

## ORIENTAMENTI

---

**ANDREA DE LIA**

### **La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione**

**SOMMARIO:** 1. Premesse. 2. Ambiti operativi attuali e sistemi applicativi: gli incerti confini tra contrasto del pericolo e sanzione del sospetto. 3. La natura giuridica delle misure. 4. Problemi di conformità ai principi costituzionali. 5. Le garanzie processuali, queste sconosciute. 6. La questione del *bis in idem*. 7. Le misure reali. 8. Conclusioni.

1. **Premesse.** Questo lavoro si propone l'obiettivo di esaminare alcuni degli aspetti problematici del sistema delle misure di prevenzione, e prende spunto da un interessante convegno organizzato a Milano dall'Associazione dei Professori di diritto penale il 18 ed il 19 novembre 2016.

Si parla di strumenti applicabili “*ante delictum*”, “*praeter delictum*” e “*post delictum*”, che rappresentano un tema di studio di particolare interesse per il penalista, attese le numerose questioni che detta disciplina solleva, specie in ordine alla natura giuridica delle misure ed alla conseguente verifica di conformità delle varie disposizioni che la compongono rispetto ai principi costituzionali di legalità, di materialità e di presunzione di innocenza.

Sono state definite da molti “pene del sospetto”<sup>1</sup>, perché: i.) si tratta di provvedimenti non di rado molto afflittivi che non sono però ancorati generalmente ad una prova rigorosa della responsabilità penale; ii.) il requisito della pericolosità che ne forma il sostrato appare indefinito.

L'origine di queste misure affonda le radici in un'epoca ormai lontana nel tempo; esse, tuttavia, sembrano rappresentare uno strumento che negli ultimi anni ha trovato nuovo vigore, sia attraverso una estensione della disciplina a nuove costellazioni di soggetti e contesti, sia mediante la riscoperta di interesse da parte dei titolari dell'iniziativa applicativa verso mezzi preventivi che potremmo definire tradizionali.

Non è questa la sede per ripercorrere la “storia” delle misure di prevenzione, che certamente risale per lo meno al XVI secolo<sup>2</sup>.

Tuttavia è utile affermare che le origini della prevenzione possono storica-

---

<sup>1</sup> Cfr PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, 614; BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in Bricola, Pavarini, Stortoni e altri, *Le misure di prevenzione, Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, ed inoltre FIANDACA, *Misure di prevenzione (Profili sostanziali)*, in Dig. Disc. Pen., 1994, Vol. VIII, 109 ss.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione storica, con ampi richiami della letteratura, si veda FORTE, in Cairo-Forte, *Codice delle misure di prevenzione*, Roma, 2014, 7 ss.

mente rinvenirsi nella individuazione da parte del legislatore di “classi pericolose”.

La disciplina preventiva, infatti, nel diritto moderno si è cominciata da subito ad appalesare come uno strumento dell’ordine, del comando, del controllo e dell’uniformazione, qualificando come pericolosi i soggetti non “allineati”<sup>3</sup>.

E tutte queste finalità originarie sono però esattamente quelle che ispirano il sistema attuale delle misure di prevenzione, che regolano comportamenti che non sono sufficientemente tipici per essere sanzionati con gli strumenti classici del diritto penale (pena e misure di sicurezza), ma che non sono neppure inquadrabili nel concetto di “normalità sociale”<sup>4</sup>.

Ovvero, dette misure, per altro verso ed in maniera preponderante, sono ritenute da molti strumentali a colpire comportamenti o situazioni non ordinari e che sono sfuggiti, spesso per questioni processuali circa l’onere della prova, alla repressione<sup>5</sup>.

Si tratta, dunque, di reazioni dello Stato mosse dall’opportunità e dalla convenienza, laddove evidentemente la progressiva giurisdizionalizzazione non può certo provocarne un mutamento genetico.

Si spiega in base a questo, ed alla efficacia indubbiamente afflittiva delle misure, la posizione della dottrina penale più garantista che tradizionalmente mostra una notevole avversione a tale disciplina, ritenendola contraria alla Costituzione<sup>6</sup>.

Il tutto invocando o l’abrogazione integrale della disciplina stessa, ovvero la piena estensione ad essa dei principi e delle garanzie che regolano il processo penale.

Il sistema è formato da misure di carattere personale che sono affiancate da quelle di natura patrimoniale che non di rado possono rivelarsi particolarmente incisive sulla sfera dei soggetti interessati.

---

<sup>3</sup> Sull’argomento Cfr PAVARINI, *Le fattispecie soggettive*, in *Le misure di prevenzione*, *Atti del convegno di Alghero*, op. cit.

<sup>4</sup> Cfr MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. It.*, 2015, n. 6, 1524.

<sup>5</sup> Cfr PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 271 ss.; CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti pratici e prospettive di riforma*, in *Fiandaca, Costantino, Aliquò, Corso*, a cura di *Fiandaca-Costantino, La legge antimafia tre anni dopo*, Milano, 1986, 137, LO MONTE, *Interventi in tema di prevenzione*, in *Dalia, Bellucci, Lo monte* e altri, a cura di DALIA, *Le nuove norme di contrasto al terrorismo*, Milano, 2006, 431.

<sup>6</sup> Cfr sul tema PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1966, e più di recente FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, PG, Bologna, 1995, 814-815.

Si tratta allora, come già detto, di un sistema complesso, e che è in forte e costante tensione con i principi cardine dell'ordinamento, ma che ad oggi ha tutto sommato superato il vaglio di legittimità della Corte costituzionale, e delle autorità giurisdizionali europee.

In ordine agli aspetti processuali si può sin d'ora rammentare che l'onere della prova della responsabilità che in sede penale è attribuito all'accusa, e quindi allo Stato, che deve dimostrare la colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio, si tramuta in ambito preventivo nell'allegazione di indizi di responsabilità dal contenuto e dalla portata dimostrativa talora evanescenti.

Sicché la disciplina delle misure di prevenzione sembra effettivamente costituire, nel suo complesso, molto spesso, come sostenuto da alcuni, la "giustizia dei birbanti", in contrapposizione a quella dei "galantuomini", perché evidentemente basata su regole dimostrative meno rigorose, e su garanzie processuali meno intense per il soggetto interessato rispetto a quelle ordinarie<sup>7</sup>.

Questo però nelle ipotesi in cui le misure di prevenzione vengano applicate a soggetti con un percorso di vita criminale più o meno acclarato; ma il sistema non vieta estensioni a soggetti molto meno qualificati sotto il profilo penale.

E se non può dubitarsi, come detto, dell'afflittività delle misure preventive, la già citata amplificazione della disciplina, in sede positiva ed applicativa, ha quindi generato un vero e proprio *tertium genus* rispetto alle sanzioni previste dal sistema penale, tradizionalmente costituite da pene e misure di sicurezza, creando quello che è stato argutamente definito come un "terzo binario", peraltro "ad alta velocità"<sup>8</sup>, che solleva perplessità anche rispetto al divieto del *bis in idem*.

Questo dunque rappresenta uno dei motivi del rinnovato interesse del penalista per questa intrigante, ma problematica materia.

Non appare dunque errato che una parte autorevolissima della dottrina abbia ritenuto che quello delle misure di prevenzione rappresenti uno degli ambiti più critici della materia penale<sup>9</sup>.

E sebbene la giurisprudenza, anche comunitaria, abbia concluso con il rinne-  
gare che le misure di prevenzione, che sono peraltro riconosciute anche in

---

<sup>7</sup> Sul punto Cfr MAIELLO, in *Cantone, Amarelli*, e altri, a cura di *Maiello*, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da *Paliero e Palazzo*, Torino, 2015, 300.

<sup>8</sup> In tal senso BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Giur. It.*, 2015, n. 6, 1521.

<sup>9</sup> Cfr MANNA, in *Manna, Cisterna, Romano B.* e altri, a cura di *Furfaro*, *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, 3 ss, e BARILE, *La pubblica sicurezza*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, 48.

altri ordinamenti, costituiscano sanzioni o siano assimilabili alla pena<sup>10</sup>, non v'è neppur dubbio che tale assunto non sia generalmente ritenuto condivisibile in dottrina.

Come pure risulta dubbia la tenuta del sistema ove esso si fondi su un concetto di "pericolosità indimostrata", che peraltro nelle misure reali viene trasmessa dalla persona alla cosa.

In questo quadro le misure patrimoniali si prestano ad alcune censure autonome rispetto a quelle personali, specie in considerazione dell'assoluto scolamento con il presupposto dell'attualità della pericolosità sociale.

È proprio in riferimento alle misure reali che diviene vivo il problema dell'assimilazione giurisprudenziale, peraltro solo a limitati fini, alle misure di sicurezza, che provoca l'aggiramento del principio di legalità ed irretroattività, sul quale torneremo; il tutto però in un ambito ove le garanzie difensive sono notevolmente inferiori rispetto a quelle attribuite dall'ordinamento nel contesto del processo penale ordinario, che è la sede applicativa delle misure di sicurezza.

Si tratta dunque di misure di "appartenenza", perché si fondano sull'inserimento di un soggetto in una categoria pericolosa rispetto al bene giuridico tutelato, che è la sicurezza sociale.

L'imbarazzo dell'interprete pertanto è, innanzitutto, nel presupposto applicativo: la pericolosità. E ciò in quanto le misure importano comunque una sensibile "degradazione giuridica" della sfera del proposto.

In tempi più recenti le misure di prevenzione sono state alimentate anche dall'opinione pubblica, quale strumento di contrasto a fenomeni criminali reali; sicché le proposte della dottrina maggioritaria probabilmente oggi, seppur fondate su "buone ragioni", non condurrebbero ad una profonda e reale modifica della disciplina, né tanto meno ad una sua cancellazione<sup>11</sup>.

Ciò non toglie però che si tratti, come attentamente osservato da alcuni, di un "diritto al limite", e forse aggiungeremmo anche oltre il limite.

Non di meno la recente esperienza ha mostrato degli esperimenti interessanti ed innovativi, come, ad esempio, l'attribuzione di funzioni speciali agli amministratori giudiziali nel caso di sequestro di aziende a rischio di condizionamento della criminalità organizzata<sup>12</sup>, che possono senza dubbio essere perfe-

---

<sup>10</sup> Torneremo sull'analisi della giurisprudenza di riferimento da qui a breve.

<sup>11</sup> Pur nutrendo diversi dubbi di costituzionalità in merito al sistema preventivo, Gallo ha segnalato puntualmente l'irrealizzabilità della scelta abrogativa, destinata evidentemente ad immolarsi sull'altare della "difesa sociale" (GALLO E., *Misure di prevenzione*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Vol. XX, 1990, 3).

<sup>12</sup> Sul tema VISCONTI, *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla preven-*

zionati in un ambito di riforma però necessariamente più esteso e più profondo.

Riforma che probabilmente dovrebbe mirare non solo ad una maggiore definizione delle classi pericolose e dei criteri per l'affermazione della pericolosità, ma anche involgere i contesti di applicabilità, attraverso un vero e proprio cambio di rotta, ove potrebbe rappresentare una scelta condivisibile quella di ridurre comunque il campo d'azione ai due settori più "sensibili", che sono rappresentati dalla criminalità organizzata e dal terrorismo.

Di contro, oggi si assiste a fenomeni espansivi, per quanto detto, della disciplina, frutto di quella che è stata definita nel corso del convegno milanese come una vera e propria "ansia preventiva"<sup>13</sup>.

**2. Ambiti operativi attuali e sistemi applicativi: gli incerti confini tra contrasto del pericolo e sanzione del sospetto.** La *summa divisio* delle misure preventive è tra misure personali e reali.

