsi autonomamente, dovrebbero includere tutte le restanti misure comunque limitative di diritti costituzionalmente e convenzionalmente presidiati. Da assumersi quale comune denominatore dell'intero sistema, graduando le correlative garanzie in ragione della rilevanza dei beni giuridici sacrificati, dell'entità del sacrificio, nonché della effettiva distanza tra condotte e beni giuridici. A nulla rilevando che qui o là possa constatarsi la presenza di finalità preventive. Si passerebbe così a valutare entità, come il livello di compromissione dei diritti, che il giurista può misurare con maggiore facilità, anche perché ontologicamente dotate di concretezza.

²⁴ Come anche al codice penale allorquando si pongano interferenze tra prevenzione e reato.

già investito della preliminare decisione circa l'adozione del sequestro, *inaudita altera parte*.

È poi del tutto singolare la ripartizione dell'onere della prova tra proponente e prevenuto. È vero quanto sul punto sostiene la Corte di cassazione secondo la quale a quest'ultimo sarebbe addebitata una ragionevole presunzione, tratta dai fatti concreti che il pubblico ministero gli contesta. Fatti rispetto ai quali il prevenuto può dimostrare il contrario sia sul piano della misura personale, sia su quello della patrimoniale²⁵. Tuttavia, pur prendendo atto di questa ben più equilibrata formulazione, non vi è dubbio che al proposto non è consentito il diritto al silenzio²⁶, né il ricorso al correlativo principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza, concordemente ritenuto non applicabile al settore della prevenzione²⁷.

Quanto al diritto di difesa e al diritto alla prova, e quindi al diritto di difendersi provando, si deve alla giurisprudenza costituzionale – sia pure a richiesta di parte – la possibilità di celebrare la udienza in forma pubblica anziché camerale, a garanzia del principio di trasparenza²⁸. Donde anche la possibilità di sollecitare il rispetto delle garanzie riservate alla pubblica udienza. Si deve poi alla riforma del 2017 l'attribuzione al difensore del diritto di eccepire il proprio legittimo impedimento, ma soprattutto di esercitare il diritto alla prova²⁹. Il riconoscimento del quale ha finalmente eliminato l'irragionevole divieto imposto al prevenuto di indicare gli elementi a sua difesa, malgrado contestualmente e altrettanto contraddittoriamente gli venisse imposto l'onere di confutare la pur ragionevole ma contraria presunzione dell'accusa. È poi opportuno notare che l'attribuzione del diritto alla prova comporta – nella direzione segnata dall'art. 111 Cost. – anche l'esercizio del diritto al contraddittorio. Non si comprenderebbe infatti l'attribuzione del primo senza il riconoscimento del secondo. Tutto ciò testimonia il compimento di timidi passi nella direzione di un giusto processo di prevenzione, ma non muta granché le carte in tavola.

Proseguendo infatti nella elencazione dei casi di più vistosa disparità rispetto alle regole di cui all'art. 111 Cost., si deve osservare che la ragionevole durata

²⁵ Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, *cit.*

²⁶ Sul punto, si veda Corte cost., n. 32 del 2020.

²⁷ Al riguardo, vd. Corte cost., n. 21 del 2012, *cit.*, nettissima nell'escludere l'applicabilità dell'art. 27, co. 1, Cost., alle misure di prevenzione e, più in generale, nel sottolineare le specificità del procedimento di prevenzione rispetto al processo penale.

²⁸ Corte cost., n. 93 del 2010. Beneficio, questo, però del tutto contraddittoriamente negato quanto al ricorso per cassazione, come deciso da Corte cost., n. 80 del 2011.

²⁹ Cfr. il comma 4-*bis* dell'art. 7 d.lgs. n. 159/2011, introdotto dalla l. 17 ottobre 2017, n. 161.

del processo, per come già prima rilevato, è tutelata solo sul versante delle misure patrimoniali per il tramite dei termini di perenzione, ma nulla è disposto per le personali.

Per ciò che concerne, infine, il ricorso per cassazione, permane la incomprensibile riduzione del suo ambito per effetto della esclusione della deducibilità del vizio di motivazione – indispensabile per verificare la completezza, la non contraddittorietà e la logicità delle ragioni poste a sostegno delle misure personali e soprattutto degli snodi inevitabilmente fattuali attraverso i quali si sviluppa il processo di accertamento della origine illecita della ricchezza – quanto alle misure patrimoniali³⁰. *Deficit* al quale si somma la celebrazione della udienza in camera di consiglio, per di più non partecipata.

2.2. *Sistema della prevenzione: il divario con i principi costituzionali.* Le misure di prevenzione sono del tutto estranee alla Costituzione, che non le cita nemmeno, probabilmente perché considerate retaggio del regime fascista. Quest'ultimo, malgrado le qualificasse come *amministrative*, assegnava loro un ruolo spiccatamente *punitivo*, dal momento che le aveva inserite nell'area mobile del diritto di polizia per intervenire là dove si fosse avvertita la necessità di avere le *mani libere* dai vincoli imposti dal codice penale. Classico esempio di ciò che potremmo definire *diritto penale reale*³¹.

Malgrado ciò la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 177/1980 aveva ritenuto che la disciplina di queste ultime fosse sottomessa alla copertura del principio di legalità fissato dall'art. 25, co. 3, Cost. Affermando però che la garanzia dovesse riguardare non soltanto i presupposti per l'applicazione, ma anche i reati sui quali si fosse riflesso il giudizio di pericolosità. Ossia i reati rispetto ai quali fosse formulata la stessa prognosi di pericolosità.

Recentemente la Corte costituzionale ha mutato indirizzo, elaborando uno statuto delle misure di prevenzione articolato in tre punti, il primo dei quali soltanto merita una approfondita riflessione con esclusivo riferimento a quanto è di nostro interesse³².

³⁰ Si pensi, ad esempio, a snodi rilevanti della motivazione costituiti dalla giustificazione del rapporto di proporzione tra redditi dichiarati e patrimonio acquisito, nonché alla necessaria correlazione temporale tra i fatti dimostrativi della pericolosità del prevenuto e i tempi di acquisizione del suo patrimonio.

³¹ Sul tema, ampiamente, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., *passim* e spec. 395 ss.

³² Al secondo punto la Corte costituzionale, con la già citata sentenza n. 24/2019, pone i principi di necessità e proporzione, al terzo quello del giusto processo del quale ci si è già occupati, tenuto conto delle peculiarità proprie della prevenzione. Per un'analisi della sentenza, vd. MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. proc.*, 2020,

La Corte infatti, premessa la maggior tutela offerta dalla Costituzione rispetto alla C.E.D.U., prende in considerazione il principio di legalità inteso come obbligo di prevedere per legge le misure di prevenzione. Tuttavia l'assunto restituisce da subito una immagine della legalità che in materia appare impoverita, perché privata di uno dei suoi contenuti più significativi, costituito per l'appunto dalla riserva di legge. In altri termini resta privata di ciò che per la nostra cultura giuridica riassume, addirittura sul piano dei valori propri di questo Stato democratico, il senso più profondo della legalità.

