

QUESITI

MARCO CERFEDA

**La prevedibilità ai confini della materia penale:
la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale
e la sorte
delle “misure di polizia”.**

Allorché si versi fuori dalla materia penale, secondo la Corte costituzionale, una giurisprudenza costante e uniforme può colmare l'originario *deficit* di prevedibilità e precisione di cui è affetta la legge, salvandola dalla declaratoria di incostituzionalità. Ai confini della materia penale, nel sistema di prevenzione, non può del tutto escludersi che la legalità sia frutto del binomio legge-giudice. Il contributo, muovendo dalla sentenza, contestualizza il concetto di prevedibilità nella sua dimensione interna e sovranazionale, analizza lo snodo fondamentale della motivazione che consente alla Corte costituzionale di separare la sorte delle norme impugnate e si interroga su quali conseguenze possano discenderne in tema di misure questorili e di interdittive antimafia, dopo aver brevemente delineato i tratti salienti di queste ultime.

The foreseeability on the border of criminal matter: the sentence no. 24/2019 of Constitutional Court and the fate of the “police measures”.

Out of criminal matter, according to the Constitutional Court, a settled case law makes up for the original deficit of foreseeability and precision of the law, saving it from declaration of unconstitutionality. On the border of criminal matter, in the preventive system, it cannot be excluded that the legality is the result of the duality of law and case law. This paper, moving from decision, contextualizes the foreseeability in its internal and international dimension. Then, the paper analyzes the motivation's fundamental focal point which gives to the Constitutional Court the opportunity to separate the fate of the disputed clauses. Finally it wonders which consequences could discern from the sentence's motivation in terms of police measures and anti-mafia debarment, after having highlighted their main features.

SOMMARIO: 1. La prevedibilità nella dimensione della legalità convenzionale e costituzionale. Tra assonanze e divergenze. — 2. La prevedibilità al di fuori della materia penale: il ruolo “tassativizzante” di una giurisprudenza costante e uniforme. — 3. Quale sorte per le misure di polizia? — 3.1 La dichiarazione di incostituzionalità che pende, come una spada di Damocle, sulle misure questorili. — 3.2 Quali conseguenze per le interdittive antimafia? Il cittadino-imprenditore, il Prefetto e il giudice (amministrativo) in un “labirinto” di sentenze.

1. *La prevedibilità nella dimensione della legalità convenzionale e costituzionale. Tra assonanze e divergenze.* La Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 24 del 2019, ha dichiarato l'incostituzionalità della fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1 lett. a) del D.lgs. n. 159/2011, peraltro già contenuta nell'art. 1, n. 1, l. 1423/1956 (“coloro che debbano ritenersi, sulla

base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi”), nella parte in cui consente di applicare la misura di prevenzione della sorveglianza speciale (con o senza obbligo o divieto di soggiorno), il sequestro e la confisca. La norma era affetta da radicale imprecisione e, quindi, non compatibile con le esigenze di determinatezza imposte dagli artt. 13, 42 e 117 Cost., con riferimento all’art. 2 prot. 4 C.E.D.U. e art. 1 prot. 1 C.E.D.U.¹.

In questa sede non si intende ripercorrere l’intero *iter* motivazionale che ha condotto alla declaratoria di incostituzionalità, ma focalizzarsi sulle ragioni per cui la Corte costituzionale sdoppia la sorte delle due norme impugnate, nonostante la loro omogeneità, salvando la lett. b) dell’art. 1 D.lgs. n. 159/2011, e, poi, interrogarsi sulle ripercussioni che l’approccio del giudice delle leggi può avere su strumenti di prevenzione diversi, ma per certi versi assimilabili, a quelli direttamente interessati dalla sentenza.

La decisione in esame, al pari della coeva sentenza – verrebbe da dire “gemella eterozigote” – n. 25/2019, trova il proprio “punto di partenza” nella nota sentenza della Corte EDU *de Tommaso c. Italia*². Era auspicabile l’intervento

¹ Per un primo commento alla sentenza si vedano FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza della Corte EDU de Tommaso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 4 marzo 2019; FORTE, *La Consulta espunge dal sistema le misure di prevenzione nei confronti dei soggetti “abitualmente dediti a traffici delittuosi”*, in *IlPenalista.it*, 28 marzo 2019; CORBETTA, *Illegittime le misure nei confronti delle persone “abitualmente dedite a traffici delittuosi”*, in *Quotidiano giuridico*, 4 marzo 2019; LA CORTE, *La disciplina delle misure di prevenzione, tra passato e presente, al vaglio (nuovamente) della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 6. Per un commento alle relative questioni di legittimità sollevate dai giudici a *quibus* si vedano VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza de Tommaso*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 296 e ss.; MENDITTO, *Misure di prevenzione e Corte europea, in attesa della Corte Costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22 ottobre 2018.

² VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 370 e ss.; PULITANÒ, *Misure di prevenzione e modelli sanzionatori*, in *Giurisprudenza penale web*, 2017, 3; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 8, 1039 e ss.; 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 *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 15 e ss.; MENDITTO, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 127 e ss.; BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75 co. 2 D.lgs. N. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 163 e ss. Per una voce “fuori dal coro”, con una presa di posizione critica rispetto ai risvolti che la sentenza potrebbe avere sulla politica criminale, si veda CERASE, *De Tommaso: una chiave di cartapesta*, in *Cass. pen.*, 2018, 7, 2670 e ss., che afferma: “i furori pretesamente garantistici, scatenati dalla sentenza *De Tommaso c. Italia* della

della Corte costituzionale, giacché le ricadute applicative della sentenza *de Tommaso* sul diritto interno si sono rivelate piuttosto problematiche, dando luogo nella giurisprudenza di merito a divergenze finanche circa il valore da attribuirle: il Tribunale di Milano, sezione misure di prevenzione, ad esempio, ha escluso che costituisse giurisprudenza consolidata ai sensi e per gli effetti della nota sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale³. Le due sentenze della Corte costituzionale hanno il pregio di stabilizzare, come si fa intendere nella sentenza n. 25 del 2019, l'interpretazione invalsa nella giurisprudenza dominante, anche ai fini intertemporali.

Se in entrambe è comune il “punto di partenza”, altresì comune è, in ultima analisi, il “cuore delle questioni” prospettate: i giudici *a quibus* lamentano un difetto di precisione, nella sentenza n. 24, di taluni presupposti applicativi delle misure personali e patrimoniali e, nella sentenza n. 25, del reato che punisce la violazione delle prescrizioni del “vivere onestamente e rispettare le leggi” che chi è sorvegliato di pubblica sicurezza è tenuto a osservare. Non è la prima volta che la Corte si cimenta con tale problema nell'ambito del sistema di prevenzione, che, *fisiologicamente*, sconta un certo *deficit* di determinatezza, al punto che in passato si è parlato, con riferimento alla qualità della tecnica normativa, di un “rigore diverso” (rispetto alle fattispecie di reato) ma non minore (Corte cost. sentenza n. 23/1964, sentenza n. 177/1980 e, da ultimo, sentenza n. 282/2010)⁴.

Grande Chambre della Corte europea dei diritti dell'uomo, del 23 febbraio 2017, non solo appaiono interessati e distorsivi dell'effettiva portata della pronuncia; ma contrastano con l'intero impianto storico-legislativo del nostro Paese e con gli orientamenti internazionali progressivamente affermatasi nel contrasto del crimine organizzato”.

³ FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 319 e ss. *Contra* T. di Monza con nota di FINOCCHIARO, *Ancora in tema di ricadute della sentenza de Tommaso. Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità “qualificata”*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 2, 197 e ss. Si veda anche BALATO, *Su talune recenti prese di distanza della sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 316 e ss. In dottrina aveva immediatamente paventato questo rischio 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 *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 34. *Adde*, intorno alla sentenza n. 49/2015, COLACURCI, *La nozione di “materia penale” nella sentenza n. 49/2015 della Corte Costituzionale: un argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. pen.*, 2016, 2, 794 e ss.

⁴ *Ex multis*, in tema di misure di prevenzione, si veda BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili*

L'elemento di novità, che contribuisce al *revirement* rispetto all'orientamento espresso nella sentenza n. 282/2010 della Corte Costituzionale, è costituito dall'entrata in scena del concetto di prevedibilità, maturato in seno alla giurisprudenza convenzionale⁵. Secondo quest'ultima, la condizione della prevedibilità, che deve caratterizzare la "base legale", è soddisfatta quando i consociati siano in grado di conoscere, a cominciare dalla formulazione della pertinente disposizione e, se del caso, avvalendosi della sua interpretazione da parte dei tribunali, quali conseguenze giuridiche derivino da determinate azioni o omissioni⁶. Nella sua massima estensione logica, la prevedibilità comprende la possibilità per l'agente di sapere in anticipo se la propria condotta sarà considerata illecita; se, più in particolare, penalmente rilevante, quale pena o sanzione dovrà scontare, pronosticando la cornice edittale

sostanziali della prevenzione, in *Le misure di prevenzione. atti del convegno di Alghero*, Milano, 1976; VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, vol. III, Milano, 1972, ora anche in *Scritti giuridici*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, 202 e ss.; PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2013; PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, Pisa, 2017, 133 e ss.; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1994; NUVOLONE, voce *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Encicl. dir.*, XXVI, 1976; GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Encicl. giur. Treccani*, XX, 1990; MOCCIA, *La perenne emergenza*, II ed., 2011, pp. 75 e ss.; MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, a cura di Maiello, Torino, 2015; CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *La legislazione penale*, 19 marzo 2019, 30 (anche in *La legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti e Luparia, in corso di pubblicazione.); FURFARO (a cura di), *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012. Si rinvia, altresì, ai contributi raccolti negli *Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione italiana Professori di diritto penale, Milano, 18/19 novembre 2016*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, 399 e ss.

⁵ Sul tema della prevedibilità, che ha innescato un fervente dibattito scientifico, si veda, tra gli altri, VIGANO, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA. VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, 2016, 213 e ss.; SOTIS, "Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu, in *Quest. Giust.*, 2018, 4, 69; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; MANES, *La lunga marcia della convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes e Zagrebelsky, Milano, 2015, 1 e ss.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes e Zagrebelsky, Milano, 2015, 69 e ss.; SILVA-SANCHEZ, *Sullo stato del principio di legalità penale*, in *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, a cura di Stile, Manacorda, Mongillo, Napoli, 2015, 181 e ss.; PERRONE, *Nul-lum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Torino, 2019; DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisioni della PA*, Napoli, 2018; ADDANTE, *Il principio di prevedibilità al tempo della precarietà*, in *Arch. pen.*, 2019, 2.

⁶ Si vedano i noti *leading cases* C. R. c. UK, S. W. c. UK, Cantoni c. Francia, Kokkinakis c. Grecia.

da applicare, in che modo verrà esercitata la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena e se saranno applicabili misure alternative o benefici di altro genere. In quanto requisito della legge, prevedibile non è soltanto la decisione giudiziale, ma anche l'agire degli altri organi deputati al *law enforcement* (si pensi alla polizia giudiziaria, al Questore, al Prefetto o, anche, alle Autorità Indipendenti)⁷. La Corte EDU, proprio nel caso *de Tommaso c. Italia*, aggiunge un tassello importante alla sua giurisprudenza, perché mira a precisare la portata del concetto di prevedibilità: “una norma è tale [prevedibile] quando offre una misura di protezione contro le ingerenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche”. Inoltre, una legge che conferisce discrezionalità deve indicare la portata di tale discrezionalità (cfr. § 109). Tuttavia, si riconosce che le conseguenze delle condotte non devono essere prevedibili con assoluta certezza, perché sarebbe un risultato irrealizzabile e causerebbe un'eccessiva rigidità del dato normativo (cfr. §107). La legge, a causa del principio di generalità, non può esser sempre formulata con assoluta precisione e il legislatore può ricorrere a categorie generali per consentire al diritto di adattarsi ai mutamenti della realtà sociale. È soprattutto in tali casi che, secondo la Corte EDU, il *deficit* va compensato dall'interpretazione delle norme invalsa nella prassi dei tribunali.

