

QUESITI

ALI ABUKAR HAYO

**Misure di sicurezza e
misure di prevenzione a confronto:
l'incerta linea di discriminazione tra la sanzione del
passato e la prevenzione del futuro, nell'ottica del
diritto interno e del diritto sovranazionale**

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Misure di sicurezza 3. Misure di prevenzione 4. Rilevanza penalistica della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno 5. Tratti punitivi della confisca di prevenzione 6. Le misure di prevenzione alla luce dei principi di legalità e *ne bis in idem* 7. Il c.d. codice antimafia: un "incoerente" giuridico 8. Considerazioni conclusive

1. Premessa

La coesistenza nel nostro ordinamento giuridico di *misure di sicurezza* e *misure di prevenzione* apre non poche questioni interpretative e desta notevoli perplessità in dottrina. Le une e le altre convergono nella finalità di "neutralizzare" la *pericolosità sociale* e divergono nella relazione col giudicato penale: le misure di sicurezza presuppongono l'accertamento giudiziale del reato e dunque sono misure sanzionatorie *post delictum*; le misure di prevenzione prescindono dall'accertamento del reato commesso e si configurano come misure *praeter delictum*, vestendo le sembianze ufficiali di provvedimenti amministrativi, in funzione di polizia. Tuttavia, i dubbi che l'apparenza amministrativa e preventiva celi la sostanza sanzionatoria e penale sono sempre più attuali. D'altronde il più autorevole scranno interpretativo ha chiaramente evidenziato il comune fondamento e la comune finalità di entrambe le misure¹. A ciò si aggiunga che le misure di sicurezza, per ciò stesso che presuppongono un fatto di reato, sono annoverabili tra le sanzioni penali in senso stretto, a prescindere dalla qualifica nominale.

Invero, l'originario sistema del c.d. del *doppio binario* - basato sul duplice dualismo *colpevolezza/pena*, da un lato, e *pericolosità sociale/misura di sicurezza*, dall'altro - fu pensato in chiave di contrapposizione, o quanto meno di netta distinzione, tra la sanzione punitiva e la misura preventiva: la prima, in sembianza di "pena", diretta a retribuire il fatto commesso, la seconda, in

¹ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 1964; la Corte, con sentenza n. 177 del 1980, reiterò l'avviso, osservando che si tratta di due *species* dello stesso *genus*.

sembianza di misura di sicurezza, diretta a prevenire i reati futuri². Nel cielo dell'astrattezza concettuale, la linea di demarcazione tra le due categorie si profilava tanto limpida e netta che le misure di sicurezza erano qualificate "amministrative", per significarne appunto l'estraneità all'ambito delle sanzioni penali propriamente dette. Tuttavia la nominale qualifica amministrativa non poteva fare ombra sulla comune genetica delle due categorie sanzionatorie, la cui ragion d'essere risiede sempre e comunque nel reato commesso. Non a caso gli indici della "pericolosità sociale", a fondamento delle misure di sicurezza, sono gli stessi della "capacità a delinquere", che fungono da criteri di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*³.

Oggi la linearità della distinzione è definitivamente in crisi e i confini concettuali sono divenuti liquidi, sotto un duplice profilo: sia perché non si riconosce alla misura di sicurezza il monopolio della funzionalità preventiva, sia perché alcuni caratteri garantistici propri della pena sono stati estesi alla misura di sicurezza. Il primo profilo di commistione si evidenzia col riconoscimento costituzionale del finalismo rieducativo della pena (art. 27, co. 3, Cost.). La "rieducazione" del condannato, cui tende - per espressa previsione costituzionale - la pena *ex se*, a prescindere dalla misura di sicurezza, implica che già nella pena è insita la funzione specialpreventiva, di neutralizzare o attenuare la pericolosità del reo e impedirne la ricaduta nel reato. Il secondo profilo di commistione si evidenzia in molteplici guise; prime fra tutte: a) la determinazione della durata massima della misura di sicurezza in coincidenza col limite edittale della pena massima⁴; b) l'abrogazione delle figure legislative

² In argomento, ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, 1245; ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 120; DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1935, 585 ss.; DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. penit.*, 1933, 1259; BETTIOL, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Jus*, 1941, 557; BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961; GUARNERI, voce *Misure di sicurezza*, in *Nov.mo dig. it.*, X, Torino, 1964, 778; BOSCARRELLI, *Appunti critici in materia di misure di sicurezza*, in *Riv. ita. dir. pen. proc.*, 1964, 34; VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1967, 742; CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970; MUSCO, *Le misure di sicurezza nel recente progetto di riforma del libro primo del codice penale: appunti critici e proposte alternative*, in *Jus*, 1974, 557; ID., *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978; PADOVANI, *Profili di incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Ind. pen.*, 1976, 631; NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 631; CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale come presupposto delle misure di sicurezza nella Costituzione*, in *Arch. pen.*, 1983, 456; PELUSO, voce *Misure di sicurezza*, in *Dig. Pen.*. Per la letteratura di lingua spagnola cfr. BERISTAIN, *Medidas penales en derecho contemporaneo*, Madrid, 1974.

³ Cfr. *infra* nota 9.

⁴ A seguito della recente riforma, apportata con legge n. 81/2014, la durata della misura di sicurezza, ancorché indeterminata nel massimo, non può comunque *superare la misura massima della pena detentiva comminata per il reato commesso*.

di pericolosità presunta⁵. È evidente che un sistema “puro”, esclusivamente finalizzato a neutralizzare la pericolosità, dovrebbe prevedere misure “indeterminate” nel massimo, in ragione di una pericolosità tendenzialmente persistente e dunque con termine non prefissabile. Per converso, risulta evidente che una misura prefissata nel limite massimo, in ragione del limite edittale della pena, si contamina per ciò stesso dei caratteri retributivi della pena, giacché il suo *quantum* va a coincidere col *quantum* retributivo di questa. Quanto all’abrogazione della pericolosità presunta, ne risulta evidente l’effetto “equitativo”, ossia un tendenziale allineamento con la disciplina della pena, il cui presupposto in nessun caso può consistere in una colpevolezza presunta. In sintesi, si può dire che la commistione di caratteri punitivi e preventivi in ambedue le categorie (pene e misure di sicurezza) era inevitabile ed emergeva già nell’impianto originario del codice Rocco, per l’identità degli indici della pericolosità sociale e dei criteri di commisurazione della pena (capacità a delinquere); oggi tale commistione è ancora più evidente⁶, giacché la pena si veste di panni specialpreventivi, mentre la misura di sicurezza si veste di panni “retributivi” (in senso lato). Per queste ragioni, si può concludere, con la dottrina prevalente, che - nel caso delle misure di sicurezza - il nominalismo legislativo non fornisce un criterio decisivo ai fini dell’attribuzione della qualifica

⁵ Nel tempo, i casi di pericolosità presunta *iuris et de iure*, originariamente previsti al co. 2 dell’art. 204 c.p., sono stati prima ridimensionati dalle sentenze della Corte costituzionale, poi del tutto aboliti con la legge penitenziaria n. 663/86. La sentenza del 20 gennaio 1971 n. 1 dichiarò illegittima la presunzione di pericolosità del minore non imputabile; la sentenza del 27 luglio 1982 n. 139 dichiarò illegittima la presunzione di pericolosità del prosciolto per infermità di mente; la sentenza del 28 luglio 1983, n. 249 dichiarò illegittima la presunzione di pericolosità del seminfermo di mente. Rispettivamente in *Giur. Cost.*, 1971, 1, con nota di VASSALLI, *La pericolosità presunta del minore non imputabile*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1585, con nota di MUSCO, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 460, con nota di GIURI, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale (a proposito della sentenza n.249 del 1983)*. Cfr. anche CERQUA, *La presunzione di pericolosità sociale dell’infermo di mente secondo l’interpretazione della Corte costituzionale*, in *Giust. pen.*, 1987, II, 82; MANACORDA, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza: due momenti distinti per l’accertamento della pericolosità sociale*, in *Foro it.*, 1987, I, 326. Il successivo intervento del legislatore ha eliminato tutte le figure di pericolosità presunta. L’art. 31 della legge n. 663 del 10 ottobre 1986 (c.d. legge *Gozzini*), abrogando l’art. 204 del codice penale, stabilisce infatti: “tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate *previo accertamento* che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa”.

⁶ Tanto da far dire che “le misure di prevenzione costituiscono uno strumento sanzionatorio *perennemente in bilico tra diritto penale e diritto amministrativo*” (MANNA, *Corso di diritto penale*, p. gen., 4^a ed., Milano, 2017, 846). Ancora più *tranchant* è la posizione di PADOVANI, *L’impatto sulla libertà e sui beni dei cittadini avrà effetti pericolosi*, in *Guida al diritto*, n. 49/50, 2017; l’Autore osserva che “*le misure di prevenzione asfissiano il sistema penale da circa centosessant’anni*”; pertanto, a proposito delle perplessità dottrinarie emerse solo recentemente, dichiara: “*tanto stupore stupisce; non perché non vene sia causa, ma perché la causa è tanto risalente che a stupire è, piuttosto, l’enorme ritardo con cui lo stupore si è destato*”.

penale⁷; se ne potrebbe arguire che non fornisca un criterio decisivo nemmeno nel campo delle misure di prevenzione.

2. Misure di sicurezza

2.1. Presupposti

I presupposti per l'applicazione delle misure di sicurezza sono due: uno *oggettivo*, riguardante il fatto; uno *oggettivo*, riguardante la persona fisica. Il primo presupposto è che sia stato commesso un fatto di reato (o "quasi reato"), il secondo è che il reo sia socialmente pericoloso. Riguardo al primo presupposto è opportuno precisare che una misura di sicurezza può essere applicata nel caso di *reato impossibile* (art. 49 c.p.); nel caso di *istigazione non accolta* a commettere un delitto e nel caso di *accordo per commettere un reato* (art. 115 c.p.). Nei casi predetti, non sono integrati gli estremi di reato; tuttavia il fatto è tanto prossimo al reato da essere ritenuto indizio di pericolosità. La dottrina, per queste tre ipotesi, ha coniato il termine di "*quasi-reato*". Il secondo presupposto è la pericolosità sociale del soggetto⁸. Ai sensi dell'art. 203 c.p.: "*agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati*".

Se ne evince che il presupposto soggettivo per un verso guarda al passato, per l'altro verso al futuro. Il passato è costituito dalla commissione di un fatto preveduto dalla legge come reato o "quasi reato"; il giudizio prognostico riguarda la probabilità che il soggetto ne commetta altri in futuro. Come s'è detto, gli indici di tale probabilità, che fondano la prognosi del giudice, sono offerti dall'art. 133 c.p.⁹. Sono quegli stessi utilizzati dal giudice in sede di

⁷ La dottrina converge quasi unanimemente sulla configurazione delle misure di sicurezza come sanzioni penali; cfr. bibliografia indicata in nota 2.

⁸ In argomento, GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in *Scuola pos.*, 1920, I, 197; DE MARSICO, *La pericolosità criminale nelle ultime elaborazioni scientifiche e legislative*, *Studi di diritto penale*, Napoli, 1930, 31; PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940; GUARNERI, voce *Pericolosità sociale*, in *Nov.mo Dig.*, XII, Torino, 1965, 951; RANIERI, *La pericolosità criminale nel codice vigente*, in *Scritti e discorsi vari*, I, Milano, 1968, 259; CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale*, cit.; TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 6; DELL'OSSO, *Capacità a delinquere e pericolosità sociale*, Milano, 1985; TRAVERSO, *Il giudizio di pericolosità ed il suo accertamento*, in *Riv. it. med. leg.*, 1986, 1041; MANACORDA, *Pericolosità sociale e infermità psichica: dalle presunzioni legali alle prospettive di superamento*, in *Questione giustizia*, 1987, 696.

⁹ Ne deriva che la *capacità a delinquere* e la *pericolosità sociale* appartengono allo stesso *genus*, ne deriva inoltre che il concetto di pericolosità è di tipo giuridico-valutativo, non di tipo medico-scientifico. Sulla natura giuridica del concetto, per tutti MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 66.

commisurazione della pena; guidano dunque il giudizio di responsabilità, che verte sulla gravità del fatto e sul grado di colpevolezza, ma guidano anche il giudizio prognostico che fa da presupposto all'applicazione della misura di sicurezza. Se ne evince che la pericolosità, lungi dal costituire una categoria medica o criminologica, è un concetto giuridico, della stessa natura del concetto di capacità a delinquere. Tra le due categorie, ugualmente espressive di un giudizio prognostico, non corre una differenza qualitativa, semmai di quantità e intensità; si può ritenere che la pericolosità sociale esprima la probabilità, mentre la capacità a delinquere esprima la mera possibilità che il soggetto commetta futuri reati¹⁰.

2.2. *Tipologie legali di pericolosità*

La pericolosità sociale, da accertare in concreto e oggi non più presunta, può appartenere alle tipologie legali previste dal codice *Rocco*, sotto l'influsso del positivismo criminologico. Il legislatore codicistico del 1930 ritenne di dover ricondurre ad alcuni tipi legali predefiniti le forme di pericolosità *specificata* dei soli soggetti imputabili, rinunciando a catalogare l'attitudine a delinquere degli incapaci d'intendere e di volere (configurata come pericolosità presunta), talché, sempre e comunque, la misura di sicurezza, derivante da siffatta pericolosità specifica, era ed è tuttora aggiuntiva rispetto alla pena.

Il tipo legale descritto dal legislatore come *delinquente abituale*¹¹ ha il suo presupposto giustificativo nell'osservazione che il compimento reiterato di determinati fatti illeciti elimina o comunque indebolisce i freni inibitori, rendendo probabile l'ulteriore commissione di reati. In origine la disciplina dell'abitualità prevedeva una presunzione *iuris et de iure* (art. 102 c.p.), accanto ad una forma riservata all'accertamento giudiziale, distinta per i delitti (art. 103 c.p.) e le contravvenzioni (art. 104 c.p.); oggi l'abitualità deve essere dichiarata dal giudice nei casi previsti dall'art. 103 c.p.¹².

¹⁰ in questo senso MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 691.

¹¹ In argomento, RICCIO, voce *Abitualità e professionalità nel reato*, in *Nov.mo Dig.*, I, Torino, 1957, 62; SESSO, voce *Abitualità nel reato*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1959, 116; CARACCIOLI, *Nuova sottoposizione a misura di sicurezza del delinquente abituale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 550; MARZIALE, *Osservazioni in tema di abitualità nel reato*, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1978, 937.

¹² L'art. 31 della legge n. 663/86 ha tacitamente abrogato l'art. 102 c.p., sicché l'abitualità deve essere dichiarata dal giudice nei casi previsti dall'art. 103, precisamente nei confronti di "chi, dopo essere stato condannato per due delitti non colposi, riporta un'altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e della gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell'art. 133 c.p., ritiene che il colpevole sia dedito al delitto". È analoga la disciplina dell'abitualità nelle contravvenzioni.

Il tipo legale del *delinquente professionale* sussume quel soggetto, dedito ai traffici illeciti, il quale trae i mezzi del suo sostentamento dai frutti del reato¹³. Si tratterebbe perciò di un'abitudine, per certi versi, "addizionale", giacché i mezzi di sussistenza del soggetto sarebbero assicurati solo dalla continua ripetizione di fatti di reato. D'altronde la lettera legislativa riserva la declaratoria di professionalità solo a "chi, trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitudine, riporta condanna per un altro reato...". Se ne evince dunque che debbano sussistere le condizioni dell'abitudine, ma non necessariamente la previa declaratoria giudiziale dell'abitudine.

Il tipo legale del *delinquente per tendenza*¹⁴ descrive il soggetto, capace di intendere e di volere, di indole particolarmente malvagia, che sia caratterialmente incline a commettere delitti non colposi "contro la vita o l'incolumità individuale" (art. 108 c.p.). Si tratta di una figura controversa, giacché la scienza criminologica è divisa sulla possibilità di individuare, nella concreta realtà della vita, soggetti aventi tale effettiva "tendenza" innata; non stupisce pertanto che, nella pratica giudiziaria, tale figura abbia avuto pochissime applicazioni¹⁵.

2.3. Tipologie, detentive e non detentive, delle misure di sicurezza

Le *misure di sicurezza detentive*¹⁶ sono: l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro; il ricovero in una casa di cura e di custodia; il ricovero in una residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (acronimo REMS), già ospedale psichiatrico giudiziario (acronimo OPG); il ricovero in un riformatorio giudiziario (oggi comunità terapeutica).

La scelta tra la *colonia agricola* e la *casa di lavoro* è lasciata alla discrezionalità del giudice, tenuto conto delle condizioni e delle attitudini della persona destinataria; tale misura è riservata alle persone imputabili, socialmente pericolose; la durata minima è di un anno¹⁷.

¹³ Cfr. RICCIO, *ibidem*; RENDE, *Il delinquente di professione*, Roma, 1923; SOLLIMA, *I delinquenti professionali*, Napoli, 1932.

¹⁴ Cfr. VISCARDI, *La figura del delinquente per tendenza*, in *Scuola pos.*, 1962, 468; CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, 12 ss. e 598 ss.

¹⁵ Invero, è pensabile che la scelta dei compilatori del codice fu una concessione ai sostenitori della Scuola positiva, in quanto la figura del delinquente per tendenza discende culturalmente da quella del "delinquente nato" di Cesare Lombroso; oggi la categoria criminologica del "delinquente nato" sembra non più proponibile; in questo senso CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, Padova, 2005, 606.