Secondo la Corte sarebbe sufficiente che la misura sia prevista, ma non predeterminata per legge. Ciò perché alla definizione legale delle note identificative della categoria di pericolosità sarebbe ammessa la concorrente partecipazione, con funzione tipicizzante, di una giurisprudenza consolidata. Precisione di certo non insignificante rispetto ai contenuti classici della legalità nazionale implicati anche dal co. 3 dell'art. 25 Cost. che difetta soltanto del divieto di retroattività. In conseguenza di questa decisione la base legale delle misure di prevenzione risulterebbe sottratta al monopolio del legislatore, dato che si assume l'esistenza di una giurisprudenza consolidata come confine tra il salvataggio costituzionale di una disposizione e la soluzione opposta. Così la legalità, già carente della riserva di legge, sarebbe ulteriormente svuotata sul piano della determinatezza di fonte legislativa, per effetto del contributo riconosciuto alla giurisprudenza. Conclusione che già certifica l'insufficiente rispetto del principio di tipicità. La legalità si gioverebbe così dell'apporto in realtà *creativo* di una giurisprudenza alla quale resterebbe affidato il compito di individuare e colmare le lacune descrittive del legislatore.

Anche in questa occasione, una legalità privata di contenuti, nonché l'amplissimo scarto tra reato e prevenzione che ne deriva, sono giustificati dall'immane formula secondo la quale la prevenzione è estranea all'area del diritto penale.

Le ragioni a sostegno del neo-introdotta livello di legalità attenuata, compatibile con il concetto di diritto, ma non con quello di legge, restano altresì prive di una adeguata motivazione nel testo della sentenza, che sul punto cruciale si limita a dire che "*non può del tutto escludersi*" una costruzione in termini di titolarità concorrente, perché condivisa tra Parlamento e magistratura, della legalità della prevenzione³³.

Non è poi risolutivo il pur comprensibile richiamo all'art. 13 Cost., dal momento che quest'ultima disposizione sottopone la libertà personale ad una

107 e ss.

³³ Corte cost., n. 24 del 2019, *cit.*, § 12.

doppia riserva: di legge e di giurisdizione. E se la magistratura ha il potere di convalidare i provvedimenti limitativi della libertà personale, può tuttavia farlo soltanto nei *casi* e nei *modi* espressamente preveduti dal legislatore. Rispetto alle previsioni di quest'ultimo, poi, non è consentita alcuna deroga o integrazione.

In altri termini ci sembra contraddittorio che allo svuotamento del principio di legalità consegua il rinvio alla tutela costituzionale della libertà personale che semmai esige il rigore tipico di una materia informata al principio della *extrema ratio*.

Non ci sembra poi irrilevante notare che il sacrificio della libertà personale individua come proprio esclusivo riferimento il settore del diritto penale al quale però, con una sottile contraddizione, contestualmente si nega appartengano le misure in oggetto.

Affermare il contrario di quanto sin qui osservato potrebbe indurci nell'errore di considerare la Costituzione come una sorta di legge delega, ossia di pensare che costituisca un contenitore di criteri e principi la concretizzazione dei quali spetterebbe ad un legislatore in tal modo delegato.

Né può trascurarsi come sul punto resti del tutto in ombra la stessa sostenibilità politica e istituzionale dell'attribuzione alla giurisprudenza del potere di orientare, sia pure in modo concorrente, le scelte dei cittadini, rendendo dettagliata - ma posteriormente ai fatti - la linea di confine tra i comportamenti neutri per il diritto e quelli invece rilevanti. Lacuna non secondaria allorché in gioco vi sia l'uso di poteri in grado di incidere sui diritti costituzionalmente garantiti di libertà personale e di proprietà.

Restando ancorati al piano politico ed in particolare al principio di separazione dei poteri - specialmente se considerato in senso dinamico e quindi tradotto in termini di reciproco controllo - deve osservarsi che così facendo si attribuiscono all'ordine giudiziario poteri di natura politica, concernenti la formazione della legge. Poteri, questi, che rischiano di introdurre fattori di ulteriore accelerazione ed incremento dello squilibrio tra giudiziario e legislativo. Squilibrio che ha già avuto inizio con la alterazione dei noti contrappesi originariamente preveduti dalla nostra Costituzione³⁴.

È poi assolutamente ovvio che qui non è in discussione la incontestabile capacità tecnico-giuridica della magistratura di concepire prima e scrivere poi con le proprie sentenze i testi legislativi. Si tratta semmai di una capacità manifestamente sproporzionata per eccesso, specie se confrontata con la imba-

³⁴ Si pensi alla modifica dell'art. 68 Cost. apportata dalla legge costituzionale 29 ottobre 1993, n. 3.

razzante inadeguatezza di talune componenti politiche dell'attuale Parlamento. Al contrario, si pone un problema di legittimazione politico-democratica e quindi dello storico *deficit* di rappresentanza politica di una magistratura composta da alti funzionari tecnicamente attrezzati, ma non eletti dal popolo e di conseguenza politicamente irresponsabili delle scelte da loro compiute. In altri termini la magistratura godrebbe di una attribuzione esclusiva, non controllabile e questa volta certamente non concorrente, quanto alla decisione di *quando e come* integrare il testo legislativo³⁵. Insomma, nel caso della sentenza n. 24/2019 sembra sia prevalsa la ragion di Stato e i non conoscibili percorsi di formazione della maggioranza. Quella ragion di Stato che si può comprendere sul piano delle esigenze politiche, ma non su quello del diritto. Se a queste riflessioni critiche si aggiunge, per come sin dall'inizio abbiamo segnalato, la ritenuta inconciliabilità delle misure di prevenzione con il principio del divieto di retroattività sfavorevole, ci si avvede di quanto poco rimanga – addirittura quasi nulla – sul piano della loro base legale. Non soltanto si nega che il Parlamento sia l'unico organo al quale la materia è riservata, ma si autorizzano Parlamento e magistratura ad alterare, con efficacia retroattiva sfavorevole, i conflitti giudiziari in corso, decidendone la sorte. Ovvero addirittura legittimando la creazione di nuovi conflitti che non avrebbero avuto ragione di sorgere secondo le leggi vigenti al momento dei fatti³⁶. Questa ultima obiezione assume poi toni ancora più radicali allorché dalla legalità nazionale si passi a considerare quella sovranazionale retta dai noti principi di accessibilità e calcolabilità delle conseguenze giuridiche. La diffusa pratica di applicare retroattivamente le misure di prevenzione si pone infatti in irrimediabile collisione proprio con questo ultimo e fondamentale parametro convenzionale. È chiaro infatti che la loro applicazione retroattiva impedisce ai cittadini ogni possibilità di calcolare il rischio connesso alle proprie *libere scelte di azione*³⁷. Ciò per l'ovvia ragione che un simile meccanismo permette interventi limitativi dei diritti per condotte consentite – o comunque

³⁵ Cfr. la nota Corte cost., n. 49 del 2015 la quale elabora una serie di criteri al metro dei quali affermare il consolidamento, e quindi l'efficacia vincolante per il giudice nazionale, della giurisprudenza convenzionale. Anche a prescindere dalle incerte ricadute, sul piano applicativo, dei criteri così adottati dalla Corte costituzionale, non sembra inutile sottolineare che il tema che stiamo qui affrontando non si esaurisce nella limitata dimensione dei rapporti tra il giudice interno e quello europeo, ma coinvolge la ben più complessa dinamica delle relazioni intercorrenti tra legislatore nazionale, autorità giudiziaria e vincolatività del precedente giurisprudenziale innovativo o modificativo del testo di legge.

³⁶ Sul punto si veda Corte cost., n. 32 del 2020, la quale si diffonde in una dotta ricostruzione storica, a partire dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America, del divieto di retroattività sfavorevole, condivisibilmente trasferito anche alla fase della esecuzione penale.