È opportuno evidenziare che la prevedibilità costituisce una qualità indefettibile della base legale, non è una prerogativa esclusiva della materia penale e scatta invariabilmente quando la Convenzione esige che la compressione di un diritto da essa tutelato sia possibile solo se “prevista dalla legge”, a prescindere dalla natura sostanziale del comando normativo⁸.

Il concetto di prevedibilità non è estraneo all'ordinamento interno e ciò non stupisce, se si considera che la *ratio* ispiratrice della prevedibilità è l'unanime esigenza di certezza del diritto. La Corte Costituzionale, in una nota sentenza, la n. 322/2007, collega, con ragionamento raffinato, i principi-cardine del diritto penale, affermando che tutti, completandosi tra loro, sono finalizzati, in ottica di garanzia, alla “calcolabilità” delle conseguenze

⁷ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit.

⁸ Quindi, a parte i casi in cui si applicano le garanzie di cui agli artt. 6 e 7 C.E.D.U., con la relativa giurisprudenza, rilevano, per esempio, gli artt. 5, art. 8, art. 10, art. 1 prot. add., art. 2 prot. 4 C.E.D.U.

giuridiche cui conducono le libere scelte d'azione⁹. La giurisprudenza convenzionale ha il merito di aver spostato l'attenzione degli interpreti dal principio di colpevolezza, canalizzandolo verso la dimensione legalitaria della prevedibilità, integrativa del principio di tassatività/determinatezza/precisione.

Dal punto di vista della tipologia della fonte del precetto, l'accessibilità e la prevedibilità sono "costantemente declinate" dalla Corte EDU avendo riguardo non solo alla disposizione legislativa ma anche alla giurisprudenza nazionale all'atto della sua concreta attuazione, così che la locuzione *law* ingloba sia il diritto di matrice legislativa sia giurisprudenziale¹⁰. Legge e giudice "non vanno più letti in disgiuntiva (cioè legalità uguale legge *versus* giudice) bensì in congiuntiva, come due addendi (legge più giudice uguale legalità)"¹¹. L'ordinamento costituzionale italiano, invece, assegna soltanto alla legge che transiti in Parlamento la facoltà di disciplinare *in criminalibus*. Ciò non è messo in discussione, perché la garanzia della prevedibilità convenzionale si aggiunge *ex art. 117 Cost.* a quelle già assicurate dalla Costituzione, non può che essere *supplementare*, muovendosi il diritto convenzionale solo nella logica della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali. Fino a tempi recenti si aveva la percezione che il diritto interno potesse attingere alla dimensione convenzionale del *nullum crimen*, per-

⁹ La Corte afferma che: "il principio di colpevolezza partecipa, in specie, di una finalità comune a quelli di legalità e di irretroattività della legge penale (art. 25, secondo co., Cost.): esso mira, cioè, a garantire ai consociati libere scelte d'azione (sentenza n. 364 del 1988), sulla base di una valutazione anticipata ("calcolabilità") delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta; "calcolabilità" che verrebbe meno ove all'agente fossero addossati accadimenti estranei alla sua sfera di consapevole dominio, perché non solo non voluti né concretamente rappresentati, ma neppure prevedibili ed evitabili. In pari tempo, il principio di colpevolezza svolge un ruolo "fondante" rispetto alla funzione rieducativa della pena (art. 27, terzo co., Cost.): non avrebbe senso, infatti, "rieducare" chi non ha bisogno di essere "rieducato", non versando almeno in colpa rispetto al fatto commesso (sentenza n. 364 del 1988)". La questione di legittimità costituzionale riguardava l'art. 609 *sexies* cp., che si assumeva illegittimo nella parte in cui istituiva una "sorta di presunzione *iuris et de iure*" sulla conoscenza dell'età della persona offesa da parte dell'agente. La Corte dichiara inammissibile la domanda del giudice *a quo* perché questi non si è posto il problema di verificare la praticabilità di una interpretazione conforme a Costituzione della disposizione denunciata, che era desumibile alla luce delle storiche sentenze n. 364/1988 e n. 1085/1988: il colpevole non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età, salvo che si tratti di ignoranza inevitabile. Il legislatore è poi intervenuto per adeguare la norma al principio di diritto espresso dalla Corte.

¹⁰ Corte EDU, sentenza *Cantoni c. Francia* (cfr. DE SALVIA, *Compendium della C.E.D.U.*, Napoli, 2000), *SW c. UK* e, più recentemente, *Conrada c. Italia*.

¹¹ SOTIS, *op. cit.*, 69.

ché, grazie alla prevedibilità della legge applicabile, si riteneva che offrisse una protezione più estesa rispetto a quella del combinato disposto degli artt. 25 e 27 Cost¹².

Tuttavia, nelle sentenze nn. 24 e 25, emerge nitidamente il diverso modo di intendere la legalità rispetto alla Corte EDU. La Corte costituzionale prende (*in parte qua*) le distanze dalla declinazione classica di prevedibilità convenzionale e afferma - in materia penale - l'esclusività della *prævia lex scripta et stricta*, rispetto alla quale il giudice ha solo una funzione dichiarativa e integrativa delle "zone d'ombra", in conformità ai sistemi giuridici di tradizione continentale. La sentenza n. 25 esprime questo principio con particolare riferimento alle dinamiche intertemporali, collocandosi nella scia della nota sentenza n. 230/2012. In senso parzialmente diverso, la sentenza n. 24, in modo inedito, distingue a seconda che ci si trovi al cospetto della materia penale o delle misure di prevenzione, che in questa non rientrano: solo al di fuori della materia penale la condizione della prevedibilità può essere soddisfatta anche avvalendosi di una giurisprudenza costante e uniforme.

Le due sentenze gemelle si distinguono tra loro anche per le prospettive che schiudono all'interprete. La sentenza n. 25 si occupa dell'illegittimità dei reati (co. 1 e co. 2) posti a presidio dell'inosservanza della sorveglianza di p.s. e, forse, può dare la stura ad un'ulteriore pronuncia della Corte Costituzionale sull'art. 75 D.lgs. n. 159/2011 in relazione alla determinatezza della prescrizione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni, da cui ha preso vita un filone giurisprudenziale analogo a quello che ha condotto alla n. 25¹³. La sentenza n. 24, invece, è carica di implicazioni, perché, avendo

¹² In particolare si vedano VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, cit., 225 e SOTIS, *op. cit.*, 71 e ss. che discorre di "chiaro e oscuro" della prevedibilità. Da un lato, "la prevedibilità, assegnando al giudice la sua funzione di codeterminazione, ribadisce automaticamente un ruolo di comprimario della legalità", emette il messaggio che la tipicità è anche il risultato dell'interpretazione, assicurando maggiore certezza. Dall'altro, "queste luci hanno anche qualche ombra: come ovvio, ciò ha a che fare con la separazione dei poteri, vale a dire il volto della legalità che la prevedibilità convenzionale non può tenere sotto controllo".

¹³ ZUFFADA, *Alle sezioni unite una nuova questione relativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 75 cod. antimafia, questa volta in caso di trasgressione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni*, in www.penalecontemporaneo.it; 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 pubbli-*

ad oggetto l'illegittimità dei presupposti applicativi delle misure di prevenzione, ha più ampio respiro: la sua "onda lunga"¹⁴ può investire – ed è da capire in che termini – altri istituti del diritto della prevenzione rimasti sinora estranei al vaglio della Corte ma che sono più o meno connessi alle fattispecie di pericolosità generica.

2. *La prevedibilità al di fuori della materia penale: il ruolo "tassativizzante" di una giurisprudenza costante e uniforme.* Tradizionalmente, si intende la pericolosità come la possibilità che da un dato centro di imputazione possano derivare lesioni per determinati interessi o valori ritenuti rilevanti dalla società e/o dall'ordinamento¹⁵. Le fattispecie di pericolosità contenute nel D.lgs. 159, per quanto il legislatore possa introdurre una componente descrittiva nella norma, passibile di valutazione diagnostico-cognitiva, per loro natura, sono intrinsecamente caratterizzate dalla fragilità e indeterminatezza dei sistemi predittivi¹⁶. Nelle fattispecie a pericolosità generica, impugnate dinanzi alla Corte costituzionale, questi limiti sono enfatizzati. Mentre in quelle a pericolosità qualificata il legislatore individua il destinatario per connessione ad uno specifico titolo di reato, la pericolosità generica prescinde da qualsiasi limitazione, ricollegandosi a parametri comportamentali piuttosto labili.

Le questioni sollevate dinanzi alla Corte sono: a) per quanto concerne le misure di prevenzione personali, la legittimità delle due ipotesi di cui alle lettere

che riunioni contrasta con il principio di determinatezza, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7. Già nella sentenza de Tommaso la Corte EDU aveva manifestato preoccupazione circa l'assoluta mancanza nella legge di limiti temporali e spaziali per il divieto di partecipare a riunioni pubbliche che accompagna la sorveglianza di p.s., abbandonando completamente alla discrezionalità del giudice il potere di restringere la fondamentale libertà di darsi convegno. Il servizio novità della Corte di Cassazione ha diramato un'informazione provvisoria in cui rende noto che le Sezioni Unite hanno recentemente affrontato e risolto il seguente quesito: "se la partecipazione del soggetto, sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ad una manifestazione sportiva tenuta in luogo aperto al pubblico, integri il reato di violazione delle prescrizioni di cui agli artt. 8 e 75 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159", dando risposta negativa (Cass., Sez. un., u.p. 28 marzo 2019, ric. Acquaviva).

¹⁴ AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza de Tommaso: ore contate per l'interdittiva antinafia "generica"* ex art. 84 co. 4 lett. d) ed e) D.lgs. n. 159/2011, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4, 290 e ss.

¹⁵ TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Encicl. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 1983.

¹⁶ TAGLIARINI, *op. ult. cit.*; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VI ed., Bari, 2000, 798. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2018, 15, discorre di "atavico vizio" di indeterminatezza e imprecisione che caratterizza tutti i giudizi prognostici.

a) e b) dell'art. 1 D.lgs. n. 159, nella parte in cui fungono da presupposto per l'applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con o senza obbligo o divieto di soggiorno, in riferimento all'art 117 co. 1, che consente, quale parametro interposto, di richiamare l'art. 2 prot. n. 4 C.E.D.U.¹⁷, nonché con riferimento agli artt. 13 e 25 co. 3 Cost.; b) per le misure di prevenzione patrimoniali, la legittimità dei medesimi presupposti applicativi (in quanto richiamati dall'art. 16) con riferimento all'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 1 prot. 1 C.E.D.U.¹⁸, nonché all'art. 42 Cost.

La Corte Costituzionale è impegnata, quindi, su due fronti, perché misure personali e patrimoniali incidono - naturalmente - su interessi non omogenei che sono presidiati da parametri di legittimità costituzionale diversi.

La motivazione della sentenza n. 24 muove dal presupposto che le misure di prevenzione non hanno natura penale. L'“indubbia dimensione afflittiva” che recano con sé non è che una “conseguenza collaterale” di misure il cui scopo essenziale è “il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato” o, con particolare riguardo all'ablazione delle misure patrimoniali, “la naturale conseguenza” della illecita acquisizione del bene. Ciò induce la Corte a ricostruire il relativo “statuto di garanzia” secondo una logica di evidente “compenetrazione dei diritti riconosciuti dalla Carta costituzionale e dalla Convenzione europea”¹⁹. In questo senso si pone in linea con l'affermazione secondo cui “il diritto della prevenzione è una disciplina in sé conclusa, in cui le garanzie non possono essere asetticamente importate dal diritto penale, ma devono venire automaticamente forgiate a partire dai diritti che vengono incisi”²⁰. Questo procedimento euristico serve a capire quali regole governano le misure di prevenzione, che da sempre sono di incerta col-

¹⁷ VIGANÒ, *Art. 2 Prot. 4*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis - Viganò 2016, 353 e ss.

¹⁸ FINOCCHIARO, *art. 1 prot .add.*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis- Viganò, Torino, 2016, 325 e ss.

¹⁹ Così FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte Costituzionale in tema di legalità e misure di prevenzione*, cit.