¹⁶ Sul punto cfr. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978.

¹⁷ In argomento, ACCATTATIS, *Il sistema delle misure di sicurezza può essere ritenuto conforme alla Costituzione?*, in *Convegno sulle misure di sicurezza detentive*, Pisa, 1972, 1; CICCOTTI, *La casa di lavoro all'aperto di Capraia-Isola*, in *Rass. studi penit.*, 1970, 745; NESPOLI, *La realtà delle misure di*

Il ricovero in una casa di cura e di custodia è riservato principalmente ai condannati a pena diminuita (soggetti *semi-imputabili*) per infermità psichica o per cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti ovvero per sordomutismo (vizio parziale di mente)¹⁸. La durata minima oscilla da tre mesi a tre anni ed è proporzionata alla pena stabilita dalla legge in astratto.

La misura di sicurezza del ricovero in una residenza per l'esecuzione delle misure di sicurezza (REMS)¹⁹, già ospedale psichiatrico giudiziario (OPG, ancor prima denominato "manicomio giudiziario"), si applica ai prosciolti per infermità psichica, cronica intossicazione da alcool o stupefacenti, nonché per sordomutismo²⁰. Siffatto ricovero riservato ai prosciolti per vizio di mente

sicurezza detentive, in *Redenzione umana*, 1971, 365; CEDARA, *L'esecuzione della misura di sicurezza secondo la legge e nella realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 272; DE FAZIO, *Il trattamento psicologico nel sistema vigente delle misure di sicurezza. Realtà istituzionale e prospettive di trattamento nell'ambito della casa di lavoro*, in *Rass. studi penit.*, 1973, 253.

¹⁸ In argomento, CAPPELLI, voce *Manicomio giudiziario*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 436; PAOLELLA-CITTERIO, *Manicomi giudiziari e case di cura e di custodia. Analisi della popolazione secondo categorie psichiatriche e giuridiche*, Roma, 1972; TARTAGLIONE, voce *Istituti di prevenzione e di pena*, in *Nov.mo dig. it.*, IX, Torino, 1968, 233. Tale misura "interferisce" con la pena detentiva; ne risulta un "duplicato sostanziale di repressione", sicché "il sistema mantiene evidenti tratti di illiberalità e di irragionevolezza" (MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 694).

La nozione di infermità psichica di cui all'art. 219 c.p. è controversa. Secondo l'accezione più accreditata in passato, tale infermità doveva essere distinta dai disturbi occasionali e transitori derivanti da malattia fisica e, in ogni caso, dall'infermità generale prevista dall'art. 89 c.p.. Oggi la giurisprudenza è orientata in senso opposto; si ritiene che l'infermità psichica menzionata nell'art. 219 corrisponda proprio a quella generale prevista dall'art. 89, come *vizio parziale di mente*, e sia altresì riconducibile alla disciplina dell'art. 88 c.p. nei casi in cui si risolve in un'alterazione molto grave delle funzioni intellettive, affettive e volitive, tale da configurare il *vizio totale di mente*. Si cita, a titolo esemplificativo, Cass. Pen., sez. I, 5 dicembre 2013, n. 4459: "Ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza del ricovero in una casa di cura e custodia, per l'individuazione della 'pena stabilita dalla legge' rilevante a norma dell'art. 219 comma 1 c.p. devono considerarsi eventuali circostanze, aggravanti e attenuanti, ma non anche la diminuzione per il vizio parziale di mente, in quanto l'infermità di mente e la connessa pericolosità costituiscono la ragione giustificativa del provvedimento".

L'attenuante del vizio di mente differisce dall'infermità di mente; è riconosciuta infatti anche nel caso di meri disturbi della personalità, come le nevrosi e le psicopatie. In questo senso cfr. Cass., Sez. un., 8 marzo 2005, *Raso*, che richiede anche il nesso di derivazione del reato dall'infermità,

¹⁹ La chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari era prevista dal D.l. n. 211 del 22 novembre 2011, convertito nella legge n. 9 del 2012, con termine finale 31 marzo 2015; questa è dunque la data di nascita delle REMS, in sostituzione degli OPG.

²⁰ In argomento, MARGARA, *Il manicomio come doppia esclusione*, in *Quale giustizia*, 1972, 622; Cappelli, *op. cit.*; VALCAREGI, *I manicomi criminali*, Roma, 1975; MARGARA-ONORATO, *I manicomi giudiziari*, in *Carcere e società*, 1976, 320; PADOVANI, *L'ospedale psichiatrico giudiziario e la tutela costituzionale della salute*, ne *Il Tommaso Natale (Scritti in memoria di Bellavista)*, II, 1978, 851; MANACORDA, *Il manicomio giudiziario*, Bari, 1982; ID., *Il manicomio giudiziario: alcune note per la comprensione dei problemi attuali*, in *Foro it.*, 1998, V, 67; BERTOLINO, *L'imputabilità ed il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990; MANNA, *Il "diritto giurisprudenziale" nel sistema penale: il caso dell'infermo di mente*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di Fiandaca, Padova, 1997, 67

(*inimputabili*) differisce da quello in casa di cura e di custodia, riservato ai condannati a pena diminuita (*semi-imputabili*)²¹.

Nella pratica giudiziaria il vizio di mente è stato originariamente riconosciuto solo in presenza di stati psicotici, ossia di malattie mentali con basi organiche. Questa lettura della capacità d'intendere e di volere è stata ritenuta troppo angusta dalla dottrina più avvertita, che ha ravvisato la necessità di portare a termine il lungo percorso intrapreso con l'abrogazione delle figure di pericolosità presunta: ha infatti auspicato il riconoscimento dell'incapacità d'intendere e di volere anche in casi di disturbi mentali senza una base organica individuabile²².

Il *ricovero in una comunità terapeutica* (già *reformatorio giudiziario*) sanziona la pericolosità dei minori di età²³. La misura si applica, in primo luogo, ai minori, riconosciuti *non imputabili*, che abbiano commesso un delitto e siano considerati socialmente pericolosi. La misura si applica altresì ai minori condannati a pena diminuita (art. 225, co. 1); ovvero condannati per un delitto commesso durante l'esecuzione di una misura di sicurezza precedente (art. 225, co. 2). La durata minima è di un anno.

²¹ Un primo colpo all'automatismo - che, alla declaratoria del vizio di mente e al correlativo proscioglimento, faceva seguire l'inesorabile applicazione della misura - è stato inferto con la sentenza della Corte costituzionale 27 luglio 1982, n. 139, alla cui stregua divenne necessario l'accertamento, da parte del giudice della cognizione o dell'esecuzione, della persistente pericolosità sociale. In proposito cfr. VASSALLI, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. Cost.*, 1982, 1202; MANACORDA, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, II, 282.

Successivamente l'automatismo è venuto meno del tutto con la citata riforma penitenziaria c.d. *Gozzini* (legge n. 663/86), che ha eliminato le figure di pericolosità presunta; cfr. *supra* nota 5. Bisogna infine ricordare un'ulteriore sentenza della Corte costituzionale, la n. 253 del 18 luglio 2003, la quale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale dell'art. 62 della suddetta legge penitenziaria, ha eliminato l'ultima appendice del meccanismo automatico, riconoscendo la facoltà del giudice di comminare (al prosciolto per vizio di mente) una misura di sicurezza diversa (dal ricovero in parola), idonea a contrastare la pericolosità del soggetto ma anche a curare la sua infermità. Sul punto MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 700.

²² Si osservava, già qualche decennio fa, che, malgrado l'abolizione della pericolosità presunta (in virtù dell'art. 31 della legge n. 663/1986), non sono venute meno del tutto le "finzioni giuridiche"; il passo ulteriore dovrebbe essere quello di istituire la nuova misura di sicurezza della *terapia sociale* per i delinquenti affetti da gravi disturbi della personalità (MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 240). Si prefigurava con molti anni di anticipo ciò che oggi è stato parzialmente realizzato con le REMS; ma molta strada rimane ancora da percorrere per sostituire fino in fondo alla "pericolosità" il "bisogno di terapia". Sul punto cfr. anche BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, che sottolinea la necessità di accertare il vizio di mente sulla base di quattro criteri: medico, biologico, psicologico e sociologico.

²³ Cfr. TARTAGLIONE, *Istituti di prevenzione*, cit., 234

Tra le misure di sicurezza non detentive, assume particolare rilevanza la *libertà vigilata*²⁴. Si tratta di una sanzione limitativa della libertà personale, in ragione di alcuni obblighi di condotta continuativi, a contenuto positivo o negativo, tendenti comunque a facilitare il reinserimento sociale e impedire la commissione di nuovi reati. La legge di riforma dell'ordinamento penitenziario (art. 55) dispone che i sottoposti alla libertà vigilata siano affidati al *servizio sociale*, ai fini del reinserimento nel consorzio sociale. Le prescrizioni restrittive della libertà non sono tassativamente previste dal codice, pertanto il giudice ha un ampio margine di scelta per individualizzarle, sia in rapporto alle condizioni personali, sia in rapporto alle condizioni familiari e ambientali del destinatario²⁵. L'art. 190 disp. att. c.p.p. impone comunque al vigilato l'obbligo di non trasferire la propria residenza o dimora in un comune diverso da quello dell'esecuzione e di comunicare agli organi di vigilanza il trasferimento di residenza o dimora all'interno del territorio comunale.

Un'altra misura di sicurezza che si annovera tra quelle non detentive è il *divieto di soggiorno*. Il suo contenuto restrittivo si risolve nell'inibizione, per la persona socialmente pericolosa, di soggiornare in uno o più comuni o in una o più province designati dal giudice. Si tratta di una misura prevista per i colpevoli di delitti contro la personalità dello Stato o contro l'ordine pubblico; ovvero delitti commessi per motivi politici o per motivi "ambientali" legati al luogo. Il contenuto restrittivo della misura è molto simile a quello dell'omologa misura di prevenzione *ex art. 5* della legge 1956, n. 1423; si può ravvisare la differenza nella sfera funzionale, giacché la misura di sicurezza ha una finalità di *incapacitazione* più accentuata rispetto alla misura di prevenzione²⁶. Il *quid pluris* si può cogliere nel fatto che la misura di sicurezza comporta un allontanamento del condannato, non già rispetto a un'area indefinita, bensì rispetto a un bene specificamente individuato, ossia quel bene protetto specificamente violato dal fatto di reato. La durata minima è di un anno.

²⁴ In argomento, SECCI, voce *Libertà vigilata*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1973, 578. La legge distingue i casi nei quali il giudice *può* disporre (art. 229 c.p.) dai casi in cui *deve* disporre (art. 230 c.p.) la libertà vigilata; sul punto cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale, p. gen.*, 5[^], Milano, 2015, 736.

²⁵ L'art. 228 c.p. e l'art. 162 T.U.L.P.S. regolano la materia, lasciando un ampio margine di discrezionalità al giudice. Ovviamente la discrezionalità non può trascinare nel puro arbitrio: in ogni caso non può essere ammesso un uso meramente sanzionatorio del potere prescrittivo, non funzionalizzato a reali esigenze di prevenzione speciale. In questo senso "*devono escludersi tutte le prescrizioni di carattere puramente allittivo o, peggio, vessatorie, che comportino un indebito surplus punitivo incompatibile con la misura di sicurezza*" (MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 704).

²⁶ Sul punto cfr. SICLARI, voce *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personali*, Milano, 1977, 116.

Il *divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche* si applica ai condannati per la contravvenzione di ubriachezza abituale, nonché ai condannati per delitti e contravvenzioni commessi in stato di ubriachezza (qualora l'ubriachezza sia abituale). La durata minima è di un anno; in caso di trasgressione al divieto, può essere comminata la libertà vigilata o la cauzione di buona condotta. È opportuno comunque osservare che tale misura di sicurezza costituisce niente più che un relitto storico, essendo caduta in disuetudine.

L'art. 235 c.p. - che detta la disciplina dell'*espulsione o allontanamento dello straniero dal territorio nazionale* - è stato modificato con la legge di conversione del decreto n. 92 del 23 maggio 2008, convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125²⁷. La misura è applicabile solo agli stranieri e ai cittadini appartenenti ad uno degli Stati membri dell'Unione europea. Il presupposto oggettivo è che la persona sia stata condannata a una pena superiore ai due anni.

Le misure di sicurezza patrimoniali sono: la *cauzione di buona condotta* e la *confisca*.

La prima è prevista dall'art. 237 c.p. e consiste nel deposito di una somma di denaro²⁸ presso la Cassa delle ammende. La sua precipua funzionalità politico-criminale è di indole specialpreventiva, dal momento che la prospettiva di perdere la somma di denaro depositata costituisce un controstimolo alla commissione di nuovi reati²⁹. Si applica alle persone assegnate a una colonia agricola o casa di lavoro, al termine dell'esecuzione, sempreché il giudice non abbia disposto la libertà vigilata; nonché ai trasgressori degli obblighi derivanti dalla libertà vigilata o del divieto di frequentare osterie e spacci di bevande alcoliche. La durata della misura è prevista nel minimo (un anno), ma è stabilita anche nel massimo (cinque anni) a differenza di tutte le altre misure di sicurezza.

La *confisca* consiste nell'espropriazione da parte dello Stato di cose e beni connessi all'attività criminosa³⁰. Non è pacifica la sua natura giuridica di misu-

²⁷ L'espulsione è prevista anche nei casi contemplati dagli art. 73, 74, 79 e 80 DPR 309/90.

²⁸ L'art. 104 della legge 689/1981 ha determinato l'ammontare della cauzione, nella misura minima di euro 103,29 e nella misura massima di euro 2.065,83.

²⁹ Una dottrina autorevole, ma minoritaria, non annovera la cauzione di buona condotta tra le misure di sicurezza patrimoniale, considerandola "uno *status* personale volto a prevenire futuri reati"; in questo senso NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione*, cit., 657. Sembra preferibile l'opinione tradizionale, dal momento che il presupposto della misura, la cui teleologia specialpreventiva è fuori discussione, è la pericolosità sociale legata alla commissione di un reato. In argomento LOZZI, voce *Cauzione di buona condotta*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 654.

ra di sicurezza, giacché una parte della dottrina preferisce assumerla come sanzione *sui generis*, non riconducibile ad alcun'altra categoria generale³¹, o anche come pena accessoria³². In ogni caso ci pare indiscutibile la sua funzionalità politica, di difesa sociale e prevenzione speciale, tenuto conto del fatto che i beni confiscati, sottratti alla disponibilità del condannato, non possono diventare strumenti di ulteriori reati. La tradizionale disciplina dell'art. 240 c.p. è improntata al criterio della *facoltatività*, il quale tuttavia, nella legislazione postcodicistica, cede sempre più il passo all'opposto criterio dell'*obbligatorietà*. Il giudice può disporre la confisca nel caso di sentenza di condanna, sul presupposto della pericolosità della cosa in relazione all'uso che se n'è fatto e se ne potrebbe fare. Vige l'eccezione dell'*obbligatorietà* per la confisca riguardante le cose che costituiscono il prezzo del reato; nonché le cose la cui fabbricazione, detenzione o uso costituisce già di per sé reato (armi, esplosivi, sostanze stupefacenti etc.).

La disciplina tradizionale - come s'è fatto cenno - ha subito nel tempo parecchie innovazioni, lungo le tre direttive seguenti: una maggiore estensione dell'area della confisca obbligatoria³³; ampliamento del novero dei beni confiscabili; attenuazione del nesso eziologico tra i beni confiscati e lo specifico reato commesso. Lungo la stessa linea di tendenza, diretta ad assicurare maggiore efficienza funzionale all'istituto, il legislatore ha introdotto la *confisca per equivalente*, ossia l'atto di ablazione riguardante, non già le cose pertinenti al reato, bensì i beni patrimoniali di valore corrispondente. Questa tecnica ablativa è stata introdotta per la prima volta con la riforma del reato di usura (art. 644 c.p.) ed è stata poi estesa ai reati contro la pubblica amministrazione e contro gli interessi dell'Unione europea (legge 29 settembre 2000, n. 300)³⁴. È dubbio tuttavia che siffatta confisca per equivalente possa essere

³⁰ Sulla confisca esclusivamente configurata come *misura di sicurezza* "classica", per tutti IACCARINO, *La confisca*, Bari, 1935. Sulla confisca funzionalmente preventiva, nelle sue diverse configurazioni, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; MANGIONE, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra dogmatica e politica criminale*, Padova 2001; VISCONTI, *Dalla "vecchia" alle "nuove" confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium iuris*, 2001, FIANDACA-VISCONTI, *Presupposti teorici e politico-criminali di un modello europeo di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in *Towards a european criminal law against organised crime*, a cura di Militello e Huber, Freiburg, 2001, 221 ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007; NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012.

³¹ MANZINI, *Trattato*, III, 383 ss.

³² IACCARINO, *op. cit.*

³³ All'originario elenco delle cose da confiscare si è aggiunto il comma 1 *bis* dell'art. 240 c.p. (in virtù dell'art. 1 comma 1, lett. a, della legge 15 febbraio 2012 n. 12) che dispone la confisca degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione di reati.

annoverata tra le misure di sicurezza in senso stretto, per le quali vige il principio *tempus regit actum*, e non piuttosto tra le sanzioni penali, per le quali vige il principio di irretroattività; prevale in giurisprudenza l'orientamento opposto, che la differenza rispetto alla misura di cui all'art. 240 c.p., nonché alla c.d. *confisca allargata* di cui all'art. 12 *sexies* d.l. 306/92³⁵, in relazione al principio di irretroattività considerato valido solo per la prima (confisca per equivalente)³⁶.