³⁷ In tal senso si vedano gli indimenticabili principi affermati da Corte cost., n. 364 del 1988.

più favorevolmente qualificate - dalla legge vigente all'epoca della loro commissione.

Se è scontato che in uno Stato di diritto il contratto sociale autorizzi riduzioni della sfera giuridica dei cittadini, è altrettanto ovvio che ciò debba avvenire a determinate condizioni. Anch'esse rientranti nel patto. Tra queste certamente figura la necessità che ogni limitazione dei diritti sia bilanciata dalla previsione di garanzie in grado di riequilibrare (o di tentare di riequilibrare) la disparità delle forze in campo.

Per concludere sul punto, quello che si interpone tra misure di prevenzione e materia penale costituisce un confine fragile e incerto, se affidato al manipolabile criterio della funzione.

3. *La pericolosità sociale come categoria unitaria: realtà legislativa o conformismo giurisprudenziale?* Dal divario tra sistema penale e di prevenzione, passiamo ora ad analizzare i rapporti tra pericolosità generica e qualificata. Rapporti segnati da profonde differenze. Né mancheremo di segnalare le strette relazioni che intercorrono tra quest'ultima e il diritto penale, per come acutamente anticipato da Giuliano Vassalli, indimenticato Maestro del diritto penale, addirittura quando nemmeno esistevano pericolosità qualificata e misure patrimoniali³⁸. Si avrà modo così di riflettere ulteriormente sulla natura, sullo scopo, nonché sulla stessa complessiva sostenibilità del sistema di prevenzione.

Sarà quindi inevitabile porsi anche il problema della razionalità di una prevenzione vuota sul piano del trattamento e dei fini, ma ricca su quello dei numeri. Addirittura tre diverse forme, dovendosi aggiungere a quelle sin qui richiamate anche la pericolosità da reato destinata all'applicazione delle misure di sicurezza. Né sarà inutile soffermarsi sul reale contenuto del poliedrico concetto di prevenzione, proprio perché questa etichetta è quella poi utilizzata per escludere le misure di prevenzione dalla materia penale, come anche dal diritto punitivo. Ricorrono infatti seri indizi circa un uso poco consapevole del termine, se non anche apparente e comunque tutt'altro che disinteressato.

A tale proposito occorrerà comprendere, con particolare riferimento alla pe-

³⁸ Sul punto si veda VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, vol. III, Milano, 1972, 1614 e ss. Il nostro riferimento alla inesistenza, all'epoca, di pericolosità qualificata e misure patrimoniali non è casuale, dal momento che entrambe costituiscono significativi indizi della natura punitiva e non certo preventiva dell'istituto.

ricolosità qualificata, se regga davvero la finalizzazione preventiva di misure che da essa sono generate, ma che sempre più denotano una involuzione punitiva, se non addirittura ulteriormente tale³⁹.

Le interferenze e le sovrapposizioni con la sistematica del reato e del processo penale, l'uso a tratti disinvolto del principio di autonomia, l'improprio ricorso al reato come metronomo della pericolosità e dei suoi requisiti anche sul piano della necessaria attualità, giustificano il pericolo che la fase diagnostica di sussistenza del reato stesso implichi di per sé sola, con inammissibili automatismi e sulla base di mere presunzioni, la successiva fase prognostica, sino al punto di fagocitarla del tutto. Laddove dovrebbe risultare chiaro che una cosa è accertare un reato, altra e diversa cosa è accertare la pericolosità attuale di un soggetto che si sospetta esserne stato l'autore⁴⁰. È ovvio che in un contesto così prefigurato risulti sempre più flebile la negazione della natura penalistica a misure, asseritamente di prevenzione, ma per definizione legislativa nascenti da reato.

Tornando al tema del fatto negato per la prevenzione, al quale sin dall'inizio abbiamo accennato, solo a questo punto possiamo aggiungere che proprio per tale ragione non è un caso la presenza di un fatto – e di un fatto di reato – nella ipotesi cosiddetta qualificata. Laddove il fatto resta escluso per la pericolosità generica. Rispetto alla quale possono tutt'al più riemergere intere categorie di fatti-reato ma in funzione di elemento indiziario circa la sussistenza della corrispondente categoria di pericolosità.

Ad ulteriore dimostrazione della problematicità della pericolosità qualificata deve respingersi il dubbio che la reale consistenza di un fatto di reato, filtrato attraverso i riti estremamente semplificati del processo di prevenzione, possa subire un drastico ridimensionamento.

Occorre quindi comprendere se il termine *reato* costituisca o meno una semplice sigla finalizzata però a celare una fattispecie penale indebolita, se non addirittura svuotata di ogni contenuto. Come tale funzionale a soddisfare le esigenze di una ennesima *truffa delle etichette* che qui si gioverebbe di una prevenzione priva di ogni limite, perché in realtà funzionale alla moltiplicazione di procedimenti e sanzioni per lo stesso fatto, nei confronti dello stesso soggetto⁴¹.

³⁹ Si pensi, ad esempio, ai casi di misure di prevenzione applicate a soggetti già condannati per gli stessi fatti.

⁴⁰ Cfr. artt. 2 e 6 d.lgs. n. 159/2011, che conferiscono piena autonomia al giudizio teso ad accertare la pericolosità sociale.

⁴¹ Per la inapplicabilità del principio convenzionale del *ne bis in idem* processuale e sostanziale alle misure di prevenzione ed allo stato attuale della giurisprudenza della Corte EDU in materia, si veda

La pericolosità qualificata suscita ancora dubbi – per come meglio vedremo in seguito – sul piano della sua stessa utilità politico-criminale. Oscilla infatti tra i rischi di interferenze e sovrapposizioni con il sistema penale rispetto al quale svolgerebbe una funzione ancillare, privandolo così di ogni nota di frammentarietà, posto che al mancato intervento punitivo subentrerebbe una *simil-punizione*, mascherata da prevenzione. Il pericolo che discende da questo problematico scenario descrive il quadro preoccupante di una possibile *punizione totale*. A maglie più larghe nel caso in cui si adoperi il diritto penale e a maglie strettissime nel caso inverso in cui si faccia ricorso al sistema della prevenzione e alle sue rigorosissime prassi applicative.

3.1. *Il mito della prevenzione.* Prima di passare oltre è necessario, però, sviluppare ulteriori argomenti. I problemi generati dalla pericolosità qualificata sono così numerosi e di difficile soluzione da giustificare la convinzione che il pur obbligatorio scrutinio di costituzionalità della pericolosità generica abbia investito la parte meno conflittuale della materia.

In tema di pericolosità generica è fuor di dubbio che si debba spingere nella direzione di incrementarne la tipicità. Tuttavia l'attuale rilevanza della questione non può indurci a dimenticare che costituisce una vera e propria illusione pensare che qui si possa giungere a tassi di determinatezza anche soltanto somiglianti a quelli che si pretendono per il reato. È chiaro infatti che la tipizzazione delle categorie nelle quali si riassume questa originaria forma di pericolosità trova un limite per l'appunto nel suo stesso oggetto, costituito – per come esso è – da tipi d'autore. Sia pure con la necessaria precisazione che le attività attribuite a costoro devono comunque denotare una significativa connessione con gruppi di reati e tradursi in fatti concreti.

Proprio per tornare al tema di una prevenzione effettiva e non soltanto dichiarata, non pare altresì contestabile che un eccesso di tipizzazione ne ostacolerebbe l'efficacia, dato che a quel punto si scivolerebbe verso una surrettizia forma di responsabilità per il fatto di reato. Incrementando semmai il livello di ambiguità di un sistema che già pretende troppo.