²⁰ CONSULICH, *op. cit.*. Analogamente SIEBER, *Linee generali del diritto amministrativo punitivo in Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 66, secondo cui “è possibile definire alcune garanzie a prescindere dal tipo di misura posta in essere dallo Stato, facendo valere alcuni diritti fondamentali in ragione del livello afflittivo della misura in esame, indipendentemente dal fatto che essa sia prevista da disposizioni penali o di altra natura”.

locazione sistematica, e se i parametri di legittimità invocati siano pertinenti. La Corte, muovendo dalle origini storiche e dalla funzione della sorveglianza di pubblica sicurezza, ne asserisce la natura amministrativa e la riconduce all'alveo dell'art. 13. Ciò comporta il rispetto di garanzie in parte corrispondenti a quelle C.E.D.U. (art. 2 prot. 4) e in parte ulteriori: la necessità di una idonea base legale, la proporzionalità rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati e, requisito non richiesto in sede convenzionale, la riserva di giurisdizione.

Allo stesso modo, assodato che confisca di prevenzione e sequestro non hanno natura repressiva ma meramente ripristinatoria dello *status quo ante*, la Corte osserva che “restano comunque misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale e convenzionale”²¹. Pertanto, dovranno soggiacere alle garanzie apprestate dal combinato disposto delle norme cui la Costituzione (artt. 41 e 42 Cost.) e la C.E.D.U. (art. 1 Prot. addiz. C.E.D.U.) subordinano la legittimità delle misure che comportino la restrizione ai diritti in questione: una previsione di legge che presenti lo standard qualitativo richiesto dalla Corte EDU; la proporzionalità rispetto agli obiettivi prefissati, stante non solo il disposto dell'art. 1 prot. Addiz. C.E.D.U. ma anche quello dell'art. 3 Cost.; l'applicazione all'esito di un procedimento che sia conforme al canone del giusto processo nel suo *volet civil* (artt. 111, primo, secondo e sesto co., Cost., e 6 C.E.D.U.), assicurando l'effettività del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

Dall'analisi compiuta dalla Corte costituzionale emerge che - certamente - la legge in tema di misure di prevenzione (personali e patrimoniali) deve contenere previsioni sufficientemente dettagliate circa le tipologie di soggetti destinatari, così da garantire loro la prevedibilità delle conseguenze che derivano da determinati comportamenti²².

²¹ La Corte costituzionale aderisce alla più recente delle tesi caldegiate dalla dottrina sulla natura della confisca di prevenzione: si veda VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 610 e ss; MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 2, 942 e ss.; FINOCCHIARO, *La confisca “civile” dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, Milano, 2018, 402 e ss.

²² La dottrina (CONSULICH, *op. cit.*) ha distinto, “mutuando il linguaggio della genetica mendeliana”, tra

È a questo punto che c'è uno snodo fondamentale nell'economia motivazionale della sentenza. Secondo la Corte, il fatto che le misure di prevenzione si collochino fuori dal diritto penale consente di integrare il dato legislativo con il formante giurisprudenziale e soddisfare così lo standard qualitativo di "legge" richiesto dalla Costituzione e dalla C.E.D.U. Più precisamente, la Corte afferma che: "in materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008) [...]; e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018). Tuttavia, allorché si versi - come nelle questioni ora all'esame - al di fuori della materia penale, *non può del tutto escludersi* che l'esigenza 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. Essenziale - nell'ottica costituzionale così come in quella convenzionale - è, infatti, che tale interpretazione giurisprudenziale sia in grado di porre la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa.".

La Corte costituzionale, di fatto, disconosce che la qualità della legge abbia un

garanzie penalistiche "dominanti" e "recessive". Le prime non arretrano nell'ipotesi di "ibridazione con un diritto afflittivo non punitivo", le seconde presidiano esclusivamente la materia penale. "Dominante" è, sicuramente, la determinatezza, perché ha una duplice anima: è strumento di tutela (minimale) per il destinatario del comando, ma è anche funzionale al potere che pretenda di farsi obbedire. Le misure di prevenzione, essendo incentrate sulla difesa sociale, si affrancano da principi maggiormente personalistici, come il principio di colpevolezza (nel suo versante sostanziale e processuale) e il divieto di retroattività, che, infatti, rappresentano garanzie penalistiche "recessive".

regime unitario per tutti i settori dell'ordinamento, così come la Corte EDU, cui si deve il concetto di prevedibilità, sostiene, anche nella sentenza *de Tommaso*. In materia penale, la chiusura voluta dalla Corte costituzionale non può che spiegarsi in un'ottica di maggior tutela, perché evidentemente ritiene che escludere la giurisprudenza dalla formazione dello standard qualitativo della norma offra una protezione più estesa ai consociati, attestandosi su posizioni molto vicine al "formalismo interpretativo"²³. Effettivamente, pensare che il compito del giudice si risolva nell'individuare la norma già scolpita nella disposizione, scartando tutti gli altri possibili significati alternativi ma erronei, secondo un metodo logico-deduttivo, rassicura, perché veicola l'idea di una giustizia certa e uniforme, alla stregua di un calcolo aritmetico.

Tuttavia, se da un lato c'è un passo indietro, dall'altro, c'è un evidente passo in avanti verso la concezione di legalità convenzionale, perché in ambiti liminari al diritto penale, come certi settori del diritto amministrativo, pur governati da un principio di legalità, per così dire, continentale (artt. 23, 97, 101 Cost.), la Corte costituzionale apre scenari del tutto nuovi nell'intento di salvare le norme impugnate. Muovendo da teorie antiformalistiche dell'interpretazione²⁴, delinea con cautela, ma comunque espressamente, un ruolo relevantissimo per la giurisprudenza, che sinora è stato proposto soltanto da una parte più audace della dottrina che si è occupata di funzione nomofilattica e crisi della legge: le Corti innovano la norma, che altrimenti sarebbe - di per sé - imprecisa, quindi difettosa, quindi illegittima. Inoltre, il precedente acquisterebbe vincolatività, perché i consociati devono uniformare i loro comportamenti all'interpretazione dei tribunali²⁵.

²³ Secondo cui compito del giudice è disvelare e dichiarare il significato "esatto" (art. 65 L. ord. giudiziario) della legge (TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, 1991, 74).

²⁴ TARUFFO, *op. ult. cit.*, 75.

²⁵ La Corte, almeno al di fuori della materia penale, suggella ciò che MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 22, osservava già qualche anno fa: "la creatività del giudice [...] è il dato di realtà che segna l'elemento maggiormente caratterizzante l'epoca attuale". Nello stesso senso CRISPINO, *Interpretazione conforme al diritto europeo e internazionale in materia penale*, in *Ars Interpr.*, 2019, 1, 171 e ss., che scrive: "l'entrata in vigore della Costituzione prima, l'adesione al sistema CEDU e l'influenza crescente delle fonti dell'Unione europea poi, hanno scardinato l'ideale di matrice illuministica del giudice *bouche de la loi*, in quanto il giudice è divenuto non solo co-protagonista del legislatore nella produzione del diritto ma anche il protagonista principale del dialogo con le due Corti europee, nonché un attore fondamentale dell'attuazione del diritto europeo". Con particolare riferimento al diritto amministrativo si veda DE SIANO, *op. cit.* Le recenti riforme del processo, per ciascun ramo dell'ordinamento (civile con

Questa presa di posizione consente alla Corte di valutare se gli sforzi tassativizzanti della giurisprudenza costante e uniforme in materia, avvicinandosi soprattutto a seguito della sentenza *de Tommaso*, valgano a salvare le norme impugnate dal difetto originario di imprecisione e imprevedibilità. La giurisprudenza ha cercato di dare un contorno più definito ad ogni singolo significato delle disposizioni in esame e la Corte costituzionale vaglia le principali pronunce, utili ai propri fini, rese dalla Corte di cassazione²⁶. Quest'ultima ha scomposto le fattispecie di pericolosità generica nelle proprie componenti semantiche, assegnando loro un significato che arricchisce il "freddo" dato testuale e ne restringe l'ambito operativo, potenzialmente più esteso.

Così, il "delittuoso", che compare in entrambe le norme impugnate, non fa riferimento a qualsiasi attività criminosa, ma soltanto a condotte che costituiscono delitto, escludendo dal cono d'ombra della norma contravvenzioni e illeciti amministrativi²⁷. Quindi, lo *status* di evasore fiscale non può giustificare di per sé la misura di prevenzione, perché l'evasione fiscale può risolversi anche in meri illeciti amministrativi²⁸.

"Abitualmente", avverbio comune alla lett. a) e b), richiede la realizzazione di attività delittuosa non episodica ma diluita in un significativo intervallo temporale della vita del proposto, talora richiedendosi che tali comportamenti connotino lo stile di vita per periodi significativi²⁹.

l'art. 374 c.p.c., penale con l'art. 618 c.p.p., amministrativo con l'art. 99 c.p.a.), rappresentano già la spia di una tendenza verso il sistema del precedente, perché alle sezioni semplici delle Alte Corti restano due alternative: o si adeguano al principio di diritto espresso dai massimi consessi oppure hanno l'obbligo di rimettere nuovamente la questione ad essi in caso di *dissenting opinion*. Sul punto si veda, per quanto concerne l'art. 618 c.p.p., FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di Bargis, Belluta, Torino, 2018.

²⁶ BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, cit. Per una visuale grandangolare sull'interpretazione tassativizzante e sulla legalità cd. effettuale si veda CRISPINO, *op. cit.*

²⁷ Cass., Sez. I, 3 ottobre 2018, Righi et al., in *penalecontemporaneo.it* (con nota di MENDITTO, *Misure di prevenzione e Corte europea, cit.*), n. 43826; Cass. Sez. II, 23 marzo 2012, Crea, in *Mass. uff.*, n. 16348

²⁸ Cass., Sez. V, 6 dicembre 2016, Malara, in *Italggiure.giustizia.it*, n. 6067; Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, D'Alessandro, in *Italggiure.giustizia.it*, n. 53003.

²⁹ Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, Scagliarini, in *DeJure*, n. 31209; Cass., Sez. I, 15 giugno 2018, Bosco in *Italggiure.giustizia.it*, n. 349; Cass., sez. II, 19 gennaio 2018, Carnovale, in *Italggiure.giustizia.it*, n. 11846.

Di più incerta definizione è la nozione di “traffico”, presente solo nella lettera a) e sulla quale coesistono opinioni discordanti in seno alla Corte di cassazione. Per una parte della giurisprudenza di legittimità acquisirebbe il significato più generico di “attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti”, comprendendo anche “attività che si caratterizzano per la spoliazione, l’appropriazione o l’alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili”³⁰. Un altro orientamento circoscrive la portata applicativa della norma muovendo dal senso comune che nella lingua italiana assume “trafficare”, che significa, in primo luogo, commerciare. Quindi, la norma fa riferimento al commercio illecito di beni materiali, immateriali, animali, esseri umani, nonché, al limite, a condotte *lato sensu* negoziali e intrinsecamente illecite. Trafficare in italiano può significare anche affaccendarsi, darsi da fare, essere occupati, maneggiare, ma, secondo questo indirizzo interpretativo, certamente non può estendersi sino a confondersi con – il più generico – delinquere con la finalità di trarre profitto³¹.

I “proventi” di cui alla lettera b) è interpretato nel senso di “richiedere la realizzazione di attività delittuose che siano produttive di reddito illecito e dalla quale sia scaturita un’effettiva derivazione di profitti illeciti”³².

Nonostante non sia oggetto delle censure sollevate dai giudici *a quibus*, la Corte costituzionale, incidentalmente, precisa che lo sforzo della giurisprudenza ha investito non solo il profilo sostanziale della prevenzione, ma ha implementato anche la cd. tassatività processuale, ovvero lo standard probatorio da raggiungere³³.

³⁰ Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018, Carnovale, in *Italggiure.giustizia.it*, n. 11846.

³¹ Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, D’Alessandro, in *Italggiure.giustizia.it*, n. 53003.

³² Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, Scagliarini, in *DeJure*, n. 31209.