³⁴ L'art. 3 della legge n. 300 del 29 settembre 2000, ha introdotto l'art. 322 ter c.p., a norma del quale, nel caso di condanna per uno dei delitti previsti dall'art. 314 al 321 c.p., è *sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto*; quando essa non è possibile, è ordinata *la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto*. La confisca per equivalente è stata estesa anche ai delitti di ricettazione, riciclaggio e reimpiego, ai sensi dell'art. 648 *quater* c.p., **introdotto dall'art. della** .

³⁵ La confisca prevista dall'art. 12 *sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito nella legge 7 agosto 1992 n. 356, è fondata su una presunzione *iuris tantum* che sia illecita l'origine del patrimonio "sproporzionato", a disposizione del condannato per i delitti indicati (legati alla criminalità mafiosa, idonei a creare un'accumulazione economica, che può costituire a sua volta lo strumento per la commissione di ulteriori illeciti). Per un confronto con la confisca di prevenzione cfr. par. 5 e nota 68.

³⁶ La questione concernente il principio di irretroattività è aperta. Invero l'art. 200 c.p. enuncia il principio *tempus regit actum*, a norma del quale, nell'esecuzione della misura, si applicherebbe la legge in vigore al tempo dell'esecuzione, ancorché diversa da quella presa in considerazione al momento della condanna. Tuttavia, è pensabile che il criterio previsto dall'art. 200 in fase esecutiva non escluda l'irretroattività delle misure, desumibile dalla disciplina generale in tema di successione di leggi di cui all'art. 2 c.p. e art. 25 Cost.. In questa logica, una recente dottrina fa leva anche sull'art. 2 della legge 689/81 e sulla giurisprudenza della Corte EDU, per asserire il principio di irretroattività in materia; cfr. MANNA, *Corso di diritto penale, p. gen.*, 4[^], Milano, 2017, 689. A questa stregua, si deve escludere che possa applicarsi una misura di sicurezza per un fatto che al momento della commissione non costituiva reato o possa applicarsi una misura diversa da quella prevista al *tempus commissi delicti*; in questo senso PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p. gen., 8[^], Milano, 2003, 126; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. gen., 7[^], Bologna 2016, 865. *Contra* NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione*, cit., 651.

Ciò premesso, si registra che la confisca generale di cui all'art. 240 c.p. e la confisca per equivalente si fanno differire in tema di irretroattività. Quest'ultima è stata estesa ai reati tributari dalla legge n. 244/2007; la Suprema Corte ha stabilito che non possa applicarsi ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge (a titolo esemplificativo, si cita la sentenza n. 18308 del 5 maggio 2014). Se dunque l'applicabilità della regola di cui all'art. 200 c.p. fosse considerata lo spartiacque tra la misura di sicurezza (in funzione preventiva) e la sanzione penale (in funzione sanzionatoria), sarebbe accreditata l'opinione secondo cui la confisca (almeno quella per equivalente) debba configurarsi come pena *sui generis* o come *pena accessoria*. Sulla natura giuridica della confisca vi è ampia letteratura; sulla confisca esclusivamente configurata come *misura di sicurezza* "classica", per tutti IACCARINO, *La confisca*, Bari, 1935; sulla confisca funzionalmente preventiva, nelle sue diverse configurazioni, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; MANGIONE, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra dogmatica e politica criminale*, Padova 2001; Visconti, *Dalla "vecchia" alle "nuove" confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium iuris*, 2001, FIANDACA-VISCONTI, *Presupposti teorici e politico-criminali di un modello europeo di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in *Towards a european criminal law against organised crime*, a cura di Militello e Huber, Freiburg, 2001, 221 ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007; NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; MANZINI, *Trattato*, III, 383 ss., confi-

3. Misure di prevenzione

3.1. Soggetti destinatari

In primo luogo, è necessario individuare le tipologie soggettive dei destinatari delle misure³⁷. I soggetti portatori di *pericolosità generica*, non qualificata, appartengono alle tre categorie previste dall'art. 1 del vigente codice antimafia (d. lgs. 159/2011). Si tratta delle persone: “*abituamente dedite ai traffici delittuosi*” (lettera a); “*che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*” (lettera b); dedite “*alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica*” (lett. c). Le lettere a) e b) riproducono la formulazione originaria della legge n. 1423/1956; la categoria di cui alla lettera c), non prevista nella legge basilare del 1956, segna, in qualche modo, il passaggio dalla tipologia d'autore alla tipologia di fatti, giacché si fa menzione di specifiche classi di beni tutelati. Invero la legge del 1956 connetteva la pericolosità a cinque tipologie d'autore³⁸, simili a quelle di cui al T.U.L.P.S. del 1931; in seguito il legislatore ha intrapreso con sempre maggiore convinzione la strada di connettere la pericolosità a specifiche classi di reato.

La *pericolosità qualificata* concerne i soggetti elencati all'art. 4 d. lgs. 159/2011 (“*codice antimafia*”)³⁹; qui si fa una breve menzione delle categorie più rilevanti: “*indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 bis*”;

gura la confisca come pena *sui generis*.

³⁷ In argomento, ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; SABATINI, voce *Misure di prevenzione nei confronti di persone pericolose per la sicurezza e la moralità pubblica*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, 772 ss.; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967; MEALE, *I limiti costituzionali della tutela preventiva*, Napoli, 1968; NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, 387 ss.; VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1591 ss.; SICLARI, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1974; *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Disc. pen.*, VII, Torino, 1994; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990; MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale e nella legge antimafia*, Milano, 1994; CURI, *Le misure di prevenzione: profili sostanziali*, in *Giurisprudenza sistematica Bricola-Zagrebelsky*, I, Torino, 1995, 169 ss.; GUERRINI-MAZZA, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 1996; MELILLO, *Attribuzioni processuali in tema di misure di prevenzione e di reati informatici*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. In legge 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di Mazza e Viganò, Torino, 2008, 189 ss.

³⁸ 1) oziosi e vagabondi; 2) soggetti dediti a traffici illeciti; 3) soggetti proclivi a delinquere; 4) sfruttatori di prostitute o contrabbandieri o trafficanti di sostanze stupefacenti; 5) soggetti abitualmente dediti allo svolgimento di attività contrarie alla moralità pubblica o al buon costume; cfr. MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 846. Le categorie di cui ai nn. 1) 3) e 5) sono state abrogate; cfr. *infra* note 45 e 46.

³⁹ Il decreto legislativo fu emanato in attuazione della legge delega n. 136 del 13 agosto 2010.

“*indiziati di uno dei reati previsti all’art. 51, comma 3-bis c.p.p.*”; “*coloro che pongono in essere atti preparatori diretti a sovvertire l’ordinamento dello stato ovvero alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale*”. È singolare che nell’elenco siano ricompresi anche i soggetti pericolosi generici di cui all’art. 1, ai quali parimenti risultano applicabili le misure di prevenzione previste in funzione nominalmente “antimafia”, ivi comprese le misure patrimoniali¹⁰.

L’atto di nascita della pericolosità qualificata - che designa non già la generica attitudine a delinquere, bensì quella specifica a commettere una determinata tipologia di reati - può ravvisarsi nella legge n. 575 del 31 maggio 1965, la quale estese l’area dei soggetti pericolosi, cui erano applicabili le misure previste dalla legge n. 1423 del 1956, agli “indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose”¹¹. L’istituto della pericolosità qualificata, basata su tipologie di fatti, *rectius* su “indizi” di fatti tipici, ha incontrato grande fortuna nel nostro ordinamento, tanto che oggi i suoi confini risultano ulteriormente estesi ben oltre la previsione del legislatore delegato del 2011, in primo luogo nel campo dei delitti contro la pubblica amministrazione¹².

La rilevanza pratica della superiore distinzione, tra pericolosità generica e qualificata, consiste nel solo fatto che i provvedimenti meno gravi - di compe-

¹⁰ Alla congerie indistinta dei soggetti pericolosi (qualificati o generici che siano) si applica, nella stessa misura, l’intero pacchetto delle misure di prevenzione di competenza del giudice. L’unica residua differenza consiste nel fatto che i provvedimenti di competenza del questore (avviso orale e foglio di via obbligatorio) sono riservati all’area della pericolosità generica. L’equiparazione è criticata dalla dottrina maggioritaria; MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 862: “è evidente l’irragionevolezza di una disciplina che accomuna una varietà di tipologie di destinatari assolutamente eterogenea per allarme sociale, offensività e pericolosità”; dello stesso avviso, DELLO JACOVO, *Il codice antimafia (D. lgs. 159/2011): cronaca di un’occasione mancata*, in *La Corte d’Assise*, n. 2/2011; FIORENTIN, *Non convince la scelta della “pericolosità unica”*, in *Guida al dir.*, 42, 2011, X.

¹¹ L’appartenenza ad associazioni mafiose non costituiva un reato autonomo fino al 1982; con la legge n. 646/82 (*Rognoni-La Torre*) fu introdotto l’art. 416 *bis* c.p., che tipizzava la fattispecie autonoma e per questa via conferiva maggiore consistenza ed efficacia al sistema delle misure di prevenzione.

¹² L’area della pericolosità qualificata è stata sensibilmente ampliata, in virtù del Disegno di Legge n. 2134-S approvato definitivamente il 27/09/2017. Sono oggi ricompresi tra i soggetti pericolosi gli “*indiziati del delitto di cui all’articolo 640-bis o del delitto di cui all’articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice*”; nonché gli “*indiziati del delitto di cui all’articolo 612-bis del codice penale*”. Le nuove disposizioni non solo ampliano l’area dei soggetti destinatari, ma potenziano anche sensibilmente i poteri del giudice nel campo delle misure patrimoniali. Oggi il giudice può disporre il controllo giudiziario (fino a tre anni) delle aziende, quando sussiste il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose; inoltre può ordinare l’amministrazione giudiziaria di beni e aziende (fino a due anni), in presenza di indizi da cui risulti la possibile agevolazione di soggetti pericolosi. Se ne deduce che “*il giudice può, sulla base di una insondabile valutazione del pericolo o di non precisabili indizi, intervenire sulla gestione delle imprese*” (VERDE, *Codice antimafia, tanti e prevedibili gli effetti negativi*, in *Guida al diritto* n. 43 /21 ottobre 2017, *online*). Cfr. note 83 e 85.

tenza dell'autorità di polizia, nella persona del Questore - possono riguardare solo i soggetti attinti da sospetti di pericolosità generica.

3.2. Misure personali

Le meno gravi misure di prevenzione, che colpiscono la persona in modi poco o punto restrittivi, possono essere irrogate dal Questore territorialmente competente, nel solo caso di pericolosità generica. L'organo di polizia può disporre l'*avviso orale* o il *rimpatrio con foglio di via obbligatorio*. Il primo provvedimento ha sostituito la vecchia "diffida", dalla quale differisce per la sua durata temporanea di tre anni. L'atto del Questore è sempre revocabile, su richiesta dell'interessato⁴³. Consiste in un invito a cambiare condotta di vita e costituisce la premessa della successiva misura della sorveglianza speciale, nel caso di invito non accolto.

Il secondo provvedimento di competenza del Questore è destinato ai soggetti pericolosi - appartenenti a una delle tre categorie menzionate - che si trovano "fuori dei luoghi di residenza". Il Questore con il "foglio di via" ordina il ritorno al luogo di residenza, con obbligo di non ritorno senza preventiva autorizzazione ovvero per un periodo non superiore a tre anni.

Dell'uno e dell'altro provvedimento del Questore non è controversa la natura amministrativa, resa palese dalla tipologia del procedimento di emanazione e certamente non contraddetta dalla blanda *vis* costringitiva.

La questione che affatica la dottrina - la quale verte sull'indole amministrativa o penale - sorge invece per le misure di prevenzione di competenza dell'*autorità giudiziaria*, applicabili ai soggetti pericolosi, rientranti in una delle nove categorie previste dall'art. 4 del codice antimafia (tra le quali si comprendono le categorie di pericolosità generica). L'elenco ha inizio con le persone *indiziate* di appartenere ad associazioni mafiose e si conclude con le persone *indiziate* di aver preso parte o aver agevolato altri a prendere parte a manifestazioni di violenza sportiva.

Il Tribunale, all'esito di un procedimento che garantisce il contraddittorio delle parti e il diritto di difesa, può disporre la misura della *sorveglianza speciale di pubblica sicurezza*, qualora risulti in concreto accertata la pericolosità per la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 6 comma 1 del codice antimafia. Il sorvegliato non può allontanarsi dalla sua dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza; non può avere rapporti di frequenta-

⁴³ La revoca può essere disposta in qualsiasi momento dal questore, su richiesta dell'interessato. La richiesta s'intende accolta, decorsi sessanta giorni dalla presentazione, senza che sia stato emesso alcun provvedimento.

zione con persone che hanno subito condanne penali e sono sottoposte a misure di prevenzione o sicurezza; ha il dovere di non rincasare più tardi e non uscire prima di una data ora. Il Tribunale può implementare le prescrizioni restrittive, qualora le consideri necessarie per le esigenze di difesa sociale. Alla sorveglianza speciale può aggiungersi il *divieto di soggiorno* in uno o più comuni o l'*obbligo di soggiorno* nel comune di residenza o di dimora abituale.

3.3. Misure patrimoniali

Le misure di carattere patrimoniale - introdotte con la legge 13 settembre 1982, n. 646, inizialmente destinate ai soli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose e oggi applicabili indistintamente a tutti soggetti pericolosi, ancorché generici - sono il *sequestro* e la *confisca* dei patrimoni di sospetta provenienza illecita. Il *sequestro* è una misura cautelare e provvisoria, che mira alla conservazione del patrimonio da confiscare con provvedimento definitivo (ovvero restituire all'interessato) all'esito del procedimento (art. 20 codice antimafia). La *confisca* è un provvedimento ablativo che comporta la devoluzione allo Stato dei beni sequestrati, di sospetta provenienza illecita. È pronunciata dal Tribunale ai sensi dell'art 24 del codice antimafia.

Le misure reali originariamente potevano essere disposte solo in connessione con le misure personali, nel senso che l'*attualità* della pericolosità sociale del soggetto proposto fungeva da presupposto necessario per l'applicabilità della misura di prevenzione reale. Oggi, a seguito dell'entrata in vigore dei c.d. *pacchetti-sicurezza* del 2008-2009⁴⁴, le misure reali sono applicabili indipendentemente dalle misure personali; in altri termini, vige oggi il principio della *reciproca autonomia* ovvero della *disgiunzione* delle due tipologie di misure preventive⁴⁵. La nuova disciplina, a nostro avviso, accentua i tratti sanzionatori di tali misure⁴⁶; ma di ciò si riferirà meglio in seguito⁴⁷.

⁴⁴ Sul punto cfr. *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, a cura di Kostoris e Viganò, Torino, 2015.

⁴⁵ Il principio è stato recepito nel codice antimafia, di cui al d. lgs. n. 159/2011. L'art. 18 recita: "Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate *disgiuntamente* e, per le misure di prevenzione patrimoniali, *indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto* per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione. Le misure di prevenzione patrimoniali possono essere disposte *anche in caso di morte del soggetto proposto* per la loro applicazione. In tal caso il procedimento prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa".

⁴⁶ Dello stesso avviso MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2008, 129 ss.. Sul punto cfr. anche GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistemico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in *Le misure patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di Cassano, Bari, 2009, 132 ss.; PIGNATONE, *Le recenti modifiche delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Scenari attuali*

3.4. Criteri di accertamento

Alla base dell'accertamento richiesto ai fini dell'applicazione delle misure preventive il legislatore esige che sussistano “*elementi di fatto*”. Tale riferimento ai dati fattuali, introdotto dalla legge del 3 agosto 1988 n. 327, si iscrive in un lodevole tentativo di ridimensionare la tendenziale atipicità delle fattispecie soggettive di pericolosità, generica e qualificata, del quale si possono individuare due altri significativi passaggi: la cancellazione della figura degli “*oziosi e vagabondi*”⁴⁸ e dei “*proclivi a delinquere*”⁴⁹. La linea percorsa segna un graduale passaggio - della nozione di pericolosità - dalla tipologia d'autore alla tipologia di fatto; nella ricerca di una migliore tipizzazione, si è voluto evitare che la formulazione di meri sospetti o l'osservazione di labili indizi fosse sufficiente per l'applicazione delle misure. Non è tuttavia scontato che la menzione degli “*elementi di fatto*” possa evitare il rischio di irrogare vere e proprie “*pene del sospetto*” e un recente arresto della Corte EDU censura in questo senso la legislazione italiana. Sul punto rinviamo alle pagine che seguono⁵⁰.