Per quanto concerne le misure di prevenzione personale, le stesse sono disciplinate da varie fonti normative, ed, in particolare, dal d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, e cioè dal c.d. "Codice antimafia", che costituisce quella che potremmo definire l'evoluzione degli istituti tradizionali, e dalle norme che segnano l'espansione della disciplina, o comunque un adattamento a contesti nuovi di pericolosità sociale, che sono rappresentate: dalle disposizioni in ordine all'espulsione dello straniero pericoloso, dalle misure in ambito sportivo, dalle misure connesse allo *stalking*, e da quelle in tema di stupefacenti.

In ordine alle categorie pericolose previste dal Codice antimafia, appare subito chiaro all'interprete che si tratti di classi non solo ampissime ma dai contorni indefiniti.

L'art. 4 del Codice stabilisce infatti l'applicabilità delle più gravi misure della sorveglianza speciale, dell'obbligo e del divieto di soggiorno non solo a soggetti di pericolosità "qualificata", ma attraverso il richiamo operato al precedente art. 1, anche a soggetti di pericolosità "generica" (quali persone che debbano ritenersi dedite a «*traffici delittuosi*», o che vivano dei proventi di attività delittuose, o ancora che debbano ritenersi dedite alla commissione di reati anche contro «*la sicurezza o la tranquillità pubblica*», potenziali destinatari anche delle misure del foglio di via e dell'avviso orale del questore), e quindi a categorie assai sfumate.

Accanto a tali categorie vi sono quelle degli stranieri, che l'art. 13 del d.lgs.

---

*zione antimafia nelle attività imprenditoriali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>13</sup> In questi termini si è espresso nel corso del suo intervento al convegno Pelissero.

del 25 luglio 1998 n. 286 stabilisce possano essere destinatari o dell'espulsione ordinata dal Ministero dell'interno «*per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato*», ovvero a quella disposta dal prefetto (con ordine di accompagnamento del questore), che però non è associata soltanto a categorie pericolose, o propriamente pericolose, ma anche ai meri clandestini.

Vi sono poi ancora i divieti di accedere alle manifestazioni sportive (“DASPO”), introdotti dalla legge 13 dicembre 1989, n. 401, per soggetti “pericolosi”, ove la pericolosità è correlata a pregressi comportamenti violenti nello specifico contesto, o a condanne o anche solo a denunce per vari reati contro l'ordine pubblico.

Sono infine da rammentare le misure applicabili ai tossicodipendenti, con pericolosità sociale definita dalla condanna, anche se non definitiva, per determinati reati, previste dall'art. 75 *bis* DPR 9 ottobre 1990, n. 309, che tuttavia, effettivamente nella prassi scarsamente applicate, sono state dichiarate costituzionalmente illegittime per difetto di coordinamento tra decreto legge e provvedimento di conversione<sup>14</sup>; ed ancora la misura dell'ammonimento prevista in tema di *stalking* dall'art. 8 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito dalla l. 23 aprile 2009, n. 95, e poi successivamente modificato nel 2013).

Non vi è dubbio, dunque, che il legislatore abbia previsto un sistema articolato in base a classi pericolose (soggetti dediti ad attività delittuose, stranieri, violenti nelle manifestazioni sportive, ed ancora *stalker*).

A tali soggetti queste misure, direttamente o indirettamente limitative della libertà personale ed in taluni casi solo “precettive”, si applicano attraverso procedure diverse:

- l'avviso orale ed il foglio di via del questore, ma anche l'espulsione dello straniero pericoloso di cui al co. 1 dell'art. 13 d.lg. 286/98 e l'ammonimento allo *stalker*, con giurisdizione riservata solo all'eventuale fase di impugnazione (per lo straniero davanti al tribunale amministrativo di Roma e per gli altri soggetti davanti al tribunale amministrativo competente);
- le misure della sorveglianza speciale, dell'obbligo/divieto di soggiorno, e la confisca attraverso la celebrazione di un procedimento assegnato all'autorità giudiziaria ordinaria in composizione collegiale;
- il DASPO applicato dal questore ma soggetto alla convalida del G.i.p.;
- quelle applicate agli stranieri dal prefetto con ordine di accompagnamento del questore, con atti che sono il primo (quello prefettizio) impugnabile da-

---

<sup>14</sup> Corte cost., 6 maggio 2016, n. 94, in *Guida al dir.*, 2016, n. 24, 42, con nota di AMATO, *Un effetto domino per difetto di omogeneità*, *ibidem*, 46 ss.

vanti al giudice di pace, il secondo sottoposto a convalida da parte del medesimo organo giudicante.

Ora, posta in evidenza la fantasia procedimentale del legislatore, che ha generato un variegato contesto applicativo e di verifica giurisdizionale, sul quale torneremo da qui a breve ai fini dell'analisi delle procedure previste in relazione alle più gravi misure preventive disciplinate dal Codice antimafia, vi è da verificare se si tratti di misure di contrasto del pericolo o del sospetto.

C'è da dire allora che è proprio l'indeterminatezza dei presupposti per l'abbinamento alle "categorie pericolose" a costituire uno dei motivi della tradizionale idiosincrasia degli studiosi del diritto penale rispetto al sistema delle misure di prevenzione.

Come sostenuto da autorevole dottrina, si tratta di "ferri vecchi" (perché evoluzione di strumenti che affondano le proprie radici storiche in un remoto passato ed in sistemi culturali, politici ed economici molto difforni da quelli attuali) frutto della cultura del sospetto, che costituiscono dei mezzi di contrasto finalizzati al controllo ed alla tutela della sicurezza pubblica, ma che finiscono per colpire, talora duramente, allo scopo di preservare il bene della *salus publicae*, una platea non adeguatamente definita di soggetti più o meno pericolosi o presunti tali, e quindi, alla fine, anche l'innocente, o il diverso<sup>15</sup>.

Il problema di struttura è dunque duplice: la carenza di definizione di alcune categorie pericolose, e la base indiziaria che consente l'abbinamento a dette categorie.

Sicché rimangono sempre i vivi i temi del contrasto con i principi di legalità, di materialità (art. 25 Cost.), di presunzione di innocenza (art. 27 Cost.), ed ancora di libertà personale (art. 13 Cost.), limitabile solo attraverso una legge che rispetti anche gli altri canoni costituzionali.

Tali argomenti tuttavia debbono essere rinviati al successivo paragrafo, atteso che la loro trattazione è subordinata ad una seppur breve verifica della qualificazione giuridica delle misure preventive.

Qui possiamo affermare che i vari strumenti preventivi molto spesso sono espressione di una reazione dell'ordinamento al sospetto, e quindi a situazioni che si pongono logicamente ed ontologicamente in una posizione arretrata rispetto al pericolo.

Se infatti le misure previste per gli *stalker* e nell'ambito delle competizioni sportive sembrano più ancorate all'elemento della pericolosità sociale, in quanto i requisiti di applicabilità sono agganciati ad elementi che connotano

---

<sup>15</sup> In tal senso Cfr FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali. Schema di relazione introduttiva*, in *Parola alla difesa*, 2017, n. 1, 8.

in modo forte un percorso criminale del proposto, le condizioni di applicabilità delle misure previste dal Codice antimafia e quelle stabilite per l'espulsione dello straniero da parte del Ministro dell'Interno sono evidentemente correlate ad elementi indiziari labili e consentono, pertanto, una anticipazione dell'intervento preventivo rispetto alla condizione di pericolo vera e propria.

**3. La natura giuridica delle misure.** Venendo ora alla natura giuridica delle misure di prevenzione personali, non appare utile soffermarsi sull'effetto in ordine alla limitazione della libertà personale del proposto, perché la stessa, salvo eccezioni (avviso orale del questore ed ammonimento allo *stalker*), non è revocabile in dubbio.

Ovvio che si tratti di limitazioni, generalmente, per qualità ed intensità meno afflittive rispetto a quelle che costituiscono classicamente la conseguenza giuridica del reato e, dunque, pena e misura di sicurezza.

Ma ciò non toglie che, in singoli casi specifici, le stesse possano importare anche vincoli e compressioni della sfera personale di eguale portata o talora più intensi di quelle classiche.

Vengono allora alla mente le limitazioni del confino evocate dal romanzo di Carlo Levi «*Cristo si è fermato ad Eboli*»: l'imposizione dell'allontanamento, l'odiosità del controllo.

A tal riguardo, occorre rilevare che in diverse occasioni la giurisprudenza amministrativa, chiamata a decidere in ordine ad impugnazioni avverso misure di competenza assegnate a quella giurisdizione (foglio di via ed avviso orale), ha concluso affermando che si tratterebbe di misure niente affatto riconducibili a quelle previste dal sistema penale classico.

Il corollario di questa affermazione è stato che non spetterebbero al soggetto interessato le garanzie procedurali e partecipative caratteristiche del processo penale, come l'avviso di conclusione delle indagini al termine dell'istruttoria condotta.

Il risultato, invero preoccupante, è stato tuttavia, nel contempo, quello che non spetterebbero al soggetto interessato neppure le garanzie previste dal procedimento amministrativo, e quindi la comunicazione dell'avvio del procedimento stesso<sup>16</sup>.

In altri termini, secondo l'impostazione consolidata del giudice amministrativo, le misure preventive costituirebbero una sorta di terra di mezzo, o meglio

---

<sup>16</sup> Cfr TAR Trento, Sez. I, 14 novembre 2016, n. 329, e TAR Calabria - Catanzaro, Sez. I, 6 giugno 2016, n. 1175, entrambe *inedite*.

una terra ove non vigono garanzie: né quelle del processo penale, né quelle del procedimento amministrativo.

Ma a parte tale inciso, si è in quelle occasioni attribuito alle misure di prevenzione una natura monitorio-precettiva, con una impostazione esegetica che, seppur condivisibile per l'avviso orale, trascura evidentemente le conseguenze derivanti dal foglio di via in ordine alla limitazione della libertà personale, e, più in generale, le conseguenze derivanti dall'applicazione di qualsivoglia misura qualificabile come preventiva.

Non può ignorarsi infatti che l'art. 67 del Codice antimafia prevede a carico dei soggetti ai quali sia stata applicata una misura di prevenzione una vera e propria *capitis deminutio* nell'attività imprenditoriale.

Né può essere dimenticato che l'applicazione delle misure di prevenzione costituisce per il reo circostanza aggravante per una serie di reati e che la violazione delle misure di prevenzione sia prevista dal sistema come reato<sup>17</sup>.

Anche la Suprema Corte di Cassazione, in varie occasioni, ha negato che le misure preventive siano assimilabili alle conseguenze giuridiche del reato<sup>18</sup>.

Si è rimarcato inoltre che le stesse sarebbero connotate da natura preventiva e non sanzionatoria<sup>19</sup>.

In questo quadro interpretativo la Cassazione ha allora affermato che laddove le misure preventive risultassero saldamente agganciate al requisito della pericolosità, le stesse sarebbero staccate e distinte dal sistema penale, non assumendo natura sanzionatoria<sup>20</sup>.

In altre occasioni, la giurisprudenza ha rilevato che qualora le misure preventive trovassero un'applicazione limitata nel tempo, le stesse risponderebbero ad una logica d'emergenza, e quindi sarebbero riconducibili ad una situazione di pericolo, con conseguente natura "cautelare" tipica degli strumenti preventivi; ove invece le misure venissero applicate per un periodo di tempo apprezzabile, le stesse assumerebbero una portata limitativa della libertà personale tale da travalicare l'emergenza e la situazione di pericolo mutando identità in quella di misure sanzionatorie<sup>21</sup>.

