

CONVEGNI

ADELMO MANNA

Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina *

L'Autore passa in rassegna la storia delle misure di prevenzione che nascono nella seconda metà dell'Ottocento come misure amministrative di polizia e che non perderanno mai nel corso del tempo questa loro caratteristica, proprio perché prive del presupposto della commissione di un fatto di reato, come invece le misure di sicurezza. Da qui il T.U.L.P.S del 1931, la Legge generale del 1956 sulle misure di prevenzione personali, i successivi aggiustamenti con l'aggiunta degli elementi di fatto e, soprattutto, l'introduzione nel 1982 delle misure di prevenzione di carattere patrimoniale. Queste ultime costituiranno e costituiscono il vero banco di prova della legittimità del sistema, giacché anche parte autorevole della dottrina si affianca alla giurisprudenza nel considerarle misure amministrative. Interviene però di recente la CEDU con la sentenza De Tommaso, che, seppure attraverso l'art. 2, prot. 4, ritiene alcuni presupposti come il vivere onestamente e l'osservare le leggi in contrasto con il diritto comunitario per la loro indubbia vaghezza. La reazione della giurisprudenza nazionale, sia di merito, che di legittimità, risulta ondivaga ma alla fine viene investita la Corte costituzionale, la cui udienza è fissata per il prossimo novembre 2018. Il saggio si conclude con una proposta dell'Autore, che, in linea con altra parte della dottrina, ritiene viceversa necessaria una profonda trasformazione delle misure *de quo*, perché possano legittimamente inserirsi nel sistema penale, e cioè la loro trasformazione in misure di sicurezza.

The author reviews the history of preventive measures that arise in the second half of the nineteenth century as police administrative measures and that will never lose their characteristic over time, precisely because they lack the assumption of the commission of a crime, as the security measures. Hence the T.U.L.P.S of 1931, the 1956 General Law on Personal Prevention Measures, the subsequent adjustments with the addition of the facts and, above all, the introduction in 1982 of patrimonial prevention measures. The latter will constitute and constitute the real test of the legitimacy of the system, since also an authoritative part of the doctrine is added to the jurisprudence when considering administrative measures. However, the ECHR recently intervened with the De Tommaso ruling, which, although through art. 2, prot. 4, considers some prerequisites such as living honestly and observing laws in contrast with Community law because of their undoubted vagueness. The reaction of the national jurisprudence, both of merit and legitimacy, is wavering but in the end the Constitutional Court is invested, whose hearing is scheduled for next November 2018. The essay ends with a proposal by the author, who, in along with another part of the doctrine, on the other hand, a profound transformation of the measures in question is necessary, because they can legitimately fit into the penal system, that is, their transformation into security measures.

SOMMARIO: 1. L'origine delle misure di prevenzione: la legge Pica del 1863. - 2. Il testo unico delle legge di pubblica sicurezza del 1931 ed il confino. - 3. La legge generale del 1956 che introduce un sistema di misure di prevenzione personali. - 4. L'aggiunta, con la legge del 1988, dell'inciso "in base ad elementi di fatto" ed il suo evanescente significato. - 5. L'intervento ablativo della Corte costituzionale del 1980 circa i "proclivi a delinquere" come sorta di anticipazione di ciò che anni dopo avverrà in sede Cedu. - 6. La legge del 1982 e l'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali, quali sequestro e confisca, allo scopo di interrompere il flusso di denaro proveniente dai reati-scopo ed indirizzato alle organizzazioni criminali. - 7. I presupposti di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e l'inversione dell'*onus probandi*. - 8. Le misure di prevenzione patrimoniali e la loro maggior accettazione da parte di qualificati settori della dottrina, perché incidenti su di un bene di minor rilievo rispetto alla libertà personale, cioè il patrimonio. - 9. Le misure di prevenzione alla luce della giuri-

sprudenza comunitaria ed in particolare dei cd. criteri Engel. - 10. Il persistere da parte del legislatore italiano con le misure di prevenzione patrimoniali, con il primo ed il secondo Codice anti-mafia, del 2011 e del 2017 e la loro estensione a materie al di fuori della criminalità organizzata. - 11. L'irrompere della giurisprudenza comunitaria con la sentenza De Tommaso, che ha invece condannato lo Stato italiano a causa della indeterminatezza dei termini "osservare le leggi" e "vivere onestamente". - 12. La reazione della giurisprudenza italiana, tra giudici di merito e di legittimità, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale. - 13. Conclusioni: una soluzione *de iure condendo* per inserire le misure di prevenzione in ambito penale, superando così lo iato tra dottrina e giurisprudenza.

1. L'origine delle misure di prevenzione: la legge Pica del 1863.

Non è possibile individuare la dimensione odierna delle misure di prevenzione, se non le si inquadra da un punto di vista storico. Le misure di prevenzione nascono nella seconda metà del XIX secolo, quando, esauritasi con successo l'impresa dei Mille, Garibaldi consegna a Teano, a Vittorio Emanuele II, il Regno delle Due Sicilie, e quindi si costituisce l'Unità d'Italia. Si pone quindi il problema della regolamentazione del brigantaggio, e i piemontesi decidono di affrontarlo inizialmente in due modi, l'uno a livello militare e l'altro attraverso la giurisdizione dei tribunali militari di guerra. Ci si accorse però subito come la giurisdizione in materia dei tribunali in questione avesse poco a che fare con il brigantaggio, per cui si pose un problema di conflitto con il principio del giudice naturale precostituito per legge. Da qui la ricerca di una terza via e quindi il varo della cd. legge Pica, n. 1409 del 1863, che era una legge temporanea e che per la prima volta introduceva le misure di prevenzione nell'ordinamento giuridico, attraverso il cd. domicilio coatto appunto per contrastare il brigantaggio. La dottrina dell'epoca, in particolare il sommo Carrara, tenne a distinguere nettamente il diritto penale, fondato sulla colpevolezza per il fatto, rispetto a queste nuove misure che ad avviso del grande penalista costituivano invece l'espressione di un diritto di polizia, come tale appartenente al diritto amministrativo proprio perché secondo la Scuola Classica la funzione preventiva era appunto appannaggio delle forze dell'ordine¹. Essendo una legge temporanea, rimase in vigore per alcuni anni, perché dopo l'unificazione allo Stato italiano del 1870 anche dello Stato della Chiesa, progressivamente l'utilizzazione di tale strumento venne scemando. In particolare in quanto si verificò soprattutto nelle regioni del Sud Italia il ben noto fenomeno dell'emigrazione soprattutto nel Nord e nel Sud Ameri-

* Testo, rivisto e con l'aggiunta delle note, della relazione tenuta al *Workshop* "L'efficacia e l'impatto delle misure di prevenzione", Foggia, Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza, 26 settembre 2018.