4. Rilevanza penalistica della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno

Descritte per sommi capi le caratteristiche delle due tipologie di misure, risulta evidente che l'intensità costringitiva e restrittiva della *libertà vigilata* non è molto dissimile da quella della *sorveglianza speciale* (come, d'altronde, nel campo delle misure patrimoniali, il risultato ablativo della confisca, *post o praeter delictum* che sia, differisce ben poco). Sarebbe comunque affrettato ricondurre talune misure di prevenzione - le più cogenti e restrittive - nel novero delle sanzioni punitive, per mera assimilazione con le misure di sicurezza, le quali sanzionano comunque un fatto di reato (o “quasi reato”), affliggono il condannato fino all'annullamento totale della libertà personale, in caso di detenzione, e in ragione di ciò si annoverano tra le sanzioni penali, secondo l'opinione dominante⁵¹. Risulta evidente altresì che alla domanda, se l'apparenza “amministrativa” di talune misure di prevenzione non nasconda

di mafia. Analisi e strategie di intervento, a cura di Fiandaca e Visconti, Torino, 2009.

⁴⁷ Cfr. *infra* par. 5

⁴⁸ La categoria degli “*oziosi e vagabondi*” è stata espunta dall'elenco dei soggetti pericolosi con legge n. 327/1988. Del pari è stata eliminata la categoria dei “*soggetti abitualmente dediti ad attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume*”.

⁴⁹ La figura dei “*proclivi a delinquere*” è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, a causa della sua eccessiva indeterminatezza, dalla Corte costituzionale con sentenza n. 177/80, in *Giur. cost.*, 1980, 1535 ss., con nota di BRANCA, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*.

⁵⁰ Cfr. *infra* par. 6.

⁵¹ Cfr. bibliografia citata (nota 2).

una natura sanzionatoria penalistica, non si può rispondere col criterio nominalistico, già rivelatosi fallace in tema di misure di sicurezza.

In verità, se il mero criterio nominalistico fosse appagante, al fine di distinguere le misure di sicurezza, in quanto sanzioni penali, dalle misure di prevenzione, in quanto misure amministrative di polizia, la questione non si porrebbe nemmeno. Se le une sono irrogate *post delictum* e le altre *praeter delictum*, è evidente che le une sanzionano un fatto di reato e le altre non lo sanzionano; se le misure di sicurezza sono comminate dal giudice all'esito di un processo penale e le misure di prevenzione sono comminate all'esito di un processo extrapenale, nel quale non si accerta un fatto di reato, è evidente altresì che la legge riconduce le prime al novero delle sanzioni penali, mentre ne esclude le seconde³². Il punto tuttavia è un altro; è necessario verificare se, al di là della volontà chiaramente espressa dal legislatore italiano, le misure nominalmente preventive non rivelino, ad un'attenta analisi, aspetti sanzionatori squisitamente penalistici.

In altri termini, riteniamo che limitarsi a cogliere le differenze tra le due tipologie di misure, ugualmente dirette a neutralizzare la "pericolosità", equivale a dare una risposta tautologica a un quesito invero banale, del tipo: se *Tizio* sia diverso da *Caio*. Certamente *Tizio* è diverso da *Caio*; allo stesso modo, si può affermare che certamente le misure di prevenzione non costituiscono sanzioni penali, riguardanti un fatto di reato, accertato dal giudicato penale. Una volta però appurato che le misure di prevenzione sono diverse dalle misure di sicurezza, per ciò stesso tutte le questioni interpretative e dottrinali si dissolvono? Pur nella constatazione delle diversità, è lecito continuare a chiedersi se sussiste qualche analogia che lascia assimilare le une alle altre e più in generale lascia ricondurre le misure di prevenzione alla categoria delle sanzioni penali, sia pure improprie e *sui generis*?

³² MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia. Verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, (online) 25, a proposito dell'orientamento giurisprudenziale della Corte EDU, osserva che "per la Corte la misura (confisca antimafia) ha una funzione e una natura ben distinte rispetto alla sanzione penale; mentre quest'ultima tende a sanzionare la violazione di una norma penale, ed è subordinata all'accertamento di un reato e della colpevolezza dell'imputato, la misura di prevenzione non presuppone un reato e tende a prevenire la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi". L'argomentazione ci sembra apodittica, basata com'è su un criterio puramente nominalistico. Il riferimento ai tre criteri *Engel* (qualificazione nel diritto interno, natura dell'infrazione, severità della sanzione) si presta, a nostro avviso, a conclusioni opposte. Invero, ci pare innegabile che la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, con obbligo di soggiorno, abbia un'incidenza restrittiva sulla libertà personale particolarmente rilevante. E d'altronde, la misura della confisca è particolarmente afflittiva, giacché può estendersi all'intero patrimonio del proposto, a prescindere da qualsivoglia reato.

a) In primo luogo, ai fini della qualificazione penalistica, prendiamo in considerazione i *tre criteri* individuati dalla Corte EDU nel celebre caso *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976: la qualificazione nel diritto interno; la natura dell'interesse protetto e la funzione della norma; la severità e la durata della sanzione. Dei tre requisiti non si richiede la necessaria coesistenza, essendo sufficiente la sussistenza di uno solo di essi a connotare la sanzione penale.

Ovviamente, il *primo criterio* è nominalistico e non è conferente, quando si controverte proprio intorno alla qualificazione giuridica. Con il *secondo criterio*, fondato sulla natura sostanziale dell'illecito commesso, è in gioco la questione se la norma (violata) protegga il funzionamento di una determinata formazione sociale o se invece sia preposta alla tutela *erga omnes* di beni giuridici della collettività; in sintesi, sono in ballo la funzione di protezione della norma e la natura degli interessi tutelati; ma è chiaro che il criterio può essere declinato in vari modi, giacché l'interesse pubblico all'ordinato svolgimento della convivenza sociale è sempre e comunque in gioco, magari per via indiretta, sicché uno dei fattori determinanti, nella giurisprudenza della Corte EDU, è ravvisato nella circostanza che le legislazioni dei diversi Stati europei concordemente apprestino la tutela diretta del bene giuridico in questione⁵³.

Il ricorso al secondo criterio *Engel* sembra orientare l'interprete verso il riconoscimento della natura penalistica delle misure di prevenzione, tuttavia, a nostro avviso, non fornisce una risposta univoca. Invero, nella legislazione italiana di prevenzione non si può rinvenire alcun interesse tutelato diverso dall'ordine pubblico e alcun soggetto beneficiario della tutela giuridica diverso dall'intera comunità sociale; ma è pur vero che le legislazioni degli altri Paesi europei trascurano siffatto interesse alla tutela dell'ordine pubblico in fase prodromica e ciò potrebbe deporre per la scarsa consistenza "fattuale" della violazione sanzionata ossia per l'inesistenza di un vero disvalore penalistico. L'altra faccia della medaglia della funzione di protezione della norma è il finalismo sanzionatorio. È chiaro che la sanzione orientata in funzione rieducativa è per eccellenza quella penale; sotto questo profilo, le misure di prevenzione non possono che assimilarsi alle sanzioni penali.

In ogni caso, a nostro avviso, risulta decisivo il *terzo criterio Engel*, che fa leva sulla carica afflittiva e sulla durata della misura. Sotto questo profilo, ci pare che le misure della sorveglianza speciale e dell'obbligo di soggiorno, specie se cumulate (come avviene di consueto), possano qualificarsi punitive sia per la

⁵³ Il criterio della natura dell'infrazione può essere declinato in varia guisa: sotto il profilo della funzione repressiva/dissuasiva della norma (*Oztuk c. Germania* del 1984; *Bendenoun c. Francia* del 1994); in riferimento alle legislazioni degli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa (*Ozturk c. Germania*); in relazione all'esercizio da parte del reo della pubblica potestà (*Benham c. Regno Unito* del 1996).

portata restrittiva della libertà personale, sia per la durata. La misura del soggiorno obbligato pluriennale⁵⁴, accompagnata dall'obbligo di rientro serale e non allontanamento mattutino, restringe il perimetro di libera circolazione del proposto all'area del comune di residenza per una durata pluriennale; a questa misura si accompagnano usualmente, sia l'obbligo di pernottamento, sia l'obbligo di presentarsi tre volte la settimana presso l'autorità di polizia per firmare il registro di presenza. Si vede bene che la somma di questi obblighi restringe molto la libertà personale, rendendo angusta la prospettiva di vita e l'area degli interessi del proposto. Non a caso la Corte di giustizia europea ha dichiarato tale misura di prevenzione lesiva del diritto riconosciuto dall'art. 5 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, nella causa *Guzzardi c. Italia*. La Corte ha ritenuto che l'obbligo di soggiorno in un'isola del mediterraneo comportasse una restrizione intollerabile della libertà personale, ovviamente ingiustificata in funzione meramente preventiva⁵⁵. In altri casi, la medesima misura preventiva dell'obbligo di soggiorno è stata ritenuta congrua e non contraria ai diritti universali dell'uomo⁵⁶.

Pare che il discrimine tra la legittimità e l'illegittimità della misura, secondo l'avviso della Corte, risieda nella differenza tra l'isola e la terraferma. A nostro avviso, tale discrimine non ha del tutto ragion d'essere, perché la costrizione è, a ben considerare, identica nell'un caso e nell'altro. L'obbligo di soggiornare in un determinato comune comporta il divieto di oltrepassarne i confini; che tali confini siano segnati dal mare o siano segnati dalla mano dell'uomo sulla carta topografica non cambia molto, giacché questo fattore non incide sulla vastità dell'area di libera circolazione del soggetto. In altri termini, per il proposto i confini territoriali del comune di soggiorno costituiscono un "muro" insuperabile, proprio come il "muro" rappresentato dal mare.

⁵⁴ Fino a un limite massimo di 5 anni, prorogabile per altri cinque. Si converrà che dieci anni di soggiorno obbligato e di "arresti" domiciliari notturni limitano la libertà personale in maniera rilevante.

⁵⁵ La sentenza *Guzzardi c. Italia*, 6 gennaio 1980, ha dichiarato la violazione dell'art. 5 § 1, della Convenzione, nel caso di una persona sottoposta all'obbligo di soggiorno nell'isola dell'Asinara, trattandosi di "assegnazione di una persona ritenuta socialmente pericolosa al soggiorno obbligato in un'isola, ove possa muoversi in una zona estremamente esigua, sotto permanente sorveglianza e nella quasi completa impossibilità di stabilire contatti sociali".

⁵⁶ Tale orientamento della Corte EDU si iscrive in quel filone di pensiero, che asserisce la natura amministrativa delle misure di prevenzione previste nell'ordinamento italiano, alla luce dei *tre criteri Engel*, arricchiti di ulteriori precisazioni nelle sentenze *Weich c. Regno Unito*, 9.01.1995; *Sud Fondi c. Italia*, 30.08.2007; si citano, a titolo esemplificativo, gli arresti del 12.05.2011, *Capitani e Campanella c. Italia*, del 02.02.2010, *Leone c. Italia*, del 05.01. 2010, *Bongiorno c. Italia*, dell'8.07. 2008, *Perre c. Italia*, del 13.11.2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*.

Per queste ragioni, ci pare condivisibile l'opinione espressa dal giudice *Pinto de Albuquerque*, registrata come orientamento minoritario in seno alla Corte EDU: nessuna differenza è rilevabile tra il soggiorno obbligato nell'isola e sulla terraferma; tanto costrittivo è l'uno quanto l'altro⁵⁷. Ci pare dunque di poter concludere che l'afflizione derivante dalla misura di prevenzione del soggiorno obbligato, cumulata con la sorveglianza speciale, ecceda i limiti ragionevoli delle sanzioni amministrative e sia assimilabile all'afflizione derivante dalle sanzioni penali; essendo peraltro indubbio che la durata pluriennale integra gli estremi di rilevanza penalistica del *terzo criterio Engel*.

b) È pensabile che nel giudizio di pericolosità sociale sia insito il postulato del reato commesso o della serie di reati commessi.

Sembra scontato che l'area d'interesse dell'intera normativa di prevenzione sia in senso lato penalistica, posto che la *ratio* di fondo, declinata come finalità di prevenire la commissione di futuri reati, si iscrive nel paradigma politico-criminale. Ma ci pare che la commissione prevenzione-reato sia ancora più stringente; nel senso che le misure di prevenzione non si relazionino "concettualmente" solo col *reato in prospettiva*, ma anche con il *reato come accadimento* passato.

Il "fatto già commesso" rimane sullo sfondo come fatto "supposto" e presupposto; il reato è incerto, ma è certa e necessaria la "supposizione" del reato (o di una serie indeterminata di reati). In alcuni casi di pericolosità qualificata, il reato presupposto è un requisito esplicito di fattispecie⁵⁸; negli altri casi, il fatto supposto, di cui si ravvisa l'indizio, è comunque ben visibile: si suppone che gli "indiziati di appartenere" abbiano commesso il "fatto" di appartenere, previsto dall'art. 416 *bis* c.p.; che gli indiziati del reato di cui all'art. 640 *bis*, 416,

⁵⁷ Il giudice esprime il suo orientamento dissenziente (sentenza *De Tommaso*), facendo riferimento al precedente della sentenza *Guzzardi c. Italia*. Egli asserisce che "*all the other cases examined subsequently were similar to Guzzardi because the restrictions imposed were similar: reporting once a week to the policy authority responsible for supervision; looking for work within a month; not changing the place of residence; leading an honest and law abiding life and not giving cause of suspicion; not associating with persons who had a criminal record and who were subject to preventive or security measures; not returning home later than 10 p.m. or leaving home before 6 a.m.; not going to bars, nightclubs, amusement arcades or brothels and not attending public meetings. The sole difference with regard to the situation in Guzzardi was that the applicants were not forced to live on an island*"; ne consegue che "*the applicants in both cases were subject to similar restrictions*" (§ 14) e ciò configura, a suo giudizio, una grave violazione dell'art. 5 della *Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo* (CEDU).

⁵⁸ La pericolosità qualificata, di cui all'art. 4 lettere *g*) ed *h*) del d. lgs. 159/2011, presuppone la commissione di reati. La lettera *g*) riguarda esplicitamente soggetti che "*siano stati condannati per uno dei delitti*"; la lettera *h*) riguarda "gli istigatori, i mandanti e i finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti ..." , ossia soggetti comunque riconosciuti "rei".

612-*bis* abbiano commesso il reato corrispondente; etc.. Ma anche nel caso di pericolosità generica è necessariamente presupposta la commissione di un fatto o più fatti di reato, ancorché non se ne individua l'esatta tipologia. Colui "che vive abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" (art. 1 del codice antimafia) non è molto diverso dal "delinquente professionale", la cui pericolosità sussiste "qualora ... debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato" (art. 105 c.p.); per il primo sono previste le misure di prevenzione, per il secondo le misure di sicurezza; la differenza risiede in ciò: che il primo non ha subito le sentenze di condanna del secondo; ma il primo, proprio perché vive di traffici illeciti, non può non aver commesso quei reati che sono fonte del suo sostentamento; di lui si suppone ciò che è stato accertato in relazione al secondo.

Al tirar delle somme, la supposizione del reato o dei reati commessi costituisce sempre e comunque, sia pure implicitamente, il "perché" insieme causale e finale della misura di prevenzione: si tende a prevenire ciò che si suppone sia stato commesso; il vero pericolo non è altro che pericolo di "reiterazione". Infatti nel supporre che il soggetto sia socialmente pericoloso, non si può non supporre che il soggetto abbia manifestato in qualche modo la sua pericolosità. E come si può manifestarla, se non attraverso fatti illeciti? Per esempio, nel supporre che il proposto sia dedito a traffici illeciti, non si può non supporre che abbia commesso reati; allo stesso modo, nel supporre che il patrimonio del proposto (da confiscare) sia di origine illecita, non si può non supporre che abbia commesso reati, il cui profitto sia stata investito nelle acquisizioni patrimoniali.

A ben considerare, l'area nella quale si iscrive la pericolosità sociale, a fondamento delle misure di prevenzione, è di interesse penalistico, non meno che l'area di riferimento delle misure di sicurezza³⁹. Il fondamento delle une

³⁹ L'opinione non è affatto eccentrica; né particolarmente singolare, tanto che oggi più che mai è invalsa in dottrina la denominazione di "pene del sospetto", ripresa anche al di là delle Alpi e perfino in seno alla *Grand Chambre* della Corte EDU. Nella sentenza *De Tommaso* del 23 febbraio 2017, è emerso un orientamento minoritario, ma molto ben argomentato, che asserisce la natura penale delle misure di prevenzione, sulla base dei numerosi indici che seguono: 1) il *criminal charge* si desume dall'imputazione di pericolosità, fondata su *suspicious of future criminal activity*; 2) il sospettato può essere assoggettato a misure restrittive temporanee; 3) il lungo periodo di applicazione delle misure (fino a cinque anni prorogabili per altri cinque); 4) la medesima natura delle misure di sicurezza, riconosciuta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 68 del 1964; 5) la finalità di prevenzione comune alle sanzioni penali; 6) la violazione degli obblighi derivanti dall'applicazione delle misure è punita con la reclusione fino a cinque anni; 7) sono applicabili le regole del giudizio di revisione ex artt. 636 e 637 del codice di procedura penale; 8) si applicano le regole del giusto processo, giacché nei casi precedenti *Bocellari e Rizza* e *Capitani e Campanella*, riguardanti le misure reali, la Corte ne ha riconosciuto l'applicabilità; 9) la Corte costituzionale con sentenza n. 76/1970 ha riconosciuto le prerogative della

e delle altre, chiamato “pericolosità sociale”, concettualmente si relaziona sempre e comunque col fatto di reato; in un caso, tuttavia, il fatto è stato accertato nel giudicato penale, nell’altro è solo supposto sulla base di indizi. Insomma il giudizio prognostico di pericolosità sembra postulare sempre e comunque il reato commesso (sia pure ignoto), mentre tende a prevenire il reato futuro.

c) Un ulteriore indice di rilevanza penalistica delle menzionate misure di prevenzione si può trarre, a nostro avviso, dal principio di sospensione dell’esecuzione della sorveglianza speciale in concomitanza con l’esecuzione della libertà vigilata, ex art. 13 cod. antimafia⁶⁰. Riteniamo infatti che tale principio finisca col contraddire la *ratio* di fondo della misura preventiva e ne disveli un obliquo carattere sanzionatorio e punitivo, a “retribuzione” del reato o dei reati supposti.