Quanto poi all'inevitabile coordinamento della pericolosità qualificata con il diritto penale, deve notarsi che esso non concerne il solo versante del reato, bensì – per come abbiamo più volte notato – anche quello del processo. Con

l'ampia, documentata e particolarmente apprezzabile indagine svolta da MADIA, Ne bis in idem *europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, Padova, 2020, 369 e ss.

ciò si genera un doppio problema che impone un altrettanto doppio coordinamento tra la pericolosità qualificata da un lato, il reato e il processo penale dall'altro. Coordinamento che denota caratteri diversi rispetto a quelli che si scorgono sul contrapposto piano della pericolosità generica.

In altri termini, se la pericolosità è condizionata dal reato, risulterà analogamente condizionata dalle indagini compiute per il suo stesso accertamento, dall'eventuale successiva condanna come addirittura dalla stessa assoluzione.

Se le cose stanno così, è ovvio chiedersi in che misura il sistema della prevenzione possa discostarsi da quello penale, come anche dai correlativi principi sovranazionali e costituzionali. Interrogativo ancora più giustificato se si tiene conto del fatto che la pericolosità qualificata, al contrario di quella generica, è costruita come una pericolosità *post delictum*, da intendersi sul doppio versante della presenza di elementi indiziari di reato e in taluni altri casi addirittura della necessaria condanna per il delitto presupposto¹². Con ciò alimentando anche - e non soltanto - la convinzione di una impropria sovrapposizione con le misure di sicurezza. Convinzione che dà pienamente conto di quell'accusa di inutilità per duplicazione alla quale abbiamo già fatto riferimento.

Ma non basta. Un giudizio di pericolosità tarato sull'indiziato di reato, ovvero su di un condannato, rivela ancora una volta l'assenza di ogni capacità prognostica. Ossia di una componente indispensabile in un contesto davvero preventivo. Il fatto di rivolgersi al passato altro non significa che incrementare quel noto sospetto, per meglio dire quella diffusa accusa, di un intervento che in realtà rivela un ben diverso significato. Quello di una risposta ulteriormente sanzionatoria nei casi di condanna, ovvero di tipo surrogatorio e quindi di recupero della pretesa punitiva nel caso in cui nel processo penale sia intervenuta sentenza di assoluzione.

Né può tacersi che in simili vicende la tanto reclamata finalità preventiva è ulteriormente oscurata dal fatto che l'indiziato, come il condannato, risultano sottoponibili alle risorse delle quali il diritto penale già dispone, anche sul connesso piano della pericolosità da reato. E se in linea di principio può anche accogliersi l'idea di una prevenzione per gli indiziati assolti, ciò dovrebbe implicare condizioni ben più rigorose rispetto alle attuali. Ossia tali da escludere, in questi casi, la libera discrezionalità del giudice della prevenzione. Si dovrebbe pretendere che dal processo penale emergano elementi diversi o non valutati, capaci di giustificare l'intervento preventivo che - escluso il reato

¹² Sul punto si veda art. 4, lett. g), d.lgs. n. 159/2011. Sul controverso tema della pericolosità da reato nelle misure di prevenzione, cfr. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., spec. 129 e ss.

- dovrebbe autonomamente giustificarsi per la emersione di ‘altri’ fatti valutabili in chiave di pericolosità generica.

È merito della Corte di cassazione - che sul punto ha ripreso un decisivo passaggio di una nota sentenza delle sue stesse Sezioni Unite⁴³ - avere qualificato il problema delle interferenze tra giudizio penale e giudizio di prevenzione nei termini di una questione *ineludibile*. Acutamente osservando che la determinatezza imposta alle categorie della pericolosità riduce lo spazio di manovra del giudice della prevenzione rispetto al giudicato penale e che - anche in forza di quanto disposto in tema di revocazione della confisca in caso di conflitto tra giudicati dall’art. 28 del codice antimafia, nonché del principio di non contraddizione - si deve attribuire preferenza a quest’ultimo giudicato (che si avvale di strumenti di accertamento dei fatti ben più penetranti) rispetto a quello di prevenzione⁴⁴. La Corte di cassazione ha pertanto affermato che nel caso di sentenza penale che riconosca la insussistenza del fatto o ne escluda l’attribuibilità all’imputato, quest’ultima ha efficacia vincolante rispetto al giudizio di prevenzione, salvo alcune tassative eccezioni⁴⁵.

Non pare a questo punto dubitabile che la citata giurisprudenza segni una apprezzabile presa di posizione su uno degli snodi più problematici, oscuri e sottovalutati dei rapporti tra giudizio penale e giudizio di prevenzione. Ricca però di ricadute indispensabili per comprendere i problemi che affliggono il sistema della prevenzione.

Sul punto ci limitiamo soltanto ad una osservazione. In controtendenza rispetto ai rapporti tra giudizio penale e giudizio civile, nonché alla soluzione proposta dalla richiamata sentenza *Righi* della Corte di cassazione, alle formule assolutorie del giudice penale - vincolanti per il giudice della prevenzione - concernenti la insussistenza del fatto e la non attribuibilità di questo all’imputato, andrebbe aggiunta anche quella dichiarativa della insussistenza dell’elemento soggettivo, posto che - per come meglio argomenteremo in seguito - ci sembra del tutto ingiustificata una prevenzione basata su fatti non volontari o colposi⁴⁶.

⁴³ Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, in *Mass. Uff.*, n. 246272.

⁴⁴ Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, *Righi*, cit.

⁴⁵ Ossia allorquando «il segmento fattuale oggetto dell’esito assolutorio del giudizio penale si pone come ingrediente fattuale solo concorrente e minusvalente rispetto ad altri episodi storici rimasti confermati (o non presi in esame in sede penale); [...] il giudizio di prevenzione si basa su elementi cognitivi autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale; [...] la conformazione legislativa del tipo di pericolosità prevenzionale è descritta in modo sensibilmente diverso rispetto ai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto del giudizio penale (ipotesi di pericolosità qualificata)». La citazione è tratta dalla più volte citata Cass., Sez. I, 19 aprile 2018, *Righi*, cit.

⁴⁶ Si veda *infra*, nota 52.

Ma i problemi della pericolosità qualificata non finiscono qui, dato che nel caso di sentenza di condanna le sovrapposizioni tra processo penale e processo di prevenzione generano questioni altrettanto complesse.

In casi siffatti, giusto per ritornare al tema centrale di un'autentica prevenzione, e quindi richiamando l'argomento in forza del quale da talune autorevoli parti si ritiene che questo settore debba essere collocato al di fuori del diritto penale, come anche del diritto punitivo, non si riesce a comprendere alla luce di quale principio si faccia uso del sostantivo, fin troppo abusato, *prevenzione*.

Perplessità che ovviamente non si pongono nel caso di condannati che, se attualmente pericolosi, possono essere sottoposti anche alle misure di sicurezza e al trattamento rieducativo che ne accompagna l'esecuzione. Circo- stanza che a nostro avviso rende evidente il diverso livello di razionalità giuridica del codice Rocco in tema di pericolosità sociale. Anche perché il trattamento rieducativo cui abbiamo accennato del tutto contraddittoriamente manca, invece, nella disciplina delle misure di prevenzione. Queste ultime, se effettivamente tali, del trattamento non potrebbero difettare, essendo la rieducazione lo strumento attraverso il quale è più facile mirare alla prevenzione.