¹ CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Bologna, 2007 (I ed. 1874), 403 ss.; sulla legge Pica, CICONTE, *La grande mattanza - storia della guerra al brigantaggio*, Roma-Bari, 2018, 115 ss. e, *quivi*, 177 ss.

ca, per cui il brigantaggio si dissolse praticamente e quindi non vi fu più bisogno di ricorrere a misure di prevenzione.

2. Il testo unico delle legge di pubblica sicurezza del 1931 ed il confino.

Il dado però era stato tratto, e quindi non vi è dubbio che con l'avvento del Fascismo, ritornano in auge le misure di prevenzione, che – si badi – sono *ante* ma soprattutto *praeter delictum*, tanto è vero che hanno costituito uno dei capitoli fondamentali del famigerato Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza n. 773 del 18 giugno 1931². A questo proposito va rilevato che il domicilio coatto viene in questo caso trasformato nella ben nota misura del cd. confino di polizia, con il quale venivano relegati soprattutto nelle isole, ma non solo, gli avversari politici del regime, come i socialisti, i comunisti e gli anarchici, ma anche gli omosessuali nonché soprattutto dopo le leggi razziali, gli ebrei, che però trovarono una fine ben peggiore nell'incarcerazione e poi nella famigerata strage delle Fosse Ardeatine. Ciò che però più rileva a livello giuridico è che trattandosi appunto di un diritto amministrativo di polizia, parallelo a quello penale, spesso il confino veniva irrogato dopo che il soggetto aveva scontato la pena detentiva nell'ambito di un processo penale. E ciò che infatti avvenne a diversi imputati, condannati a pene assai elevate dal Tribunale speciale per la difesa dello Stato nel famigerato “processone” del 1927, tanto è vero che molti, dopo aver scontato la pena, vennero sottoposti al confino, come Sandro Pertini, Carlo Levi e Altiero Spinelli che, con Eugenio Colomi ed Ernesto Rossi, elaborò il cd. Manifesto di Ventotene sui futuribili Stati Uniti d'Europa.

3. La legge generale del 1956 che introduce un sistema di misure di prevenzione personali.

Dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale nel 1948, sembrava che il diritto di polizia avrebbe ceduto il passo al più garantista diritto penale del fatto: pia illusione che infatti fu presto contraddetta dal varo addirittura di una legge generale che introduceva e disciplinava le misure di prevenzione personali, ovvero la legge n. 1423 del 27 dicembre 1956, che aveva lo scopo di giurisdizionalizzare le misure di prevenzione in armonia appunto, almeno apparente, con la Carta costituzionale³. Tuttavia, le misure in oggetto trovano

² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 15°, a cura di GROSSO, Milano, 2008, 600 ss.

³ Sul punto, per uno stimolante quadro storico, autorevolmente PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, spec. 195 ss.; nonché, più di recente, STANIG, *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2018, 3 ss. e spec. 33 ss.; MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patri-*

come presupposti ovviamente non già tipologie di fatti, bensì tipologie d'autore come in particolare gli oziosi ed i vagabondi. Va da sé che, per quanto riguarda gli oziosi, ovviamente non ci si riferiva agli aristocratici e comunque a persone con notevoli disponibilità economiche, perché costoro sicuramente non mettevano in pericolo la sicurezza pubblica, come infatti avviene nel ben noto romanzo sul Conte Oblomov⁴. Invece il riferimento è evidente a persone sprovviste di disponibilità economiche oppure senza fissa dimora, che proprio a causa delle loro condizioni esistenziali, potevano risultare pericolose per la sicurezza pubblica, nel senso che sarebbe stato possibile se non addirittura probabile che, magari per sostentarsi, avrebbero commesso reati. Non v'è però chi non veda come l'utilizzazione di tipologie d'autore avvicini in modo sinistro i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione personali alle degenerazioni del diritto penale nazionalsocialista, ove infatti – accanto alla colpevolezza per il fatto – si era fatta sempre più strada la colpevolezza per il modo di essere della persona nonché per la sua condotta di vita⁵. Ad ogni modo, accanto agli oziosi ed ai vagabondi, l'art. 1 della legge del 1956 prevede altri tre presupposti, anch'essi però connotati da una genericità tipica appunto di un diritto di polizia: si faccia infatti in primo luogo il caso di coloro che debbano ritenersi abitualmente dediti a traffici delittuosi, non meglio specificati. Altrettanto è a dirsi per coloro che, a causa della condotta o del tenore di vita, debba ritenersi che vivano abitualmente anche in parte con i proventi di attività delittuose, di cui però non si specifica in alcun modo la natura. Infine, anche per quanto attiene a coloro che per il loro comportamento debba ritenersi che siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica, la maggiore specificazione di quest'ultima parte, seppure ovviamente relativa, fa solo da debole contrappeso al presupposto del ritenersi che siano “dediti a”, dove non c'è dubbio che ciò comporta una discrezionalità sostanzialmente senza limiti di colui che dovrà applicare tale normativa. Vi è poi l'art. 2, cioè il foglio di via obbligatorio per le persone che siano pericolose per la sicurezza pubblica e fuori dai luoghi di residenza, per cui il questore, attraverso questo strumento, può rimandarle da dove pro-

moniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto, in *La giustizia penale preventiva - Ricordando Giovanni Conso*, Cagliari, 29-30 ottobre 2015, Milano, 2016, 145 ss.

⁴ GONCAROV, *Oblomov*, Torino, 2006 (I ed. 1859).

⁵ Sul diritto penale nazionalsocialista e le sue degenerazioni rispetto ad un diritto penale liberal-garantista, sia consentito, anche per i relativi riferimenti bibliografici, il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4°, Milano, 2017, 10 ss.; nonché nella dottrina tedesca VORBAUM, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 83 ss.

venivano, e questo mezzo è stato com'è noto usato prevalentemente per “combattere” la prostituzione, su cui ha giustamente ironizzato quel grande cantautore, purtroppo scomparso, del calibro di Fabrizio De André, con la famosa canzone “Bocca di rosa”. Questi evidenti scopi securitari hanno però suscitato perplessità di ordine costituzionale soprattutto in rapporto all’art. 13 della Costituzione da parte di autorevoli costituzionalisti, come da un lato Leopoldo Elia, e dall’altro Giuliano Amato⁶. Purtuttavia, il riferimento all’art. 13 Cost. rischiava di non costituire uno strumento per scardinare le misure in oggetto, proprio perché la legge del 1956 aveva avuto come precipuo scopo quello della giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione, che quantomeno colmava uno dei due requisiti dell’art. 13, consistente nell’atto motivato da parte dell’autorità giudiziaria, visto che l’altro – cioè la previsione legislativa – era ovviamente *in re ipsa*. Il vero problema, come dimostrò successivamente un penalista del calibro di Franco Bricola nel famoso convegno di Alghero del 26-28 aprile 1974 su “Le misure di prevenzione”, era infatti, anche a nostro avviso, il mancato coordinamento tra l’art. 13 e l’art. 25, co. 2, Cost., che però avrebbe presupposto una classificazione penalistica delle misure di prevenzione, che invece, come si dimostrerà, ha sempre trovato contraria (e non per caso) la giurisprudenza sia nazionale che comunitaria⁷.