Orbene, se il sillogismo operato dalla giurisprudenza in questo ambito (necessario requisito della pericolosità e della limitazione temporale degli effetti della misura di prevenzione) è secondo alcuni teoricamente condivisibile<sup>22</sup>,

---

<sup>17</sup> Cfr artt. 71-76 del Codice antimafia.

<sup>18</sup> Cfr Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2015, C.L., n. 44608, in *Cass. Pen.*, 2016, n. 5, 2207.

<sup>19</sup> Cfr Cass., Sez. II, 10 giugno 2015, A.L. e altri, n. 30938, *inedita*.

<sup>20</sup> Cfr Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, O.G., n. 14044, in *Foro It.*, 2013, 10, II, col. 530.

<sup>21</sup> Cfr TAR Toscana, Sez. II, 27 maggio 2016, n. 904, in *Redazione Giuffrè* 2016.

<sup>22</sup> Cfr in tal senso MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e*

resta il problema a monte della definizione della pericolosità, perché il sistema preventivo in realtà non sempre è correlato a situazioni di pericolosità accertata in “maniera forte”.

Senza contare che le misure preventive generalmente importano delle conseguenze destinate a protrarsi nel tempo, e che talora si rilevano ad effetto permanente, come nel caso della confisca.

In altre occasioni, la giurisprudenza invece ha riconosciuto alle misure di prevenzione natura e struttura assimilabili alle misure di sicurezza, facendo leva sulla funzione di pericolosità sociale che contraddistingue, per l'appunto, anche queste ultime<sup>23</sup>.

Torneremo sulla natura delle misure preventive a carattere patrimoniale in un successivo paragrafo.

Quanto, invece, alle misure personali, appare chiaro che sostanzialmente la giurisprudenza non abbia mai affrontato in maniera effettivamente convincente ed organica il tema della natura delle misure preventive personali, essendo quella delle “prescrizioni” (affermata anche da alcune pronunce giurisprudenziali risalenti agli anni '80) una categoria che, se associabile all'avviso del questore ed all'ammonimento allo *stalker*, certo non lo è alle altre misure.

Orbene, riteniamo che non pare possa negarsi validità a quelle impostazioni dottrinali che ravvedono allora nelle misure preventive personali un ibrido, nella misura in cui le conseguenze sono assai assimilabili a quelle della pena e delle misure di sicurezza, distaccandosi tuttavia da queste parzialmente in ordine ai presupposti, che sono costituiti – salvo limitatissime eccezioni – dalla commissione di un fatto previsto dalla legge come reato, e dal relativo accertamento giurisdizionale<sup>24</sup>.

Sulla base di tale argomento a noi dunque sembra cogliere nel segno chi, tra le tante contraddizioni ermeneutiche, ha attribuito alle misure di prevenzione personali, facendo leva sulle conseguenze rispetto alla libertà individuale, natura prevalentemente sanzionatoria<sup>25</sup>.

---

*patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>23</sup> Cfr TAR Campania - Napoli, Sez. V, 13 dicembre 2007, n. 16231, in *Foro Anm. TAR*, 2007, n. 12, 3888 (s.m.).

<sup>24</sup> Cfr FIORE, *Diritto penale*, Torino, 1996, 260 ss.

<sup>25</sup> Sul punto Cfr PAVARINI, in *De Francesco, Fornasari, Insolera, Pavarini* ed altri, *Introduzione al sistema penale*, Vol. II, Torino, 2001, 482 ss. L'autore ha segnalato la similitudine tra le misure di prevenzione e le misure di sicurezza, rilevando che le preventive costituiscono una “presenza alquanto imbarazzante nel nostro sistema giuridico: fin troppo evidenti i profili di incostituzionalità”. L'autore inoltre ha criticato aspramente il sistema preventivo,

Non è questa la sede per affrontare il tema della natura delle misure di sicurezza, che costituisce oggetto di un antico dibattito ancora non sopito, e per ricostruire i motivi addotti da coloro che ne sostengono fermamente la natura (prevalentemente) sanzionatoria<sup>26</sup>.

Possiamo soltanto affermare che quelle motivazioni, sviluppate attorno all'esame dell'elemento della pericolosità<sup>27</sup>, divengono ancor più forti nell'ambito delle misure di prevenzione, che in qualche modo condividono questo elemento portante con le misure di sicurezza.

L'impostazione accolta in questa sede non sembra peraltro affatto contraddetta dalla circostanza che tali misure trovino applicazione, in diversi contesti, indipendentemente dall'accertamento della responsabilità penale.

Difatti, si potrebbe obiettare che le misure preventive trovino comunque origine da fatti che generalmente costituiscono un illecito penale, pur se non accertato<sup>28</sup>. E che quindi esse si collocano rispetto a (presunti) comportamenti antisociali in un rapporto di azione/reazione caratteristico del classico sistema penale, ove il presupposto della pericolosità sociale, specie in ordine all'accezione del tutto sfumata che assume nello specifico contesto, non pare

---

con particolare riferimento a quello di natura personale, rilevando l'insussistenza di elementi che possano attestarne la reale efficacia. Anche PADOVANI ha rilevato che le misure preventive a carattere personale sono ad effetto evidentemente limitativo della libertà individuale, e ne ha sottolineato le affinità con le misure di sicurezza (*Diritto penale*, Milano, 2012, 357).

<sup>26</sup> MUSCO, *Misure di sicurezza*, voce in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XX, Roma, 1990, 3. Particolarmente significativa è la definizione di misura di sicurezza offerta da Pagliaro: "Le misure di sicurezza sono quelle sanzioni penali..." (PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, PG, Milano, 2003, 709). In tal senso Cfr anche ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, PG, Milano, 1991, 714: "Non è esatto che le misure di sicurezza non abbiano il carattere dell'afflittività che rappresenta la nota essenziale delle pene. Siccome importano una diminuzione dei beni dell'individuo e in tenere una restrizione della libertà personale, anche esse sono afflittive... Si è negato che le misure di sicurezza siano conseguenze giuridiche del reato, ma senza alcun fondamento". In tal senso anche RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2001, 567, e PELUSO, *Misure di sicurezza, Profili sostanziali*, voce in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. VIII, Torino, 1994, 145. Di contro ancora oggi la giurisprudenza afferma la natura "amministrativa" delle misure di sicurezza personali, Cfr Cass., Sez. I, 9 luglio 2015, N.S., n. 6814, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it).

<sup>27</sup> Sul tema Cfr anche MARTUFI, *Nulla periculositas sine actione? Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, n. 2, 818 ss.

<sup>28</sup> Ed anzi recentemente la Corte di legittimità, in un caso di applicazione di misure preventive per "evasione fiscale", ha affermato il principio secondo il quale la misura di prevenzione può essere applicata solo con riferimento al reato e non a mere situazioni di illecito rilevanti sotto il profilo amministrativo (Cass., Sez. V, 9 febbraio 2017, Malara, n. 6067, in [www.archivio penale.it](http://www.archivio penale.it)).

snaturare la funzione.

Nella dinamica delle previsioni, corroborata da quella applicativa, infatti, l'elemento della pericolosità sociale appare cedevole rispetto a quello della sospetta responsabilità illecita, e spesso rappresenta una conseguenza automatica di quest'ultima.

È peraltro opinione abbastanza diffusa in dottrina che si tratti talora di misure che costituiscono una sorta di protesi dell'avambraccio dello Stato, che servono a giungere in luoghi ove la mano del processo penale non è arrivata, e quindi a supplire all'inadeguatezza del sistema, o all'incapacità della macchina giudiziaria di colpire i responsabili nelle forme ordinarie<sup>29</sup>. Il che consente dunque di attribuire alle stesse, generalmente, natura in prevalenza sanzionatoria.

In altri termini, ed in estrema sintesi, le misure di prevenzione condividono con le misure di sicurezza il cardine logico/operativo della pericolosità. Ma se la pericolosità sociale costituisce nelle misure di prevenzione un elemento non adeguatamente delineato e comprovato (stante la carenza definitoria delle classi pericolose e la leggerezza degli elementi dimostrativi della pericolosità, e quindi della riconducibilità del soggetto alla classe pericolosa) non può che concludersi con l'affermare che l'elemento prevalente della fattispecie è costituito dalla sanzione del comportamento antisociale, o presunto tale.

Questo poi appare ancor più evidente nell'ambito delle misure di prevenzione patrimoniali, sulle quali torneremo da qui a breve.

Se questo è vero, altrettanto vero è che occorre allora interrogarsi sulla conformità del sistema alle regole cardine che governano l'ambito penale.

**4. Problemi di conformità ai principi costituzionali.** Abbiamo affermato che le misure personali di prevenzione mostrano importanti analogie con le conseguenze giuridiche tradizionali del reato, specie in considerazione del contenuto sanzionatorio delle stesse e della prevalenza del peso della limitazione della sfera personale su quello della pericolosità, che assume dei tratti invero spesso sfumati.

Questa affermazione non sembra validamente messa in discussione neppure dal requisito applicativo delle misure di prevenzione personali rappresentato dall'attualità del pericolo, che invece è assente nella disciplina delle conse-

---

<sup>29</sup> Sul punto Cfr anche PETRINI, *La natura giuridica delle misure di prevenzione*, in *Cisterna, Gialanella, Petrini e altri, Nuove forme di prevenzione della criminalità organizzata: gli strumenti di aggressione dei profitti di reato e le misure di prevenzione*, in *Quad. CSM*, 1998, n. 104, 11 ss

guenze principali del reato rappresentate dalla pena (ovvero assume in quel contesto forme e contenuti diversi attraverso il regime della prescrizione), attesa per quanto detto l'evanescenza che connota detto elemento e l'assenza di criteri determinati che possano in qualche modo vincolare la valutazione di rilevanza.

Insomma, le misure di prevenzione appoggiano il cappotto sulla sedia del (sospetto del) reato, mettono il cappello sulla poltrona della pericolosità, ed allungano i piedi sul divano della sanzione.

Se, allora, per quanto detto, vi è per lo meno una grande similitudine tra la struttura, o parte della struttura, del sistema delle misure di prevenzione e quella delle conseguenze giuridiche del reato definite ordinarie, non è affatto inopportuno soffermarsi nella verifica di conformità di questi istituti ai criteri cardine, di rango costituzionale, che regolano la responsabilità penale.

Con la sentenza Corte cost. 26 giugno 1956, n. 2, la Corte delle leggi ha fissato allora due principi ineludibili:

- i.) non è sufficiente ai fini dell'adozione di un qualsiasi provvedimento limitativo della libertà personale, incluse le misure preventive, il mero sospetto, essendo necessario che la pericolosità sociale venga supportata da specifici fatti, espressamente e compiutamente indicati nel provvedimento restrittivo;
- ii.) deve essere garantito al proposto il più ampio diritto di difesa, in ossequio a quanto previsto dall'art. 24 Cost.

La questione di legittimità costituzionale delle misure di prevenzione è stata timidamente affrontata dalla Consulta anche in altre occasioni.

In particolare, con la sentenza Corte cost., 7 dicembre 1994, n. 419, è stato affermato che misure preventive che implicano la limitazione della libertà personale debbono risultare conformi ai principi della Carta, tra i quali anche l'art. 13.

Di tutt'altro impatto è la precedente sentenza Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, che è l'unica che abbia affrontato in maniera approfondita il tema della necessaria conformità del sistema preventivo al principio di legalità (art. 25 Cost.) e conseguentemente ai corollari di determinatezza e tassatività.

In quella occasione, la Corte ha ritenuto illegittimo l'art. 1, n. 3, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, nella parte in cui elencava tra i soggetti passibili delle misure di prevenzione previste dalla legge medesima coloro che «*per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere*».