Sul punto non resta da osservare che un sistema asseritamente preventivo che incomprensibilmente (ovvero fin troppo comprensibilmente) ha rinunciato alla fisica presenza del prevenuto, avendo disarticolato le misure personali da quelle patrimoniali, rivela la mancanza di ogni idea di scopo, manifestando così schietta natura punitiva⁴⁷. Né a questa critica si può ribattere sostenendo la necessità di perseguire i patrimoni di illecita formazione, anche nel caso di morte del soggetto proposto, non potendosi consentire che di un patrimonio così formato godano eredi, ancorché mai pericolosi e del tutto estranei alla formazione della illecita ricchezza. Infatti una simile giustificazione, pur condivisibile in astratto, nemmeno sfiora il vero punto della questione. In altri termini, un conto è la giustificazione delle ragioni che sul piano delle esigenze politico-criminali spiegano una certa scelta del legislatore. Altro discorso è la valutazione concernente gli effetti che da questo intervento derivano sul piano della natura giuridica dell'istituto in oggetto nonché della sua complessiva sostenibilità e delle necessarie correlate garanzie.

Per essere ancora più chiari, se è condivisibile perseguire ogni patrimonio di

⁴⁷ Per una sottolineatura della deriva punitiva di un sistema che consente di applicare la confisca anche in relazione ai beni di un soggetto non attualmente pericoloso, cfr. Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, *Occhipinti*, in *Mass. Uff.*, n. 255042.

illecita formazione, si deve pure convenire sul fatto che simili iniziative legislative comportano uno sbilanciamento in direzione punitiva. Oltretutto deve esser chiaro che queste nostre obiezioni non inducono a negare l'utilità politico-criminale del sistema di prevenzione. Si limitano semmai a sollecitare una presa d'atto. Ossia il maggiore ruolo attribuito alla pericolosità qualificata, l'accresciuto protagonismo delle misure patrimoniali⁴⁸, il mutato rapporto tra queste ultime e la pericolosità sociale, nonché la persistente mancanza di efficaci garanzie, hanno definitivamente compromesso l'originaria vocazione preventiva del sistema.

Quanto precede dimostra pure il confuso intreccio tra prevenzione e rieducazione, ma soprattutto la distorsione di un assetto legislativo che per di più ripetutamente pone al centro del proprio spettro di azione soggetti già noti alle forze investigative e all'autorità giudiziaria.

Al contrario, l'ottica più utile alla vera prevenzione dovrebbe puntare alla individuazione di contesti pericolosi ed occulti. Ossia di fonti di pericolo che non si siano ancora tradotte nella realizzazione di reati, pur essendovi prossime. Così seguendo, per le misure di prevenzione, la logica della anticipazione della tutela e quindi la valorizzazione di vicende che pur denotando una maggiore distanza dai beni giuridici rispetto a quella tipica del diritto penale, ciononostante manifestino il rischio della offesa. Logica che possiede una chiara consistenza sistematica e una altrettanto chiara consistenza politico-criminale. Logica che soprattutto manifesta il pregio di separare davvero prevenzione e punizione.

Il paradosso di un eccesso di prevenzione consiste pertanto nella mancanza di un sistema autenticamente preventivo che, rovesciando lo *status quo* delle attuali misure, assuma il reato, non come presupposto, ma come probabile esito di una situazione di pericolo da neutralizzare.

In altri termini la pericolosità qualificata si radica sul reato ma ci allontana dal controllo sociale che dovrebbe costituire la reale destinazione delle misure di prevenzione. Così come attualmente operano non incrementano il senso di sicurezza dei cittadini, dato che appaiono incapaci di scongiurare il pericolo. Addirittura risultando polarizzate sull'evento, secondo la logica di ogni sistema punitivo.

⁴⁸ Si pensi tra l'altro alla confisca per equivalente che appare ben difficilmente compatibile con l'idea della prevenzione, perché destinata a colpire beni o valori per l'appunto soltanto equivalenti alla *res* di ritenuta provenienza illecita. È poi del tutto ingiustificabile che questa tipologia di confisca che con disposizioni assolutamente identiche si trova all'interno sia del sistema penale sia di quello di prevenzione, venga differentemente qualificata ora come *punitiva* ora come *preventiva* a seconda della sede.

La stessa categoria della pericolosità, poi, da sempre inafferrabile, quindi già strutturalmente inidonea a funzionare da elemento unificante, conferma un quadro fatto solo di incertezze e imbarazzanti sovrapposizioni. Pericolosità *ante* e *post delictum*, ma anche *extra* e *praeter delictum*, nonché *praeter probationem delicti*, denotano un assetto talmente flessibile e disorganico da risultare compatibile con ogni obiettivo. Quando poi si pone l'attenzione sulla pericolosità *post delictum*, indebitamente si mettono insieme – per come abbiamo già notato – le misure di prevenzione e quelle di sicurezza⁴⁹. Quindi due diverse forme di pericolosità, laddove il codice del 1930 aveva avuto il buon senso di collegare al reato l'unica forma di pericolosità della quale aveva ritenuto di doversi dotare. Reato accertato nella sua sede naturale, ossia nel giudizio penale.

Concludendo, deve notarsi come tutte le volte in cui si richiama l'attenzione sulla finalità preventiva, particolarmente allorquando lo si fa per dichiarare l'estraneità di queste misure alla *matière pénale*, nemmeno si spiega a quale genere di prevenzione si alluda, ossia se *speciale* o *generale*⁵⁰. A noi risulta chiaro invece che le misure di prevenzione dovrebbero mirare a prevenire future condotte illecite di un singolo soggetto che resta tale anche quando abbia agito in contesti collettivi, come quelli tipici della criminalità organizzata⁵¹. Così intesa, la prevenzione resta prevenzione speciale. Ma se per prevenzione si intendesse quella generale e negativa, ossia l'intimidazione indirizzata nei confronti di chiunque, conseguente alla pronuncia di un provvedimento *afflittivo* nei confronti di taluno, allora sarebbe chiaro che alle misure in esame, anche per questa ulteriore via, verrebbe attribuito un ruolo storicamente assegnato alla pena criminale.

A questo punto possiamo esprimere con maggiore chiarezza i dubbi già manifestati circa il percorso argomentativo che conduce ad escludere l'appartenenza di tutte le misure di prevenzione al diritto penale, come ad ogni altra materia punitiva. In realtà, più che escludere la funzione preventiva, riconoscendo così alle misure di prevenzione una correlativa funzione puniti-

⁴⁹ Auspica la trasformazione delle misure di prevenzione in misure di sicurezza, muovendo dal presupposto che solo in questo modo le prime eviterebbero lo slittamento verso le pene del sospetto ed il diritto di polizia, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 211 e ss.

⁵⁰ Non essendo qui in discussione la nota distinzione tra prevenzione *positiva* o *negativa*. Sui molteplici finalismi – retributivi, di prevenzione generale e speciale – delle misure di prevenzione, vd. già, DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1950, 700 e ss.; VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, *ivi*, 1961, 297 e ss.

⁵¹ Cfr. BARTOLI, *Contro la "normalizzazione delle deroghe": alcune proposte garantiste*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 153 e ss.

va, occorrerebbe chiedersi - rovesciando i termini della questione - se con particolare riferimento alla pericolosità qualificata si possa davvero parlare di funzione preventiva.

Alla luce delle considerazioni che precedono vi è infine da osservare che se la esclusione dalla materia penale si regge sulla funzione preventiva asseritamente perseguita in modo esclusivo dalle misure in oggetto, è giustificato contro-battere che l'intera argomentazione si fonda su basi davvero fragili.