4. L’aggiunta, con la legge del 1988, dell’inciso “in base ad elementi di fatto” ed il suo evanescente significato.

Tuttavia, gli alti lai della dottrina più garantista evidentemente avevano fatto breccia sul legislatore, tanto è vero che con la legge del 1988, n. 327, in materia di misure di prevenzione personali, si è aggiunto l’inciso “sulla base di elementi di fatto”, evidentemente allo scopo di avvicinare i presupposti delle misure di prevenzione a quelli delle misure di sicurezza e comunque al sistema penale, lambendo cioè il cd. fatto di reato. Anche questa, però, ad un più attento esame, non può che dimostrarsi una pia illusione, perché di nuovo integra una sorta di cambiale in bianco firmata dal Legislatore, ed indirizzata all’organo che dovrà applicare la misura, che infatti avrà piena discrezionalità, sconfinante nell’arbitrio, nell’individuare evidentemente caso per caso, quali siano questi cd. elementi di fatto, che appunto invece, di avvicinare le misure

⁶ ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 13 ss.; AMATO G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, spec. 499 ss.

⁷ BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione* (1974), in ID., *Scritti di diritto penale*, I, II, Milano, 1997, 871 ss.; per una concezione invece più favorevole alla legittimità delle misure di prevenzione *ante delictum*, cfr. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1973, 462 ss.

di prevenzione al diritto penale, rientrano, a ben considerare, nel tipico modello securitario del diritto di polizia.

5. L'intervento ablativo della Corte costituzionale del 1980 circa i "proclivi a delinquere" come sorta di anticipazione di ciò che anni dopo avverrà in sede Cedu.

Anche la Corte costituzionale, però, in quel torno di anni, è intervenuta con un'importante sentenza del 1980, la n. 177⁸, che ha dichiarato illegittima la categoria dei "proclivi a delinquere", evidentemente perché troppo vaga e che risentiva degli arcaici stilemi della Scuola Positiva, con evidente riferimento al delinquente per tendenza, difatti applicato rarissimamente, che tuttavia apre un'importante finestra, che poi verrà ripresa, a distanza di tempo, dalla Corte EDU, sulla necessità di una tassativizzazione legislativa dei presupposti applicativi della misura, che, nonostante i tentativi d'individuare presupposti diversi, non può che attenere alla determinatezza in materia penale, come corollario della stretta legalità.

6. La legge del 1982 e l'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali, quali sequestro e confisca, allo scopo di interrompere il flusso di denaro proveniente dai reati-scopo ed indirizzato alle organizzazioni criminali.

La Legge n. 646 del 1982, non a caso varata dopo la barbara uccisione del generale Carlo Alberto Dalla Chiesa e della di lui consorte, quindi come espressione di quella che il collega Sergio Moccia ha definito la "perenne emergenza"⁹, tuttavia presenta una *ratio legis* non già simbolico-espressiva, bensì di carattere razionale, nel senso che il legislatore si rende conto come di fronte alla criminalità organizzata la pena detentiva non è sufficiente come strumento di prevenzione generale e/o speciale, in quanto ovviamente, incarcerato il cd. "boss", naturalmente, come in ogni impresa, seppure di caratura criminale, la sfera del comando o viene delegata ad altri oppure viene assunta direttamente da altri soggetti, fra i quali vanno anche annoverate sempre più spesso le parenti strette dei boss medesimi e, quindi, il reato continua ad essere portato, come suol dirsi, a conseguenze ulteriori. In tale prospettiva è evidente come l'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali posseda un preciso scopo, che è quello di recidere il flusso di denaro che si sviluppa dalla commissione dei cd. reati-scopo per giungere a conservare, se non

⁸ Corte cost., n. 177 del 1980 in *Foro it.*, 1981, I, 329 ss.; in argomento, v. CONTRAFATTO, *La sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzioni patrimoniali*, in *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, a cura di Balsamo, Contrafatto, Nicastro, Milano, 2010, 78 ss.

⁹ MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a, Napoli, 1997.

addirittura a rafforzare, la stessa organizzazione criminale, tanto è vero che la stessa giurisprudenza, seppure in un settore finitimo, come il concorso esterno in associazione di tipo mafiosa, nell'ultima sentenza delle Sezioni unite penali del 2005, ric. Mannino¹⁰, utilizza il modello del reato di danno, ma ove gli eventi consistono appunto nella conservazione o nel rafforzamento dell'organizzazione criminale. In questa prospettiva non c'è dubbio che l'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali ha costituito una vera e propria rivoluzione copernicana, nel senso che ha ridato vigore ad un modello ove di misure di prevenzione, quelle di carattere personale, generale inevitabilmente risentivano dell'ingiuria del tempo, tanto che l'unica che continua a possedere una sua efficacia è la sorveglianza speciale. Tuttavia, anche le misure di prevenzione patrimoniali presentano caratteristiche simili alle misure di prevenzione di carattere personale, il che a questo punto ci pare inevitabile a causa della natura stessa delle misure di prevenzione, che, essendo *praeter od ante delictum*, sono necessariamente prive di un presupposto delimitato come un fatto di reato, come invece avviene di norma per le misure di sicurezza, per cui scadono in quelle che anche di recente sono state definite "pene del sospetto"¹¹.

7. I presupposti di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e l'inversione dell'*onus probandi*.

Quanto abbiamo testé sostenuto, lo ritroviamo, infatti, proprio nei presupposti di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, che si basano in primo luogo sull'indizio di appartenere ad una organizzazione di carattere mafioso, che tuttavia costituisce un *minus* rispetto a quello sufficiente ad aprire un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p.¹² In secondo luogo, una volta identificato l'indizio, occorre altresì dimostrare che il proposto abbia un tenore di vita superiore a quello dichiarato ai fini fiscali,

¹⁰ Cass., Sez. un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 78 ss., con nota di FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle sezioni unite*.