La pena sanziona un fatto in proporzione della sua gravità. Questa sua proporzionalità retributiva si esprime nella previsione di una durata (tendenzialmente) fissa; ma l’esecuzione della pena (per la durata prevista) può essere postergata, senza che vengano meno, sia il presupposto giustificativo, sia l’efficienza funzionale, retributiva e rieducativa. Se interviene una qualunque ragione di rinvio, l’espiazione della sanzione dovrà comunque giungere fino al punto di colmo del *quantum* predefinito. Oltre che certa, la pena è “esclusiva”, *rectius* non può che avere un titolo esclusivo, poiché il suo presupposto è un fatto, le cui coordinate spazio-temporali sono uniche; a ciò si deve l’impossibile contestualità esecutiva, in concomitanza con altra misura restrittiva ad altro titolo.

Al contrario, la funzione preventiva affonda le sue radici giustificative piuttosto che in un fatto-accadimento, in una inclinazione (non occasionale) della persona⁶¹. La misura di prevenzione mira a neutralizzare la pericolosità del

difesa, come nel processo penale; 10) le misure di prevenzione sono più severe delle sanzioni disciplinari, per le quali la Corte EDU ha riconosciuto la garanzia di cui all’art. 6 della Convenzione, sicché tale garanzia va riconosciuta *a fortiori* per le misure di prevenzione. Tale orientamento è stato espresso dal giudice *Pinto De Albuquerque* (cfr. §§ 33- 43 della sentenza *De Tommaso*) e condiviso dai giudici *Vucinic* e *Kuris*, i quali convengono sull’assunto che le misure di prevenzione inizialmente previste dalla legge 1423/56 abbiano natura penale e debbano essere sottoposte alle garanzie della materia penale ex art. 6 della *Convenzione Europea sui Diritti dell’Uomo*.

⁶⁰ L’art. 13 del d. lgs. 159/2011 dispone: “quando sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva o la libertà vigilata, durante la loro esecuzione non si può far luogo alla sorveglianza speciale; se questa sia stata pronunciata ne cessano gli effetti”.

⁶¹ Ciò vale, in primo luogo, per i soggetti portatori di *pericolosità generica*, appartenenti a una delle tre categorie previste dall’art. 1 del vigente codice antimafia (d.lgs. 159 del 2011). Si tratta delle persone: “*abituamente dedite ai traffici delittuosi*” (lettera a); “*che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*” (lettera b); dedite “*alla commissione di reati che offendono o mettono in*

soggetto e dunque non si configura come afflizione necessaria, bensì come strumento di controllo sociale; peraltro la pericolosità, come tutte le attitudini della persona, non può presumersi definitiva e perenne, ma deve essere pensata, certamente come durevole, tuttavia transeunte e superabile. Ne deriva che la misura di prevenzione, non dirigendosi all'afflizione, non dovendo "retribuire" un fatto, ma dovendo contrastare una pericolosità attuale pensata come transeunte, deve essere eseguita nel periodo di pericolosità, oltre il quale non ha alcun fondamento giustificativo. La pericolosità della persona non ha senso, se non è attuale; ma al contempo lo strumento di contrasto e di controllo sociale non ha fondamento giustificativo, oltre i limiti dell'attualità del pericolo. Ne deriva, a nostro avviso, che la condanna alla misura della sorveglianza speciale per la durata - supponiamo - di tre anni consiste in una diagnosi di pericolosità con prognosi valida tre anni, oltre i quali la misura perde il suo fondamento giustificativo⁶².

Ebbene, l'art. 13 statuisce il principio secondo il quale l'esecuzione della *misura di prevenzione* della sorveglianza speciale si sospende per tutto il periodo di esecuzione della *misura di sicurezza* della libertà vigilata. L'una misura non assorbe l'altra, di tal che l'esecuzione della sorveglianza speciale viene posposta e rinviata, mentre la sua durata predefinita rimane invariata; in sintesi, l'inciso dovrà scontare, dopo l'esecuzione della libertà vigilata, il "conguaglio" finale della pregressa sorveglianza speciale. Ciò, a nostro avviso, con-

pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica" (lett. c) Come si vede, la legge fa riferimento a una continuità e stabilità di comportamenti, non già a un singolo fatto.

L'istituto della pericolosità qualificata è basata su tipologie di fatti, *rectius* su "indizi" di fatti tipici; ma si tratta di fatti tendenzialmente permanenti o comunque reiterati, sicché può comunemente dirsi che non l'accadimento singolo, bensì la continuità comportamentale (di cui si ravvisa l'indizio) fonda il giudizio di pericolosità. Le fattispecie di pericolosità qualificata - individuate dall'art. 4 d. lgs. 159/2011 - fanno riferimento a caratteristiche comportamentali, tendenzialmente stabili - "*indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis*"; "*indiziati di uno dei reati previsti all'art. 51, comma 3-bis c.p.p.*"; "*coloro che pongono in essere atti preparatori diretti a sovvertire l'ordinamento dello stato ovvero alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale*". In queste fattispecie ci pare proprio che la pericolosità sia legata alla stabilità del vincolo associativo di cui si ravvisa l'indizio.

Oggi, l'area della pericolosità qualificata è stata sensibilmente ampliata, in virtù del Disegno di Legge n. 2134-S approvato definitivamente il 27/09/2017. Vi sono ricompresi anche gli "*indiziati del delitto di cui all'articolo 612-bis del codice penale*". Quest'ultima categoria configura, a nostro avviso, una sorta di eccezione, nel senso che il fondamento della pericolosità potrebbe non risiedere in una condizione duratura della persona.

⁶² Il giudizio prognostico di oggi non può essere valido a distanza di anni. Anche la scienza criminologica concorda sul fatto che la diagnosi di pericolosità ha ragion d'essere nel breve periodo; in particolare, la letteratura psichiatrica è concorde nell'escludere la possibilità di predire il comportamento violento nel periodo medio-lungo; cfr. MANNA, *Imputabilità e misure di sicurezza*, cit., 115; ID., *Le sanzioni per i non imputabili, tra comparazione e riforma*, in *Indice pen.*, 2008, 163.

traddice la logica intrinseca della prevenzione, per due ragioni: 1) viene meno l'attualità e la concretezza del pericolo; 2) si reitera il controllo sociale senza reiterazione del presupposto giustificativo.

1 - Nel rinviare l'esecuzione della misura di prevenzione, ovviamente si presuppone, *rectius* si presume, che la pericolosità persista per tutto il periodo del "conguaglio" finale, successivo allo spirare del termine di sospensione. Sicché una valutazione diagnostica (di pericolosità attuale) valida oggi, diviene valida *ipso iure* anche domani. Insomma la pericolosità di domani è presunta per il solo fatto che è stata rinviata l'esecuzione delle misure di contrasto. Siamo di fronte a una *pericolosità sociale "prorogata" e presunta*: prorogata, in quanto la libertà vigilata presuppone la medesima pericolosità presupposta dalla sorveglianza speciale, sicché il rinvio in verità costituisce una proroga; presunta, perché l'esecuzione rinviata ha luogo automaticamente, senza che il giudice debba valutare la persistenza della pericolosità e attualizzarla nuovamente⁶³.

Parliamo di "proroga", perché, nel periodo di sospensione della sorveglianza, opera la libertà vigilata, con modalità esecutive pressoché identiche; sicché l'inciso non si "avvede" di alcun cambiamento nel regime degli obblighi e delle restrizioni. Ebbene, l'esecuzione della sorveglianza speciale postula la pericolosità (la medesima presupposta dall'esecuzione della libertà vigilata)⁶⁴, sicché rinviare, o meglio prorogare l'esecuzione, nient'altro significa che rinviare o prorogarne il presupposto; dunque l'esecuzione sospesa e rinviata, ma in verità prorogata *in continuum* con l'esecuzione della misura di sicurezza, postula una pericolosità rinviata, ma in verità prorogata *in continuum* con la pericolosità presupposta dall'esecuzione della misura di sicurezza. Esemplicando: una sorveglianza speciale di tre anni sospesa dopo il primo anno per la sopravvenienza della libertà vigilata di tre anni, ed eseguita successivamente per i rimanenti due anni, postula in verità una pericolosità sociale ininterrotta, protrattasi per sei anni. Mentre le due sentenze hanno concordemente dia-

⁶³ A noi pare che alla "proroga" automatica osti anche la pronuncia della Corte costituzionale, emessa il 6 dicembre 2013, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 12, nella parte in cui non prevede - in caso di sospensione della misura di prevenzione a causa di detenzione - un nuovo giudizio sulla persistenza della pericolosità sociale. E' vero che "è rimessa all'applicazione giudiziale l'individuazione delle ipotesi nelle quali la reiterazione della verifica della pericolosità sociale potrà essere ragionevolmente omessa, a fronte della brevità del periodo di differimento delle misure di prevenzione"; ma è pur vero che tale omissione viene considerata non già una regola, bensì un'eccezione. A nostro avviso, si tratta di un'eccezione tassativa che può riguardare solo i pochi casi nei quali il differimento è veramente esiguo; la stessa Corte fa riferimento esemplificativo al "caso limite in cui la persona alla quale la misura è stata applicata si trovi a dover scontare solo pochi giorni di pena detentiva".

⁶⁴ Sul punto cfr. MARINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 73 ss.

gnosticato una pericolosità attualizzata nell'arco di tre anni, si finisce col presumere una pericolosità ulteriore nell'arco di tre anni aggiuntivi. Alla prognosi di tre anni si sostituisce di fatto una prognosi di sei anni mai pronunciata da alcun giudice.

2 - Alla pericolosità prorogata e presunta, corrisponde un raddoppio di tutela dell'interesse pubblico. In materia di pericolosità, il solo interesse che possa venire in rilievo non è la punizione, bensì il controllo o, se vogliamo, l'"incapacitazione"⁶⁵ del sottoposto. Il meccanismo di "incapacitazione" e controllo disposto dal giudice, denominato "sorveglianza speciale", ha una durata definita, la cui decorrenza deve essere immediata in ragione dell'attualità del pericolo che il soggetto commetta reati. L'interesse pubblico è soddisfatto mercé l'esecuzione della misura di prevenzione nell'arco temporale determinato dal giudice. Se in questo arco temporale il fine di "incapacitazione" e controllo del soggetto pericoloso viene conseguito per altre vie, o anche per altre vie, non ha più ragion d'essere una nuova misura (di prevenzione) senza una nuova diagnosi (di pericolosità). L'interesse pubblico che giustifica il sacrificio della libertà personale è stato raggiunto, sicché un rinnovato sacrificio dei diritti fondamentali della persona non si giustifica; si giustificherebbe, solo se fosse bilanciato da un nuovo interesse, in presenza di una nuova diagnosi di pericolosità. La libertà personale può e deve essere sacrificata per il soddisfacimento dell'interesse superiore della pubblica sicurezza, ma non può essere ulteriormente sacrificata di fronte a un interesse pubblico già interamente soddisfatto, sia pure per altre vie.

In conclusione, l'obliqua natura sanzionatoria e penalistica delle misure di prevenzione personale, consistenti nel regime di sorveglianza speciale e di soggiorno obbligato, sembra emergere da tre ordini di considerazioni, afferenti all'intensità e alla durata dell'afflizione recata (*terzo criterio Engel*), al postulato implicito del giudizio di pericolosità sociale, al rinvio dell'esecuzione che contraddice il requisito dell'attualità del pericolo⁶⁶.

⁶⁵ Usiamo il termine "incapacitazione" in un'accezione lata e impropria, come impedimento al dispiegarsi della "capacità a delinquere".

⁶⁶ Di quest'avviso MIGLIUCCI, *Sempre più lontani i principi costituzionali e del giusto processo*, in *Guida al diritto*, n. 49/50, 2017, 21, secondo il quale "le misure di prevenzione, personali e patrimoniali, sono sanzioni afflittive di natura punitiva".

Tratti punitivi della confisca di prevenzione

Analogamente si può dubitare del carattere amministrativo e della funzionalità esclusivamente preventiva della confisca prevista dal codice antimafia. Tale misura di prevenzione, introdotta con la legge Rognoni-La Torre n. 646 del 13 settembre 1982, inizialmente poteva essere disposta a condizione che fosse attuale la pericolosità del proposto; con l'entrata in vigore delle leggi 24 luglio 2008, n. 125 e 15 luglio 2009, n. 94, è stato introdotto il *principio della disgiunzione*, sicché la confisca non è subordinata alla pericolosità attuale del proposto. A nostro avviso, il principio disgiuntivo confligge, in qualche modo, con la nominale funzionalità preventiva della misura⁶⁷, giacché, in assenza della pericolosità sociale della persona, riesce difficile individuare il residuo pericolo a fondamento della prevenzione.

Invero, la confisca si giustifica per la possibilità che la cosa, nella disponibilità del proposto, sia immessa nel circuito economico criminale⁶⁸. Si tratta di capire se questa *possibilità/probabilità* possa essere ritenuta ancora attuale, nel caso ipotizzato che non sia più attuale la pericolosità della persona; in altri termini, se abbia senso il paradigma del pericolo che permane, mentre la persona non è più pericolosa e magari defunta. Le superiori domande, a nostro parere, non ottengono risposta dal requisito di attualità, riguardante il periodo di acquisizione del bene. Che il bene sia stato acquisito nel periodo in cui era attuale la pericolosità della persona non significa di per sé che il pericolo permanga oltre quel periodo, sopravvivendo alla cessazione della pericolosità personale⁶⁹. Se il pericolo promana sempre e comunque dalla persona e non

⁶⁷ Nella vigenza del principio di disgiunzione, la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione era stata riconosciuta da un indirizzo giurisprudenziale minoritario, Cass., Sez. V, Occhipinti, in *Mass. Uff.*, n. 255043, poi superato dalla pronuncia delle sezioni unite citata alla nota successiva. La dottrina ha evidenziato la natura sanzionatoria della confisca disgiunta dalla misura di prevenzione personale; cfr. per tutti MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., (nota 43).

⁶⁸ La *ratio* della confisca è stata ravvisata dalla Corte EDU, Raimondo c. Italia, 22 febbraio 1994, nella finalità di “bloccare i movimenti di capitali sospetti”; Prisco c. Italia, 15 giugno 1999, nella finalità di impedire che il soggetto inciso realizzi il suo scopo di utilizzare i beni di sospetta provenienza illecita “per realizzare ulteriormente vantaggio a proprio profitto o profitto dell’organizzazione criminale con la quale è sospettato di intrattenere relazione”. Come si vede, il pericolo giustificativo della confisca consiste, secondo la giurisprudenza europea, nel possibile *uso futuro* dei beni, non già nella sola sospetta provenienza illecita, che funge da presupposto.

⁶⁹ Le Sezioni unite si sono pronunciate sulla questione se l’introduzione del principio disgiuntivo abbia immutato in sanzionatoria la natura della confisca di prevenzione. La sentenza Spinelli, 2 febbraio 2015, n. 4880/15, nega la natura sanzionatoria, asserendo che la pericolosità della persona continua a fungere da presupposto necessario della confisca, la quale dunque non costituisce un’*actio in rem*; “la pericolosità del soggetto inciso è - anche nel nuovo regime normativo - *ineludibile presupposto di applicabilità della stessa misura reale, relativamente alla quale è dato ora prescindere solo dalla verifica dell’attualità di quella stessa condizione*”. Non si richiede più l’attualità della pericolosità sociale al momento in cui si dispone la confisca, ma solo l’attualità al momento di acquisizione del bene. Ciò

dalla cosa in sé, è difficilmente ravvisabile un pericolo da prevenire, in mancanza della pericolosità attuale della persona.

Nel caso di soggetto defunto, il ragionamento è molto semplice. Il soggetto pericoloso in vita, giunto alla “pace eterna”, non ha più la disponibilità dei beni; e può fare nulla per convincere i suoi posteri a portare a compimento il suo disegno criminale. Colui che eredita la “disponibilità” della cosa, che apparteneva al defunto, non ha alcun interesse a disfarsi di essa, per immetterla in un circuito economico criminale che gli è estraneo. E d'altronde, non essendo egli stesso pericoloso, deve essere ritenuto, per definizione, “non contiguo” all'area criminale; sicché gli mancano i contatti per realizzare quell'immissione che il suo “predecessore” - nella disponibilità del bene - avrebbe “pericolosamente” perseguito. *Ergo*, con la morte del soggetto pericoloso, muore anche il pericolo di immissione del bene nel circuito economico criminale. *Mors omnia solvit* e dunque muore con la persona ogni pericolo a lei riconducibile,

Analogo ragionamento si può fare per il soggetto ancora in vita, precedentemente pericoloso, ma non più pericoloso. S'intende che costui non è più pericoloso, perché sono venuti meno i sintomi (indiziari) della sua pericolosità; e anche in questo caso, non è ragionevole ipotizzare che sussista il pericolo di immissione del bene nel circuito economico criminale, giacché qualcuno dovrebbe pur curare tale immissione e costui non dà alcun segno di volerlo fare, seppure in passato ne avesse dato i segni. E allora: se la pericolosità della persona sussisteva prima, ma non sussiste attualmente, la misura nominalmente preventiva in verità trova giustificazione nel passato. Insomma, il pericolo passato è il vero fondamento giustificativo di una misura che si connette a una pericolosità non più attuale. Il pericolo passato, ovviamente, non è però un vero pericolo, per la semplice ragione che non sussiste più.