4. *Pericolosità da reato e diritto penale.* La pericolosità da reato comporta dunque l'inevitabile rinvio al diritto penale. Tranne il rischio di un uso ingannevole del termine *reato*. Rischio che ribadiamo di dovere escludere perché, se sussistente, sarebbe dimostrativo di una scoraggiante furbizia legislativa.

Occorre pertanto verificare meglio se tutti - o taluni soltanto - dei principi regolativi del diritto penale siano trasferibili alla prevenzione da reato.

Abbiamo già riferito della presenza, nei casi di pericolosità qualificata, di un fatto. Quello tipicamente descritto nella corrispondente fattispecie criminosa ed escluso nei casi di pericolosità generica. Fatto che conferirebbe al modello della prevenzione le note descrittive di un accadimento che deve essere collocato con precisione nel tempo e nello spazio. A questo punto dobbiamo interrogarci pure circa la trasferibilità al settore della prevenzione delle regole che fanno di un *fatto qualsiasi* un *fatto proprio* del prevenuto, fondandone l'addebito quanto meno a titolo di *fatto proprio* di quest'ultimo. Al riguardo occorre osservare che non si capirebbe il senso di una prevenzione, ma prima ancora di un giudizio di pericolosità, fondati su di un fatto di reato che non risultasse *proprio* dell'agente in quanto da lui non dominabile. Ovvero che sia tale, ma che non possa poi essergli ascritto secondo le regole della causalità.

Conclusioni non dissimili seguono se si accostano il principio di colpevolezza e tutti i suoi presupposti alle misure di prevenzione.

Pur limitandoci sul punto ad osservazioni estremamente sintetiche, non pare si possa dissentire dal qualificare la rimproverabilità di un certo accadimento come necessario presupposto di pericolosità e prevenzione. È ovvio infatti che in assenza di questa componente della colpevolezza, resterebbero esclusi gli obiettivi della rieducazione, come anche dell'accettazione del processo rieducativo da parte del prevenuto. In caso contrario, infatti, il destinatario della misura la avvertirebbe come ottusamente autoritaria e punitiva. In altri termini non si può in alcun modo giustificare la prevenzione di un soggetto al quale gli elementi che la sorreggono non siano riconducibili secondo i rac-

cordi propri del diritto penale, dato che a questo punto addirittura mancherebbe la possibilità di ipotizzare il rischio di quella recidiva che si vorrebbe neutralizzare.

Ma la rimproverabilità del fatto quale presupposto della prevenzione comporta anche la capacità di intendere e di volere del prevenuto³², nonché la conoscenza o la conoscibilità della disposizione asseritamente disattesa. Presupposto, questo, anch'esso ineliminabile quanto alla possibilità di scegliere tra il vietato e il consentito. Risulta infatti ovvio che l'assenza di rimproverabilità per il fatto in caso di errore invincibile sulla norma penale, debba trasferirsi poi al correlativo settore della pericolosità qualificata. Rimproverabilità che è superfluo osservare sussista nel diverso caso di consapevole accettazione del rischio che dalla propria condotta possano discendere conseguenze ulteriori, purché prevedibili.

In assenza di questi rinvii al diritto penale del codice, della Convenzione e della Costituzione, nessuno potrebbe spiegare il senso della prevenzione, dato che questa altrimenti si rivelerebbe cieca rispetto allo scopo cui è preordinata. Ciò che abbiamo sin qui osservato rende manifesta la perfetta sovrapposizione, quanto all'oggetto, tra giudizio penale e giudizio di prevenzione da pericolosità qualificata, sia sul piano personale che su quello patrimoniale³³. Analoghe considerazioni potrebbero tuttavia insinuarsi anche nei casi di pericolosità generica, posta la non proponibilità di qualsivoglia intervento preventivo in assenza di piena ascrivibilità dei fatti al prevenuto. Ma nel caso della qualificata queste considerazioni assumono toni molto più netti, dato che qui fatto giustificativo della misura e fatto di reato coincidono perfettamente in un quadro di pericolosità rigorosamente *post delictum*. Conclusione, questa, che ribadendo il solco che separa la pericolosità qualificata da quella generica, conferma che la prima non può fare a meno del diritto penale. Più semplicemente, reato e pericolosità qualificata stanno e cadono assieme.

Apparendo a questo punto illogica ogni separazione sul correlato versante delle garanzie. Salvo volere amaramente riconoscere che la prevenzione in

³² È curioso notare come la stessa Corte costituzionale abbia sottolineato la necessità che l'esercizio del diritto di difesa, come anche di autodifesa, da parte del prevenuto, sia *consapevole e attivo*. Cosa che non potrebbe accadere se fosse possibile procedere nonostante lo stato di incapacità. Donde la ritenuta incompatibilità dell'art. 666, co. 8, c.p.p. con il procedimento di prevenzione personale, al quale si è invece ritenuta applicabile la disciplina dettata dagli artt. 70 e ss. c.p.p. In questo senso, Corte cost., n. 208 del 2017.

³³ Resta problematica la già accennata possibilità di prevenire fatti colposi. La mancanza di volontà che contraddistingue la colpa indurrebbe ad una risposta negativa. Tuttavia, la ipotesi aggravata dell'aver agito nonostante la previsione dell'evento, soprattutto nei casi di sconsiderata reiterazione dei fatti colposi, sembrerebbe giustificare una contraria soluzione del problema.

realtà rappresenta una sorta di diritto penale dei sobborghi. Una emarginata periferia che oggi sempre di più ambisce a divenire centro del sistema.

4.1. *Pericolosità da reato e processo penale.* L'analisi dei rapporti con il processo penale rivela anch'essa il divario del quale ci stiamo occupando, ma soprattutto – per quel che qui più ci interessa – la estrema vicinanza tra la prima forma di pericolosità e le strutture del processo penale, oltretutto destinate all'accertamento del reato presupposto.

Al riguardo possiamo assumere come riferimento un noto arresto delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, già citato, che si può sintetizzare nei seguenti termini⁵⁴.

Il processo di prevenzione denota peculiarità che non ne consentono l'integrale sottoposizione all'art. 111 della Costituzione. Peculiarità che concernono la *grammatica probatoria*, inevitabilmente diversa nei due processi. Ciononostante il *giusto processo di prevenzione* pretende che le patologie riscontrate in materia di prove siano trattate analogamente nell'uno come nell'altro giudizio, non potendosi al riguardo giustificare alcuna differenziazione.

Tant'è che la inutilizzabilità di intercettazioni telefoniche disposta dal giudice nel processo penale deve essere oggetto di identica statuizione nella sede, sia pure diversa, del processo di prevenzione.

Quanto poi ai rapporti tra processo penale e processo di prevenzione, le Sezioni Unite introducono un primo, ma già significativo, ridimensionamento del principio di autonomia⁵⁵. Principio che, per come abbiamo già osservato, non può essere confuso con la soggettiva indifferenza del giudice della prevenzione rispetto al giudicato penale.

Riassunto in questi termini, il ben più complesso testo della motivazione ci suggerisce già utili riflessioni. È fuor di dubbio che le regole probatorie e di giudizio del codice di procedura penale non possano trovare applicazione tutte le volte in cui l'oggetto del giudizio stesso sia costituito dalla pericolosità generica *ante delictum* e quindi denoti una chiara impronta prognostica. Ciò per l'ovvia ragione che il tradizionale concetto di prova penale è modellato sulla natura fattuale degli elementi da dimostrare in giudizio. Sfuggendo ai rigori e alla concretezza imposti dall'affermazione della responsabilità penale, la ben diversa astrattezza di un giudizio profetico invece centrato sulla perico-

⁵⁴ Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, cit.