¹¹ AA VV., *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*, V Convegno nazionale dell'Associazione italiana dei Professori di Diritto penale, Milano, 18-19 novembre 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 399 ss.; in argomento, sia consentito il rinvio a MANNA, LASALVIA, *"Le pene senza delitto": sull'inaccettabile "truffa delle etichette"*, in *questa Rivista* online, 2017, 1, 16 ss.; per uno sguardo d'insieme delle misure di prevenzione, in particolare di carattere patrimoniale, con riguardo anche al diritto comunitario e alla nozione di "pericolosità sociale", cfr. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, in *Ind. pen.*, 2017, 37 ss.

¹² Non a caso, infatti, un processual penalista del calibro di Delfino Siracusano ha fatto riferimento nel caso di specie, al fenomeno della cd. "gerarchia degli indizi": cfr. SIRACUSANO D., *Indagini, indizi e prove nella nuova legge antimafia*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, II, 1422 ss.

ma tale difformità si presume illecita e quindi costituisce ulteriore presupposto per l'applicazione della misura, a meno che il proposto non dimostri la legittima provenienza del bene. In terzo luogo, deve ricorrere la pericolosità, che tuttavia dalla stessa giurisprudenza è qualificata in modo decisamente ambiguo, giacché, trattandosi in definitiva della pericolosità della *res*, anche con riferimento alla cd. "confisca allargata", stretta parente della confisca di prevenzione, si oscilla tra la necessità di una pericolosità attuale e la sufficienza di una pericolosità sussistente al momento dell'apertura del procedimento di prevenzione, e quindi non di quello di applicazione della misura¹³.

In argomento si può riscontrare la ragione per la quale sussiste una difformità tra dottrina e giurisprudenza circa la natura giuridica delle misure di prevenzione. Se si fa infatti il caso, di cui stiamo ora trattando, dell'inversione dell'*onus probandi* nelle misure di prevenzione di carattere patrimoniale, ne consegue che, laddove vengano qualificate come appartenenti al sistema penale, la presunzione si rivela illegittima costituzionalmente, per contrasto con la presunzione di innocenza di cui all'art. 27, c. 2, della Costituzione¹⁴. Quest'ultima affermazione diventa tuttavia problematica nella misura in cui non siamo di fronte alla prova di un fatto di reato, bensì di un indizio, o, addirittura, di un sospetto, in relazione ai quali diventa difficile far operare la presunzione di innocenza. È pur vero che in teoria si potrebbe sostenere come l'individuazione di tale indizio debba ricadere sul p.m. e non sul proposto, ma tale assunto confliggerebbe inevitabilmente con la celerità che invece si acquisisce proprio attraverso l'utilizzo della presunzione, seppur relativa, che rende a questo proposito più in generale le misure di prevenzione assai più appetibili rispetto al tradizionale sistema penale, proprio perché sicuramente dotate, a causa di tali tipi di meccanismi, di maggiore effettività¹⁵. Naturalmente questa prospettiva non può non valere anche per le misure di prevenzione personali e ciò spiega la ragione ultima del divario tra dottrina e giurisprudenza, nel senso che quest'ultima, sia a livello nazionale, che comunitario, considera le misure di prevenzione come misure amministrative, evidentemente non solo per ragioni di maggiore effettività, tant'è che hanno trovato facile appiglio nello stesso legislatore, ma anche perché evidentemente non

¹³ In argomento, cfr. MAUGERI, *op. cit.*, spec. 53 ss., cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

¹⁴ Sul tema già ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Bologna, 1979; cui *adde*, più di recente, GAROFOLI V., *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1998, 1168 ss.; nonché in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000.

¹⁵ MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 490 ss.

possono non risentire entrambe della origine storica come misure di polizia. Il problema, però, in definitiva si pone a nostro avviso nei seguenti termini, cioè a dire se in uno Stato sociale di diritto possano o no legittimamente convivere sanzioni penali e misure di polizia. Va da sé che il problema attualmente è meno sentito con riguardo alle misure di prevenzione personali, proprio perché, tranne la sorveglianza speciale e in parte il foglio di via obbligatorio, per il resto costituiscono strumenti di carattere antiquato, quindi poco in linea con le caratteristiche della moderna criminalità, soprattutto se legata agli affari o alla criminalità organizzata.

8. Le misure di prevenzione patrimoniali e la loro maggior accettazione da parte di qualificati settori della dottrina, perché incidenti su di un bene di minor rilievo rispetto alla libertà personale, cioè il patrimonio.

A questo punto giunti, appare chiaro che si pone un netto distinguo tra le misure di prevenzione personali e quelle di carattere patrimoniale. Queste ultime infatti, proprio perché attinenti, almeno originariamente, alla criminalità organizzata, indubbiamente hanno trovato maggior favore non solo ovviamente nella giurisprudenza, ma, a ben considerare, anche in qualificati settori della dottrina, che hanno ritenuto che le misure *de quo agitur* incontrino un maggior *favor* in chiave costituzionale, proprio perché inciderebbero su di un bene giuridico di minor valore, rispetto alla gerarchia ricavabile dalla Carta costituzionale, cioè a dire il patrimonio, *ex artt. 41 e 42*¹⁶.

Se, infatti, *ex art. 41* l'iniziativa economica privata è libera, non può però svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e, d'altro canto, *ex art. 42*, la stessa proprietà può essere sia pubblica che privata, e la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge... "allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti".

Da ciò emerge come non solo il patrimonio non è un diritto esclusivamente personale, svolgendo anche un'importante funzione sociale, ma anche e conseguentemente che le misure di prevenzione di carattere patrimoniale, proprio per tale ragione, addirittura meriterebbero una regolamentazione di carattere amministrativo, proprio per evitare che patrimoni di cui si sospetta la provenienza dalla criminalità organizzata, possano inquinare l'economia sana, per cui sotto questo profilo sarebbe solo auspicabile una più attenta ed estesa opera di giurisdizionalizzazione delle misure in questione¹⁷.

¹⁶ Così, in particolare, FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (Profili sostanziali)*, in *Dig. Pen.*, IV ed., *Disc. pen.*, Torino, 1994, 108 ss. e, *quivi*, 114 ss., nonché, nella manualistica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 5^a, Bologna-Roma, 2007, 869 ss. e spec. 870-871.