³³ Effettivamente, i presupposti applicativi delle misure di prevenzione sono plasmati sulla base degli elementi di prova: sono due profili che si alimentano a vicenda. La locuzione “elementi di fatto”, contenuta nelle fattispecie a pericolosità generica, implica una consistenza probatoria “volutamente diversa e più rigorosa” rispetto a quella dovuta in virtù di “indiziati”, formula che connota la pericolosità qualificata. Non si ritengono sufficienti meri indizi e, fermo il rapporto di autonomia, la decisione resa nel processo penale può assumere un certo rilievo nel procedimento di prevenzione, instaurando una sorta di interferenza a senso unilaterale che ancora la misura da applicare ad un pregresso accertamento con standard probatorio più elevato. Questa può discendere da una sentenza di condanna o da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto, che abbia accertato la responsabilità dell’imputato. Viceversa, “l’esistenza di un proscioglimento nel merito per un determinato fatto impedisce, alla luce anche del disposto dell’art. 28, co. 1, lett. b), che esso possa essere assunto a fondamento

La Corte tira, quindi, le fila del proprio ragionamento e ritiene che l'attività di tipizzazione suppletiva della giurisprudenza sia riuscita a rendere determinata e prevedibile solo la fattispecie di cui alla lett. b), perché è suscettibile di essere interpretata come richiamo a specifiche categorie di reato. Infatti, per il diritto vivente, "coloro che...vivono con i proventi di attività delittuose" evoca quei delitti che presentano tre requisiti: sono reiterati in un significativo arco temporale, tale per cui si possono dire comportamenti abituali; generano effettivamente profitti; questi ultimi rappresentano una componente significativa del reddito, se non l'unica.

Invece, secondo la Corte costituzionale, la fisiologica imprecisione della fattispecie di cui alla lett. a) non è stata emendata dalla giurisprudenza, nemmeno sotto la spinta della sentenza *de Tommaso*. Alla prevedibilità della fattispecie ostano le incertezze interpretative riguardanti i "traffici delittuosi": la giurisprudenza è divaricata sul punto e, pertanto, non riesce a conferire alla norma contorni sufficientemente chiari, tali da consentire ai potenziali destinatari di prevederne i risvolti applicativi. La legge e il giudice, *viribus unitis*, "non appaiono in grado di selezionare [...] i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura".

Consegue, quindi, l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 lett. a) per contrasto con le norme sopra richiamate e resta assorbita la censura relativa all'art. 25 co. 3 Cost.

La Corte costituzionale sembra avallare quella tesi dottrinale, che ha fatto breccia anche nella giurisprudenza di legittimità³⁴, secondo cui si parla impropriamente ("fraudolentemente") di "fattispecie di pericolosità", perché in realtà, "sono nella maggior parte dei casi esattamente corrispondenti a precise fattispecie di reato, puntualmente identificate" dalla norma. Anche le fattispecie di cui all'art. 1, richiamate dal 4, farebbero riferimento, seppur genericamente, alla commissione di una pluralità di reati: "sempre si allude alla previa commissione di reati" da parte del preposto³⁵. Quindi, lungi dal descrivere

della misura". Cfr. sul punto i rilievi di BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione*, cit., 11 e ss.

³⁴ Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, Scagliarini, in *DeJure*, n. 31209.

³⁵ VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione"*

stili di vita e metodiche comportamentali al di fuori degli schemi ordinari della convivenza civile e del sistema democratico, si tratta di norme che vanno riempite con la commissione di fatti penalmente rilevanti, assicurando così - indirettamente - un livello di determinatezza ad essi equiparabile.

Questa tesi, se da un lato ha il pregio di accrescere il tasso di determinatezza, avvicina, però, quasi a confonderle, misure di prevenzione e misure di sicurezza. Di fatto, rende le prime misure *ante nova delicta* e, annullando le divergenze tra pericolosità sociale e criminale, ne trascura la genesi storica e teleologica. La Corte, contemporaneamente, non si arrischia ad indagare le conseguenze di questa scelta, dettata, forse, dalla volontà di salvare, quasi “ad ogni costo”, le norme impugnate. Effettivamente, il giudizio del giudice non sarebbe più prognostico ma piuttosto diagnostico e avvalorerebbe la tesi che, squarciato il velo formale, ritiene le misure di prevenzione pene del sospetto, perché prevarrebbe la funzione punitiva per qualcosa che si è commesso, pur senza averne le prove³⁶. Paradossalmente, uno degli argomenti utilizzati dalla Corte per dire che l’impegno tassativizzante della giurisprudenza ha colto nel segno indebolisce la premessa da cui è partita, ovvero la natura non penale delle misure di prevenzione³⁷.

3. *Quale sorte per le “misure di polizia”?* La Corte costituzionale riconosce l’esistenza di due sistemi impostati secondo tecniche normative diverse: da un lato, il sistema penale, con il suo corredo di garanzie di rango costituzionale incentrate sulla tutela della singola persona; dall’altro, il sistema di polizia e di ordine pubblico, fondato su istanze di difesa sociale e, quindi, sciolto da “im-

nell’ordinamento italiano, cit. Nello stesso senso, MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, 490 e ss; MAGI, *Per uno statuto unitario dell’apprezzamento della pericolosità sociale*, in *Dir. pen. cont.*, 11; BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 644 e anche in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile, Gatta, Milano, 2018.

³⁶ Si veda MOCCIA, *op. cit.*; BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, 505 e ss., nonché la *dissenting opinion* del giudice Pinto de Albuquerque, resa in calce alla sentenza *de Tommaso c. Italia*.

³⁷ In questo senso PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, cit., 143.

pacci garantisti”³⁸ nonché accompagnato da “scorciatoie probatorie”³⁹. A questo proposito si è parlato, in senso provocatorio, anche di “diritto penale al limite”, “ad alta velocità”, di “diritto penale amministrativo”⁴⁰. La Corte si è occupata delle misure di prevenzione che, dopo l’entrata in vigore della Costituzione, sono state “giurisdizionalizzate”, essendo originariamente di competenza della PA. Esulano dallo scrutinio di legittimità costituzionale quelle che tuttora restano di competenza del potere amministrativo. Può essere, quindi, interessante riflettere sulle conseguenze che i principi di diritto espressi nella sentenza possono avere su queste ultime, che sono, al pari delle altre, estranee alla materia penale e talmente vicine ad esse da essere disciplinate nello stesso plesso normativo.

3.1. *La dichiarazione di incostituzionalità che pende, come una spada di Damocle, sulle misure questorili.* Le fattispecie a pericolosità generica, oggetto del giudizio di costituzionalità deciso con la sentenza n. 24, sono presupposto anche - in realtà l’unico - per l’applicazione delle misure di competenza del Questore.

Il Questore è titolare, in concorrenza con il Procuratore della Repubblica, il Procuratore nazionale antimafia e il direttore della DIA, del potere di proposta per le misure di prevenzione personali e patrimoniali, mentre esclusivamente per avviso orale e foglio di via obbligatorio è organo decidente. Queste ultime sono antico retaggio delle vecchie misure di polizia “sopravvissute” al processo di giurisdizionalizzazione sollecitato a partire dalle prime sentenze della Corte costituzionale in tema di prevenzione.

³⁸ L. FERRAJOLI, *op. cit.*

³⁹ MANNA, LASALVIA, “*Le pene senza delitto*”: sull’*inaccettabile “truffa delle etichette”*, in *Arch. pen.*, 2017, 1.

⁴⁰ In ottica comparatista, si vedano le lucide riflessioni di SIEBER, *op. cit.*, il quale si interroga sulla natura delle *Ordnungswidrigkeiten*, più in particolare delle *mega-Ordnungswidrigkeiten*, collocate dal legislatore tedesco al di fuori della materia penale, paventando il rischio di una “frode delle etichette”, ed esprime perplessità circa il sistema di garanzie (sostanziali e processuali) apprestato. Tuttavia, bisogna tener presente che l’A. si occupa comunque di misure dichiaratamente sanzionatorie, perché hanno “natura punitiva, repressiva e/o retrospettiva, nel senso che rappresentano una reazione ad un’infrazione commessa nel passato e non costituiscono, per tanto, misure meramente preventive, volte ad evitare un pericolo futuro che promani dall’autore”. Diversamente, ben più discussa è la natura punitiva delle “nostre” misure di prevenzione, sostenuta solo da parte della dottrina, al punto da esser opzione recisamente esclusa dalla Corte costituzionale nella sentenza in commento.

Il foglio di via obbligatorio è disciplinato dall'art. 2 del D.lgs. n. 159 e consente al questore, previa provvedimento motivato, di rimandare nei propri luoghi di residenza le persone che da questi si siano allontanate, che siano inquadrare nei profili tipologici dell'art. 1 e siano pericolose per la sicurezza pubblica, inibendo loro di fare ritorno per un periodo che non può essere superiore ai tre anni. Il provvedimento del questore contiene, dunque, l'ordine di allontanarsi, il divieto di fare rientro, l'indicazione del comune o dei comuni dove si è manifestata la pericolosità⁴¹, la durata dell'interdizione. Si è osservato che la pericolosità "per la sicurezza pubblica" sia un'aggiunta che non figura per le altre misure ed, in quanto tale, potrebbe richiedere un *quid pluris* in termini valutativi. Poiché il concetto di "sicurezza pubblica" coinvolge tutte le condizioni affinché sia garantito il rispetto delle leggi, la vita e l'incolumità dei cittadini e i beni pubblici e privati, la figura del destinatario, delineata dal combinato disposto degli artt. 1 e 2, dovrebbe essere "possibile centro motore" dell'azione criminale, che "metta in pericolo le basi fondamentali della convivenza e tolga alla polizia le normali possibilità di controllo e prevenzione"⁴². I luoghi di residenza devono intendersi in senso sostanziale: sono quelli in cui il soggetto svolge abitualmente ed effettivamente la propria vita privata, mentre le certificazioni anagrafiche possono avere un valore indicativo e costituire una presunzione di rilievo in merito alla corrispondenza tra iscrizione e situazione di fatto.

Trattandosi di un provvedimento amministrativo, il relativo procedimento segue le corrispondenti regole e appronta le coincidenti garanzie, le cui principali sono compendiate nella L. n. 241/1990. Per il procedimento amministrativo non esiste un equivalente costituzionale del principio del giusto processo, quindi il diritto di difesa del proposto troverà accoglimento nei limiti della L. n. 241: la Corte costituzionale, ad esempio, con sentenza n. 210/1995, ha ritenuto che la comunicazione di avvio del procedimento è obbligatoria salvo che non vi siano particolari esigenze di celerità che prevalgano, imponendone l'omissione (art. 7)⁴³. I rimedi esperibili sono quelli che re-

⁴¹ Sarebbe, invece, illegittimo se riguardasse territori "neutri", quindi estranei a quelli dove il proposto ha agito.

⁴² FIORENTIN, *op. cit.*, 36 e ss.

⁴³ FIORI, *Misure di prevenzione personali: foglio di via obbligatorio e violazione dell'art. 8 C.E.D.U.*, in

golarmente si fanno valere avverso qualsiasi provvedimento amministrativo, quindi ricorsi amministrativi e giurisdizionali dinanzi agli organi della giustizia amministrativa.

L'avviso orale nel tempo ha profondamente mutato il proprio volto. Inizialmente ereditava il ruolo della diffida, con la quale si raccomandava alle persone che il Questore avesse ritenuto pericolose di cambiare condotta, perché altrimenti si sarebbe proceduto all'applicazione di una misura di prevenzione decorsi non più di tre anni. Fungeva, dunque, da mero presupposto procedimentale ai fini dell'applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con finalità informative e di garanzia⁴⁴. Attualmente, invece, ha assunto piena autonomia, confermata anche dalla collocazione sistematica: l'avviso orale è disciplinato dall'art. 3 D.lgs. n. 159 sotto la rubrica "misure di prevenzione personali applicate dal questore".

Nonostante ciò, resta in qualche misura propedeutico a eventuali successive iniziative delle agenzie di *law enforcement*, come si può evincere dal suo invariato contenuto, che è duplice: da un lato si comunica al destinatario che sussistono indizi a suo carico, dall'altro gli si rivolge un invito formale a mutare condotta. Essendo stato reciso il collegamento con le altre misure, le norme non danno indicazioni circa la durata temporale, ma ne disciplinano unicamente la revoca.