Se questa affermazione appare condivisibile, partendo dunque dal principio di legalità, allo stesso modo deve condividersi che il sistema vigente prevede numerose fattispecie preventive che si pongono sul medesimo piano descritti-

vo di quella dianzi richiamata.

Il riferimento è in particolare a tutti i “soggetti destinatari” previsti dal Codice antimafia all’art. 1, ed allo “straniero pericoloso” di cui all’art. 13, co. 1, del d.lgs. 286/98.

Sebbene si assista recentemente ad una evoluzione (o involuzione?) del nostro sistema giuridico, che oggi sembra progressivamente orientarsi al principio del *judge-made law*, non vi è dubbio allora che il sistema preventivo vada (per lo meno) ripensato in ottica di maggiore certezza del diritto, e quindi attraverso una riscrittura delle norme in direzione di legalità: le categorie di soggetti pericolosi sono senza confini, e si rischia pertanto che nella rete (a strascico) gettata per pescare il colpevole finisca anche l’innocente.

Un supporto a questa impostazione viene reso probabilmente anche dalla sentenza Corte cost., 2 novembre 1996, n. 370, che è intervenuta in ordine alla legittimità dell’art. 708 c.p.

Si trattava, come noto, di un reato di sospetto, di natura contravvenzionale, che sanzionava il possesso ingiustificato di valori da parte di soggetti che avevano subito in precedenza condanne.

La Consulta allora ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione per violazione del principio di legalità (tassatività). E ciò in quanto *«si voleva infliggere comunque una pena per quei fatti sfuggiti all’accertamento dell’azione delittuosa del responsabile del reato contro il patrimonio, utilizzando un surrogato contravvenzionale, tipizzato attraverso la riferibilità del fatto, di per sé neutro, a un pregiudicato per alcune classi di precedenti penali. Tale deficit di tassatività conferma l’irragionevolezza della limitazione delle condizioni soggettive punibili a una sola categoria di persone. La disposizione va, pertanto, dichiarata illegittima, perché viola gli artt. 3 e 25 della Costituzione»*.

Ora non vi è chi non veda le molte analogie tra il reato dichiarato illegittimo ed alcune fattispecie che compongono il sistema preventivo, relative a pericolosità generica; né appare superfluo rimarcare che la Corte in quella occasione ha ritenuto che il precedente penale costituisse un *«fatto neutro»*, mentre le misure di prevenzione (specie quelle previste dal Codice antimafia) muovono concettualmente da un contesto ben più evanescente della condanna, essendo fondate sul mero indizio di colpevolezza.

Posta la natura sanzionatoria delle misure di prevenzione, la doverosa osservanza della disposizione costituzionale poc’anzi citata induce poi ad una seria verifica del rispetto dell’altro principio ricavabile dalla medesima disposizione (art. 25 Cost.), e cioè della materialità.

Ora vale la pena forse richiamare ancora una volta un precedente della Corte costituzionale in tema di reati di sospetto, con particolare riferimento all’art.

707 c.p., relativo al possesso ingiustificato di mezzi atti allo scasso.

Con la sentenza Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265, la Consulta ha affermato che la contravvenzione in esame non si sarebbe posta in contrasto con l'art. 25 Cost. e con il principio di materialità in quanto la fattispecie avrebbe avuto in ogni caso a presupposto la realizzazione di una condotta, costituita dal possesso ingiustificato.

Ebbene confrontata questa decisione con la struttura delle misure di prevenzione, in particolare, con quelle personali previste dal Codice antimafia, non è possibile negare che in quest'ultimo caso non vengano affatto prese in esame condotte pienamente apprezzabili sul piano fattuale, essendo il comportamento illecito un elemento del tutto sfocato.

Anche in questo caso, in ordine al principio di materialità, dunque, sembrano sussistere diversi dubbi sulla legittimità delle disposizioni oggetto del presente studio.

Volendo poi volgere l'attenzione al rapporto tra le misure di prevenzione e la presunzione d'innocenza (art. 27 Cost.), la partita è persa prima di scendere in campo.

Gli indizi che generano il sospetto, denominato dal legislatore pericolo, qui evidentemente non raggiungono i crismi previsti dall'art. 192 c.p.p. in termini di precisione, gravità e concordanza, poiché altrimenti la risposta dell'ordinamento non sarebbe quella della misura preventiva ma della pena conseguente al reato (fermi i problemi sul *bis in idem* sostanziale e processuale, su cui *infra*).

Senza contare che il sistema finisce spesso per travolgere non solo i sospetti, ma le persone che abbiano avuto o intrattengano rapporti con i sospetti medesimi.

Il riferimento è eminentemente alla portata ed efficacia delle misure reali della confisca sul patrimonio degli eredi, ed ancora sul terzo (temi sui quali torneremo da qui a breve), ma anche delle misure interdittive applicabili addirittura ai conviventi del proposto in base a quanto stabilito dall'art. 68 del Codice antimafia.

Qui ovviamente si tratta di una vera e propria responsabilità "da contatto".

L'affermazione della responsabilità secondo il criterio "del più probabile che non" è ammissibile solo nei procedimenti civili, ove lo Stato si pone come perfetto arbitro di una controversia tra privati, ma non in quelli ove venga comunque in gioco la libertà personale, poiché in questo caso il sistema è inaccettabile, e contrasta anche con il principio del giusto processo (art. 111

Cost.)<sup>30</sup>.

Alla luce di quanto sopra riportato è possibile affermare che la Corte costituzionale, attraverso varie pronunce, abbia posto in chiaro dei principi che nella realtà mettono in discussione le fondamenta del sistema delle misure preventive a carattere personale, incidendo sulla legittimità della definizione delle classi pericolose, sull'applicabilità di provvedimenti limitativi della sfera personale senza un reale accertamento di una condotta illecita, e sul meccanismo di prova della riconducibilità del singolo a dette categorie.

Tuttavia, se si escludono la pronuncia della Consulta Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 291, che ha ribadito il necessario requisito dell'attualità della pericolosità sociale, e la sentenza Corte cost., 12 ottobre 2011, n. 270, che ha affermato che anche in caso di assoluzione è possibile desumere dal giudizio elementi fondanti la pericolosità, dalla metà degli anni '90 non risultano più deferite alla Corte costituzionale questioni "portanti" in ordine alla legittimità delle norme in disamina.

Anche la Corte EDU ha esaminato in diverse occasioni la questione di compatibilità delle misure di prevenzione con il sistema comunitario.

C'è da notare che a parere della Corte europea la misura di prevenzione della sorveglianza speciale non importerebbe una limitazione della libertà personale, ma della libertà di circolazione.

Le limitazioni della libertà della circolazione nell'Unione, secondo quanto disposto dall'art. 2 del Protocollo n. 4 alla Convenzione, dunque, sono ammissibili, laddove previste per legge, se finalizzate alla tutela della sicurezza nazionale, della pubblica sicurezza, dell'ordine pubblico, alla «*prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui*».

Secondo la Corte EDU le misure in questione devono allora: essere applicate solo attraverso un bilanciamento tra interesse generale e quello dell'individuo; fondarsi su elementi di fatto, quali la precedente condanna per alcuni reati, l'accertata realizzazione di atti illeciti, e la sussistenza di altri elementi di fatto che inducano a ritenere il soggetto pericoloso, come la frequentazione di ambienti criminali unitamente al mancato svolgimento di attività lavorativa<sup>31</sup>.

Secondo la Corte europea inoltre le stesse non rivestono natura penale, essendo finalizzate a prevenire l'illecito e non a sanzionarlo.

Tuttavia, in effetti, dall'analisi delle varie pronunce della Corte EDU risulta

---

<sup>30</sup> Sul tema Cfr. PIERGALLINI, *Civile e penale a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, n. 4 1299 ss.

<sup>31</sup> Cfr. Corte EDU, 8 ottobre 2013, Monno c. Italia.

prevalente la finalità di mantenere lo *status quo*, come se effettivamente si trattasse di strumenti normativi indispensabili alla sopravvivenza dell'Unione, piuttosto che quella di una verifica effettiva di conformità delle disposizioni in esame rispetto ai principi generali sopra espressi.

Non vi è dubbio infatti che, in primo luogo, il bilanciamento tra interesse del proposto e quello pubblico sia un elemento che non è codificato nel nostro sistema, e che nella prassi non risulta sia stato mai effettivamente oggetto di valutazione in sede giurisdizionale; in secondo luogo, il sistema preventivo italiano, pur richiamando il fatto, si riferisce in realtà all'apparenza del fatto.

Il sistema delle misure preventive a carattere personale ha ricevuto un sostanziale avallo da parte della Corte EDU, laddove invece la Corte costituzionale ha in diverse occasioni stabilito alcuni principi che mettono seriamente a rischio, per quanto detto, ad una più approfondita analisi, la tenuta del sistema stesso.

Si tratta dunque di un argomento sul quale la giurisprudenza italiana di merito e la Cassazione hanno sostanzialmente posto un coperchio<sup>32</sup>, che impedisce il logico sfogo a questioni, che sembrano tutt'altro che manifestamente infondate, sulla legittimità costituzionale delle misure rispetto ai citati principi, laddove l'iniziativa del singolo è di fatto paralizzata da motivazioni apparenti della giustizia comunitaria che tendono a confermare il sistema.

In conclusione, ed in estrema sintesi, è possibile affermare che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha posto dei principi ineludibili che, se utilizzati ai fini della verifica della legittimità delle norme che compongono il sistema preventivo, non possono che condurre a ritenere che esso si ponga in

---

<sup>32</sup> Sul punto Cfr Cass., Sez. V, 25 novembre 2015, M.F., n. 155, in *Diritto & Giustizia*, 2016, n. 2, 20, con nota di LA MUSCATELLA, *La cassazione esclude i dubbi di legittimità sulla confisca allargata*, *ibidem*, 21, che ha affermato l'insussistenza di barriere temporali all'applicazione della confisca preventiva ed il difetto di principi costituzionali contrari alla tesi sposata; ed ancora Cass., 26235/15 cit., che ha rilevato che le misure di prevenzione non si porrebbero in contrasto con la normativa sovranazionale e con la Costituzione in ragione della loro applicabilità in base a meri "sospetti", atteso che in realtà incomberebbe sull'organo richiedente la misura l'onere probatorio. Questo onere probatorio a carico della "accusa", tuttavia, si risolve, ad avviso della Suprema Corte, nell'allegazione di indizi, che però non devono assumere i crismi di gravità, previsione e concordanza. In realtà, prosegue la Corte, il sistema preventivo si esporrebbe a censure di costituzionalità solo ove importasse una inversione dell'onere della prova, ribaltandolo sul proposto. Tuttavia, allegati gli indizi (lievi, imprecisi e discordanti) da parte del proponente, il proposto non assumerebbe, prosegue la Cassazione, l'onere probatorio "vero e proprio": si tratterebbe, piuttosto, di una sorta di "facoltà": quella di controdedurre o meno. Sicché, sostanzialmente, non varrebbe neppure la pena "scomodare" la Corte delle leggi.

violazione dei principi di legalità (con i suoi corollari), di materialità, e di presunzione d'innocenza (art. 27 Cost.).

Tuttavia, la posizione assunta dalla giurisprudenza della Corte EDU in termini di conformità del sistema alle norme di rango comunitario ha sostanzialmente conferito avallo agli indirizzi interpretativi della giurisprudenza italiana (della Cassazione e del merito), ed ha frenato l'intervento della Corte delle leggi, e giocoforza quello del legislatore.

**5. Le garanzie processuali, queste sconosciute.** Esaminate brevemente le criticità relative al rispetto del principio di presunzione di non colpevolezza, è ora il tempo di eseguire più compiutamente la verifica di legittimità del sistema processuale previsto per l'applicazione delle misure preventive e, in particolare, per quelle previste dal Codice antimafia.