¹⁷A suo tempo, auspicava una sempre maggiore giurisdizionalizzazione delle misure in oggetto, già VAS-

Sia consentito non concordare con tale autorevole opinione, giacché a nostro sommessimo parere non si tiene nel dovuto conto che il patrimonio, soprattutto nelle misure ablatorie di cui stiamo trattando, risulta indissolubilmente legato al concetto di persona, per la semplice, ma decisiva ragione, che, laddove il Tribunale decida di sequestrare e poscia confiscare l'intero patrimonio di un soggetto, ciò non può non riverberarsi sulla stessa vita personale e familiare di quest'ultimo¹⁸.

Se a ciò si aggiunga come i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali possono consistere, ad esempio secondo la giurisprudenza del Tribunale di Napoli, sezione misure di prevenzione, nel cd. comparaggio, cioè nella funzione di padrino e/o madrina di battesimo del figlio di un camorrista, ne consegue che il presupposto stesso non può non dirsi equivoco, giacché diverse possono essere le motivazioni, ovverosia la costrizione, oppure il far parte dell'organizzazione, oppure ancora i rapporti di amicizia risalenti nel tempo, oppure, infine, la vicinanza a livello spazio-temporale¹⁹.

Stando così la questione, risulta a nostro avviso chiaro come non sia sufficiente soltanto una maggiore giurisdizionalizzazione in quanto, seppure auspicabile, non può non tener conto, come dimostra per altro l'attuale procedimento di prevenzione, dei presupposti di applicazione, che, essendo così vaghi, non possono che comportare un procedimento estremamente semplificato, ove gli spazi per il difensore sono davvero esigui, anzi addirittura originariamente non era nemmeno prevista la presenza di quest'ultimo²⁰.

9. Le misure di prevenzione alla luce della giurisprudenza comunitaria ed in particolare dei cd. criteri Engel.

Ormai, non è più possibile, perché indubbiamente parziale, saggiare la legittimità delle misure di prevenzione solo in base a parametri costituzionali. Attualmente, infatti, la verifica va effettuata anche in rapporto a quelli di carattere comunitario, tuttavia con una avvertenza importante. Come è noto, infatti,

SALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972, III, 1593 ss., che non a caso poneva un interessante parallelo con le misure di sicurezza, che, essendo state del tutto giurisdizionalizzate, nessuno più oserebbe considerarle, come invece avviene nella rubrica codicistica, quali misure amministrative.

¹⁸ MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, invece per uno stretto collegamento fra patrimonio e persona.

¹⁹ Sia consentito, in argomento, il rinvio a MANNA, *Misure di prevenzione: aspetti comparatistici e prospettive di riforma*, in *Quest. giust.*, 1995, 311 ss.

²⁰ In argomento cfr. di recente MIUCCI, *Profili di problematicità del procedimento di prevenzione in materia di mafia*, in www.penalecontemporaneo.it.

il diritto comunitario è un “diritto senza codice”²¹, nel senso che addirittura non si è riusciti a varare una Carta costituzionale, in quanto respinta a livello referendario, che è stata poi trasfusa nel cd. Trattato di Lisbona, nonché si ritiene che né il Parlamento europeo né tanto meno la Commissione europea siano abilitati ad emanare norme penali direttamente vevoli negli ordinamenti degli Stati membri, per un problema relativo ad un ritenuto *deficit* di democraticità²². In questa situazione è evidente che nel diritto comunitario prevale decisamente il formante giurisprudenziale, tant’è che giustamente si ritiene come lo stesso si avvicini maggiormente ai sistemi di *common law* piuttosto che a quelli di diritto scritto tipici dei sistemi continentali. Fatta questa doverosa premessa dobbiamo ora analizzare il complesso problema relativo alla *matière pénale*, ovviamente nei limiti del presente saggio²³. Sul punto è assolutamente fondamentale l’esame della sentenza Engel c. Paesi Bassi²⁴, che nel lontano 1976 ha tracciato per la prima volta i criteri per distinguere la materia penale da quelle civili, amministrative o disciplinari. Tale sentenza elabora sostanzialmente tre criteri, ma parte dal presupposto che la definizione legislativa utilizzata non può dirsi vincolante per l’interprete, in quanto devono essere analizzati gli ulteriori criteri di carattere sostanziale e soprattutto alternativi e non cumulativi tra loro²⁵. Tali criteri consistono in primo luogo nella qualifica formale dell’illecito, in secondo luogo nella funzione dell’illecito e ovviamente della relativa sanzione ed infine nel grado di severità della sanzione. Quanto al primo criterio, se dovesse essere ritenuto prevalente, ritorneremo indietro nel tempo nel senso di dare credito decisivo alla supposta *voluntas legislatoris*, che tuttavia, come abbiamo potuto constatare finora, risulta di assai difficile decifrazione. Quanto al secondo, se è pur vero che la funzione delle misure in oggetto è appunto di carattere essenzialmente preventivo, ciò a nostro avviso non è però sufficiente per ritenere che non si sia di fronte ad una materia penale, tenendo conto che ormai da tempo la funzione retributiva è in una crisi di valore irreversibile, per cui resta di valido

²¹ SOTIS, *Il diritto senza codice: uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.

²² SALCUNI, *L’uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.

²³ In argomento, di recente e con ampi riferimenti alla giurisprudenza comunitaria, cfr. SILVA C., *Sistema punitivo e concorso apparente di illeciti*, Torino, 2018, 1 ss. e spec. 37 ss.; nonché, per taluni interessanti spunti, in un quadro di tipo più ampio, NAPPI A., *Principio personalistico e “binomi indissolubili” - il primato dell’essere nell’incessante divenire della tutela penale*, Napoli, 2018, spec. 338 ss., con riferimento alla famosa sentenza Edu “De Tommaso”.

²⁴ Corte Edu, 23 novembre 1976 n. 22, Engel c. Paesi Bassi, in *eur-lex.europa.eu*, in argomento, di recente, MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

²⁵ Affermazione ribadita in plurime occasioni: *ex multis*, Corte edu, 10 febbraio 2009, Grande Chambre, Zolotoukhine c. Russia, n. 14939/03.