Come per la sorveglianza di pubblica sicurezza, anche all'avviso orale sono collegati effetti interdittivi, che però hanno natura diversa rispetto a quelli degli artt. 66 e 67: innanzitutto non sono effetti automatici ma è il Questore con scelta discrezionale a decidere se imporli o meno; i destinatari devono essere stati condannati per delitti non colposi; si risolvono nel divieto di possedere o utilizzare, in tutto o in parte, armi, veicoli, dispositivi informatici o di comunicazione con determinate caratteristiche. Ai sensi del co. 5 dell'art. 3, il Questore può applicare queste misure anche al sorvegliato speciale, che subisce

Dir. pen. cont., 2018, 1, 292 e ss. commenta una decisione del TAR Umbria molto interessante, perché fa valere le garanzie C.E.D.U., in particolare quelle di cui all'art. 8, sulla misura questorile: accoglie il ricorso e annulla il foglio di via obbligatorio per eccesso di potere, *sub specie* difetto di istruttoria (figura sintomatica), perché la PA non avrebbe adeguatamente valutato le esigenze di assistenza ai genitori e di tutela della unità familiare.

"Rappresenterebbe "una contestazione anticipata degli addebiti che formeranno oggetto dell'instaurando procedimento di prevenzione" (FIORENTIN, *op. cit.*, 51).

una notevole incapacitazione, perché già gravato dalle diverse interdittive di cui agli artt. 66 e 67. La dottrina ha evidenziato che il divieto riguarda tutte cose utilizzate dalla criminalità organizzata nell'attività di contrabbando di tabacchi lavorati. Probabilmente l'*intentio legislatoris* era colpire proprio questa forma di criminalità ma, se si attualizza il disposto normativo, l'evoluzione più recente degli apparecchi radiotrasmettenti e informatici è lo *smartphone*. Il Questore, con l'avviso orale, che di per sé non è affittivo, può interdire, sulla base di "indizi" e di una presunta pericolosità sociale, fondata sulla precedente condanna per delitto non colposo, l'uso di strumenti che oggi contribuiscono notevolmente allo svolgersi della personalità del consociato (tutelata dagli artt. 2 Cost. e 8 C.E.D.U.) nonché delle attività economiche.

Argomentando a partire dalla affittività di tali inibitorie, si ritiene che il provvedimento emesso dal Questore, seppur collegato all'avviso, costituisca, in realtà, una misura di prevenzione autonoma.

In effetti, diversi sono anche i rimedi: mentre l'avviso orale soggiace al regime delle impugnative amministrative (sia giustiziali sia giurisdizionali), le disposizioni interdittive sono opponibili dinanzi al tribunale in composizione monocratica.

Le misure applicate dal Questore hanno una forte incidenza sulla sfera personale del preposto. Ciononostante, la Corte Costituzionale ha sempre legittimato la competenza amministrativa perché le due misure di polizia non attingono la libertà personale e, dunque, non soggiacciono alla garanzia ulteriore dell'art. 13, ovvero la riserva di giurisdizione. La loro copertura costituzionale sarebbe da rinvenire piuttosto nell'art. 16 Cost., con la conseguenza che il preposto ha diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo per accertarne la legittimità soltanto *a posteriori*. In realtà, rispetto alle misure di prevenzione, la giurisprudenza costituzionale non è mai stata molto chiara sulla reale linea di confine tra ciò che ricade sotto la sfera precettiva dell'art 13 Cost. o, viceversa, dell'art. 16. Anche il criterio della "degradazione giuridica"⁴⁵, che in alcune sentenze⁴⁶ è indicato come elemento qualificante della restrizione della

⁴⁵ RIONDATO, *Le misure di prevenzione e il degrado delle garanzie annunciato da Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia?*, a cura di RIONDATO, Padova, 2012, 126 e ss.

⁴⁶ Tra le altre, Corte cost. n. 68/1964 e n. 419/1994.

libertà personale, in alcuni casi è utilizzato, in altri no. Per “degradazione giuridica” deve intendersi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell’assoggettamento all’altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell’*habeas corpus*⁴⁷. Stavolta, la Corte costituzionale non menziona nemmeno il problema del confine conteso e diviso tra le due norme. Non è ben chiaro se ciò dipenda dalla volontà di *bypassare* il problema, la cui trattazione non sarebbe stata funzionale ai fini della decisione di (in)costituzionalità, oppure se sia il segno della maturata volontà (o del desiderio sopito) di unificare sotto l’art. 13 Cost. lo statuto costituzionale per tutte le misure di prevenzione personali, dal momento che, nella decisione n. 24, solo in pochi punti della motivazione si fa espresso riferimento alla sorveglianza speciale: nel suo incedere, la Corte si riferisce di consueto alle misure di prevenzione personali in generale (paradigmatico è l’*incipit* del § 9 del considerato in diritto). Ciò implicherebbe che, dinanzi a eventuali questioni di legittimità sollevate su questo profilo, consegua la “giurisdizionalizzazione” nell’irrogazione di avviso orale e foglio di via obbligatorio, che rappresenterebbe una svolta ragionevole, considerandone la comprovata afflittività e il ristretto margine di manovra che connota il sindacato del giudice amministrativo.

Mettendo da parte quelle che possono costituire mere suggestioni, sicuramente più prossima e prevedibile è la dichiarazione di incostituzionalità delle norme che consentono l’applicazione di avviso orale e foglio di via obbligatorio per “coloro che debbano ritenersi [...] abitualmente dediti a traffici delittuosi”. Essendo un presupposto applicativo comune a tutte le misure di prevenzione, il difetto di precisione non può che valere anche per le misure questorili. Si tratta di un esito quasi preannunciato dalla Corte, la quale, nel fissare il *thema decidendum*, precisa che si tratta di una questione estranea al “va-

⁴⁷ È interessante osservare, in chiave comparatista, che, similmente, pur se con i dovuti distinguo, in Germania, la Corte costituzionale (Bundesverfassungsgericht - BverfG) ritiene che la sanzione inflitta in conseguenza di una *Ordnungswidrigkeit*, a differenza di quanto accade per le sanzioni penali, non è fonte di stigma o riprovazione morale. “Alla sanzione amministrativa mancano la serietà e la solennità della sanzione criminale: il primo tipo di sanzione rappresenta solo un promemoria di doveri e non produce serie conseguenze negative per la *reputazione del destinatario* [corsivo aggiunto]” (SIEBER, *op. cit.*).

glio odierno”, perché non sollevata dai giudici rimettenti, “né avrebbe potuto esserlo, non essendo il tribunale l’autorità competente per l’applicazione di tali misure”. Solamente la giustizia amministrativa, che opera un controllo giurisdizionale successivo ed eventuale sulla legittimità di tali misure, avrà la possibilità di impugnare dinanzi alla Corte costituzionale le relative norme ed eliminare “l’aporia logica prodottasi nel sistema”⁴⁸ a seguito della sentenza n. 24, per cui la fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. a) dell’art. 1 D.lgs. n. 159/2011 è vigente per un verso ma non per l’altro.

3.2. *Quali conseguenze per le interdittive antimafia? Il cittadino-imprenditore, il Prefetto e il giudice (amministrativo) in un “labirinto” di sentenze.* La prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, più in generale, delle agenzie di *law enforcement* è “sovente invocata come strumento necessario per la sicurezza dei traffici e per lo sviluppo dell’economia, sino ad essere indicata da più parti come uno dei fattori decisivi per la concorrenzialità del cd. sistema-paese”⁴⁹.

Si tratta di un’osservazione che vale anche e soprattutto per i provvedimenti in tema di documentazione antimafia, con cui il Prefetto verifica l’eventuale sussistenza di situazioni ostative o di tentativi di infiltrazione mafiosa che rendono diverse tipologie di contraenti-imprenditori inidonei o controindicati a intrattenere rapporti negoziali con la PA⁵⁰. Le decisioni del Prefetto determi-

⁴⁸ FORTE, *op. cit.*

⁴⁹ RORDORF, *Editoriale*, in *Quest. giust.*, 2018, 4, 5.

⁵⁰ MAZZAMUTO, *Lo scettro alla prefettocrazia: l’ indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della “filiera”*, in *Dir. econ.*, 2013, 3, 619 e ss.; SCOCA, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in *giustamm.it*, 2013, 6; MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm.it*, 2016, 3; BRIGANTE, *Profili di coordinamento tra l’attestazione di qualificazione e l’informativa antimafia: tendenze ermeneutiche e prospettive future*, in *Dir. pubb. europ. rass. on.*, 2016, 1; TONNARA, *Informative antimafia e discrezionalità del Prefetto*, in *Urb. app.*, 2017, 2, 223 e ss.; CISTERNA, voce *Certificazione antimafia*, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, 2010; NOCELLI, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza sul complesso sistema antimafia*, in *Foro amm.*, 2017, 12, e anche in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische commissariamenti e interdittive*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 2015, 4, 259 e ss.; NERI, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Il corriere del merito*, 2010, 8-9, 801 e ss.; LACAVALA, *Le informative antimafia come strumento per la legalità e la trasparenza: presupposti, discrezionalità amministrativa e sindacato del g.a.*, in www.amministrativamente.com, 2015, 7-9; LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in

nano una particolare forma di incapacità giuridica, incidendo sulla libertà di iniziativa economica degli operatori economici, per i quali diventa di fondamentale importanza poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della "cautela antimafia", ma, evidentemente, in ottica macroeconomica, lo è anche per l'andamento del mercato. Infatti, non di rado la documentazione antimafia riguarda appalti dal valore cospicuo, nonché decisivi per lo sviluppo economico del Paese⁵¹.

La mafia opera come soggetto economico non soltanto sul versante dell'economia criminale ma anche sul piano dell'economia lecita, ricorrendo a strumenti sempre più raffinati per riciclare denaro, investirlo in attività formalmente lecite e accaparrarsi il flusso della spesa pubblica, potendo vantare una grande disponibilità economica che consente di partire avvantaggiati nelle gare di appalto. Infatti, si ricorre sempre più sovente a espressioni come mafia imprenditrice o impresa mafiosa per rimarcare l'accento sulla ricerca del profitto. Del resto, la "vocazione economica" delle associazioni di stampo mafioso si evince anche dalla lettera dell'art. 416 bis co. 3 c.p. L'inquinamento del mondo imprenditoriale non è finalizzato esclusivamente a fare profitto, ma serve ad intessere una rete di relazioni asservite alla logica della "banca dei favori", che coinvolge esponenti del mondo della politica e delle istituzioni: "emerge una sorta di sistema del malaffare a geometrie variabili, all'interno del quale gli esponenti mafiosi collaborano con colletti bianchi"⁵². Si staglia, quindi, accanto a una contiguità soggiacente, una contiguità compiacente, che rappresenta una "zona grigia" in cui gli operatori economici, pur estranei ad associazioni mafiose, si pongono al limite tra legalità ed illegalità nell'esercizio dell'attività d'impresa⁵³.

La documentazione antimafia, disciplinata dagli artt. 82 e ss. del D.lgs. n. 159,

www.giustizia-amministrativa.it, 2010; CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 888 e ss.; PERGOLIZZI, *L'informativa antimafia e i sistemi di monitoraggio sulle grandi opere: il caso "Expo" Milano 2015*, in *Istit. Feder.*, 2015, 1, 223 e ss.; NUARA, *Tutele parallele e multilivello nel contrasto alla criminalità organizzata*, in *Giurisprudenza penale web*, 2018, 9.

⁵¹ Con circa 100 interdittive antimafia destinate a imprese che lavoravano ai cantieri di Expo 2015, la Prefettura di Milano ha impedito che queste incamerassero oltre 219 milioni di euro.

⁵² VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 2, 705 e ss.