L'idea che l'attualità del pericolo debba “retrocedere” al momento di acquisizione del bene; ossia l'idea che l'acquisizione del bene (da confiscare), in pendenza della pericolosità attuale del proposto, comporti l'attualità del pericolo giustificativo della confisca; non ci pare convincente. Sembra più congruo ritenere che il pericolo debba essere attuale nel momento in cui viene disposta la confisca, non già nel momento (precedente) di acquisizione del

perché “la connotazione di pericolosità è immanente alla res, per via della sua illegittima acquisizione, e ad essa inerisce geneticamente, in via permanente e, tendenzialmente, indissolubile”; “la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera eo ipso sul bene acquistato”. A noi pare che questa pericolosità “genetica” entri in contraddizione con l'idea che il pericolo non sia insito nella cosa, bensì nell'uso che della cosa possa fare il soggetto pericoloso. E pensabile perciò che, in mancanza del soggetto pericoloso, venga meno anche il pericolo dell'uso illecito della cosa.

bene. Conveniamo certamente che sussiste un indizio di “provenienza illecita”, se l’acquisizione patrimoniale avviene nel periodo in cui si attualizza la pericolosità del proposto. Ma ci chiediamo: siffatta provenienza illecita è il pericolo o il presupposto del pericolo?

Come il reato postulato (o la serie di reati postulati) ci pare il presupposto implicito del giudizio di pericolosità, ma non il suo contenuto, consistente invece nella *possibilità/probabilità* di futuri reati; così a noi pare che il vero pericolo, a fondamento della prevenzione reale, debba risiedere nella possibile utilizzazione (futura) del bene da confiscare, ossia nella possibile immissione nel circuito economico criminale, piuttosto che nell’acquisizione già avvenuta⁷⁰. Di tale pericolo la “provenienza illecita” costituisce il presupposto e non già la sostanza attuale. Posto dunque che non si può invocare la pericolosità intrinseca della cosa, a fronte di una pericolosità personale non più attuale, il vero fondamento della confisca finisce col risiedere in ciò che è accaduto nel passato (“provenienza illecita” della cosa), non già in ciò che può accadere nel futuro (pericolo attuale). In verità, tale “passato” non prova la “provenienza illecita”; ne costituisce semplicemente un indizio; sicché la confisca di prevenzione, in caso di cessazione della pericolosità della persona, in definitiva appare basata su un mero indizio di un fatto precedente, dal quale in ogni caso non sorge più alcun pericolo⁷¹.

⁷⁰ Se il fatto che imprime il connotato di pericolosità alla cosa è la “provenienza illecita”, la confisca finisce col sanzionare questo fatto, ossia un accadimento passato. Ma allora è lecito chiedersi quale sia il pericolo da prevenire. Non ci pare che la citata sentenza *Spinelli* faccia grande chiarezza sul punto. Quando si asserisce che “*la precipua finalità della confisca di prevenzione è quella di sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati alla disponibilità di determinati soggetti, che non possano dimostrarne la legittima provenienza*” (pag. 24), implicitamente si ammette che oggetto della misura è nient’altro che l’accumulazione già avvenuta. Ma questo, a nostro avviso, significa sanzionare il fatto passato, non già prevenire i reati futuri.

In mancanza di un soggetto pericoloso che possa fare un uso illecito della *res*, non si vede quale sia la *ratio* differenziale della confisca di prevenzione rispetto alla “confisca allargata” di cui all’art. 12 *sexies* d.l. 306/92. Come ben evidenziato dalla Suprema Corte (sez. I, 12 dicembre 2013, dep. 14 febbraio 2014, n. 7289), “i testi normativi sono del tutto sovrapponibili e comune si appalesa, per entrambi gli istituti, la *ratio legis*, che è quella di contrastare soggetti pericolosi e dediti al delitto colpendone i patrimoni”. Invero la declaratoria giudiziale di pericolosità sociale non è richiesta per la c.d. confisca allargata; tuttavia l’art. 12 *sexies* presuppone la condanna per un delitto di criminalità mafiosa o comunque professionale, “perciò *si fonda sulla presunzione iuris tantum dello svolgimento da parte del reo di un’attività criminale di carattere continuativo e quindi in questo senso sulla sua pericolosità sociale*” (MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all’evasione fiscale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2014, 193). Ne deriva che la successiva mancanza del soggetto pericoloso potrebbe giustificare la confisca solo in caso di condanna presupposta, come misura sanzionatoria accessoria; in mancanza di una condanna presupposta, verrebbe meno il fondamento logico della sanzione, ma verrebbe meno al contempo la necessità di “contrastare il soggetto pericoloso”, in funzione preventiva.

⁷¹ Dello stesso avviso MIGLIUCCI, *Sempre più lontani i principi costituzionali*, cit., 22. Secondo

Se il vero pericolo consiste nell'uso e non nella provenienza della cosa, dobbiamo chiederci: il fatto dell'illecita provenienza ha già determinato l'immissione del bene nel circuito criminale? In questo caso, il pericolo non sussiste per definizione; l'ipotesi contraddice la logica stessa della misura di prevenzione, la quale suppone un pericolo di immissione, dunque un'immissione non ancora realizzata. È evidente che tale ipotesi giustifica una sanzione del (fatto) passato, non già una prevenzione del (fatto) futuro. Non l'ha ancora determinato? Il pericolo non sussiste ugualmente, perché è venuta meno la pericolosità del proposto (magari defunto); quel solo soggetto che avrebbe potuto determinare l'immissione. In sintesi, ci pare ragionevole ritenere che l'acquisizione del bene nel periodo di attualità della pericolosità della persona possa indiziarne la "provenienza illecita", ma non possa indiziare la persistenza di una pericolosità, legata al futuro utilizzo del bene.

Le misure di prevenzione alla luce dei principi di legalità e *ne bis in idem*

Mentre l'indole punitiva delle anzidette misure di prevenzione rimane comunque controversa, in dottrina⁷² e in giurisprudenza⁷³, forse se ne può dare

l'Autore, la confisca è diretta, nei fatti, a sanzionare la natura illecita della *res*, la quale tuttavia non di desume da un "accertamento positivo, ma da un *mero dato negativo* conseguente alla insufficiente o inesistente dimostrazione della lecita provenienza della stessa da parte del proprietario".

⁷² La risalente dottrina italiana più illuminata riteneva che sotto le mentite spoglie delle misure di prevenzione si celassero vere e proprie sanzioni penali, al punto da parlare di *frode delle etichette* e di *pena del sospetto*; per tutti cfr. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975. Gli interventi del legislatore negli anni '80 e '90 non hanno indotto significativi ripensamenti in dottrina, pertanto l'indirizzo critico è stato più volte ribadito: cfr. per tutti PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996; di sanzioni penali "anomale" si è continuato a parlare comunque; cfr. PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 33. Oggi questo indirizzo può dirsi dominante; si citano solo gli apporti più recenti: 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 (online); FATTORE, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017 (online); CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2017 (online); MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, 1039 ss.. *Contra* MENDITTO, *op. cit.*

⁷³ Nella giurisprudenza italiana non sono emersi orientamenti minoritari. Al contrario, in senso alla Corte EDU è emerso un orientamento minoritario, il cui il più risoluto e tenace sostenitore è il giudice *Paulo Pinto de Albuquerque*, il quale ravvisa nelle misure di prevenzione vere e proprie sanzioni penali. Ma egli non è il solo; la sua opinione è condivisa, almeno in parte, dal giudice *Vucinic*, il quale asserisce che le misure di prevenzione violano l'art. 6 e 13 della Convenzione; e dal giudice *Kuris*, il quale ravvisa il contrasto con gli artt. 5 e 6 della Convenzione (sentenza *De Tommaso*). Tuttavia bisogna precisare che la recente sentenza *De Tommaso* (23 febbraio 2017) ha ribadito un indirizzo consolidato, in merito alla natura giuridica delle misure di prevenzione, ritenuta amministrativa e perciò difforme da quella delle sanzioni penali. Fra i precedenti si possono citare gli arresti: *Raimondo c. Italia*, 22 febbraio 1994; *Labita c. Italia*, 6 aprile, 2000; *Monno c. Italia*, 8 ottobre 2013.

per scontata almeno l'incidenza *restrittiva* sulla libertà di circolazione, tutelata dall'art. 2 del IV Protocollo aggiuntivo alla *Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo*. Al vaglio della Corte EDU l'indole punitiva è stata denegata, sul presupposto che non è in gioco il diritto fondamentale della libertà personale, tutelato dall'art. 6 della *Convenzione*, bensì quel *minus* consistente appunto nella libertà di circolazione.

Orbene, mettendo da parte la questione se sia in gioco anche il *quid pluris*, rappresentato dalla libertà personale di cui all'art. 6, ci pare si possa almeno convenire sul *dictum* della recente sentenza *De Tommaso c. Italia*. La Corte EDU, muovendo dalla constatazione che la misura personale del soggiorno obbligato restringe tale fondamentale libertà, ha ritenuto che sia stato violato il principio di legalità nell'individuazione delle tipologie delle persone pericolose e nella previsione delle modalità esecutive della misura⁷⁴.

Com'è noto, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte EDU, tale principio va declinato in termini di conoscibilità *ex ante* dei confini di liceità del comportamento umano e perciò in termini di prevedibilità della sentenza di condanna, in caso di trasgressione⁷⁵. Sotto questo profilo, è stato rilevato un grave *deficit* di tipicità delle categorie di pericolosità "non qualificata", dal quale deriva un margine di discrezionalità del giudice tanto ampio da rasentare l'arbitrio⁷⁶. Sicché la legislazione italiana confligge col principio di cui

⁷⁴ La Grande Camera della *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, con sentenza 23 febbraio 2017, nella causa *De Tommaso c. Italia*, ha dichiarato la violazione dell'art. 2 del IV Protocollo che garantisce la libertà di circolazione, da parte della normativa italiana (art. 1 del d.lgs. n. 159/2011). La Corte non ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 5 che tutela la libertà fisica della persona; ha ravvisato nella sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, applicata a un soggetto a pericolosità generica, una misura limitativa della sola libertà di circolazione, non sufficientemente determinata dalla legge sia in relazione ai soggetti destinatari, sia in relazione alle modalità esecutive. La sentenza ha destato un certo "scalpore", posto che la Corte EDU aveva sempre riconosciuto la conformità della disciplina in materia di misure di prevenzione ai principi della Convenzione Europea, tranne che per la mancanza di un'udienza pubblica o per l'applicazione nel caso concreto; parla di "*arresto dirompente e inaspettato*" LASALVIA, *Le misure di prevenzione personale al vaglio della Corte EDI: il dialogo tra le Corti e il silenzio assordante del legislatore*. È pensabile e anche auspicabile che la citata sentenza segni "una svolta fondamentale", foriera di possibili futuri sviluppi di grande rilevanza (in questo senso MAUGERI, *Misure di prevenzione*, cit.; dello stesso avviso VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. con.*, 2017).

Per i primi commenti alla sentenza vedasi anche: LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci "europee" e ombre "nazionali" su una sentenza "storica"?*, in *Archivio Penale*, 2017, I, 389 ss.; MAIELLO, *op. cit.*

⁷⁵ La Corte europea, nella sentenza *De Tommaso*, evidenzia che una norma è prevedibile quando tutela contro arbitrarie interferenze da parte della pubblica autorità; aggiunge che la legge deve limitare la discrezionalità interpretativa indicando chiaramente lo scopo di tutela, per quanto le specifiche procedure e le condizioni da osservare non siano previste in modo dettagliato; in proposito la Corte richiama il precedente *Khlystov* (§ 70). Nello stesso senso, il precedente arresto: *Silver and Others v. United Kingdom*, 25 Marzo 1983, § 88.

all'art. 2 Protocollo IV CEDU, giacché restringe la libertà di circolazione a prescindere da fatti e comportamenti conoscibili *a priori* come illeciti e privi di offensività certa⁷⁷.

La Corte EDU osserva inoltre che le modalità esecutive della misura di prevenzione personale del soggiorno obbligato sono censurabili, per il fatto che le prescrizioni previste dalla legge sono generiche e non dirette univocamente alla risocializzazione del proposto. In relazione al primo profilo di censura, si osserva che la prescrizione di “*vivere onestamente, rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti*” – risalente al comma 3 dell'art. 5 della legge n. 1423/1956, sopravvissuta fino ai nostri giorni – è ritenuta troppo generica⁷⁸ e pertanto il giudice ne può ravvisare la violazione in una gamma troppo vasta di comportamenti; in relazione al secondo profilo di censura, si può fare riferimento emblematico alla prescrizione gravante sul proposto di non partecipare a riunioni e convegni pubblici⁷⁹. Si tratta con tutta evidenza di una pre-

⁷⁶ Le fattispecie di pericolosità presentano un *deficit* di tipicità, in qualche modo connaturale; è pensabile infatti che la nozione di “pericolosità”, di indole prognostica, sia inevitabilmente elastica. Non a caso MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 687, ammonisce che perfino le modifiche in senso garantistico della legislazione penitenziaria (legge Gozzini) hanno fatto “emergere in tutta la sua gravità il problema della estrema ‘manipolabilità’ dello stesso concetto di pericolosità, in modo tale da confliggere con la stessa legalità penale, proprio a causa della sua *endemica indeterminatezza*”. Le osservazioni dell'Autore, fatte in tema di misure di sicurezza, riguardano la pericolosità *tout court* e dunque investono anche, e soprattutto, le misure di prevenzione, le quali non postulano la commissione di un reato. In questo inevitabile rapporto di tensione tra pericolosità e legalità, il vero problema interpretativo consiste nell'individuare sia il livello tollerabile di “indeterminatezza”, sia il livello tollerabile di afflizione compatibile con la finalità preventiva.

⁷⁷ Un recente commento alla sentenza della Corte EDU ne riconosce la portata generale. “La denuncia del difetto di prevedibilità è infatti rivolta nei confronti della identificazione di ‘tutti’ i parametri indicati dalla legge per il giudizio sulla pericolosità, senza alcuna distinzione”; “insomma la incompatibilità convenzionale delle norme che definiscono la pericolosità nella materia della prevenzione non sembra edulcorabile, o limitabile” (RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza “De Tommaso v. Italia (e confermata dalle Sezioni Unite “Paternò”)*, in *Dir. pen. cont.*, 10/17 (online), 134. Tuttavia l'Autore dubita della capacità conformativa e normativa della sentenza in parola, non ancora qualificabile come “diritto consolidato”.

⁷⁸ Dopo la sentenza *De Tommaso*, è intervenuta la Corte di Cassazione a sezioni unite, con sentenza 27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40076. La suprema Corte italiana ha accolto i rilievi della Corte europea, dichiarando che l'inosservanza delle prescrizioni generiche di vivere onestamente e rispettare le leggi, da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integra la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d. lga. 159/2011.

L'arresto della Suprema Corte italiana, che accoglie l'orientamento della Corte europea, non fa che confermare la “*consolidata consapevolezza che le Corti comunicano fra loro*”, acutamente osservata da LASALVIA, *Le misure di prevenzione personale...*, cit.). In argomento, non si può non fare riferimento alla *querelle Taricco*; cfr. SALCUNI, *Legalità europea e prescrizione del reato*, in *Archivio Penale (online)*; GIUNCHEDI, *La Consulta, la regola Taricco e i rapporti tra fonti europee*, in *Archivio Penale*, 2017, 2, 141 ss.

⁷⁹ Il divieto di partecipare a pubbliche riunioni, previsto dall'art. 5, co. 3, della legge 1423/1956, senza alcuna specificazione temporale e spaziale, comporta, a giudizio della Corte europea, un'inaccettabile

clusione con effetti desocializzanti, in quanto tende a “isolare” il proposto, piuttosto che a favorirne l’inserimento nel contesto sociale.

La censura della Corte EDU ha investito solo le fattispecie di pericolosità generica (non qualificata), ritenute non conformi al principio di legalità, per insufficiente determinatezza delle tipologie dei destinatari e delle prescrizioni esecutive. A nostro avviso, è lecito nutrire analoghi dubbi - sulla conformità al principio di legalità e ai suoi corollari - delle fattispecie di pericolosità “qualificata”.

Certamente si può riconoscere alle categorie “qualificate” una maggiore determinatezza tipologica, dal momento che i destinatari delle misure sono individuati sulla base di indizi relativi a fatti di reato. Ma non bisogna trascurare che, nella maggior parte dei casi, i “fatti” indiziati integrano gli estremi di reati associativi e consistono pertanto in una continuità comportamentale indefinita. Può accadere dunque che anche gli indizi di pericolosità qualificata, a somiglianza degli omologhi indizi di pericolosità generica, vengano a ricadere, in buona sostanza, sulla condotta di vita e sulla personalità d’autore⁸⁰.