soltanto il fondamentale rapporto di proporzione tra pena e reato in chiave garantista. La pena, infatti, attualmente, soprattutto dopo l'entrata in vigore dell'art. 27, 3 co., Cost., e dopo il superamento della cd. "teoria polifunzionale", trova un suo fondamento ormai consolidato nella concezione della pena come scopo, nel senso che prevalgono decisamente le funzioni di prevenzione-generale e di prevenzione-speciale, in quanto la pena non si giustifica *ex se*, bensì la sua legittimità si ricava dalla sua funzionalità²⁶. Stando così la questione, almeno a nostro avviso, diventa decisivo il terzo dei criteri Engel in materia, cioè il grado di afflittività della sanzione. Se noi raffrontiamo alcuni *dicta* della Cedu, che hanno ritenuto di natura penale non solo le *Ordnungswidrigkeiten* tedesche, ovvero sia l'illecito amministrativo depenalizzato, ma addirittura le sanzioni pecuniarie formalmente amministrative ma di notevole entità previste in alcuni Paesi, come nel caso di specie in Francia, riguardanti gli eccessi di velocità degli automobilisti²⁷, ne consegue come ciò vale a maggior ragione per le misure di prevenzione sia personali, sia ancor di più se di natura patrimoniale, in quanto la lesione della libertà personale in base a semplici sospetti oppure l'ablazione di interi patrimoni, con influenze nefaste ed incisive anche a livello della persona, appaiono integrare appieno il terzo criterio Engel, cioè l'afflittività della sanzione, dovendosi quindi concludere nel senso che, applicando i criteri in oggetto, che si badi, costituiscono ormai *ius receptum* a livello comunitario, le misure di prevenzione non possono che rivelarsi di natura penale. Bisogna però a questo punto chiedersi per quale ragione non solo la giurisprudenza nazionale, ma anche quella comunitaria continuino a qualificarle come misure amministrative e, a nostro avviso, la risposta risiede nella loro indubbia maggiore efficienza e rapidità rispetto al tradizionale sistema legato al fatto di reato.

10. Il persistere da parte del legislatore italiano con le misure di prevenzione patrimoniali, con il primo ed il secondo Codice anti-mafia, del 2011 e del 2017 e la loro estensione a materie al di fuori della criminalità organizzata.

Nonostante i dubbi di costituzionalità avanzati soprattutto dalla dottrina negli anni sessanta e settanta del secolo scorso e poi indubbiamente affievolitisi in

²⁶ Sulla concezione polifunzionale della pena, cfr. per tutti VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 296 ss.; per una giusta critica a tale concezione, cfr. FIANDACA, *ex art. 27, III e IV comma*, in *Commentario della Costituzione*, fond. da Branca e cont. da Pizzorusso, *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1991, 319 ss.; sulla concezione funzionalista della pena, nella dottrina italiana, MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984; e in quella tedesca, ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *JuS*, 1966, 380 ss.

²⁷ Per tali sentenze, cfr. SILVA C., *op. cit.*, 44 ss.

rapporto alle misure di prevenzione antimafia, il legislatore, per le ragioni che abbiamo in precedenza evidenziato, non se n'è dato cura, anzi, proprio perché misure di notevole efficacia, ha ritenuto addirittura di ampliarne il raggio di azione, con i c.d. codici antimafia, del 2011 e del 2017²⁸. Già la denominazione utilizzata, cioè quella di codice, appare del tutto impropria, in quanto il modello codicistico rinvia al concetto di "sistema", che è poi quello che ha contrassegnato i codici dall'Ottocento sino ai nostri giorni. La realtà è invece del tutto diversa, giacché trattasi al più di Testi Unici, che infatti raccolgono normative "a strati", come potremo constatare, talvolta senza un effettivo denominatore comune. La riprova di quanto andiamo testè sostenendo la possiamo già ricavare con riguardo al codice antimafia del 2011, giacché viene estesa la normativa anche alla delinquenza da stadio ed al c.d. D.A.S.P.O., nota misura di prevenzione per coloro che si sospetta abbiano commesso illeciti durante manifestazioni sportive e che consiste nel divieto di frequentare gli stadi per un determinato periodo di tempo. Orbene non v'è chi non veda la ben scarsa afferenza della c.d. criminalità da stadio con quella mafiosa e, più in generale, con quella organizzata, per cui l'unica ragione dell'estensione, che di nuovo contraddice il modello codicistico, consiste nella rapidità ed efficienza nell'applicazione delle relative misure. Discorso ancora più preoccupante si può, a nostro avviso, manifestare in rapporto al codice antimafia del 2017, giacché in primo luogo si estende agli atti preparatori, "obiettivamente rilevanti", di determinati reati particolarmente gravi, ma è facile obiettare come l'obiettiva rilevanza, che pure si comprende perché sia stata introdotta, risulta però nella prassi la classica "clausola vuota", in cui quindi regna l'*arbitrium iudicis*. Ciò che però più preoccupa è che l'estensione in oggetto riguarda anche gli atti esecutivi, in quanto ciò costituisce un'evidente *contradictio in terminis*, giacché si fa riferimento all'atto esecutivo, che anche storicamente riguarda il delitto tentato, e non può quindi attenersi a misure di prevenzione *ante o praeter delictum*. In secondo luogo il codice del 2017 estende la materia anche alla truffa nelle sovvenzioni, e qui si può comprenderne la ragione, mentre appare del tutto irragionevole il riferimento al delitto di *stalking*, giacché non solo possiede una sua tipica misura cautelare, quale l'allontanamento del soggetto attivo dalla propria vittima, ma diventa del tutto irragionevole che al supposto *stalker* si giunga a sequestrare e poscia a confi-

²⁸ Cfr. in particolare FEBBO, Tu quoque: note a margine della riforma del c.d. codice antimafia, in Manna (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, 2°, Milano, 2018, 1133 ss, con *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, cui, per eventuali maggiori approfondimenti, anche si rinvia; nonché D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in Furfaro (a cura di), *Le misure di prevenzione*, Milanofiori Assago, 2013, 53 ss.

scare addirittura l'intero patrimonio. Discorso per certi versi analogo va effettuato in relazione all'estensione ai delitti dei p.u. contro la p.A., giacché ad esempio per la corruzione e la concussione, è già prevista la confisca c.d. per equivalente, per cui per un singolo atto delittuoso appare davvero sproporzionato per eccesso il sequestro e la confisca dell'intero patrimonio, tanto è vero che su quest'ultima estensione hanno mostrato serie perplessità magistrati del calibro del cons. Cantone, Presidente dell'ANAC, nonché l'allora Procuratore Nazionale Antimafia, cons. Roberti. Ciò spiega dunque perché il legislatore, nella versione definitiva del codice antimafia del 2017, ha aggiunto, come sorta di "collante" ai reati dei p.u. contro la p.A. anche il riferimento al delitto di cui all'art. 416 c.p., senza tuttavia avvedersi che in genere a livello empirico-criminologico la corruzione, l'induzione indebita e la concussione danno luogo al c.d. patto a due, per cui, se è pur vero che fra i reati-scopo dell'associazione per delinquere possono rientrare i delitti *de quo*, ciò non toglie che a livello di indizi, o peggio di sospetti, è ben difficile individuare un embrione di associazione per delinquere finalizzato alla commissione dei reati *de quo*, proprio per le ragioni di carattere empirico-criminologico suindicate, che, in *subiecta materia*, diventano ancora più rilevanti.