Si tratta di un banco di prova teoricamente superfluo, perché la violazione del principio di legalità, e dei corollari di determinatezza e di tassatività, nonché di quello della materialità, non potrebbe certo essere colmata dal processo.

Né può ritenersi ammissibile, in tale contesto, il rilievo mosso da coloro che hanno affermato che comunque la giurisprudenza avrebbe ad oggi consentito una tenuta del sistema attraverso una lettura correttiva ed una applicazione costituzionalmente orientata delle norme di riferimento<sup>33</sup>, elemento questo che, francamente, non appare neppure confortato dall'esperienza pratica.

Le misure di prevenzione costituiscono pur sempre una branca del "diritto penale dell'autore" (probabile) e non del fatto, ove il soggetto attinto subisce conseguenze limitative della libertà personale talora solo apparentemente meno afflittive di quelle caratteristiche del sistema penale classico, in nome di un pericolo che - scontando giocoforza l'evanescenza dei contorni delle categorie pericolose e addirittura del sistema probatorio per esservi ricondotti - costituisce in realtà la pura maschera del sospetto.

L'art. 1 del Codice antimafia, per fare un esempio, ripete in maniera ridondante la parola "fatti", ma è chiaro che non si parli di fatti ma della loro apparenza, con una forte eco al mito della caverna di Platone.

Ma vi è da dire che alla gravità del quadro sotto il profilo della legittimità del diritto "sostanziale" non si rimedia neppure attraverso una adeguata struttura processuale di garanzia per il soggetto pericoloso/sospetto.

Innanzitutto, appare utile soffermare l'attenzione sul tema probatorio che sostiene secondo il diritto vigente l'affermazione della pericolosità sociale e

---

<sup>33</sup> Ad esempio, MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012, 26.

dell'attualità di tale elemento.

In ordine alla pericolosità sociale, la giurisprudenza ritiene che il procedimento ermeneutico sia composto da diverse fasi.

In generale, si dovrebbe procedere ad inquadrare il soggetto in una delle classi di riferimento, e, in secondo luogo, stabilire la pericolosità attuale, non ricavabile da prognosi che conducano alla possibilità, essendo indispensabile la probabilità.

Il giudizio dovrebbe essere dunque costituito da una fase diagnostica, rappresentata dall'analisi del percorso di vita del proposto che consentirebbe di inserirlo in una determinata classe pericolosa, e da una fase prognostica in ordine alle evoluzioni future del comportamento del proposto medesimo<sup>34</sup>.

Quanto al momento prognostico, il giudice ai fini dell'applicazione della misura preventiva dovrebbe verificare l'assenza di elementi significativi di un tangibile ravvedimento rispetto al passato<sup>35</sup>.

Ora il problema è che di fatto l'inserimento in una classe esaurisce, quasi sempre, l'accertamento di pericolosità attuale, specie laddove si tratti di una pericolosità qualificata, ove si consideri che in numerose occasioni in giurisprudenza si è affermato che l'appartenenza ad alcuni ambienti criminali rappresenterebbe sostanzialmente un "vincolo per la vita"<sup>36</sup>.

Se poi si associa a questo addirittura, più a monte, la labilità degli elementi dimostrativi attraverso i quali il proposto può essere inserito nelle classi pericolose, il sistema restituisce un quadro normativo e, conseguentemente, applicativo ad alto rischio di errore.

L'accertamento dell'attualità della pericolosità spesso deriva dal percorso criminale del proposto in maniera automatica, anche se la Corte costituzionale ha espressamente negato la validità del ricorso all'argomento indiziario<sup>37</sup>.

A questo punto, a parte la descritta carenza dei presupposti probatori necessari alla riconducibilità del proposto ad una classe pericolosa ed

---

<sup>34</sup> Cfr Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, M.I., n. 23641, *inedita*.

<sup>35</sup> Cfr Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, L.R.I., n. 31209, *inedita*.

<sup>36</sup> Cfr Cass., Sez. II, 21 gennaio 2016, P.N., 8106, in *CED Cassazione*, con la quale si è stabilito il principio secondo il quale non sarebbe necessaria ai fini dell'applicazione delle misure personali nei confronti di un soggetto già appartenente ad associazioni di tipo mafioso una verifica di attualità della pericolosità in capo al soggetto stesso, non assumendo alcuna rilevanza l'epoca nella quale si sarebbero realizzati i fatti illeciti, in difetto di chiari elementi dissociativi, invece "*necessari a vincere la presunzione di appartenenza*". Nello stesso senso si collocano molte altre pronunce (Cfr Cass., Sez. V, 18 marzo 2015, N.G. e altri, n. 43490, Cass., Sez. VI, 1 ottobre 2014, C.A., n. 43490, Cass., Sez. V., 22 marzo 2013, Z.P. e altri, n. 3538, tutte in *CED Cassazione*).

<sup>37</sup> Cfr Corte cost., 2 dicembre 2013, n 291 cit.

all'affermazione di attualità di tale condizione, vi è che il nucleo dell'accertamento delle condizioni di applicazione delle misure di prevenzione non è neppure destinato alla cognizione di un processo ordinario.

Se si guarda ancora al sistema delle misure previste dal Codice antimafia, il procedimento è infatti disciplinato da un'unica disposizione relativa alla fase di cognizione, che è l'art. 7, che dopo aver previsto la presenza del pubblico ministero e del difensore del proposto fa un laconico rinvio alla procedura prevista per l'incidente di esecuzione (art. 666 c.p.p.).

Sostanzialmente, si è di fronte ad un sistema che è di accertamento sommario.

La proposta formulata dai soggetti competenti, di fatto, non è ritenuta vincolante per il tribunale; il giudice dispone di sconfinati poteri officiosi in ordine alla prova ed all'individuazione dei motivi che sostengono la misura, che rievocano un sistema processuale d'altri tempi; non di rado, sebbene le prove debbano essere assunte in udienza, nel contraddittorio delle parti, esse entrano nel fascicolo, senza avviso ai difensori: materiali documentali della più disparata natura ed origine vengono acquisiti a seguito del deposito in cancelleria da parte di organi pronti a contrastare, con elementi dell'ultima ora, le difese del proposto, o a correggere il tiro con note informative ove spunta spesso la formula "è stato accertato che", non raramente senza alcun sostegno dimostrativo; il verbale è redatto in forma riassuntiva.

Quanto alla proposta, con la sentenza Corte cost., 25 marzo 1975, n. 69, la Consulta ha chiarito che l'atto propulsivo del procedimento di prevenzione personale, e cioè l'invito a comparire, è equiparabile all'atto di contestazione dell'accusa nel processo ordinario, e deve precisare, oltre alla misura richiesta, gli elementi sui quali si fonderà il giudizio.

Va da sé, però, che essendo gli elementi sui quali si fonda il giudizio di pericolosità privi di reale contorno, è ben difficile che l'atto propulsivo possa discostarsene in maniera così sensibile.

Inoltre, la Cassazione ha affermato che il giudice non è particolarmente ancorato alla proposta propulsiva, laddove gli elementi siano stati approfonditi e diversamente qualificati alla luce dei dati dimostrativi acquisiti nel corso dell'istruttoria: «*Nel procedimento di prevenzione non si ha violazione del principio di correlazione tra contestazione e pronuncia, qualora gli elementi fattuali posti a fondamento della prognosi di pericolosità, pur non essendo stati espressamente enunciati nella proposta, siano stati acquisiti nel contraddittorio con l'interessato*»<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr Cass., Sez. I, 25 febbraio 2009, C.B.S., n. 11494, *inedita*.

Si tratta dunque di un sistema che si presta molto facilmente all'*happening*, ed ai repentini cambi di rotta.

L'acquisizione delle prove, che quasi sempre sono costituite da documenti, avviene, attraverso il rinvio agli artt. 666 c.p.p. e 185 disp. att., "senza particolare formalità", e quindi in maniera sommaria.

Il giudice è dotato di poteri ben più ampi di quelli attribuitigli in materia probatoria nel giudizio ordinario, potendo egli «chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno» (art. 666 c.p.p.) e, nel procedimento per l'applicazione della confisca preventiva, «ove necessario procedere ad ulteriori indagini».

Risulta incrinato il principio dell'immutabilità del giudice, atteso che vi deve essere identità solo in relazione alla fase di discussione e quella di decisione, ma non rispetto a quella di acquisizione probatoria<sup>39</sup>.

La giurisprudenza di legittimità inoltre ha negato che, pur essendo la presenza del difensore necessaria, possa rilevare il legittimo impedimento del difensore medesimo, potendo lo stesso essere sostituito in questi casi da quello d'ufficio<sup>40</sup>. "Tanto è lo stesso..."

Il sistema delle impugnazioni poi, se prevede un grado d'appello tipico del processo ordinario, limita il ricorso per cassazione alla violazione di legge, e solo attraverso una lettura un po' meno *tranchant* della Consulta alla totale mancanza o apparenza di motivazione<sup>41</sup>.

Il termine tuttavia, previsto a pena di inammissibilità, pari a dieci giorni sia per l'appello, che per il ricorso per cassazione, è evidentemente destinato a rendersi inadeguato nella stragrande maggioranza dei casi, stante la complessità delle vicende generalmente trattate, e l'imprevedibilità della decisione del giudice, attesa la sostanziale indipendenza dall'atto propulsivo.

L'eventualità della pubblica udienza è frutto di una conquista recente<sup>42</sup>.

Non vi è altro da aggiungere se non che questo procedimento evoca molto i sistemi d'inquisizione ben richiamati da Franco Cordero<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Cass., Sez. I, 8 maggio 2002, A., n. 22729, in *Cass. Pen.*, 2003, 1307 con nota di MOLINARI, *Ritorno alla costante precedente giurisprudenza in tema di immutabilità del giudice nel procedimento di prevenzione*, *ibidem*, 1308 ss.

<sup>40</sup> Cass., Sez. Un., 27 giugno 2006, P.M., n. 31461, in *Giur. It.*, 2007, n. 11, 2563.

<sup>41</sup> Cfr Corte cost., 8 giugno 2016, n. 106, in *Giur. Cost.*, 2015, n. 3, 860. Cfr anche Cass., Sez. VI, 10 marzo 2008, M.U. e altro, n. 25795, in *Guida al dir.*, 2008, n. 34, 102 (s.m.).

<sup>42</sup> Sugli aspetti processuali si rinvia, per tutti, a FILIPPI, *Profili processuali: dalla proposta al giudizio di primo grado*, in *Giur. It.*, 2015, n. 6, 1539 ss, e CORTESI, *Il regime di impugnazione delle misure di prevenzione*, *ibidem*, 1545 ss.

<sup>43</sup> Cfr CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1998, 1147 ss. Sul punto Cfr anche MANTOVA-

L'applicazione di un procedimento semplificato e fluido quale quello di cui all'art. 666 c.p.p. alle misure di prevenzione non costituisce frutto di una scelta legislativa condivisibile, perché se sistemi sommari possono essere ammessi nella fase di "gestione" della pena, in questo caso ci si trova in un ambito totalmente diverso, che ha ad oggetto l'*an* ed il *quantum* di provvedimenti che possono seriamente incidere sulla sfera personale del proposto.

Insomma, le carenze del diritto sostanziale si affiancano in maniera preoccupante a quelle di un processo che è chiaramente inadeguato alla materia trattata.

**6. La questione del *bis in idem*.** Non meno centrale è nell'ambito delle misure di prevenzione il tema del *bis in idem* sostanziale e processuale, o meglio dell'eventuale sovrapposizione tra processo o provvedimento in sede ordinaria da un lato e procedimento applicativo e misura preventiva dall'altro.