Ma, per certi versi, la pericolosità qualificata, proprio perché interferisce con fatti di reato precisamente individuati, sembra prestarsi a censure più stringenti e incisive. In quest’ambito, gli indizi di pericolosità coincidono con gli indizi di reato, sicché il processo di prevenzione, nella maggior parte dei casi, si svolge in parallelo o comunque si somma col processo penale di cognizione. È evidente infatti che indizi “evanescenti” non danno impulso ad alcun processo, né penale, né di prevenzione; mentre indizi solidi e consistenti, in virtù del principio di obbligatorietà dell’azione penale, innescano inevitabilmente sia un processo penale, sia un processo di prevenzione⁸¹. Una situazione intermedia è difficilmente rinvenibile, nella pratica giudiziaria. Sicché due giu-

limitazione della libertà, affidata alla mera discrezionalità dei giudici (sentenza *De Tommaso* § 123).

⁸⁰ L’intera materia della pericolosità sociale appare fondata sugli “intramontabili sospetti di una condotta di vita variamente riferibile al delitto” (PADOVANI, *L’impatto sulla libertà*, cit. 16).

⁸¹ Nei casi in cui gli indizi fossero così labili da escludere l’esercizio dell’azione penale, il processo di prevenzione sorgerebbe su basi inconsistenti *ab imo*, come ammonisce FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 918: “è tuttavia ben possibile che la prassi continui ad orientarsi in senso meno garantistico, e ciò per una ragione facilmente intuibile: se il giudice della prevenzione esigesse, in sede di accertamento probatorio, indizi così corposi da attingere il livello della vera e propria prova indiziaria, verrebbe meno lo stesso motivo pratico che giustifica il ricorso al procedimento di prevenzione, sussistendo tutti i presupposti per promuovere invece il normale processo penale”. Orbene, tale rischio generale ha un risvolto ancora più inquietante, in tema di pericolosità qualificata: il soggetto assolto nel processo penale, di cui si esclude in sentenza il ruolo di partecipe nel sodalizio mafioso, dunque ritenuto “non appartenente”, può divenire nel processo di prevenzione “indiziato di appartenere”.

dici finiscono col pronunciarsi sullo stesso oggetto e viene messo in crisi il principio basilare del *ne bis in idem*⁸².

Si può fare qualche esempio. Ai sensi dell'art. 4 d. lgs. 159/2011, le misure di prevenzione, personale e reale, sono applicabili agli “*indiziati di appartenere*” ad associazioni criminali; sennonché, nella pratica giudiziaria, l'indizio di appartenenza viene ritenuto sussistente perfino quando il proposto sia stato assolto dall'imputazione di reato associativo. Coloro che non sono “partecipi” dell'associazione, assolti nel processo penale, divengono “appartenenti” alla stessa, nel processo di prevenzione. La sottile differenza semantica tra “partecipi” e “appartenenti” non può mettere in ombra il dato essenziale: che l'identica radice “parte” accomuna gli uni e gli altri nell'atto di essere “parte”. E se una differenza quantitativa si dovesse necessariamente individuare nell'*affectio societatis* degli uni e degli altri, si potrebbe ritenere l'*affectio* degli “appartenenti” magari di livello superiore rispetto a quella dei “partecipi”, posto che il legame di *appartenenza* designa necessariamente uno *status* di continuità, mentre la *partecipazione* potrebbe essere anche occasionale. E mentre non ha senso appartenere senza partecipare, senza cioè “prendere parte” in alcun modo alla vita associativa, si potrebbe verificare il caso di chi occasionalmente prenda parte all'attività della *societas sceleris*, senza alcun vincolo di appartenenza continuativo.

Infatti la giurisprudenza italiana in tema di “concorso esterno” in associazione mafiosa assume che si possa concorrere nel reato associativo, e cioè si possa essere “partecipi” dell'attività e degli interessi associativi, pur rimanendo esterni alla struttura organizzativa; si possa, in altri termini, dare un contributo significativo, ancorché non continuativo, al conseguimento delle finalità associative e, a tale titolo, essere “partecipi” dell'associazione, equiparati agli “intranee”. In sintesi, tale orientamento giurisprudenziale equipara gli *estranei*

⁸² La criticata “*gerarchia degli indizi*” fa sì che l'innocente nel processo di cognizione permanga comunque “indiziato” e subisca misure sanzionatorie in surroga delle pene (autentiche “pene del sospetto”). I timori furono già espressi, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge *Rognoni-La Torre*, da SIRACUSANO, *Commento all'art. 14 legge 13 settembre 1982 n. 646*, in *LP*, 1983, 296; la pratica giudiziaria conferma che i timori della dottrina erano fondati; e oggi lo sono ancora di più, autorevolmente ribaditi da MANNA, *Corso di diritto penale*, cit., 857; RONCO, relazione sul tema “*La legalità stratificata*” al Convegno sui *Principi del diritto penale nella postmodernità*, Roma, 10-11 novembre 2017. Anche il giudice *Pinto de Albuquerque* ravvisa, almeno implicitamente, la violazione del principio del *ne bis in idem* quando - dopo aver qualificato le misure di prevenzione come vere e proprie sanzioni penali - osserva, con toni allarmati, che “*the situation is particularly acute in Italy since these measures could be imposed even after an acquittal in criminal proceedings*” (§ 43 della sentenza *De Tommaso*). Esplicitamente MIGLIUCCI, *Sempre più lontani i principi costituzionali*, cit., 21, si duole di tali *sanzioni allittive di natura punitiva* “che possono essere irrogate senza delitto, ante delitto e addirittura *dopo che taluno sia stato assolto in un processo penale*”.

agli *intranei*, sul presupposto che si possa *partecipare* (ex art. 110 c.p.) senza *appartenere*; ma, nell'ammettere che si possa partecipare all'attività associativa da estranei, implicitamente ammette che "partecipare" (da estraneo) sia un *minus*, sotto il profilo dell'*affectio societatis*, rispetto all'"appartenere" (da intraneo).

Ciò premesso, ci si chiede: com'è possibile che un soggetto giudicato "non-partecipe" nel processo penale, ossia né partecipe interno né partecipe esterno, dunque non responsabile nemmeno del *minus*, sia ritenuto "appartenente" nel processo di prevenzione, ossia responsabile - per via indiziaria - del *maius*?

Questa strana "appartenenza" del "non-partecipe" sembra infrangere il principio di intangibilità del giudicato penale, nonché il principio del *ne bis in idem*. Che sia chiamata "appartenenza" o "partecipazione", la cognizione dei due giudici sembra avere lo stesso oggetto; sia il giudice penale, sia il giudice della prevenzione si occupano della relazione del soggetto con l'associazione criminale. E dunque, nei casi menzionati, molto frequenti nella pratica giudiziaria, si assiste al seguente paradosso: che il giudice penale esclude qualsivoglia relazione del soggetto con l'associazione, perfino la relazione di appoggio esterno, qualificabile come "concorso esterno", mentre il giudice della prevenzione asserisce la relazione esclusa dal primo.

Il paradosso non può essere eluso in base alla distinzione tra indizio e prova, la quale spiegherebbe semmai la reciproca autonomia dei due processi, ma non il contrasto dei giudicati. Il diverso avviso dei due giudici ha ragion d'essere, solo se il compendio probatorio prodotto in un processo sia diverso da quello prodotto nell'altro; sicché può giustificarsi la condanna nel processo di prevenzione, a fronte dell'assoluzione nel processo penale, solo se emergono fatti nuovi. In mancanza, non può ritenersi indiziato ciò che non è stato provato (o di cui è stata provata l'insussistenza). Il processo di cognizione penale accerta e "certifica" sempre qualcosa; nel caso in cui l'accusa non sia provata, accerta che il fatto di reato non è stato integrato. Se il fatto di reato non sussistente, in quanto non integrato, è la "partecipazione" in tutte le sue forme, interna ed esterna, all'organizzazione criminale, la prova della non-partecipazione non può divenire indizio di "appartenenza"⁸³.

⁸³ Il principio del *ne bis in idem* è contemplato nell'art. 4 del protocollo 7 della *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, sottoscritto il 22 novembre 1984. Con la sentenza *Zolotukin c. Russia* del 10 febbraio 2009, la Corte EDU ha ritenuto che fosse decisiva l'identità del fatto storico, a prescindere dalla circostanza che le fattispecie giuridiche in gioco fossero diverse, l'una penale l'altra amministrativa. Ciò comporta che il principio del *ne bis in idem* risulta violato nel caso in cui il giudice penale e il giudice della prevenzione prendano in considerazione lo stesso compendio probatorio relativo

In ogni caso, la “collateralità”, quasi inevitabile, dei due processi affonda le sue radici nella comune “materia del contendere”. E dalla coesistenza dei due processi non sembra irragionevole dedurre una certa inevitabile commistione sanzione/prevenzione, nel senso che la nominale misura di prevenzione si veste anche di panni sanzionatori. Nel caso in cui il soggetto socialmente pericoloso abbia subito una condanna penale, la commistione sussiste perché la misura di prevenzione non fa che “rafforzare” la sanzione penale; nel caso di assoluzione, la misura di prevenzione sostituisce la sanzione penale e la commistione emerge ancora più evidente.

Le superiori argomentazioni si possono generalizzare a tutte le ipotesi di pericolosità qualificata. Anche per gli indiziati del reato di cui all’art. 640-*bis* c.p.; del reato di cui all’art 416 c.p., finalizzato alla commissione di delitti contro la pubblica amministrazione; del reato di cui all’art. 612-*bis* c.p.⁸⁴; si deve supporre un processo penale “parallelo”, in relazione ai reati per i quali sussiste l’indizio. La conseguenza assolutamente paradossale è che, dopo la celebrazione del processo penale, il vero “indiziato” rimane colui che è stato assolto, per la semplice ragione che il condannato non è più indiziato, bensì reo. E allora si deve ammettere che siffatto sistema di prevenzione è intrinsecamente ingiusto, giacché non discerne tra colpevole e innocente, ma accomuna entrambi nell’indistinto paradigma della pericolosità. E che ne è dell’innocente, il quale, in quanto indiziato, subisce una misura di prevenzione con effetti irreversibili (restrizione della sua libertà, degradazione sociale, confisca dei suoi beni)? Costui potrebbe dolersi di nulla; né potrebbe chiedere *a posteriori* un eventuale “indennizzo”, poiché le misure preventive, e tuttavia irreversibili, sarebbero state applicate comunque giustamente, ai danni di un “indiziato”⁸⁵.

all’appartenenza del soggetto al sodalizio criminale. Anche la sentenza *Grande Stevens c. Italia* del 4 marzo 2014 ribadisce il criterio dell’identità del fatto storico.

⁸⁴ La categoria della pericolosità qualificata è stata recentemente dilatata e comprende gli indiziati qui elencati; vedansi note 42 e 86. Per un primo commento alle modifiche legislative introdotte dal disegno di legge n. 2134-S, approvato in via definitiva dalla Camera il 27 settembre 2017, vedasi FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d’insieme alle modifiche appena introdotte*, in *Dir. pen. cont.*, 2017 (online).

⁸⁵ Nelle more del processo penale, la sussistenza dell’indizio è *in re ipsa*, giacché il processo si celebra proprio perché basato su elementi indicativi di reità (indizi); A nulla dunque gioverebbe una successiva sentenza assolutoria, in relazione alla misura di prevenzione antecedente (giustificata dalla sussistenza dell’indizio nelle more del processo penale). Ma pur dopo l’ipotetica sentenza di assoluzione, pronunciata per assenza della prova piena, assertiva della colpevolezza “*al di là di ogni ragionevole dubbio*”, prevale l’orientamento che non esclude la sussistenza-persistenza dell’indizio. In conclusione, si vede bene che, in tutti i casi, riesce molto difficile l’ufficio di difesa contro un indizio di pericolosità.

Il recente ampliamento delle fattispecie di pericolosità qualificata, generalizzando strumenti repressivi, pensati come straordinari, limitati ed emergenziali, inopinatamente assurti a “nuova gloria” e innalzati a istituti ordinari e sistematici, rischia di stravolgere profondamente i connotati garantistici del nostro ordinamento penale. Quando l’oggetto della cognizione del giudice passa dal fatto al pericolo, quando il fondamento della condanna passa dalla prova all’indizio, lo stesso ruolo del giudice rischia di travalicare dal campo giurisdizionale al campo politico-amministrativo⁸⁶.

Non occorre spendere molte altre parole, per evidenziare il rischio che questa deriva “preventiva” possa incrinare le basi della nostra civiltà giuridica⁸⁷.

Il c.d. codice antimafia: un “incoerente” giuridico

Dalle pagine precedenti è emersa, per tratteggi, l’immagine di un corpo normativo nominalmente antimafia, definito con una certa enfasi “codice”, a dir poco *eccentrico* rispetto al sistema del diritto penale del fatto. Alcuni brevi approfondimenti ci consentono di coglierne anche l’intima incoerenza.

La vasta platea dei soggetti “indiziati”, destinatari delle misure preventive, si estende “dalle Alpi alle piramidi e dal Manzanarre al Reno”, coinvolgendo i “qualificati” e i “non qualificati”, le persone dedite (ossia indiziate di essere dedite) a generici affari illeciti e gli appartenenti (ossia indiziati di appartenere) ad associazione mafiosa, i sospetti terroristi e perfino i sospetti *stalkers*, i *vicini* alla criminalità organizzata, ma anche i *lontani*, le forme di criminalità politica, ma anche le forme di criminalità comune, la “pericolosità” dei violenti, ma anche la “pericolosità” dei colletti bianchi⁸⁸. Insomma, si vorrebbe preservare la comunità umana da tutti i possibili pericoli, vegliando sul crimine *in fieri*. Pare invece che il resto del mondo si accontenti di reprimere il crimine realizzato⁸⁹ e non persegua l’arduo compito di prevenirlo a tutti i co-

⁸⁶ In questo senso VERDE, *Codice antimafia cit.*. L’Autore, dopo aver premesso che “l’uso dello strumento preventivo è una pillola amara da ingoiare per ragioni di sicurezza” (ovviamente limitate) e che “il relativo procedimento è necessariamente sommario e ha un oggetto dai contorni liquidi e indeterminati”, evidenzia che “in questo processo il giudice non giudica, ma provvede, si comporta come una qualsiasi autorità amministrativa che deve stabilire che cosa fare nell’interesse pubblico e, come una qualsiasi autorità amministrativa, può porre in essere atti affetti da ‘eccesso di potere’ ... con una sola differenza: il giudice è autorità del tutto indipendente e, quindi, i suoi atti sono inattaccabili, salvo il ricorso ai rimedi interni alla stessa disciplina del processo”. Cfr. nota 42 e 84.

⁸⁷ Il rischio non pare affatto infondato, se un’autorevole voce si è levata per definire l’intero sistema delle misure di prevenzione “una *disciplina eccentrica rispetto ai fondamenti dello stato di diritto*” PADOVANI, *L’impatto sulla libertà*, cit., 16.

⁸⁸ Cfr. *infra* nota 92

⁸⁹ Nella citata sentenza *De Tommaso*, la Corte EDU evidenzia che su 34 Stati, solo 5 prevedono misure di prevenzione analoghe a quelle italiane; sottolinea peraltro, con una chiosa che suona molto critica e

sti, anche a costo della libertà dei cittadini, non raggiunti da alcuna sentenza di condanna.

In questa pretesa di contrastare e reprimere non solo il reato, ma perfino la radice del reato, ravvisiamo la “presunzione fatale” del costruttivismo sociale di tipo utopistico, per il quale la linea di demarcazione tra l’etica e il diritto non è mai tracciata in modo netto e chiaro. La radice del reato non è altro che il male, abitante di questa terra al pari del bene; andare alla radice del reato significa inevitabilmente addentrarsi nel territorio dell’etica; sicché prevenire il reato è senz’altro un ottimo intendimento, ma a condizione che siano rispettati i diritti fondamentali dei cittadini e non si voglia eliminare ogni prodromo del reato - ossia ogni epifenomeno del male - facendo travalicare il diritto nell’etica. Questa commistione tra etica e diritto è molto pericolosa e la vera laicità dello Stato si manifesta, a nostro avviso, anche nell’accettare l’umana imperfezione della convivenza sociale. In siffatta commistione pare di poter cogliere l’incoerenza primigenia e originaria del sedicente “codice”; un’incoerenza, per dir così, “esterna”, giacché risiede nel rapporto di tensione con la rimanente parte dell’ordinamento penale. In altri termini, ci pare che il c.d. “codice antimafia” sia, in primo luogo, poco “coerente” con i principi del *diritto penale del fatto*, avendo travolto i limiti “laici” di bilanciamento tra gli interessi contrapposti, i diritti individuali della persona umana da una parte e l’interesse alla sicurezza pubblica dall’altra⁹⁰.

Inoltre, nell’accomunare tutte le diversificate tipologie d’autore nella congerie indistinta dei destinatari delle misure, si può ravvisare, a nostro avviso, un’incoerenza “interna”. Ribadiamo che il codice nominalmente antimafia si

quasi irriverente, che le misure degli altri Stati riguardano generalmente la violenza sportiva (§§ 69-71). Il sistema italiano si può ritenere un *unicum* mondiale, soprattutto nel campo delle misure di prevenzione patrimoniali.