11. L'irrompere della giurisprudenza comunitaria con la sentenza De Tommaso, che ha invece condannato lo Stato italiano a causa della indeterminazione dei termini "osservare le leggi" e "vivere onestamente".

Sembrava dunque che il nuovo modello superveloce delle misure di prevenzione, in particolare di natura patrimoniale, avesse ormai rotto gli argini tipici della criminalità organizzata per estendersi a macchia d'olio in settori i più diversi del sistema penale, ma evidentemente accomunati da un'evidente preoccupazione securitaria²⁹. In questo clima, irrompe la giurisprudenza comunitaria con l'ormai ben nota sentenza De Tommaso³⁰, che ha condannato lo Stato italiano a causa dell'indeterminatezza delle prescrizioni di "osservare le leggi" e "vivere onestamente", giacché il codice antimafia del 2017 aveva soppresso l'inciso relativo al "non dare adito a sospetti". Tali espressioni normative integrano sia requisiti, o meglio presupposti, delle misure di pre-

²⁹ Tanto ciò è vero che un penalista del calibro di Francesco Palazzo ha, giustamente, affermato: "Parlare delle misure di prevenzione oggi significa parlare di una sorta di *buco nero* dell'ordinamento in cui, in un futuro più o meno prossimo, rischiano di essere risucchiati settori crescenti del diritto penale repressivo con i suoi principi fondamentali, garantistici o anche semplicemente caratterizzanti". Cfr. PALAZZO, VIGANÒ, *Diritto penale - Una conversazione*, Bologna, 2018, *quivi* 44 ss. (corsivo aggiunto)

³⁰ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *questa Rivista*, 2017, n. 1, con nota di LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci "europee" e ombre "nazionali" su una sentenza "storica"?*. *Appunti su CEDU, De Tommaso c. Italia*, in *ibid.*, 339 ss.

venzione, in particolare di carattere personale, sia la loro violazione integra altrettante fattispecie criminose, ovviamente di inottemperanza. Ciò che tuttavia più rileva è la norma della CEDU che la Corte ritiene in contrasto con i requisiti su ricordati, giacché ci si aspetterebbe, a causa della loro endemica indeterminatezza, il rilevamento di un conflitto con l'art. 7, cioè con la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, ma ciò significherebbe inquadrare le misure di prevenzione in ambito penalistico, contraddicendo così un orientamento giurisprudenziale consolidato ed avverso, sia a livello nazionale che comunitario. Ecco quindi la ragione per cui la Corte EDU individua un conflitto con l'art. 2, prot. 4, della CEDU, con cui però si tutela la libertà di circolazione, che sembra francamente entrarci ben poco con la materia che qui ci occupa, se non del tutto indirettamente, giacché l'osservanza delle leggi può anche riguardare norme che attengono alla circolazione e, naturalmente, il vivere onestamente può attenere pure al divieto, di stampo ottocentesco, di vagabondare, ma come ognuno può facilmente rendersi conto, trattasi di interpretazioni alquanto "*sui generis*". D'altro canto, la stessa Corte costituzionale, in una ormai lontana sentenza del 1980, che abbiamo peraltro già ricordato, aveva dichiarato l'illegittimità dei c.d. "proclivi a delinquere", evidentemente per motivi analoghi a quelli che hanno indotto la Corte EDU alla pronuncia in oggetto.

12. La reazione della giurisprudenza italiana, tra giudici di merito e di legittimità, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale.

La reazione della giurisprudenza italiana, di fronte alla pronuncia De Tommaso, è stata in effetti ondivaga. Iniziando dalla giurisprudenza di merito, va rilevato come la Corte d'Appello di Napoli ed il Tribunale di Udine nel 2017, hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, attraverso il meccanismo della norma interposta di cui all'art. 117 Cost. Il Tribunale di Milano, invece, e quello di Palermo, hanno ritenuto la questione manifestamente infondata, e quindi evidentemente hanno ritenuto di risolvere il problema a livello interpretativo. Per quanto riguarda invece la Corte di cassazione, la seconda sezione penale ha ritenuto la questione non manifestamente infondata, in particolare dell'art. 75, 2° comma, d.leg. 6 settembre 2011, nella parte in cui sanziona penalmente la violazione degli obblighi in questione, connessi alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, in riferimento agli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art 7 e all'art. 2, prot. n. 4, CEDU³¹. Dal tenore dell'ordinanza in oggetto, però, va precisato

³¹ Cass., Sez. II, ord. 25 ottobre - 26 ottobre 2017, Sorresso, in *Foro It.*, 2018, II, 96 ss., con osserva-

come la seconda sezione penale inviò alla Corte costituzionale non i presupposti delle misure di prevenzione *de quo agitur*, bensì la violazione delle relative prescrizioni e quindi le fattispecie criminose. In tal modo, tuttavia, non si va ad incidere direttamente sul presupposto oggettivo delle misure di prevenzione, bensì su di un tema molto più circoscritto, che quindi non intacca la natura giuridica delle misure di prevenzione, cioè la eterointegrazione della norma penale. La Cassazione, questa volta la prima sezione penale, non a caso relatore il consigliere Raffaello Magi, va invece di contrario avviso e ritiene che la questione debba essere risolta in chiave ermeneutica, soprattutto mediante un'assimilazione tra la fattispecie criminosa e la fattispecie delle misure di prevenzione, intese entrambe come concretizzanti "parametri fattuali rilevanti", come tali non in contrasto con norme né costituzionali né tantomeno comunitarie³². Sia consentito esprimere perplessità circa quest'ultimo *dictum* della Corte di cassazione, giacché assimilare il fatto di reato ed il fatto-presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione appare non condivisibile non tanto in rapporto alla c.d. pericolosità generica, quanto soprattutto in relazione alla pericolosità specifica, cioè quella che riguarda determinate fattispecie criminose, che tuttavia devono essersi concretizzate soltanto a livello indiziario e, proprio in ciò, consiste l'ineliminabile iato fra i due presupposti richiamati dalla Corte Suprema. In questo quadro va, tuttavia, ricordato che la stessa Cassazione, a Sezioni unite penali, aveva, nel 2017³³, espunto in via interpretativa la violazione del *neminem laedere* dalla violazione dell'art. 75, co. 2, su richiamato, ma, successivamente, la seconda sezione penale, temendo che il mutamento di giurisprudenza avrebbe potuto determinare problemi relativi alle sentenze già passate in giudicato, ha optato per una soluzione *tranchant*, e cioè, come già rilevato, la rimessione degli atti alla Consulta, al fine di far assumere al mutamento di giurisprudenza forza di legge.