⁵⁵ Cfr. *retro*, § 3.

losità per l'ordine pubblico. Questo limite tuttavia non si pone allorché l'oggetto del giudizio di prevenzione sia costituito dal reato usato come condizione per il riconoscimento della pericolosità qualificata o da disposizioni regolative dei limiti di utilizzabilità dei mezzi di prova, come nel caso della sentenza richiamata, o in altre vicende simili.

In questi casi infatti le regole probatorie delle quali dovrà fare uso il giudice della prevenzione, pur con qualche comprensibile adattamento, saranno le medesime regole del giudizio penale. Potendosi soltanto consentire, quanto agli *elementi di fatto*, il ricorso a quell'inferiore livello probatorio costituito dall'indizio, senz'altra qualificazione.

In altri termini, allorché il giudice della prevenzione sarà chiamato a dare conto della sussistenza di un reato, della sua attribuzione, ovvero ancora della sua rimproverabilità al prevenuto, peraltro formulando un giudizio di pericolosità in termini di attualità, giudizio di prevenzione e giudizio penale finiranno per sovrapporsi. È indicativo in tal senso che con riferimento al giudizio di prevenzione fondato sull'art. 416-*bis* c.p., la Corte di cassazione richieda – analogamente a quanto avviene nel giudizio penale – che il prevenuto abbia fornito un contributo all'incremento delle potenzialità offensive dell'organizzazione criminale perseguita⁵⁶. Nella medesima direzione di una perfetta sovrapposibilità tra il reato oggetto del processo penale e lo stesso reato in funzione di presupposto del giudizio di pericolosità sociale è ulteriormente indicativa la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di ricusabilità del giudice che, «chiamato a decidere sulla responsabilità di un imputato, abbia espresso in altro procedimento, anche non penale, una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto». Questione espressamente sollevata con riferimento al rapporto tra processo penale e processo di prevenzione⁵⁷.

Dunque, la pericolosità qualificata si presenta in termini nettamente differenziati rispetto alla generica anche avuto riguardo al processo penale. Ciò, lo ripetiamo, per la non trascurabile circostanza che in questo caso occorrerà accertare – sia pure incidentalmente – un reato. Reato che dovrà rivelarsi al completo di tutti gli elementi che lo costituiscono, posto che in caso contrario non sarebbe legittimo parlare di pericolosità da reato. E non si capisce poi come altrimenti potrebbe compiersi l'accertamento di quel reato che qualifica

⁵⁶ Oltre alla citata Cass., Sez. un., 30 novembre 2017, Gattuso, cit.; si veda Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2016, Gaglianò, in *Mass. Uff.*, n. 266541.

⁵⁷ In tal senso si veda Corte cost., n. 283 del 2000, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 37, co. 1, lett. b), c.p.p.

la pericolosità, se non mediante gli stessi strumenti in uso al giudice penale.

5. *Pericolosità da reato e legalità.* Sul piano della legalità multilivello, al quale con diversa angolazione abbiamo già fatto riferimento, la pericolosità qualificata non pone i noti problemi al contrario riferibili alla generica. Ciò per l'evidente ragione che dal reato presupposto mutua tutti quei requisiti che garantiscono il rispetto della base legale sovranazionale e costituzionale. Conclusione che tuttavia conferma, ancora una volta, l'inconciliabilità delle due forme di pericolosità, ma per quel che qui maggiormente interessa la estrema vicinanza della qualificata agli schemi della Convenzione e della Costituzione. Tanto da legittimare l'idea che in questa ipotesi alla più incompleta tutela del terzo comma dell'art. 25 Cost., subentri quella più ampia del secondo comma. Conseguenza ampiamente scontata, anche quest'ultima, dell'essere la pericolosità qualificata una pericolosità costruita sul modello del reato dal quale non può che ereditare lo statuto garantistico.

Al riguardo, soffermandoci ancora sul tema dell'art. 25 cpv. Cost. non può dubitarsi del fatto che la pericolosità qualificata osti all'efficacia retroattiva delle misure di prevenzione, per come al contrario concordemente sostenuto dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale.

La nota soluzione, dalla quale ci siamo permessi di dissentire³⁸, trova – quanto meno con riferimento ai casi di pericolosità qualificata – un ulteriore ostacolo. Dato che il reato ne costituisce il presupposto la garanzia del divieto di retroattività sfavorevole non può che trasferirsi dal reato presupposto e dai meccanismi regolativi della successione delle leggi penali nel tempo, a quelli dichiarativi della pericolosità sociale attuale. E, di rimando, alle misure di prevenzione. Obiezione, questa, che *melius re perpensa* potrebbe tuttavia valere anche nel caso dei *fatti delittuosi* posti a base della stessa pericolosità generica, proprio perché tali.

6. *Conclusioni e prospettive.* Abbiamo avuto modo di verificare come il sistema fondato sulla pericolosità *a due facce* non regga. La pericolosità qualificata si sovrappone per più aspetti al reato e al processo penale. Epilogo inevitabile per una forma di pericolosità *post delictum*, quindi centrata sul diritto

³⁸ Sul punto, volendo, D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, cit., 182 e ss.; ID., *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, cit., 807 e ss.

penale. È per questa ragione che risulta compatibile con l'intero ordinamento penale, ma incompatibile con il concetto di prevenzione. Sistematically, poi, non si distingue da quella terza forma di pericolosità che il codice destina alle misure di sicurezza.

Per queste stesse ragioni le misure di prevenzione, ben lungi dall'essere estranee al diritto penale (ma sarebbero estranee anche al diritto amministrativo punitivo), denotano una natura prevalentemente – se non addirittura ulteriormente – sanzionatoria.

Riesce difficile giungere a conclusioni diverse muovendosi nel quadro di una prevenzione che sembra avere smarrito il rapporto con l'uomo. Essendo destinata anche a chi non è più pericoloso o addirittura non può più esserlo ovvero ancora non lo è mai stato, per come accade nel caso degli eredi⁵⁹.

Seguendo una collaudata espressione, le misure di prevenzione costituirebbero il *diritto penale reale*. Ossia un modello subalterno rispetto al diritto penale formalmente inteso, perché lo *bypassa* nel senso che ne elude i vincoli e gli ostacoli ottenendo però, quanto meno sul piano patrimoniale, i medesimi risultati.

Le involuzioni punitive delle quali abbiamo dato conto assumono particolare evidenza poi se, al fine di verificare l'effettiva natura delle misure di prevenzione, si passa dal criterio della funzione, che le porrebbe al di fuori della *matière pénale*, a quello degli effetti prodotti sulla sfera giuridica dei cittadini. Involuzione punitiva che, per come abbiamo già osservato, assume toni di spiccata intensità nel caso della pericolosità qualificata. Oltretutto senza che ciò contribuisca ad accrescere il senso di sicurezza dei cittadini.

La pericolosità generica si dimostra invece compatibile con l'idea di prevenzione, posto che asseconda l'esigenza sistematica secondo la quale la prevenzione posta fuori dal codice penale dovrebbe essere soltanto *ante delictum*. Laddove quella posta dentro il codice penale è *post delictum*. Oltretutto, ai problemi posti dai casi di pericolosità qualificata si potrebbe ovviare trasferendo, con gli opportuni adattamenti, il relativo catalogo all'interno delle più generali tipicizzazioni per categorie di reati già costruiti sulla pericolosità della condotta o dell'autore⁶⁰, facendolo pertanto rientrare nelle ipotesi di pericolosità generica.