⁵³ Così Cons. St., Sez. III, 30 gennaio 2019, in *Defure*, n. 758.

e la normativa ad essa connessa (si allude alle cd. *white lists* e ai cd. protocolli di legalità) rappresenta la “frontiera avanzata” dello Stato per prevenire l’inquinamento dell’economia sana da parte di imprese controllate, strumentalizzate o condizionate dalla mafia. Secondo una ricorrente affermazione della giurisprudenza amministrativa⁵⁴, che si ripete quasi tralattivamente, l’interdittiva antimafia è un provvedimento amministrativo cui deve essere riconosciuta “natura cautelare e preventiva, in un’ottica di bilanciamento tra la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica e della libertà di iniziativa economica riconosciuta dall’art. 41 Cost.”, inoltre, “si pone in funzione di tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento [della Pubblica Amministrazione], riconosciuti dall’art. 97 Cost., sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia, infine, del corretto utilizzo delle risorse pubbliche”.

La giurisprudenza amministrativa è assolutamente consolidata nel ritenere la natura preventiva e cautelare dell’interdittiva antimafia, nonostante produca effetti davvero incisivi e paralizzanti per l’attività d’impresa, al punto che taluno discorre di “enticidio” o “ergastolo imprenditoriale”⁵⁵. Ogni volta in cui si è tentato di ricondurre l’interdittiva alla materia penale, anche seguendo gli Engel *criteria*, c’è stata la levata di scudi da parte della giurisprudenza⁵⁶. Tale chiusura netta assicura l’istituto da eventuali dichiarazioni di incostituzionalità, perché la natura amministrativa rende legittima la sottrazione delle garanzie di stampo prettamente penalistico, in modo del tutto coerente ad una logica “efficientista”⁵⁷.

⁵⁴ *Ex multis*, Cons. St., ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3, in *DeJure* (con nota di LEONE, *L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l’interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell’interpretazione*, in *Foro amm.*, 2018, 6, 1103 e ss.); Cons. St., Sez. III, 30 gennaio 2019, in *DeJure*, n. 758; Cons. St., Sez. III, 30 aprile 2019, in *DeJure*, n. 2211.

⁵⁵ MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit.

⁵⁶ DE JORIO, *Le interdittive antimafia e il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali*, Napoli, 2019, sostiene con particolare slancio argomentativo la natura penale dell’interdittiva antimafia.

⁵⁷ SCOCA, *op. cit.*, si interroga su molteplici profili di dubbia costituzionalità con l’occhio attento dell’amministrativista. Più precisamente, fa riferimento alla competenza, al procedimento, agli effetti delle informazioni interdittive e alle forme di tutela. L’A. lamenta il fatto che “misure incidenti su diritti fondamentali della persona e libertà costituzionalmente garantite dell’impresa vengono disposte con provvedimenti amministrativi e non con atti giudiziari”. Si dovrebbe costruire un procedimento che non si allontani troppo dalle garanzie che offre il processo penale e l’informativa prefettizia dovrebbe essere comunicata in primo luogo all’impresa. Secondo l’A., si può dubitare della loro legittimità costituziona-

Il contenuto interdittivo si colloca a metà strada “tra le sanzioni patrimoniali in senso lato, da una parte, e le sanzioni limitative della libertà diverse dalla detenzione, dall’altro”⁵⁸. Non produce una diretta ed immediata *deminutio* patrimoniale, come le misure ablatorie (confisca e sanzioni pecuniarie) ma comunque incide - pesantemente - sui diritti e le libertà riconosciute dall’art. 41 Cost., dall’art. 1 prot. 1 C.E.D.U. e dall’art. 8 C.E.D.U.⁵⁹. Le prime due norme tutelano la dimensione squisitamente economica dell’agire umano, mentre l’art. 8 C.E.D.U.⁶⁰ va oltre, riconoscendo l’importanza del lavoro e della professione ai fini dello sviluppo della personalità del singolo. Si potrà obiettare che l’effetto interdittivo grava sull’impresa, sull’ente, ma non è sempre così, perché la normativa ha ad oggetto anche (ed indistintamente) le imprese personali e le società a base personale. Le norme costituzionali e convenzionali richiamate consentono eventuali ingerenze dell’autorità sui diritti che tutelano alla condizione indefettibile che queste siano “previste dalla legge”.

Quindi, “un’analisi sinottica”⁶¹ della sentenza *de Tommaso* e della disciplina in tema di interdittive antimafia giustifica i dubbi che parte della dottrina⁶² ha sollevato circa il rispetto di quelle garanzie penalistiche che sono state definite “dominanti”⁶³, perché non arretrano nell’ipotesi di “ibridazione con un diritto affittivo non punitivo”: la tassatività, determinatezza, precisione, integrata secondo i canoni della giurisprudenza C.E.D.U. Ma a questo punto, tale profilo

le degli effetti che la documentazione produce sotto il profilo della ragionevolezza e della (dis)parità di trattamento rispetto alle misure di prevenzione, essendo a queste accomunate quanto a gravità/affittività. Quanto alla tutela, sarebbe opportuno distinguere tra mezzi di tutela a disposizione dell’impresa e quelli consentiti alle persone fisiche indagate, venendo in gioco la loro dignità e onorabilità.

⁵⁸ PALAZZO, *Pene accessorie e sanzioni interdittive nella riforma del codice penale*, in *Problemi generali di diritto penale, contributo alla riforma*, a cura di Vassalli, Milano, 1982.

⁵⁹ DE JORIO, *op. cit.* Già precedentemente, ESPOSITO, *Le forme di contrasto alla criminalità imprenditoriale: preclusioni a contrarre. Profili di criticità alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Istit. impr.*, 2012, 3, 30 e ss.

⁶⁰ GALLUCCIO, *Profili generali sugli artt. 8-11*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis- F. Viganò, Torino, 2016, pp. 255 e ss. e BONETTI - GALLUCCIO, *Profili specifici sull’art. 8*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis- Viganò, Torino, 2016, 262 e ss.

⁶¹ AMARELLI, *L’onda lunga della sentenza de Tommaso: ore contate per l’interdittiva antimafia “generica” ex art. 84 co. 4 lett. d) ed e) Dlgs. n. 159/2011*, cit., 293.

⁶² AMARELLI, *op. ult. cit.*

⁶³ CONSULICH, *op. cit.*

deve essere rivisto anche alla luce della sentenza n. 24, che aggiunge qualche elemento innovativo rispetto al dibattito ad essa precedente, affermando un nuovo ruolo del giudice interno al di fuori della materia penale.

Tale analisi va condotta tenendo conto che - paradossalmente - se la disciplina è imprecisa, produce decisioni imprevedibili, scoraggia gli investimenti, destabilizza gli operatori economici, arreca danno al mercato e alla concorrenza, che, tuttavia, ne sono esattamente oggetto di tutela.

È bene, invece, sgomberare sin da subito dal campo d'indagine il problema della denunciata "frode delle etichette", perché meriterebbe una riflessione *ad hoc*, perché resta una tesi minoritaria, perché, in realtà, spende come unico valido argomento l'afflittività dell'interdittiva.

Per avere un quadro completo ed analitico dello stato dell'arte e apprezzare i risvolti della sentenza n. 24, è bene delineare i tratti salienti della documentazione antimafia.

Preliminarmente, vale osservare che il sistema di documentazione antimafia non è conchiuso in sé stesso⁶⁴, perché è collegato a provvedimenti giurisdizionali di varia natura, in particolare agli effetti interdittivi di cui all'art. 67, D.lgs. n. 159, che discendono dalla applicazione di una misura di prevenzione. Inoltre, la fase del cd. disinquinamento mafioso è regolata dalla L. n. 190/2012 (cd. anticorruzione), che, istituendo un elenco dei fornitori affidabili per le attività più a rischio, ha tendenzialmente invertito la prassi del sistema reputazionale, passato dalla logica del *black listing* a quella "parallela" del *white listing* (art. 1 co. 52, 52 bis, 53, L. n. 190/2012). Alcune norme che rinviano alle interdittive antimafia sono rinvenibili anche nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 80, 89 co. 5, 93 D.lgs. n. 50/2016).

Pur dovendosi guardare, per certi aspetti, oltre il libro II del D.Lgs. 159, l'unicità e l'organicità del sottosistema antimafia vieta una lettura atomistica e frammentaria delle norme che vengono in rilievo ed, infatti, il diniego di iscrizione nell'elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (*white list*) è disciplinato dagli stessi principi che regolano l'interdittiva antimafia⁶⁵.

⁶⁴ MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit.

⁶⁵ Cons. St., Sez. III, 20 febbraio 2019, in *DeJure*, n. 1182.

Il D.lgs. n. 159 prevede due diversi strumenti dai medesimi effetti preclusivi ma dai presupposti diversi: la comunicazione antimafia e l’informativa antimafia⁶⁶. Entrambe sono acquisite dai soggetti legittimati a bandire gare di appalto o ad affidare in concessione contratti di lavoro, servizi e forniture pubbliche prima della stipula del contratto, del rilascio di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica-economica e di quelli indicati dall’art. 67, D.lgs. n. 159 (art. 83 co. 1). Implicano verifiche che gravano sulle figure direttive delle imprese: il titolare, il direttore tecnico, i legali rappresentanti e le altre figure individuate dall’art. 85, che annovera, all’ultimo comma, perfino i rispettivi familiari conviventi. L’art. 86 segna una durata temporale che è fissata in sei mesi per la comunicazione e in un anno per l’informativa. Si ritiene che i termini di validità si riferiscano solo ed esclusivamente ai provvedimenti “liberatori”, cioè quelli che attestino l’insussistenza di cause ostative, mentre, in caso di interdittiva, l’incapacità a contrarre con la PA sarebbe da considerarsi *sine die* o, almeno, fino a quando intervenga un *contrarius actus* del Prefetto⁶⁷.

⁶⁶ È dubbio se sia tuttora vigente la cd. informativa antimafia atipica (che troverebbe il suo fondamento normativo nel combinato disposto dell’art. 10 co. 9, DPR. N. 252/1988, e art. 1 *septies*, DL. 629/1982), perché il D.lgs. n. 218/2012, recante norme di integrazione e correzione al Codice antimafia (*recte* D.lgs. n. 159/2011), sopprime il riferimento all’art. 1 *septies*, DL. n. 629/1982, tra le norme da abrogare. La peculiarità delle interdittive atipiche sta nel fatto che i suoi effetti (GAVIOLI, *L’informativa antimafia atipica non ha carattere interdittivo*, in *Quotidiano giuridico*, 7 aprile 2014) non sono vincolanti per le stazioni appaltanti, che avranno uno spazio di valutazione discrezionale per decidere se aggiudicare l’appalto, contrattare, rilasciare il provvedimento o meno: assumono “valore meramente notiziale” o “endoprocedimentale” (così DURANTE, *Ambiti di discrezionalità in materia di documentazione antimafia per le imprese*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013). Inoltre, il potere prefettizio può essere esercitato a prescindere da soglie di valore. Il Prefetto comunica alle stazioni appaltanti gli elementi informativi raccolti che, tuttavia, non raggiungono nemmeno lo standard probatorio per l’informativa tipica. Sostanzialmente, si tratta di meri sospetti, spetterà poi alla PA precedente decidere. Nasce come istituto fondato sulla collaborazione tra plessi amministrativi (LEOTTA, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010), ma si rivolge in una “deresponsabilizzazione degli organi periferici del Ministero dell’Interno” (CANTONE, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 8-9, 899).