In questa congerie di disorientamenti giurisprudenziali, va però ricordato un importante precedente della Corte costituzionale, del 2010, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, più volte citato, e che sicuramente costituisce un precedente di rilievo negativo rispetto all'attesa pronuncia della Corte costituzionale, la cui udienza è fissata per il 21 novembre 2018. Sotto quest'ultimo profilo, va però rilevato un recente saggio del collega Viganò che, in materia di confisca "di prevenzione", addirittura la qualifica

zione di BETTIOL L.

³² Cass., Sez. I, sent. n. 349/2018, Bosco, inedita.

³³ Cass., Sez. un., 5 settembre 2017, Paternò, in *questa Rivista* online.

come una sanzione civile, derivante da una supposta violazione delle norme civilistiche in tema di acquisto della proprietà. Nonostante l'autorevolezza della fonte, che è anche il giudice relatore dinanzi alla Corte costituzionale, nell'udienza *de quo*, la tesi in oggetto non appare condivisibile, perché, trattandosi sempre di misure di prevenzione, la violazione delle norme civilistiche in tema di acquisto della proprietà può dirsi soltanto ipotetica e quindi oggetto solo di una *semiplena probatio*³⁴.

13. Conclusioni: una soluzione *de iure condendo* per inserire le misure di prevenzione in ambito penale, superando così lo iato tra dottrina e giurisprudenza.

Volendo tirare le fila di questo complesso discorso, siamo dell'avviso che risulta del tutto sterile semplicemente parteggiare per una tesi piuttosto che un'altra, nel senso di aderire aprioristicamente a favore o della dottrina o della giurisprudenza. Siamo infatti persuasi che in questa maniera si rischia, come suol dirsi, la quadratura del cerchio, nel senso che non basta certamente appellarsi ad un'ipotetica "truffa delle etichette", per ciò solo legittimare un ingresso "a vele spiegate" delle misure di prevenzione nel diritto penale. Non va infatti sottovalutata l'origine storica delle misure di prevenzione, che ancora mostra le sue caratteristiche tipologiche oggi, cioè il fatto di nascere e svilupparsi come misure di polizia, cioè misure che prescindono per definizione dalla commissione di un fatto di reato. Se, dunque, si intende far rientrare le misure di prevenzione nell'ambito del diritto penale, ovviamente al fine di applicare ad esse ed al relativo processo i principi costituzionali e comunitari in materia penale, così ad esempio eliminando l'inversione dell'*onus probandi*, siamo del parere che sia necessaria anche una modifica strutturale, affinché le misure di prevenzione possano collegarsi ad un fatto di reato, che infatti costituisce l'architrave sia del binario relativo alla colpevolezza per il fatto, che a quello attinente alla pericolosità ed alle misure di sicurezza, che infatti conoscono soltanto l'eccezione delle note tre ipotesi di quasi-reato. Con ciò vogliamo intendere che l'unica via, a nostro sommesso avviso, per inserire le misure di prevenzione in modo definitivo nell'ambito penalistico passa inevitabilmente per una loro trasformazione a livello strutturale, e l'unica possibile appare essere quella di convertire in misure di sicurezza³⁵.

³⁴ VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 610 ss; nonché anche in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione - Studi in onore di Emilio Dolcini* (a cura di Paliero, Viganò, Basile F. e Gatta), Milano, 2018, II, 885 ss.

³⁵ Così ci esprimemmo già in MANNA, *Misure di prevenzione, etc. loc. ult. cit.*; attualmente, si mostra

D'altro canto, se è pur vero che le misure di sicurezza personali costituiscono ormai una sorta di "ferro vecchio"³⁶, destino analogo appare proprio anche delle misure di prevenzione a carattere personale, per cui in realtà la partita si giuoca sulle misure di carattere patrimoniale, ove abbiamo un istituto presente sia nell'una che nell'altra categoria, cioè a dire la confisca, per cui non appare un compito così arduo trasformare la confisca come misura di prevenzione in confisca quale misura di sicurezza, tenendo conto che già esiste la confisca per equivalente, nonché, definita come tale dalla giurisprudenza, anche la confisca c.d. allargata, che tuttavia risente ancora dell'influenza e della struttura delle misure di prevenzione, da cui prende origine come reato di mero sospetto, cassato successivamente, come noto, dalla Corte costituzionale³⁷. Se infatti i presupposti sono analoghi alla confisca come misura di prevenzione, la confisca allargata presuppone però una sentenza di condanna o un patteggiamento. Se dunque si elidono tali presupposti, abbiamo un modello che può diventare generale e sostituire integralmente le misure di prevenzione patrimoniali, a condizione quindi che per la loro applicazione si presupponga la commissione di un fatto di reato. Siamo ovviamente consapevoli che quanto si propone sicuramente fa perdere alle misure *de quo* la loro caratteristica più appetibile a livello magistratuale, cioè la celerità di applicazione, ma sicuramente la nostra proposta farebbe guadagnare notevolmente sia a livello sostanziale, che processuale, in termini di garanzie³⁸.

favorevole a questa soluzione anche DONINI, *In attesa della decisione della Consulta dopo la sentenza De Tommaso*, Relazione al Convegno: "Le misure di prevenzione al vaglio di costituzionalità per indeterminazione: il ruolo del diritto vivente", Reggio Emilia, 11 maggio 2018; dello stesso v. anche ID., Septies in idem. *Dalla "materia penale" alla proporzionalità delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *Cass. pen.*, 2018, 2284 ss., che infatti ricomprende le misure di prevenzione nell'ambito del diritto penale; in argomento v. altresì DONINI, FOFFANI (a cura di), *La materia penale tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, 2018; più in particolare, in tema di confische, cfr. LASALVIA, GUERCIA, *Le confische*, in *Corso di diritto penale dell'impresa, etc.*, a cura di Manna, cit., 1081 ss.

³⁶ Sul punto, cfr., in particolare, PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.

³⁷ Corte cost., sent. 33 del 2018, in www.penalecontemporaneo.it.

³⁸ Lascia tuttavia perplessi il d.l. 3 ottobre 2018, n. 113, che all'art. 36, in tema di misure di prevenzione antimafia, prevede la vendita dei beni confiscati, che, a nostro sommesso avviso, può risultare però pericoloso, perché in tal modo si dà in teoria la possibilità a soggetti in qualsivoglia modo collegati alla criminalità organizzata di acquistare tali beni, seppur di sospetta provenienza, così rischiando di reimmetterli nell'economia legale.