⁵⁹ Si allude alla nota disarticolazione tra misura personale e misura patrimoniale.

⁶⁰ Si pensi, ad esempio, ai reati di pericolo, nonché ai reati a consumazione anticipata, come ipotesi di condotte che già concretizzano l'idea del pericolo. Al contrario, si pensi al reato di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* c.p. come ipotesi dimostrativa di soggetti che già emergono come pericolosi dal tipo legale.

In realtà *prevenzione* dovrebbe significare innanzitutto anticipazione/neutralizzazione di reati. E pertanto non può avere a suo presupposto quello stesso reato che semmai dovrebbe impedire. Concepire nei termini sopra criticati la prevenzione conduce al paradosso di porre in ombra la stessa pericolosità, inducendo la falsa convinzione che pericolosità e reato stiano e cadano assieme, con presunzioni e automatismi che pretendono di far coincidere categorie invece separate.

In conseguenza di tutto ciò abbiamo osservato che il pur condivisibile interesse che di recente ha investito la pericolosità generica abbia in realtà riguardato la forma di pericolosità meno problematica. Se è giusto pretendere un più accentuato livello di determinatezza per la pericolosità generica, tuttavia, non si può cadere nell'errore di pensare che il tasso di tipicità che si può raggiungere con riferimento a intere classi di reati possa equivalere a quello che si deve pretendere allorché si descriva il fatto proprio di un singolo reato.

Il principio di autonomia ha posto poi in evidenza il fitto nodo delle interferenze e sovrapposizioni tra prevenzione e processo penale, nonché il rischio di un *bis in idem* sostanziale e processuale. Si badi bene, non soltanto nel caso in cui il giudizio penale si sia concluso con la assoluzione, bensì anche nel caso opposto.

La questione è davvero cruciale, per tutte le implicazioni che essa comporta. In un certo qual modo potremmo dire che la misura dell'impegno oggi profuso in questo settore è data anche dalla serietà del tentativo di concepire prima e proporre poi una possibile soluzione dei problemi che conseguono alla celebrazione dei due processi - penale e di prevenzione - nei confronti dello stesso soggetto, con oggetti analoghi, se non addirittura identici.

Se della forma di pericolosità qualificata - ossia quella alla quale sono attribuibili le maggiori tensioni tra i due differenziati processi - si ritenesse di non potere fare a meno, cosa che al contrario a noi sembra preferibile, la separazione tra i due processi potrebbe essere garantita da un sistema di alternative e preclusioni.

In altri termini si potrebbe ipotizzare, sia pure in linea del tutto approssimativa, che - previo il concerto tra Procuratore distrettuale e i restanti titolari dell'azione di prevenzione - si debba valutare, seguendo il collaudato schema degli artt. 408, co. 1, c.p.p. e 125 disp. att. c.p.p., la sostenibilità dell'accusa in giudizio, usando come metro di valutazione il tasso di gravità degli elementi probatori disponibili. Ovviamente, ragionando così, si dovrebbe assegnare preferenza alla sede del giudizio penale, con conseguente preclusione della diversa sede della prevenzione, nel caso in cui si fosse indotti a ritenere come

possibile la condanna. La soluzione diverrebbe opposta nel caso in cui emergesse la possibilità di una assoluzione. Si rispetterebbe così la diversa *grammatica probatoria* che caratterizza i due alternativi processi, dal momento che si introdurrebbe un sistema di scelte affidate all'Ufficio della Procura distrettuale basato sulla prognosi di condanna e quindi sulla gravità degli elementi probatori⁶¹.

Nel caso in cui la scelta cadesse sull'esercizio dell'azione penale e il conseguente giudizio si fosse invece concluso con una sentenza di assoluzione, si dovrebbe esercitare l'azione di prevenzione solo limitatamente ai casi esemplificati dalla Corte di cassazione nella sentenza sul punto già richiamata⁶².

Al contrario, nella ipotesi di condanna non dovrebbero esservi spazi per la prevenzione⁶³, salva la emersione di fatti nuovi e ulteriori rispetto al giudicato penale.

Infine, ove originariamente si fosse scelto di esercitare l'azione di prevenzione, il p.m. potrà e dovrà esercitare quella penale, con sospensione del processo di prevenzione, tutte le volte in cui la base probatoria di quest'ultimo lieviti giustificando così l'esercizio dell'azione penale.

Ci piace concludere con una riflessione maturata nel corso dell'analisi sin qui condotta, volta a decifrare le prospettive alle quali si ispira la evoluzione legislativa che si è registrata nel settore delle misure di prevenzione. Anche su questo piano sembra emergere una preoccupante simmetria tra bulimia del diritto penale e bulimia delle misure di prevenzione.

Quanto al primo è noto come da tempo venga qualificato ora massimo⁶⁴, ora totale⁶⁵, ora *no-limits*⁶⁶. Segno preoccupante, dicevamo, di una materia che ha ormai dichiaratamente rinunciato al requisito della frammentarietà e quindi a

⁶¹ Cfr. i previgenti commi 3 e 4 dell'art. 23-*bis* della legge n. 646/1982. Per questa soluzione, di recente, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., 445 e ss.

⁶² Vi è da osservare, per come già prima abbiamo notato, che alle formule «il fatto non sussiste», ovvero «l'imputato non lo ha commesso», indicate nella citata sentenza *Righi* della Corte di Cassazione, andrebbe aggiunta l'ulteriore formula «il fatto non costituisce reato». Ciò per l'evidente ragione che la constatata assenza del dolo elimina ogni rimproverabilità della condotta anche sul versante delle misure di prevenzione, scongiurandone l'applicazione.

⁶³ È chiaro che in questo caso l'azione di contrasto ai patrimoni di illecita provenienza potrebbe avere luogo nel giudizio penale mediante strumenti in tutto e per tutto coincidenti con quelli propri della confisca antimafia.

⁶⁴ MAZZACUVA, *La clemenza collettiva nell'epoca del 'diritto penale massimo'*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 4, 2018, 192 ss.

⁶⁵ SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.

⁶⁶ MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in www.questionegiustizia.it.

spazi intenzionalmente vuoti perché dimostrativi della capacità legislativa di scegliere tra il vietato e il consentito.

Del tutto simmetricamente le misure di prevenzione hanno beneficiato di una enorme estensione del loro campo di applicazione, non soltanto per la moltiplicazione degli strumenti disponibili, ma anche per la incontrollata crescita della platea dei destinatari. Insomma, un settore subalterno e complementare, quello della prevenzione, che soffre della stessa patologia di quel diritto penale al quale avrebbe dovuto fare da supporto nei casi di effettiva proficuità dell'intervento preventivo. Ora, se è vero che un diritto penale del fatto e per di più ispirato al primato dell'offesa ha bisogno del sostegno della prevenzione in funzione anticipatrice e di neutralizzazione dei reati, è anche vero che di vera prevenzione dovrebbe trattarsi. Al contrario, se il sistema preventivo sconfinava anch'esso nella punizione, duplicandone gli effetti, ovvero dimostrandosi sussidiario rispetto al diritto penale tutte le volte in cui l'istanza punitiva non abbia avuto successo, le virtuose connessioni tra i due sistemi falliscono. Entrambi diventano onnivori e pletorici, proprio perché si sovrappongono spartendosi il medesimo territorio.