⁶⁷ Cfr. Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602, con nota di CONTESSA, *Ancora sul regime temporale di efficacia delle informative interdittive antimafia*, in *Urb. app.*, 2016, 2, 199 e ss.; Cons. St., Sez. III, 5 ottobre 2016, in *DeJure*, n. 4121; Cons. St., Sez. III, 22 gennaio 2014, in *DeJure*, n. 292; Cons. St., Sez. VI, 30 dicembre 2011, in *DeJure*, n. 7002. Si veda sul punto anche DURANTE, *I tentativi di infiltrazione mafiosa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016. Il legislatore ha previsto, ai sensi dell’art. 95 co. 5 ultimo periodo, un meccanismo di aggiornamento che dovrebbe essere l’unico presidio in sede amministrativa a garanzia del bilanciamento tra gli opposti interessi che vengono in rilievo. La norma pre-

La comunicazione antimafia, ai sensi dell'art. 84 co. 2, consiste nell'attestazione della sussistenza o meno delle cause ostative di cui all'art. 67, derivanti dall'applicazione di una delle misure di prevenzione personali inflitte dall'AGO (comma 1) o dalla condanna in via definitiva in sede penale o, se trattasi di uno dei reati ex art. 51 co. 3 bis, è sufficiente che ci sia una condanna confermata in appello, anche se non passata in giudicato (comma 8). La procedura di rilascio passa per l'interrogazione della Banca dati nazionale unica istituita presso il Ministero dell'Interno (art. 96), per cui le Pubbliche amministrazioni si rivolgono alla Prefettura della provincia per ottenere il rilascio delle credenziali e, quindi, compulsano la Banca. Pertanto, ai sensi del comma 1 dell'art. 88 c.a., se non emerge a carico dei soggetti censiti alcuna risultanza rilevante, è emessa comunicazione antimafia liberatoria, che concede il via libera ai rapporti negoziali. Viceversa, se la consultazione della Banca dati rivela la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 o se il soggetto sottoposto alla verifica antimafia risulti "non censito", vale a dire sconosciuto al sistema, entra in gioco la Prefettura che, usufruendo dello stesso collegamento con la Banca dati, "effettua le necessarie verifiche e accerta la corrispondenza dei motivi ostativi emersi dalla consultazione della banca dati nazionale unica alla situazione aggiornata del soggetto sottoposto agli accertamenti" (art. 88 co. 2). L'epilogo può essere, allora, il rilascio della comunicazione antimafia liberatoria o interdittiva, a seconda dell'esito negativo o positivo dei riscontri effettuati dall'Ufficio territoriale di governo.

Il Prefetto si limita ad "attestare" senza alcun profilo di carattere valutativo, non ha margini di scelta, perché la norma definisce in modo puntuale l'esercizio del potere, secondo una logica strettamente consequenziale: se A allora B. Si tratta di uno dei rari esempi di attività vincolata della PA.

La natura vincolata del potere è la conferma che eventuali *deficit* di tassatività-determinatezza-prevedibilità non riguardano la comunicazione antimafia, quanto piuttosto l'informativa antimafia.

vede che "il Prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa".

L’informativa antimafia contiene la comunicazione come il più contiene il meno, perché, oltre alle cause ostative dell’art. 67, vengono segnalati altresì eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società che prendono contatti con la pubblica amministrazione. Subentra alla comunicazione quando scattano le soglie di valore di cui all’art. 91. Tuttavia, la recente introduzione dell’art. 89-*bis*⁶⁸ ne ha ampliato l’ambito di applicazione⁶⁹, prevedendo che il Prefetto, all’esito di una richiesta di documentazione antimafia, ove ravvisi l’esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa, dovrà emettere un’informativa antimafia che “tiene luogo della comunicazione”. La nuova norma ha alterato i rapporti tra i due tipi di documentazione perché estende l’informazione antimafia anche ai regimi amministrativi a carattere autorizzatorio (SCIA), in precedenza oggetto della sola comunicazione, e ne consente l’applicazione per le attività economiche esclusivamente private⁷⁰.

Nonostante l’art. 84 co. 3 discorra, come per la comunicazione, di un’attività di “attestazione”, presuppone un potere discrezionale del Prefetto, che si annida nella valutazione delle situazioni da cui desumere il tentativo di infiltrazione e che, per come costruito, può sconfinare nell’arbitrio.

La normativa è piuttosto frammentaria e disarticolata. Infatti, le vicende sintomatiche da cui evincere l’eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa sono rappresentate in due norme, topograficamente lontane tra loro: l’art. 84 co. 4 e l’art. 91 co. 5 e 6. Sono plurimi i criteri con cui catalogarle e cercare di dare un ordine. Innanzitutto, dal punto di vista contenutistico-formale, gli elementi

⁶⁸ La norma è stata recentemente oggetto di scrutinio della Corte cost. (n. 4 del 2018). Il giudice rimettente aveva ravvisato un eccesso di delega nella normativa che ha introdotto l’art. 89 *bis* ed, inoltre, riteneva la disposizione contrastante con l’art. 3 Cost., perché sarebbe “irragionevole prevedere che gli effetti interdittivi si manifestino non per ogni tentativo di infiltrazione mafiosa di apprezzabile gravità, ma per il solo fatto che, a seguito della consultazione della banca dati, sia emersa una precedente informazione antimafia interdittiva”. La Corte, con sentenza n. 4/2018, afferma l’infondatezza di entrambe le questioni di legittimità. Più in particolare, rispetto all’art. 3 Cost., “non è manifestamente irragionevole che, a fronte di un tentativo di infiltrazione mafiosa, il legislatore, rispetto agli elementi di allarme desunti dalla consultazione della Banca dati, reagisca attraverso l’imibizione, sia delle attività contrattuali con la PA, sia di quelle in senso lato autorizzatorie, prevedendo l’adozione di un’informazione antimafia interdittiva che produce gli effetti anche della comunicazione antimafia”.

⁶⁹ MEZZOTERO, PUTRINO GALLO, *Il sistema delle informative antimafia nei recenti arresti giurisprudenziali*, in *Rass. avv. St.*, 2017, 2, 225 e ss.

⁷⁰ Cfr. Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2017, n. 565, con nota di TONNARA, *Informative antimafia e discrezionalità del Prefetto*, in *Urb. app.*, 2017, 2, 233.

da porre a sostegno della valutazione prefettizia si riferiscono, essenzialmente, ad atti giudiziari⁷¹, di polizia⁷² o a vicende imprenditoriali rivelatrici di un intento elusivo della normativa antimafia⁷³. Dal punto di vista contenutistico-sostanziale, c'è il riferimento ai cd. reati-spia, che assumono una duplice valenza, perché possono rilevare ai fini di una contiguità compiacente, come nei casi di cui alle lett. a) e b), o soggiacente, come nel caso dell'imprenditore che omette di denunciare i delitti di concussione o estorsione (lett. c), e, poi, quello a numerose altre situazioni, non tipizzate altrove dal legislatore, "del più vario genere e spesso anche di segno opposto", frutto di una vasta esperienza maturata in anni di lotta antimafia, cristallizzata poi in legge. Rispecchia quest'ultima classificazione quel criterio incentrato sulla tecnica normativa

⁷¹ E cioè: "a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, co. 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste" (art. 84 co. 4). Si aggiungono le ipotesi previste dall'art. 91 co. 6: "Il Prefetto può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione [...]."

⁷² Ci si riferisce alle lettere d) ed e) dell'art. 84 co. 4: "d) dagli accertamenti disposti dal Prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del Prefetto precedente ai sensi della lettera d)".

⁷³ E cioè: "f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia" (art. 84 co. 4). In più, bisogna considerare che "Il Prefetto competente estende gli accertamenti pure ai soggetti che risultano poter determinare in qualsiasi modo le scelte o gli indirizzi dell'impresa. Per le imprese costituite all'estero e prive di sede secondaria nel territorio dello Stato, il Prefetto svolge accertamenti nei riguardi delle persone fisiche che esercitano poteri di amministrazione, rappresentanza o direzione." (art. 91 co.5).

adottata – ed è il profilo che più interessa ai nostri fini – con cui si distingue l'interdittiva specifica dalla generica.

La prima è quella descritta dalle lettere a), b), c), f) dell'art. 84, co. 4, nonché l'ipotesi di cui all'art. 91 co. 6, ultima parte, legata alle reiterate violazioni delle norme in tema di tracciabilità dei flussi finanziari. Sulla falsariga delle ipotesi di pericolosità qualificata *ex art.* 4, il legislatore richiama puntualmente determinati reati che hanno il crisma della tassatività/determinatezza/precisione e il Prefetto può così evincere la sussistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa “sulla scorta di dati oggettivi che ne vincolano la discrezionalità e garantiscono la prevedibilità degli eventuali provvedimenti adottati”⁷⁴.

Quella generica è costituita dagli accertamenti disposti dal Prefetto, ovvero lett. d) ed e): si tratta di un parametro indefinito, perché non è corredato da alcun'altra indicazione.

Anche altri elementi normativi, che riguardano aspetti diversi, contribuiscono a rendere ancor più labile ed imprecisata la disciplina, soprattutto se cumulati a ipotesi di interdittiva generica: il Prefetto può, infatti, desumere l'inquinamento mafioso anche da provvedimenti di condanna non definitivi per reati strumentali all'organizzazione mafiosa, unitamente a “concreti elementi” (di cui non si specifica la portata) che facciano ritenere che l'attività d'impresa, “*anche in modo indiretto*”, possa agevolare le attività criminali o esserne “*in qualche modo*” condizionata (art. 91 co. 6); inoltre, gli accertamenti sono da estendersi a tutti i soggetti che possono condizionare “*in qualsiasi modo*” le scelte o gli indirizzi dell'impresa.

Di per sé già il presupposto applicativo dell'informativa antimafia è sfuggente, perché la chiarezza richiesta per la redazione della norma è calibrata rispetto ad un fattore di mero pericolo, ovvero l'eventuale tentativo di infiltrazione.

La logica anticipatoria cui è ispirata influisce anche sull'assetto di quella che la Corte Costituzionale ha definito “tassatività processuale”, che, di fatto, plasma le vicende sintomatiche di inquinamento mafioso. La giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato ritiene che la logica penalistica della certezza probatoria, la cd. regola BARD, sia assolutamente estranea alla documentazione

⁷⁴ AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza de Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia “generica” ex art. 84 co. 4 lett. d) ed e) Dlgs. n. 159/2011*, cit., 294.

antimafia, non trattandosi di provvedimenti nemmeno latamente sanzionatori e potendo, ragionando altrimenti, esserne vanificata la funzione di presidio avanzato di tutela. Il rischio di inquinamento mafioso va valutato in base all'ormai consolidato criterio del "più probabile che non", ricorrendo, dunque, a una regola di giudizio che ben può fondarsi su massime di esperienza ricavate da generalizzazioni che attingono a dati frutto non soltanto dell'attività investigativa ma anche sociologici e culturali, senza la necessità che si concretizzino in fatti illeciti. La giurisprudenza amministrativa precisa, però, che, se da un lato, l'interdittiva antimafia non richiede la prova di un fatto, dall'altro non può nemmeno fondarsi su sospetti o mere congetture, sicché è la presenza di una serie di indizi, considerati complessivamente e non atomisticamente, che, con il loro valore sintomatico-presuntivo, possono giustificare una sua adozione da parte del Prefetto.

La giurisprudenza amministrativa, seguendo la sentenza "apripista" del Consiglio di Stato n. 1743/2016, con orientamento consolidato, ha tendenzialmente dato contorni più chiari alla disciplina, fornendo alcune linee guida cui le Prefetture si sono effettivamente uniformate: "l'autorità prefettizia deve valutare il rischio che l'attività d'impresa possa essere oggetto di infiltrazione mafiosa, in modo concreto ed attuale, sulla base dei seguenti elementi: a) i provvedimenti sfavorevoli del giudice penale; b) le sentenze di proscioglimento o di assoluzione; c) la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso D.lgs. 159 del 2011; d) i rapporti di parentela; e) i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; f) le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa; g) le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa; h) la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi "benefici"; i) l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità".

Nonostante ciò, seguendo una logica di massima anticipazione della soglia di prevenzione, la giurisprudenza è altrettanto ferma nel ritenere che "non può pensarsi che gli organi dello Stato contrastino con armi impari la pervasiva diffusione delle organizzazioni mafiose che hanno, nei sistemi globalizzati, vaste reti di collegamento e profitti criminali quale ragione sociale per tendere

al controllo di interi territori”⁷⁵ e, quindi, “gli elementi di inquinamento mafioso, ben lungi dal costituire un *numerus clausus*, assumono forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l’insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento”⁷⁶. Quello voluto dal legislatore è un “catalogo aperto” di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso⁷⁷.