Il sistema processuale italiano, come noto, stabilisce infatti attraverso l'art. 649 c.p.p. il divieto del doppio giudizio sul medesimo fatto, da intendersi come medesimo fatto storico, connotato da identità di condotta, evento e nesso causale<sup>44</sup>.

La giurisprudenza ha allora in più occasioni negato che tra le due sfere possa esservi un problema di sovrapposizione, dovendosi ritenere legittimo il cumulo, e troncando così il problema alla radice.

In particolare, la Cassazione, in un caso in cui il soggetto interessato, indiziato di appartenenza a consorterie criminali, era sottoposto a procedimento preventivo per l'applicazione della misura della sorveglianza speciale ed, in sede penale, aveva già ricevuto una condanna con l'applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata, ha affermato che non potrebbe ipotizzarsi alcuna violazione del principio del *ne bis in idem*, atteso che le misure di prevenzione avrebbero a presupposto la pericolosità sociale, mentre le conseguenze giuridiche del reato avrebbero a presupposto un fatto di reato accertato<sup>45</sup>.

In altre occasioni la Suprema Corte ha rilevato che le misure di prevenzione

---

NI, *Diritto penale*, Padova, 2015, 853, il quale, pur sostenendo la "necessità sociale" delle misure preventive, ha rilevato che "per evitare che il diritto della prevenzione venga a costituire un diritto penale del sospetto", le misure stesse debbano essere "affidate agli organi giudiziari ordinari, con una procedura munita delle garanzie giurisdizionali e di difesa non dissimili da quelle proprie del campo penale".

<sup>44</sup> Cfr Cass., Sez. I, 20 marzo 2015, A.N., n. 31208, in *Diritto & Giustizia*, 2015, n. 29, 26, con nota di GALASSO, *Il ne bis in idem sussiste nel caso di assoluta identità del fatto storico*, *ibidem*, 27.

<sup>45</sup> Cass., 44608/15, cit.

non avrebbero natura penale-sanzionatoria, e conseguentemente non si porrebbe neppure il problema di una duplicazione con le pene previste per i reati<sup>46</sup>.

In sostanza, la Cassazione ha affermato la piena legittimità di quello che, riportando quanto osservato da altri autori<sup>47</sup>, è stato definito un terzo binario, che finisce per affiancarsi alla pena, e, addirittura, alla misura di sicurezza.

Ora non ci pare che la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità sia condivisibile.

Abbiamo già rilevato che, secondo diversi studiosi del diritto penale, la natura delle misure di prevenzione sarebbe, per lo meno in prevalenza, quella sanzionatoria<sup>48</sup>.

Se ciò è vero occorre allora obiettare alle posizioni giurisprudenziali in disamina che è indubbio che il procedimento ordinario e quello preventivo mostrino, o possano mostrare, in concreto un'importante identità nell'oggetto, e cioè una specifica condotta umana, che a questo punto condurrebbe a due, o tre conseguenze: la pena e la misura preventiva, salvo il cumulo con la misura di sicurezza.

Se l'applicazione delle misure di prevenzione non richiede (generalmente) il concreto accertamento del reato, ciò non esclude, in altri termini, che quell'accertamento sia avvenuto, e che quel fatto di reato possa giustificare, nell'attuale sistema, anche l'azione preventiva.

A questo punto allora non appare possano trascurarsi le indicazioni provenienti anche dalla giurisprudenza europea nei tempi più recenti, che ha segnalato che, ai fini della qualificazione giuridica di un illecito e della verifica della natura sanzionatoria delle conseguenze ad esso correlate in base alla legge, debba prendersi in esame la reale incidenza delle conseguenze dell'illecito medesimo sulla sfera personale del soggetto interessato, per verificare se una norma contenga o meno, al di là del *nomen iuris*, una sanzione qualificabile come "penale".

Il tema evoca la questione che è stata affrontata nella nota sentenza Grande Stevens c. Italia pronunciata in data 4 marzo 2014 dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha suscitato un acceso dibattito dottrinario e giurisprudenziale, e che si riferisce al rapporto tra sanzione e processo penale da una

---

<sup>46</sup> Cfr Cass., Sez. II, 4 giugno 2015, F.L.G. n. 26235, in *CED Cassazione*.

<sup>47</sup> Il riferimento è nuovamente all'efficace espressione di Basile, sopra riportata in nota 8).

<sup>48</sup> In tal senso Cfr anche CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

parte e sanzione e procedimento tributario/amministrativo dall'altra.

Con la sentenza "Grande Stevens" la Corte ha allora affrontato il tema dell'art. 4, co. 1, del Protocollo 7 della Cedu (che prevede: «*nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato*»), attraverso una pronuncia che si basa sui seguenti capisaldi:

- i) il termine "reato" deve essere inteso con riguardo alla condotta oggetto di previsione e non in base a meri criteri formali;
- ii) la sanzione è penale laddove la stessa mostri caratteri di prevalente afflittività secondo i criteri, tra loro alternativi e non cumulativi, elaborati a tal fine già a partire dalla nota sentenza "Engel"<sup>49</sup>.

In altre parole, l'interprete al fine di accertare se una fattispecie astratta possa essere qualificata come "penale", e quindi di natura sanzionatoria o meno, deve verificare la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, per poi comunque ricorrere a criteri di natura sostanziale.

La giurisprudenza sovranazionale è quindi costante nel riconoscere natura punitiva a tutti quei provvedimenti che, seppur irrogati dall'autorità amministrativa, impongano delle apprezzabili limitazioni della libertà personale e che abbiano un carattere di particolare afflittività<sup>50</sup>.

In ordine al divieto di *bis in idem* è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea - Grande Sezione, con la sentenza 26 febbraio 2013, *Aklagaren c. Hans Akeberg Fransson*, che ha affrontato la questione della ammissibilità o meno del successivo procedimento penale a fronte di una sanzione fiscale già comminata. Il tutto alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), ai sensi del quale «*nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione Europea a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*».

Il tutto affermando principi in tutto e per tutto sovrapponibili a quelli espressi dalla Corte EDU nella citata pronuncia "Grande Stevens".

Sicché, alla luce di tali elementi di valutazione, la Corte di Giustizia ha ritenuto che se è vero che il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della CDFUE non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime viola-

---

<sup>49</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

<sup>50</sup> Sul punto, Cfr, tra le altre, Corte EDU, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*; Corte EDU, 27 novembre 2014, *Lucky Dev c. Svezia*.

zioni, una combinazione di sanzioni amministrative e penali, al fine di tutelare gli interessi dell'Unione, altrettanto vero è che il giudice nazionale ha l'obbligo di verificare che le sanzioni non abbiano, in concreto ed in base ai criteri sopra delineati, natura sostanzialmente penale, per evitare una duplicazione. Poiché, se così fosse, conclude la Corte, verrebbe violato il divieto del *bis in idem* ai sensi e per gli effetti dell'art. 50 CDFUE.

Si tratta di una serie di pronunce che sono intervenute nell'ambito dei rapporti tra diritto penale e diritto tributario, che tuttavia assumono all'evidenza validità anche nel contesto delle misure di prevenzione, e consentono di affermare che le misure di prevenzione personale hanno contenuto prevalentemente sanzionatorio e che esse non possono cumularsi con le conseguenze giuridiche del reato classiche (pena e misura di sicurezza) senza violare il divieto del *bis in idem*.

Alla luce di quanto sopra esposto, non pare allora dubbio che il sistema, a rigore, potrebbe condurre a risultati in parte assurdi:

i.) laddove il proposto avesse subito un processo ordinario conclusosi con l'irrogazione della pena, lo stesso non potrebbe subire sulla base del medesimo fatto storico né un procedimento preventivo né l'irrogazione di una misura di prevenzione. Il problema è tuttavia che il principio sarebbe destinato evidentemente ad operare anche al contrario, nel senso che, allorché il fatto avesse generato la misura di prevenzione, questo costituirebbe ostacolo ad un successivo processo penale sulla base del medesimo fatto, secondo quanto previsto dall'art. 649 c.p.p.;

ii.) qualora il proposto fosse stato sottoposto a processo con esito assolutorio, ciò precluderebbe la successiva azione preventiva sulla base del medesimo fatto storico laddove questo fosse stato radicalmente escluso nella sua essenza in sede ordinaria.

Insomma, la materia preventiva solleva una serie di questioni che dovrebbero indurre a valutare effettivamente il ricorso al *rasoio di Occam*, e la cancellazione dell'intera disciplina.

Sul tema è peraltro intervenuta di recente, sempre in ambito tributario, una pronuncia che segna un vero e proprio *revirement* da parte della Corte EDU, che con sentenza 15 novembre 2016 causa A. e B. c. Norvegia ha espresso il principio secondo il quale non sussisterebbe *bis in idem* tra procedimento irrogativo di sanzioni tributarie e penali laddove vi sia una connessione temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti e le due sanzioni.

Ora i principi espressi in quest'ultima pronuncia lasciano sconcerti, e a questo punto pare veramente inutile commentarli, e molto più opportuno rimanere in attesa di un'ulteriore (non improbabile) modifica dell'orientamento da par-

te della Corte europea (anche in ragione del fatto che contemporaneamente risultano deferite altre questioni analoghe alla Corte di giustizia<sup>51</sup>).

Ad identiche perplessità conduce la giurisprudenza stratificata della Corte EDU sul tema del *bis in idem* in ambito preventivo, secondo la quale «*le misure di prevenzione previste dalle leggi italiane che non importano un giudizio di colpevolezza, ma hanno lo scopo di impedire il compimento di atti criminali non possono essere paragonate ad una pena*»<sup>52</sup>; il tutto, dunque, con avallo del cumulo.

In altri termini, si continua a porre l'accento, anche in Europa, sul disvalore potenziale della condotta di vita a discapito di fondamentali principi, che sono rappresentati anche dal divieto di duplicazione del processo e della sanzione.

Per quanto già esposto non può esservi serio dubbio nel ritenere che le misure preventive possano importare delle limitazioni apprezzabili alla sfera personale.

E neppure può essere revocato in dubbio che le stesse possano trovare applicazione nel sistema italiano secondo la logica del sospetto.

Ma quando dal sospetto o dall'indizio (per rimanere fedeli per lo meno all'etichetta apposta dal sistema preventivo) si giunga alla prova del fatto, alla celebrazione di un processo ordinario ed all'applicazione di una sanzione caratteristica, non si vede francamente come sia possibile negare che queste conseguenze non possano venirsi ad assommare, lato processuale e lato applicativo, a quelle di un eventuale procedimento preventivo senza importare un inammissibile *bis in idem*.

In tutti questi casi, e cioè ove l'elemento posto a fondamento del giudizio penale finisca per coincidere con quello portante del giudizio preventivo, e viceversa, non può certo allora negarsi che ci si trovi di fronte ad un problema che non può essere risolto attraverso il solito ricorso alla *fiction iuris*.

Così come non può dubitarsi, indipendentemente dalla vicinanza temporale delle contestazioni (penale e preventiva), che rappresenta un dato del tutto insignificante, che il sistema ordinario e quello preventivo conducano ad un *exitus* di natura afflittiva, e che la misura preventiva pur sempre trova giustificazione in una condotta che viene ritenuta illecita e che si pone in rapporto con la stessa come di causa ed effetto.

---

<sup>51</sup> Sul tema VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio; nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>52</sup> Corte EDU, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia.

La circostanza che la pena prevista per il reato assuma una funzione sanzionatoria non esclude inoltre che la stessa rivesta anche quella preventiva.