⁹⁰ La prevalenza dell’interesse alla sicurezza pubblica, a discapito e col sacrificio dei diritti individuali, dà luogo al c.d. *diritto penale del nemico*, teorizzato prioritariamente da JAKOBS; dell’Autore si citano: *I terroristi non hanno diritti*, in *Contrasto al terrorismo internazionale*, Torino, 2006, 15 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Un’analisi sulle condizioni della giuridicità*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini, Orlandi, Bologna, 2007, 109 ss.. Sul punto cfr. anche AMBOS, *Il diritto penale del nemico*, in *Il diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di Dondini, Papa, Milano 2007; 52 ss.; APONTE, *Il diritto penale dell’emergenza in Colombia tra pace e guerra: una riflessione sul diritto penale del nemico*, cit., 159 ss.; MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell’amico, il nemico del diritto penale e l’amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 476 ss.; CANCIO MELIA’ - GOMEZ-JARA DIEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo - El discurso penal de la exclusion*, Buenos Aires, 2006. Sulla questione più specifica, a noi più vicina, se il sottosistema della prevenzione sia riconducibile ai paradigmi generali del diritto penale del nemico, cfr. SCORDAMAGLIA, *Il diritto penale del nemico e le misure di prevenzione in Italia: a sessant’anni dalla Costituzione*, in *La Giustizia Penale*, 2008, II, 193 ss.. Le più recenti osservazioni critiche alla teorizzazione di Jakobs sono state formulate da MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 73.

palesa di fatto *anticorruzione*, *antitruffa*, *antiterrorismo*, *antistalking* e genericamente *antireato* (e in verità “antiindizio” di reato). Orbene, tutti i soggetti, che rientrano nelle tipologie d’autore menzionate nel c.d. “codice”, sono sottoposti alle medesime misure; ne risultano disattesi tutti gli approdi della scienza criminologica e perfino le elementari acquisizioni del sapere comune. Se l’appartenenza all’associazione mafiosa può somigliare a uno *status* della persona, tendenzialmente permanente, in considerazione della stabilità del vincolo associativo; l’inclinazione alla corruzione non può somigliare a uno *status* personale, poiché il rapporto di cointeressenza tra corrotto e corruttore è destinato a estinguersi nel breve/medio periodo; meno che mai l’inclinazione allo *stalking*, originato da impulsi occasionali. La delinquenza “strutturata” è ben diversa dalla delinquenza occasionale; la “scelta di vita” del mafioso è ben diversa dalla momentanea opzione lucrativa del corrotto o del truffatore; la struttura associativa è impersonale, la vittima dello *stalking* è una persona fisica ben individuata, unica e irripetibile. Orbene, non si può presumere in tipi criminologici così diversi la medesima pericolosità.

Il sottosistema della prevenzione, sempre incoerente con la rimanente parte del sistema penalistico, aveva comunque una sua coerenza interna, fino a quando il fondamento della pericolosità risiedeva in una “condotta di vita”; ma quando la pericolosità è stata ravvisata nel fatto occasionale, anche la coerenza interna è venuta meno. La continuità comportamentale - ossia lo stile di vita - aveva una sua reale carica indiziante, sotto il duplice profilo, diagnostico e prognostico. L’indizio di pericolosità, dedotto dallo stile di vita, poteva intendersi come un insieme di “subindizi”; e la continuità dei “subindizi”, in fase di diagnosi, conferiva corposità all’indizio costituito dalla condotta abituale del proposto. Inoltre, l’osservazione ripetuta delle abitudini comportamentali del passato poteva supportare il giudizio prognostico sul comportamento futuro, giacché è evidente che, quanto più persiste nel tempo una determinata abitudine comportamentale, tanto più è probabile che la stessa venga ripetuta in futuro.

A ciò si aggiunga che lo “stile di vita” non era sottoposto a giudizio penale, sicché, in origine, non poteva verificarsi che il procedimento di prevenzione avesse lo stesso oggetto del processo penale. Insomma, l’ambito dei provvedimenti di polizia e quello del giudizio penale erano nettamente separati, vertendo il primo sullo “stile di vita” dell’autore, il secondo sul fatto di reato. La coerenza interna del sottosistema della prevenzione era dunque assicurata, sia dalla consistenza indiziaria, diagnostica e prognostica, sia dall’impossibilità del *bis in idem*.

Ben diversa è la situazione odierna. Alla mancanza di coerenza esterna, sempre e comunque sussistente *ab origine*⁹¹, si è aggiunta la perdita di coerenza interna: il sottosistema della prevenzione ha perso la sua bussola; è incoerente con le sue stesse finalità. Con il passaggio dallo stile di vita indiziario all'indizio del fatto, non solo si sono confusi gli oggetti dell'amministrazione di polizia e della giustizia penale (a), ma si è anche rimpicciolito il compendio indiziario (b) ed è venuta meno perfino l'idoneità dello strumento rispetto al fine (c).

Il primo elemento d'incoerenza - *sub* (a) - è già stato evidenziato. Il secondo *sub* (b) è tanto più palese, consistente e significativo, quanto più si può ritenere occasionale e isolato il fatto indiziato. A questa stregua, ci pare che il livello massimo d'incoerenza si raggiunga con l'indizio dei reati di cui all'art. 612-*bis* e 640-*bis* c.p., il livello intermedio con l'indizio del reato associativo finalizzato ai delitti contro la pubblica amministrazione, il livello minimo con l'indizio dei reati associativi di tipo mafioso, politico o terroristico.

Se il fatto occasionale e impulsivo non può autorizzare la prognosi di ulteriori fatti dello stesso tipo, la tipologia d'autore dello *stalker* pare ben poco sintomatica di pericolosità sociale, giacché la vittima dello *stalking* è *una e una sola*, il movente è passionale, legato a una pulsione improvvisa e impreveduta, la condotta poco razionale e non finalizzata ad alcun profitto ripetibile. Semmai si pone il problema di "incapacitare" lo *stalker* nei confronti della sua vittima; ma si vede bene che siffatta problematica non tange l'ambito delle misure di prevenzione, bensì l'ambito delle misure cautelari nel processo penale. Analogamente, l'indizio del reato di cui all'art. 640 *bis* non suppone una continuità comportamentale bensì un accadimento occasionale.

Un livello più basso di incongruenza logico-giuridica si può ravvisare nella supposizione della pericolosità sociale degli indiziati del delitto di associazione a delinquere, di cui all'art. 416 c.p., finalizzata alla commissione di una molteplicità di reati contro la pubblica amministrazione. Sicuramente l'associazione descritta dall'art. 416 postula una struttura organizzativa almeno elementare e un minimo di apparato funzionale, destinato a permanere per un tempo non irrilevante. Si tratta comunque di una struttura associativa ai minimi termini, che attinge il livello di rilevanza penale per ciò stesso che le persone coinvolte non pianificano un solo reato, bensì una pluralità indeterminata di reati. L'*affectio societatis* dei partecipi è da ritenersi debole e poco

⁹¹ L'incoerenza che abbiamo chiamato "esterna" risiede nel rapporto di tensione tra il sottosistema della prevenzione, nominalmente amministrativo, e il sistema penale, ispirato al principio *nulla poena sine culpa*. Tale rapporto sussisteva *ab origine*, fin dall'entrata in vigore della legge Pica, 15 agosto 1863, n. 1409.

motivata, limitata comunque agli “affari” programmati e ben lontana dall’implicare “scelte di vita” e vincoli permanenti. A ciò si aggiunga che le relazioni umane alla base della *societas sceleris* indiziata sono, di solito, molto precarie e non necessariamente reiterabili; si pensi, per esempio, alla relazione corrotto-corruttore riguardante un solo atto amministrativo; o si pensi ai possibili cambiamenti di sede o di mansioni del pubblico ufficiale. In sintesi una struttura associativa precaria, la cui consistenza è di poco superiore a quella del mero accordo di compartecipazione, non ci pare di per sé sintomatica di pericolosità sociale.

Al contrario, la pericolosità sociale può essere supposta a giusto titolo per gli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose o politiche, con finalità di eversione o di terrorismo. L’*affectio societatis* di costoro è particolarmente intensa, impegnativa e vincolante, giacché investe tutti gli aspetti della personalità e permea l’intera condotta di vita. Sotto questo profilo, il giudizio di pericolosità sociale appare ben fondato, giacché si può presumere che il vincolo associativo, tendenzialmente permanente, imponga all’appartenente al sodalizio ulteriori manifestazioni di fedeltà e obbedienza alle finalità associative.

Possiamo dunque ritenere che ha ragion d’essere tale giudizio di pericolosità, non fondato sull’indizio di un fatto occasionale, né di una *societas sceleris* precaria, bensì sull’indizio di un vincolo associativo duraturo. Permane ovviamente la questione, ben diversa, della coerenza “esterna”, giacché, come s’è detto, indizi consistenti danno impulso al processo penale, che si sovrappone al processo di prevenzione, mentre indizi poco consistenti non suffragano nemmeno il giudizio di pericolosità in funzione preventiva. E ovviamente permane la questione, ben diversa, se meri “indizi”, magari consistenti ma pur sempre indizi, possano giustificare misure tanto afflittive.

Il terzo profilo di incoerenza interna - *sub (c)* - risiede nell’utilizzo delle medesime misure a fronte di tipologie tanto diverse di pericolosità. Ci pare che l’irrogazione di misure pesantemente afflittive, pensate originariamente per fronteggiare le forme più gravi di criminalità organizzata, sia del tutto ingiustificata al di fuori di quella cerchia⁹². L’ampio e indistinto novero dei destinatari comporta la generalizzazione di misure nate come “eccezionali” ed “emergenziali”. Ne consegue che, seppure fossero giustificati tutti i criteri indiziari alla base del giudizio di pericolosità sociale, sarebbe comunque sensato fron-

⁹² “Per la prima volta una disciplina riferita a genti dalle ‘mani sporche’ pare rivolgersi a persone dal ‘colletto pulito’: funzionari amministrativi, politici, magistrati, addirittura i giudici e i procuratori della Corte penale internazionale (la lettera 1 bis del novellato articolo 4 richiama anche l’art. 322 bis c.p.).”

teggiate forme diverse di pericolosità con misure proporzionalmente afflittive e differenziate. Invece il c.d. “codice antimafia” distingue le tipologie descritte all’art. 1 da quelle descritte all’art. 4, al solo fine dell’applicabilità delle misure più blande, di competenza del Questore; mentre le accomuna ai fini dell’applicabilità delle misure più severe, di competenza del giudice⁹³. In buona sostanza, estendendo le misure destinate a prevenire le attività delle associazioni mafiose ad ambiti del tutto estranei alla criminalità organizzata, applica misure uguali a soggetti diversi. Ci pare, perciò, che manchi la congruenza dei mezzi rispetto ai fini, la quale involge sempre la proporzionalità.

Considerazioni conclusive

La normativa di prevenzione, nominalmente amministrativa e sostanzialmente sanzionatoria e penale, è sopravvissuta alle varie “emergenze” nazionali, succedutesi nel corso di centosessanta anni⁹⁴: dal brigantaggio postunitario alla mafia dei nostri giorni, dall’eversione politica degli anni ’70 all’attuale preoccupante terrorismo islamista, dalla delinquenza economico-finanziaria alla corruzione politico-amministrativa. Ogni nuova “emergenza” ha giustificato la sopravvivenza e il rinnovo degli strumenti “eccezionali” destinati a fronteggiare la vecchia. La progressiva stabilizzazione della legislazione speciale ha condotto infine alla “codificazione” dell’emergenza, sicché il c.d. “codice antimafia” potrebbe chiamarsi in verità “codice dell’emergenza” e in quest’ossimoro sarebbero felicemente sintetizzate tutte le contraddizioni e incongruenze evidenziate dalla dottrina⁹⁵. La parola *codice* si addice a un complesso normativo di portata generale, sistematizzato e stabilizzato, che trascende le specifiche necessità del momento storico; mentre la parola

⁹³ PADOVANI, *L’impatto sulla libertà*, cit., 17-18: “lo scombinato elenco dell’art. 4, che individua i ‘soggetti destinatari’ delle misure di prevenzione costituisce un preclaro esempio di follia normativa ... il fastello delle ipotesi, ottenute ammassando in disordine materiali normativi delle diverse leggi anteriori, non è né chiaro né definito, è anzi ostentatamente aperto e indeterminato, e lo è in tale misura che le interferenze e le sovrapposizioni sono un elemento ricorrente ... così nel caso della nuova lettera 1 *bis* dell’articolo 4 ci si trova in presenza di indiziati per reati agevolmente riconducibili alla categoria ‘generale’ prevista dall’art. 1, lettera a), richiamata dall’articolo 4, lettera c)”.

⁹⁴ La prime misure di prevenzione si fanno risalire alla legge *Pica* n. 1409 del 1863. Nel 1865 fu emanata “la legge di pubblica sicurezza che ha rappresentato in buona parte il modello di tutta la legislazione successiva”; “dunque da centocinquanta anni perdura la disputa sulla legittimità, nell’ambito di uno Stato di diritto, di misure restrittive della libertà del cittadino che prescindono dalla ‘previa’ commissione di uno specifico fatto di reato” (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 914).

⁹⁵ Per tutti PADOVANI, *L’impatto sulla libertà*, cit., 17: “le misure di prevenzione sono divenute uno strumento comune, generalizzato, del tutto ‘equanime’ nella sua insidiosa pervasività ... nell’elenco umbratile e confuso delle ‘figure’ soggettive di pericolosità vengono inseriti i soggetti indiziati di truffa in erogazioni pubbliche o di associazione per delinquere finalizzata a una serie di delitti contro la pubblica amministrazione”.

emergenza suggerisce l'idea della temporaneità. Con il c.d. "codice antimafia" il temporaneo è diventato perenne e in ciò cogliamo la radice dei suoi difetti.

Ma sarebbe un errore limitarsi alla *pars destruens* e non dare alcuna indicazione per la *pars costruens*; bisogna riconoscere in ogni caso che l'esigenza di sicurezza del consesso sociale può ben giustificare congrue misure di prevenzione nei confronti della criminalità più aggressiva e pericolosa. Si possono perciò suggerire alcune modifiche, a partire dal restringimento del novero dei destinatari delle misure, da individuare solo negli appartenenti alla criminalità organizzata, di matrice mafiosa, politico-eversiva e politico-terroristica. Solo costoro stabiliscono un vincolo associativo di lunga durata, che implica una piena dedizione alle finalità associative e l'adesione fideistica al disvalore criminale. Ma anche per costoro, ovviamente, devono valere le garanzie dello Stato di diritto e dunque le misure *praeter delictum* non devono in ogni caso raggiungere un livello di afflizione equivalente a quello delle sanzioni penali; delle misure *post delictum* si può giustificare, invece, l'equivalente afflittività.

A nostro avviso, gli "indizi" potrebbero dar luogo a misure di pressante controllo di polizia, anche limitative della libertà di circolazione, ma non afflittive come la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno (si pensi all'obbligo di firma settimanale, al braccialetto elettronico etc.); la sentenza penale di condanna giustificerebbe invece misure severe come le attuali. In altri termini, le misure afflittive attualmente denominate preventive dovrebbero essere irrogate *post delictum* e dunque fungere da misure di sicurezza.

Per quanto riguarda le misure patrimoniali è d'uopo una piccola premessa. I mezzi economici incidono sulla concreta sfera di libertà della persona, giacché sono strumenti per realizzare i propri fini. L'atto ablativo restringe la sfera di libertà della persona nella stessa misura in cui depauperava il suo patrimonio, sicché la confisca dell'intero patrimonio dell'inciso è afflittiva, a nostro avviso, quanto la più severa delle misure personali. Premesso dunque che l'*astratta* - e indiscutibile - superiorità del bene della libertà personale rispetto al bene patrimoniale deve comunque fare i conti con la ricaduta *in concreto e in individuo*, opiniamo che la confisca in funzione preventiva dovrebbe essere limitata ai soli casi di movimentazione di capitali finanziari, mentre non dovrebbe riguardare in alcun caso beni immobili e aziende. Il pericolo attuale e immediato può venire solo dall'utilizzo di beni mobili per le finalità illecite della criminalità organizzata; in altri termini, solo il "cambio di destinazione d'uso" della *res* può creare pericolo e tale cambio repentino non può aver luogo per

i beni immobili e per le aziende⁹⁶. Sicché, a nostro avviso, la confisca di prevenzione potrebbe essere giustificata solamente nel caso vi sia l'assoluta necessità di impedire un movimento di capitali a beneficio della criminalità organizzata; in tutti gli altri casi, si dovrebbe procedere al sequestro in funzione conservativa, in vista della confisca "allargata" in sede di condanna penale. Va da sé che, in questa logica, non avrebbe ragion d'essere il principio di disgiunzione tra le misure personali e le patrimoniali.

⁹⁶ L'uso illecito del bene immobile a vantaggio della criminalità organizzata potrebbe consistere nella messa a disposizione di una base logistica o un rifugio. Questo tipo di pericolo può essere fronteggiato in modi diversi dalla confisca, rispettosi del diritto di proprietà (controllo e monitoraggio di polizia; eventuali sigilli etc.). L'altro pericolo potrebbe venire da operazioni di vendita o credito ipotecario; ma per impedirle basta il sequestro. Per le aziende non si vede quale possa essere il pericolo; l'attività aziendale, per definizione lecita, non può avvantaggiare la criminalità; a nostro avviso, sussistendone le condizioni, si dovrebbe procedere al sequestro del titolo di proprietà (p. es. quote societarie) per conservare il valore aziendale, in vista della possibile confisca sanzionatoria (non già confisca di prevenzione, bensì c.d. "allargata").