C’è da aggiungere che il Consiglio di giustizia amministrativa, con la sentenza n. 247/2016, promuove un approccio generale alla materia sensibilmente più rigoroso, perché, pur riconoscendo che non esiste un sistema chiuso di presunzioni tipiche, afferma che un’interdittiva è legittima quando sono coinvolti “soggetti che possono essere considerati - in senso tecnico - mafiosi o presunti mafiosi per contiguità obiettiva della condotta (così potrebbero essere definiti), ai sensi e per gli effetti della normativa di settore concernente la misura dell’interdittiva antimafia”, ovvero quando il soggetto sia attinto da provvedimenti giudiziari per mafia o per i cd. reati spia, oppure viva e/o conviva deliberatamente in un ambiente mafioso che ne contraddistingue la condotta di vita. Così i rapporti di parentela non rilevano *sic et simpliciter*, non si può presumere che il parente del mafioso sia anch’egli mafioso, dovendo valutare concretamente se l’impresa ha una conduzione familiare o meno, se c’è effettiva influenza e cointeressenza. Del pari, le frequentazioni acquistano rilevanza solo se non siano frutto di casualità o necessità, richiedendosi, in tal caso, anche presunzioni gravi, precise e concordanti. Il Consiglio vuole evitare che chiunque negozi con un imprenditore in odore di mafia sia trascinato in una “spirale” incontrollata e incontrollabile, che, tra l’altro, finirebbe per giovare soltanto alla malavita organizzata, perché è risaputo che “essa si serve della delegittimazione degli avversari, basata sulla diffusione e circolazione di voci diffamatorie atte ad alimentare sospetti”.

Sono numerosissime le pronunce in materia di interdittive antimafia e la giurisprudenza ha espresso un orientamento pressoché consolidato, ma bisogna interrogarsi, alla luce della sentenza n. 24, se tutto ciò sia sufficiente a colmare

⁷⁵ Cons. St., Sez. III, 9 febbraio 2019, in *Diritto&giustizia*, n. 565.

⁷⁶ Cfr. Cons. St., 8 marzo 2017, in *DeJure*, n. 1109; Cons. St., 3 maggio 2016, in *DeJure*, n. 1743.

⁷⁷ NOCELLI, *op. cit.*

un *deficit* di precisione che, dal punto di vista testuale, indubbiamente c'è.

Quando la giurisprudenza amministrativa si è dovuta misurare con la vaghezza delle norme in materia, ha sempre alzato alte paratie per arginare l'“*onda lunga*” della sentenza *de Tommaso*.

Il TAR Campania, con sentenza 1017/2017, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale per contrasto dell'art. 84 co. 4 lett. e) con l'art. 117 Cost., in relazione all'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. Secondo il Tribunale campano il parallelismo con le misure di prevenzione personali non è corretto né rigoroso in termini logico-sistematici, così da non giustificare l'esportazione delle argomentazioni dispiagate dalla Corte di Strasburgo. La sentenza *de Tommaso* si riferirebbe alle sole misure personali limitative della libertà di circolazione, mentre non considera quelle patrimoniali limitative della proprietà. Inoltre, le interdittive non inciderebbero sul diritto di proprietà, quanto piuttosto sulla libertà di iniziativa economica, che, secondo il TAR, non trova specifica tutela nella C.E.D.U., ma solo all'art. 41 Cost. e aggiunge che “è altrettanto evidente che le misure vagliate nella sentenza *de Tommaso* non sono specificamente collegate all'indizio di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso”.

Questa tesi è, innanzitutto, smentita dalla sentenza n. 24, perché la Corte costituzionale riconosce una corrispondenza biunivoca, dal punto di vista contenutistico, tra art. 41 Cost. e art. 1 prot. 1 C.E.D.U., richiamando congiuntamente gli artt. 41 e 42 Cost. in tema di confisca. In secondo luogo, il TAR non tiene conto del regime unitario della qualità della legge, che, quindi, è un paradigma “esportabile” in ogni caso in cui l'ingerenza debba essere “prevista dalla legge”, a prescindere dal parallelismo tra normative. Inoltre, se non si potesse invocare l'art. 1 prot. 1 come parametro interposto di legittimità, resterebbe comunque l'art. 8 C.E.D.U.⁷⁸, che impone la stessa condizione.

Per altro verso, e con argomentazioni sicuramente più conferenti, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 758/2019, ritiene che non sia prospettabile alcuna violazione dell'art. 1 prot. 1 C.E.D.U. perché gli accertamenti del Prefetto,

⁷⁸ GALLUCCIO, *Profili generali sugli artt. 8-11*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò, Torino, 2016, 255 e ss. e BONETTI - GALLUCCIO, *Profili specifici sull'art. 8*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis-Viganò, Torino, 2016, 262 e ss.

per loro stessa natura, sono immancabilmente connessi alla concretezza delle situazioni di fatto e sono difficilmente enucleabili *a priori* in modo tassativo. Se fosse altrimenti, lo Stato si troverebbe a contrastare la capacità di adeguamento delle organizzazioni criminali con un'arma spuntata, con un effetto “deresponsabilizzante” per l'autorità amministrativa. Del resto, la stessa sentenza *de Tommaso*, riprendendo, in verità, ciò che già era stato affermato più volte in precedenza dalla Corte EDU, ammette che la certezza è auspicabile ma non può risolversi in una “eccessiva rigidità”, perché la legge deve essere in grado di tenere il passo con il mutare delle circostanze. I giudici amministrativi invitano a non attaccarsi ad una astratta e aprioristica concezione di legalità formale ma seguire una nozione di legalità sostanziale. Allo stesso tempo, le ipotesi di interdittiva generica, secondo il Consiglio di Stato, non costituiscono norme in bianco e non attribuiscono un potere arbitrario al Prefetto, imprevedibile per il cittadino e, di fatto, insindacabile per il giudice, perché il pericolo di infiltrazione mafiosa è, insieme, fondamento e limite del suo potere e circoscrive anche la portata della sua discrezionalità, come richiede la Corte di Strasburgo. Il Prefetto è chiamato ad una “prognosi di permeabilità mafiosa”, con struttura bifasica non dissimile a quella che compie il giudice penale con le misure di sicurezza e prevenzione, e la giustizia amministrativa apprezza la ragionevolezza e la proporzionalità degli elementi che di volta in volta sono acquisiti con gli accertamenti disposti, assicurando che la discrezionalità non sconfini nel puro arbitrio⁷⁹.

In questo quadro, la sentenza della Corte costituzionale n. 24 apre plurimi scenari interpretativi.

Si potrebbe ritenere che la copiosa e, soprattutto, consolidata giurisprudenza sul tema, integrando il dato testuale, abbia definitivamente colmato il genetico *deficit* di precisione e prevedibilità di cui sono affette le ipotesi di interdittiva generica, così da dissipare ogni dubbio di illegittimità costituzionale e convenzionale. Non sarebbe neppure necessario ricorrere alle valide argomentazioni sviluppate dal Consiglio di Stato con sentenza n. 758/2019, perché, al di fuori della materia penale, la “tipizzazione giurisprudenziale” può soddisfare

⁷⁹ In particolare, sulla natura del sindacato del giudice amministrativo, si veda COSTANZO, *Il sindacato del giudice amministrativo sull'informativa antimafia*, in *federalismi.it*, 2017, 5.

l'esigenza di predeterminazione delle condizioni alle quali si può limitare un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto.

D'altro canto, va osservato che il cittadino-imprenditore, gli Uffici territoriali di governo e il giudice amministrativo dovrebbero fare i conti con una fitta giurisprudenza che non è detto si esprima sempre in termini univoci e lineari, con il rischio che l'interprete possa smarrire il filo d'Arianna con cui si orienta in un vero e proprio "labirinto"⁸⁰ di sentenze. Taluni contrasti interpretativi potrebbero ingenerare incertezze applicative simili a quelle che caratterizzavano il concetto di "traffici delittuosi", che, di fatto, hanno determinato la dichiarazione di incostituzionalità della lett. a) dell'art. 1, D.lgs. n. 159/2011. In dottrina è già stata registrata una divergenza di approccio tra Consiglio di Stato, più "spinto", e Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, che farebbe da "contraltare", perché esprime un atteggiamento più cauto⁸¹. Questa situazione potrebbe evolversi in un contrasto giurisprudenziale, che, tuttavia, al momento, sembra scongiurato, perché, sul tema – paradigmatico – dei rapporti familiari, il Consiglio di Stato si è recentemente attestato, con sentenza del 3 aprile 2019, sulle medesime posizioni del giudice siciliano, affermando che "all'interno della famiglia si può verificare una influenza reciproca di comportamenti [...] che non può essere desunta dalla considerazione che il parente di un mafioso sia anch'egli mafioso, ma per la doverosa considerazione, per converso, che la complessa organizzazione della mafia ha una struttura clanica, si fonda e si articola, a livello particellare, sul nucleo fondante della famiglia, sicché in una famiglia mafiosa anche il soggetto che non sia attinto da pregiudizio mafioso può subire, *volente*, l'influenza del capofamiglia e dell'associazione"⁸². A parte qualche discordanza nelle "sfumature", si può dire che la giurisprudenza abbia fornito delle linee guida piuttosto chiare

⁸⁰ Al labirinto di fonti, icasticamente descritto da MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., si sostituirebbe, in questo ambito, un labirinto di sentenze.

⁸¹ DURANTE, *I tentativi di infiltrazione mafiosa*, cit.

⁸² In senso conforme anche i tribunali di prima istanza: si veda TAR Campania, Salerno, Sez. I, 17 giugno 2013, n. 1348, con nota di MANGIALARDI, *Insufficienza del riferimento a rapporti di parentela a comprovare il tentativo di infiltrazione mafiosa*, in *Urb. app.*, 2013, 11, 1205 e ss. Tuttavia, in precedenza, si registrava giurisprudenza la quale riteneva che il mero rapporto di parentela instillasse il ragionevole dubbio circa l'asservimento dell'attività d'impresa agli scopi del sodalizio criminoso (TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, sentenza n. 4043/2007).

e univoche.

Tuttavia, ci si chiede quale sia il livello di tollerabilità da superare affinché un filone giurisprudenziale che si discosti dal precedente possa rendere imprevedibile e, quindi, illegittima la normativa in esame. È chiaro che quell'*obiter dictum* della sentenza n. 24 schiude tutti i problemi e le domande connesse all'adattamento del nostro sistema continentale alla logica del precedente, specie dal punto di vista intertemporale.

Allo stato, ci sarebbe ancora qualche margine di manovra per sostenere l'imprevedibilità della normativa in commento ed è singolare osservare che l'argomento su cui fare leva è frutto di espressa ammissione della stessa giurisprudenza. Se si valorizza il fatto che le ipotesi di interdittiva generica sono – e, secondo la giurisprudenza univoca, non possono che essere – un catalogo aperto, si potrebbe giungere alla conclusione che, per quanto la giustizia amministrativa possa integrare il dato testuale, non si otterrà mai la ragionevole prevedibilità dell'adozione di una informazione antimafia. È vero, come afferma la sentenza n. 758 del Consiglio di Stato, che “ciò che limita in qualche misura fonda”, ma “l'eventuale tentativo di infiltrazione mafiosa” sembra un ancoraggio troppo debole, perché reca con sé la fumosità dello schema predittivo ed elide una delle due fasi della prognosi di permeabilità mafiosa: la fase constatativa confluisce indistintamente in quella prognostica. Seguendo questa logica, l'interdittiva resta esclusivamente legata ad “un'analisi prospettica” del Prefetto, similmente a quanto denunciava la Corte EDU nel caso *de Tommaso* per le misure di prevenzione personali (§117 della sentenza).

Inoltre, pur volendo accettare la necessità di una clausola aperta, sembra legittimo domandarsi se, in questo contesto, sia esigibile per l'imprenditore-modello, nonostante sia un professionista, pretendere che monitori la giurisprudenza amministrativa sul punto, ma, forse, al di fuori dell'*hard core of criminal law* è bene abbandonare gli schemi mentali classici del penalista.

In questo quadro generale, sembra opportuno non perdere di vista la *ratio* sottesa alla disciplina e verificare costantemente se, e fino a che punto, l'ordine pubblico e gli strumenti antimafia non diventino essi stessi un ostacolo ai principi concorrenziali⁸³.

⁸³ MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, cit.