Il problema di legittimità è poi ancora più stridente per il cumulo con la misura di sicurezza, che è fondata su un elemento identico a quello che giustifica la misura preventiva: il pericolo sociale.

Sicché il sistema si presta ingiustamente a duplicazioni di processo, e di sanzioni/conseguenze.

**7. Le misure reali.** È ora tempo di sviluppare alcune brevi considerazioni sulle misure preventive a carattere reale.

La confisca preventiva si pone nel più vasto campo delle confische previste dal sistema penale: quelle originariamente previste dall'art. 240 c.p. nell'ambito delle misure di sicurezza, quelle rese obbligatorie in relazione ad alcune fattispecie di reato<sup>53</sup>, la confisca prevista per coloro che condannati per numerose ipotesi di reato non possano giustificare la provenienza lecita del proprio patrimonio (art. 12 *sexies*, l. 8 giugno 1992, n. 306), le forme di confisca per equivalente, e quella per le persone giuridiche (art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231).

Si può osservare che per quanto concerne le misure di prevenzione si sta assistendo negli ultimi anni ad un vero e proprio *trend* in ascesa del numero dei procedimenti volti all'applicazione del sequestro ed alla successiva confisca.

Tale sviluppo probabilmente è legato a due fattori principali: innanzitutto, alla modifica del "settore di attività" della criminalità organizzata, che sembra sempre maggiormente rivolta al reimpiego dei proventi di traffici delittuosi in attività lecite o apparentemente tali; inoltre, alla maggior attenzione degli organi deputati rispetto a tali fenomeni ed al contrasto del crimine da profitto.

Sul tema è peraltro intervenuta la Direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, che ha posto in rilievo che l'Unione è particolarmente attenta proprio a tali evoluzioni criminali.

Nel sistema nazionale, a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 23 maggio 2008 n. 92 conv. l. 24 luglio 2008 n. 125, l'applicazione delle misure preventive patrimoniali è stata disgiunta da quella delle misure personali, sicché le patrimoniali hanno dismesso il proprio ruolo di accessorietà.

Questi fattori oggi hanno quindi giocoforza contribuito ad assegnare alle misure reali un ruolo veramente centrale nel sistema preventivo.

Si tenga presente, a tal proposito, che le ampie maglie dell'art. 1 del Codice antimafia hanno consentito l'estensione di questi strumenti a nuovissime cate-

---

<sup>53</sup> Cfr. art. 416 *bis*, co. 7, c.p.

gorie di soggetti pericolosi.

In questo quadro vengono dunque a ritenersi passibili di applicazione di misure di prevenzione figure di criminali “abituati” dei più diversi generi, quali l’evasore fiscale, il corruttore, ed ancora il bancarottiere.

Le misure patrimoniali infatti sono applicabili ai soggetti di cui all’art. 4 del Codice antimafia e quindi anche, per quanto appena detto, a quelli a pericolosità generica di cui all’art. 1<sup>54</sup>, e conseguentemente ad una platea molto vasta di proposti.

L’insieme di questi elementi dunque giustifica l’aumento esponenziale delle procedure di applicazione delle misure ablativo in disamina che si è registrato negli ultimi tempi.

Ora non vi è chi non veda che le questioni di legittimità relative alle misure di prevenzione personale si estendano a quelle patrimoniali.

Vi sono tuttavia altre questioni capitali ed autonome che debbono essere esaminate in questa sede perché caratteristiche del sequestro e della confisca preventiva.

Il sequestro è consentito<sup>55</sup> su beni dal valore sproporzionato, o che sulla base di «*sufficienti indizi*» si debba ritenere siano frutto di attività illecite o «*ne costituiscono il reimpiego*».

La confisca è invece applicata<sup>56</sup> oltre che sui beni dei quali il proposto non possa dimostrare la legittima provenienza e che risultino di valore sproporzionato, anche sui beni che risultino frutto di attività illecite o di reimpiego.

Quanto alle categorie soggettive, si rimanda allora a quanto già rilevato in precedenza.

In ordine al sequestro, esso è supportato da elementi indiziari.

Ciò sostanzialmente può condurre all’attivazione dello strumento in ordine a beni di notevole consistenza, che possono rimanere soggetti ad amministrazione giudiziaria per un tempo considerevole, spesso perdendo, nel caso di complessi aziendali, in maniera irrimediabile, la propria capacità produttiva.

I problemi centrali del sequestro sono allora rappresentati dal fatto che esso, adottabile in via anticipata rispetto all’udienza<sup>57</sup>, può essere applicato dal medesimo giudice che deciderà sulla confisca, e che il decreto di sequestro non è ritenuto appellabile stante il principio di tassatività delle impugnazioni<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup> Cfr. art. 16 Codice antimafia.

<sup>55</sup> Art. 20 Codice antimafia.

<sup>56</sup> Art. 24 Codice antimafia.

<sup>57</sup> Art. 23 Codice antimafia.

<sup>58</sup> Cfr da ultimo Cass., Sez. II, L.G.G., 21 aprile 2016, n. 20237, *inedita*.

Si tratta dunque di criticità che meriterebbero una più profonda riflessione da parte del legislatore.

Quanto alla successiva confisca, la giurisprudenza ha in più occasioni rilevato che incombe sul proposto l'onere di dimostrare la provenienza lecita del bene, e la proporzione tra il valore del bene oggetto del procedimento preventivo e la capacità economica derivante da attività lecita<sup>59</sup>.

Anche posizioni interpretative (apparentemente) più moderate di quella appena esposta giungono comunque ad affermare che, seppur incombendo sulla parte pubblica l'onere dimostrativo, questo potrebbe essere assolto anche in base a presunzioni<sup>60</sup>.

Si tratta di un soggetto pericoloso, e quindi, al di là del dato testuale, che sembrerebbe assegnare al proponente l'onere dimostrativo, ciò di per sé giustifica (secondo la Cassazione) l'inversione.

C'è da notare, per inciso, che la giurisprudenza ha anche in più occasioni chiarito che il proposto non può validamente opporre che i beni oggetto delle misure patrimoniali siano frutto di evasione fiscale<sup>61</sup>.

Il che, sempre per inciso, dovrebbe far propendere allora a più forte ragione per la natura sanzionatoria della misura.

Sostanzialmente allora accade questo: il giudizio sulla pericolosità sociale richiede l'allegazione di elementi descrittivi e dimostrativi molto "leggeri"; laddove il proposto non riesca a comprovare la legittima provenienza del bene ciò si traduce nell'illegittimità della relazione con la *res*, e quindi nella confisca.

Il sistema descritto si va ad inserire in un contesto che forma una rete: i singoli reati possono sfociare nella confisca/misura di sicurezza; alcuni di essi giustificano in caso di condanna la confisca allargata che consente l'acquisizione di tutti i beni patrimoniali di valore sproporzionato; qualora venga attivato un procedimento di prevenzione, anche sulla base degli stessi elementi posti a fondamento del processo penale, ciò può condurre alla confisca preventiva di beni che risultino sproporzionati; laddove falliscano i tentativi di ablazione sopra descritti il sistema consente la confisca per equivalente. Il cielo non voglia che nelle more si attivino anche gli organi tributari che contestino patrimoni non adeguatamente supportati dalla dichiarazione dei redditi.

Allora, se non vi è dubbio che, quale sia la fonte o lo strumento repressivo,

---

<sup>59</sup> Cfr da ultimo Cass., Sez. VI, 9 giugno 2015, C.C., n. 31751, *inedita*.

<sup>60</sup> Cfr Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, ric. Spinelli, n. 4880, pubblicata tra l'altro in *Cass. Pen.*, 2015, n. 10, 3520.

<sup>61</sup> Cfr Cass., Sez. II, 27 marzo 2012, B.G., n. 27037, *inedita*.

l'ordinamento debba contrastare l'accumulazione illegittima della ricchezza, sorge spontaneo il quesito se questi mezzi possano cumularsi, ed a quali effetti.

Il tema evoca nuovamente il problema del *bis in idem*, e più a monte quello dell'individuazione della natura giuridica della confisca preventiva.

Riteniamo che tale ultima questione debba essere affrontata attraverso l'esame di due elementi: l'applicabilità della misura ablativa anche a seguito del decesso del proposto, e l'attualità del pericolo.

La Corte costituzionale, in particolare, ha in più occasioni riconosciuto la legittimità del sistema preventivo patrimoniale con riferimento all'attuale art. 18 del Codice antimafia nella parte in cui consente l'avvio del procedimento e l'applicazione di misure ablative anche nel caso di decesso del proposto<sup>62</sup>.

A ciò si aggiunga che, secondo costanti orientamenti giurisprudenziali, in tema di misure di prevenzione la pericolosità del proposto si trasferirebbe alla *res*, rendendola oggetto di provvedimento ablativo indipendentemente dalla pericolosità del proprio titolare al momento dell'applicazione della misura reale<sup>63</sup>.

Secondo la Cassazione, per quanto detto, «*l'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest'ultimo lo stato di pericolosità, perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso*»<sup>64</sup>.

La già citata Direttiva 2014/42/UE, all'art. 5 ha peraltro stabilito il seguente principio: «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo*».

---

<sup>62</sup> Cfr Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Giust. Pen.*, 1997, n. 1, 4, Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21, in *Giur. Cost.*, 2012, n. 1, 224, e Corte cost., 30 luglio 2012, n. 216, in *Giur. Cost.*, 2012, n. 4, 3131.

<sup>63</sup> Cfr Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, F.F., n. 39204, in *Riv. Pen.*, 2013, n. 11, 1122

<sup>64</sup> Cfr Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, M.I, n. 23641, *cit.*

*timo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose». Sicché, non è affatto contemplato il requisito dell'attualità della pericolosità del proposto.*

Alcuni hanno osservato, quindi, che la misura patrimoniale preventiva assumerebbe una "geometria variabile", in quanto potrebbe mantenere un qualche requisito preventivo laddove il proposto, al momento dell'applicazione della misura, dopo aver acquisito la *res* in maniera illecita, mostrasse una pericolosità attuale; diverrebbe invece puramente sanzionatoria in assenza di tale requisito<sup>65</sup>.

Ora questi due elementi (l'applicabilità della misura anche all'esito del decesso del proposto ed indipendentemente dall'attualità del pericolo), uniti alla previsione della confisca per equivalente, sono invece a nostro avviso altamente dimostrativi della prevalenza costante del momento sanzionatorio rispetto a quello preventivo, che assume un peso ancora inferiore a quello relativo alle misure personali.

Tuttavia tale impostazione non coincide affatto con quella accolta in giurisprudenza.

La Corte EDU, nel riconoscere in diverse occasioni la legittimità del sistema preventivo italiano a carattere patrimoniale, ha attribuito infatti alla confisca natura "non penale"<sup>66</sup>, e quindi non sanzionatoria.

La Corte di Cassazione, dal canto suo, in diverse pronunce ha stabilito che la misura della confisca avrebbe natura preventiva e non sanzionatoria; e che, contemporaneamente, sarebbe assimilabile a taluni effetti alle misure di sicurezza e, in quanto tale, non sarebbe soggetta al principio di irretroattività secondo quanto disposto dall'art. 200 c.p.<sup>67</sup>.

Il sistema ha quindi passato indenne la galleria del vento della verifica giurisdizionale europea e nazionale.

Sicché, in definitiva, risultano sottoponibili a misura reale tutti quei beni dei quali il soggetto, più o meno pericoloso, che venga ad assumere la qualifica di proposto non possa dimostrare la legittima provenienza.

Insomma la confisca di prevenzione consente l'ablazione di interi patrimoni che risultino, per via della posizione del titolare, potenzialmente sospetti o non adeguatamente giustificati in punto di liceità.

---

<sup>65</sup> In tal senso si veda MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, n. 2, 942 ss.

<sup>66</sup> Corte EDU, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia.

<sup>67</sup> Cfr da ultimo Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2016, B.R., n. 5536, *inedita*, e in precedenza Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880 cit.

Tuttavia, riteniamo che in questo quadro, ad una più obiettiva analisi<sup>68</sup>, non possa negarsi l'assoluta insussistenza di quelle "finalità dissuasive" evocate in giurisprudenza a sostegno della natura preventiva e non sanzionatoria delle misure reali.

L'applicazione disgiunta rende evidentemente la confisca prevista dalle leggi in materia di misure preventive una vera e propria sanzione, laddove la  *fictio iuris* del trasferimento della pericolosità dalla persona alla cosa, e dell'immanenza della pericolosità sulla cosa stessa, francamente non può avallare interpretazioni di senso difforme.

Il problema della natura delle misure di prevenzione patrimoniale, della loro portata sanzionatoria, della legittimità del sistema rispetto ai principi di legalità e materialità, ed il problema del  *bis in idem* sostanziale e processuale, rappresentano allora un campo ancora da esplorare in profondità.

Uno spunto per una rivisitazione della soluzione della questione potrebbe essere stimolato, ancora una volta, dalla giurisprudenza europea, attraverso l'esame del tema della confisca determinata da illecito edilizio/urbanistico.

E, difatti, la Corte EDU è nuovamente tornata ad occuparsi della confisca da lottizzazione abusiva<sup>69</sup>, estendendo il vaglio di legittimità all'applicabilità della misura di sicurezza nel caso di sentenze assolutorie per intervenuta prescrizione del reato (laddove, invece, nella sentenza 20 gennaio 2009 nella causa Sud Fondi c. Italia la questione era stata trattata con riferimento alla formula assolutoria «*perché il fatto non costituisce reato*»).

Ebbene, con la sentenza del 29 ottobre 2013 nella causa Varvara c. Italia, la Corte ha posto un divieto categorico di irrogare la misura ablativa in parola in presenza di una pronuncia di assoluzione per prescrizione; e ciò pur a fronte di un accertamento incidentale della responsabilità penale dell'imputato. Ad avviso della Corte di Strasburgo, infatti, la confisca potrebbe essere applicata solo all'esito di un pieno ed esaustivo accertamento della colpevolezza del soggetto agente attraverso una sentenza di condanna.

Ora, se il principio è valido per le misure di sicurezza, esso mette in crisi anche il sistema delle misure di prevenzione, laddove si pervenisse ad affermarne la natura prevalentemente sanzionatoria, ma anche qualora dette misure si ritenessero anche solo parzialmente parificabili alle misure di sicurezza.

Per quanto concerne il sequestro e la successiva confisca un altro tema centrale è poi rappresentato dalla tutela del terzo.

---

<sup>68</sup> Sul tema Cfr anche BERNARDI, *Problemi irrisolti per le misure di prevenzione patrimoniali*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3, 1 ss.

<sup>69</sup> Art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

L'art. 26 del Codice antimafia stabilisce infatti per taluni soggetti legati al proposto, o per operazioni a titolo gratuito, una presunzione (*iuris tantum*) di interposizione fittizia, e quindi di sottoponibilità dei beni a procedura ablativa.

Di contro, per quanto concerne atti a titolo oneroso non compiuti dal proposto con persone nella cerchia dei propri familiari, la prova dell'interposizione deve essere evidentemente di natura rigorosa e deve ritenersi a carico del soggetto che ha formulato la proposta applicativa<sup>70</sup>, o comunque del giudice, attesi i poteri di soccorso dei quali è investito.

Trattasi però di un sistema fluido, ove spesso, nella prassi applicativa, è facile mettere insieme indizi ed affermarne la gravità, precisione e concordanza, e ove non di rado si assiste a ragionamenti presuntivi che derivano da altre presunzioni.

Il tutto peraltro avviene in un ambito ove il processo non fornisce le medesime garanzie previste per il sistema penale ordinario; l'insussistenza di barriere temporali rispetto a beni confiscabili (che si pone come un *unicum* nel nostro ordinamento giuridico, nella misura in cui ogni diritto o azione sono generalmente sottoposti a termini, specie laddove si tratti di diritti patrimoniali ove è necessario tutelare la stabilità delle relazioni economiche) inoltre aggrava la difesa del terzo, spesso costretto a ricostruire fatti e situazioni molto risalenti nel tempo.

C'è tuttavia da notare al riguardo che è recentemente intervenuta un'importante sentenza della Corte EDU<sup>71</sup>. Nello specifico, la legislazione bulgara prevede la possibilità di applicare la confisca a beni dei quali il proposto non possa dimostrare la legittima provenienza e siano sproporzionati rispetto ai redditi dichiarati; e ciò indipendentemente dall'accertamento della realizzazione di reati da parte del proposto medesimo.

In questo caso, la Corte EDU ha rilevato l'illegittimità della normativa bulgara nella misura in cui consente all'autorità competente di agire senza alcun limite temporale.

Sicché, questo appare certamente un altro punto nodale attraverso il quale il legislatore dovrebbe ripensare la disciplina delle misure preventive reali<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 9 febbraio 2011, B.F. e altri, n. 6977, in *Cass. Pen.*, 2012, n. 4, 1503.

<sup>71</sup> Corte Edu, 3 marzo 2015, Dimitrovi c. Bulgaria.

<sup>72</sup> Sul tema si veda MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: Nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, n. 3, 1259 ss., che ha rilevato per l'appunto la necessità di chiare delimitazioni temporali all'azione preventiva.

**8. Conclusioni.** È il momento di rassegnare delle brevi conclusioni di sintesi. Il sistema delle misure preventive solleva numerose perplessità sotto il profilo della conformità costituzionale.

L'insieme delle norme che compongono questo sistema sembra essere giustificato sostanzialmente dall'efficacia, che nel bilanciamento degli interessi il legislatore ritiene evidentemente più importante della tutela delle garanzie costituzionali.

L'emergenza perenne, alimentata da nuove e variegata forme di criminalità, viene contrastata con strumenti di intervento anticipato ai quali difficilmente il legislatore rinuncerà.

Non di meno l'apertura all'indizio finalizzata all'efficienza, come sostenuto da autorevole dottrina, genera la cultura dell'errore<sup>73</sup>.

E che in tema di misure di prevenzione si debba parlare di confini mobili e di una sconfinata giovinezza è indubitabile, come attesta peraltro il recente disegno di legge 2134 all'esame del Parlamento.

Si tratta di una proposta di riforma del Codice antimafia che muove attorno alle seguenti direttrici:

- i.) l'ulteriore estensione delle classi di soggetti pericolosi "qualificati" in base ad ulteriori fattispecie di reato, ed in particolare per gli indiziati di vari reati contro la pubblica amministrazione;
- ii.) la codificazione di molti dei principi consolidati in giurisprudenza;
- iii.) l'introduzione di numerose norme relative alla gestione dei beni patrimoniali oggetto di sequestro e confisca.

Si aggiunga che con il DL 20 febbraio 2017, n. 14, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città" (in GU n. 42 del 20 febbraio 2017), sono state introdotte addirittura ulteriori norme che modificano ed amplificano l'apparato preventivo<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> In questo senso si è espresso Pulitanò nella relazione conclusiva al convegno di Milano.

<sup>74</sup> Non è possibile in questa sede analizzare compiutamente la novella, in attesa di conversione. Può in sintesi tuttavia rilevarsi che al fine di tutela della sicurezza urbana, oltre a varie norme di carattere amministrativo e penale, sono stati introdotti: i.) una misura di competenza del questore che, in caso di pericolo per la sicurezza, può disporre l'allontanamento da determinate aree strategiche di soggetti che in precedenza abbiano tenuto alcune condotte che abbiano violato "il decoro di particolari luoghi" (art. 10 commi 2-3 in combinato disposto con l'art. 9 commi 1-2); ii.) una misura di competenza dello stesso questore, che può inibire, per ragioni di sicurezza, l'accesso a luoghi pubblici nei confronti di soggetti condannati in via definitiva, o comunque in grado di appello, per la "vendita o cessione" di sostanze stupefacenti o psicotrope perpetrate in luogo pubblico (art. 13); iii.) delle modifiche al Codice antimafia, nella misura in cui tra i soggetti a pericolosità generica sono stati inseriti coloro che abbiano reiteratamente violato il foglio di via obbligatorio, o i divieti di frequentazione di de-

Non sembra dunque che il legislatore sia affatto orientato ad una svolta garantista, ed anzi lo stesso appare mosso dalla volontà di allargare la disciplina a nuovi ambiti e di renderne più efficace l'esecuzione; il tutto in base a principi che, sebbene discussi, si ritiene evidentemente debbano restare fermi.

La vaghezza dei contorni delle classi pericolose, e dei requisiti per inferire la pericolosità e l'attualità del pericolo non consentono una correzione del sistema neppure attraverso una lettura costituzionale delle norme da parte della giurisprudenza: è a rischio l'innocente.

Per quanto attiene in particolare alle misure di prevenzione reale, queste prestano il fianco ad autonome censure, e probabilmente potrebbero essere rimosse dal sistema senza troppi rimpianti, lasciando il campo alle altre misure patrimoniali ed ad un sistema di repressione dell'illecito fiscale più efficiente (peraltro già destinato oggi a riattivarsi nel caso di revoca delle misure preventive<sup>75</sup>), che costituirebbe un valido strumento di contrasto alla formazione illecita o anche solo ingiustificata del patrimonio senza necessità di quello preventivo.

Le questioni esaminate dunque suggerirebbero un intervento demolitivo del sistema preventivo nel suo complesso.

Una soluzione di compromesso potrebbe essere rappresentata, in ogni caso, oltre che da una maggior definizione e restrizione delle classi pericolose, con eliminazione di quelle generiche<sup>76</sup>, dall'individuazione di ferme preclusioni al

---

terminati luoghi previsti dalla vigente normativa, ed è stata prevista la possibilità di applicare al sorvegliato speciale il braccialetto elettronico (art. 15). Oltre alle misure indicate ai primi due punti, che sembrano a prima lettura qualificabili come misure preventive vere e proprie, l'intervento normativo finisce addirittura per ampliare le classi pericolose generiche. Non possono dunque che ribadirsi le perplessità già esposte nel presente contributo.

<sup>75</sup> Art. 20, co. 3, Codice antimafia.

<sup>76</sup> È peraltro notizia dell'ultima ora che la Grande Camera della Corte EDU, con sentenza 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia ha sancito la non conformità ai principi europei (ed in particolare all'art. 2 Prot. 4 CEDU) della disciplina interna relativa alle classi pericolose generiche, rilevando per l'appunto il difetto di tassatività delle disposizioni, sia in ordine alla riconducibilità alle categorie pericolose sia in ordine alle misure concretamente irrogabili. Il tutto sebbene la Corte abbia ribadito, ancora una volta, la natura "non penale" delle misure preventive (con il solito, approfondito e critico dissenso del Giudice Pinto). La sentenza è stata già annotata da 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*, e da VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, entrambe in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it). Non essendo questa la sede per esaminare compiutamente la pronuncia, possiamo tuttavia affermare che la stessa si pone perfettamente in linea con le criticità esposte nel presente contributo, e prevedere che la stessa possa importare forti scosse alla stabilità del sistema preventivo.

*bis in idem*, e di una congrua limitazione temporale all'azione per le misure reali.

Certamente, infine, un altro passo può senza dubbio essere rappresentato dall'integrale estensione alle misure di prevenzione, personali e patrimoniali, del sistema processuale ordinario, non sussistendo ragionevolezza nella disparità tra la disciplina preventiva e quella comune.