

SEZIONE PRIMA

Il diritto delle misure di prevenzione: inquadramento sistematico e spunti critici

di *Adelmo Manna*

SOMMARIO

1. La difesa sociale al di là del monopolio penale – 2. La pericolosità e il sospetto – 3. L'evoluzione della prevenzione speciale: controllo o repressione?

1. LA DIFESA SOCIALE AL DI LÀ DEL MONOPOLIO PENALE

Per intendere appieno il senso ed i limiti delle misure di prevenzione, crediamo che sia necessario un previo inquadramento storico, che non solo ci può chiarire l'evoluzione e/o involuzione delle misure in oggetto, ma anche la loro origine.

Sotto quest'angolo visuale, dobbiamo però preliminarmente osservare come le misure di prevenzione impropriamente sono definite "*ante delictum*", giacché in realtà si è di fronte, come costante, a misure "*praeter delictum*", e ciò dà la dimensione dell'"anomalia" che caratterizza le misure in oggetto, nel senso che si tratta di c.d. pene del sospetto, cioè a dire di irrogazione di sanzioni sovente privative della libertà personale e più di recente anche del patrimonio, senza tuttavia la commissione previa di un reato.

Da qui, ovviamente, il tendenziale contrasto non solo con il principio di tutela della libertà personale, di cui all'attuale art. 13 Cost., ma anche, in combinato disposto, dell'art. 25, 2° co., Cost., al quale contrasto non fanno eccezione quelle misure che incidono, al contrario, sul patrimonio, per la semplice, ma decisiva ragione, che il patrimonio è comunque strettamente collegato alla persona medesima¹.

Inquadrando la questione da un punto di vista storico, non può a questo fine non rilevare, nell'ambito del diritto penale liberale, il pensiero in proposito del

¹ Per una stretta correlazione tra patrimonio e persona, cfr. in particolare MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988.

sommo Carrara, che proprio nell'ambito del nostro ramo del diritto, usava distinguere tra reati e "trasgressioni", cioè a dire le attuali contravvenzioni, da comprendere nell'ambito del diritto penale, come del resto era avvenuto anche nel Codice penale ticinese del 1873, ove non a caso, nell'ambito delle contravvenzioni, erano ricompresi quei "tipi d'autore", che poi costituiranno la base ed il punto di riferimento delle misure di prevenzione, cioè gli oziosi, i vagabondi, e così via².

Pur tuttavia, lo stesso Carrara aveva cura di distinguere tra magistero repressivo e magistero di polizia, non solo perché riteneva il diritto penale indissolubilmente legato al concetto di reato, ma anche perché, opinando che lo stesso diritto penale svolgesse una funzione essenzialmente retributiva, ecco che la funzione preventiva diventava estranea al giure penale ed apparteneva *pleno iure* al diritto amministrativo di polizia, così però offrendo la copertura ideologica al nascente sistema preventivo personale³.

Il legislatore, infatti, sfruttò al volo questa inaspettata apertura della dottrina ed infatti, a partire dalla c.d. Legge Pica del 1863, introdusse misure di polizia, "*preater delictum*", inizialmente nei confronti degli oziosi e dei vagabondi e, successivamente, a carico del brigantaggio, così potendo ottenere, soprattutto da quest'ultimo punto di vista, una chiara copertura ideologica, perché, in nome della difesa sociale nei confronti dei briganti, che soprattutto "infestavano" il Sud d'Italia da poco liberato, era difficile trovare un contrasto a livello politico-criminale che mettesse in serio pericolo le nuove misure⁴.

Bisogna, infatti, considerare che il periodo liberale, nonostante le apparenze, comprendesse anche aspetti d'iusitata durezza a livello di politica criminale⁵, nonché va anche rilevato che, per il legislatore, a qualunque periodo storico appartenesse, il sistema delle misure di prevenzione, proprio perché consentiva e consente una privazione della libertà personale o comunque dei diritti fondamentali senza la commissione di un reato, costituisce uno strumento dotato di notevole duttilità, che infatti, non risente delle rigidità tipiche a livello garantistico del diritto penale, per cui non può non essere considerato con favore da un legislatore attento più alle esigenze di difesa sociale, e quindi di (ritenuta) effi-

² MANNA, *Di alcune trasgressioni nel codice penale ticinese del 1873 e dei rapporti fra diritto penale e morale*, in VINCIGUERRA (a cura di), *Codice penale del Cantone del Ticino (1873)*, Padova, 2011, CCXIII.

³ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, rist., Bologna, 1993, 44-45.

⁴ Cfr., per tali notizie storiche, acutamente PETRINI, *La prevenzione inutile – Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, spec. 3 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

⁵ Così, ad esempio, autorevolmente AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, spec. 123 ss.

cienza del sistema, cui subordinare le questione attinenti alle garanzie individuali.

È chiaro che questa prospettiva risalta ancora di più durante il periodo fascista, proprio perché, trattandosi di un regime autoritario, almeno sino all'emanazione delle famigerate leggi razziali, ove, non solo a nostro avviso, si avverte il passaggio ad un regime totalitario, ne consegue pianamente come le ultime remore ad utilizzare misure "*praeter delictum*" non possono che cadere, proprio perché, nella dottrina fascista, lo Stato non può che prevalere sull'individuo, come dimostra, nel nostro settore, proprio la c.d. piramide rovesciata del Codice penale del '30, ove infatti la Parte speciale inizia con i reati contro la personalità interna ed internazionale dello Stato e termina con i reati contro i beni giuridici individuali⁶.

Da ciò i famigerati *testi unici* di pubblica sicurezza, del 1926 e del 1931, nell'ambito dei quali campeggia sinistra la misura di prevenzione del c.d. confino di polizia, che, come strumento ritenuto di natura amministrativa, svolgeva la funzione non solo di tradizionale incapacitazione, ma soprattutto quella, conseguente, dell'eliminazione dell'opposizione e del dissenso politico⁷.

D'altro canto, la stessa Scuola positiva non poteva di certo costituire un argine avverso queste misure "*praeter delictum*", proprio perché, in nome della difesa sociale, proponeva la sostituzione del binomio *colpevolezza-pena* con quello di *pericolosità-sostitutivi penali*, successivamente denominati misure di sicurezza, che, anzi, costituivano un importante "appoggio" culturale alle misure in analisi, sia per la indeterminatezza temporale, nel massimo, delle misure di sicurezza, sia soprattutto, per l'utilizzazione del concetto di pericolosità sociale, che, come si constaterà meglio in seguito, costituirà uno dei perni su cui far ruotare le misure di prevenzione nei tempi più vicini a noi⁸.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana del 1948 avrebbe, in teoria, dovuto far riflettere il legislatore sul se continuare ad introdurre nuove misure "*praeter delictum*", in quanto, non trattandosi più di una Costituzione elastica, come lo Statuto albertino, questa volta il testo costituzionale vincolava direttamente il legislatore e, quindi, diventava sicuramente più arduo superare le barriere rappresentate dagli artt. 13 e 25, 2° co., Cost.

Il legislatore italiano, dopo il secondo conflitto mondiale, non si preoccupò,

⁶ Cfr., in argomento, per tutti, ROCCO ART., *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, RP, 1931, 32 e 39.

⁷ Cfr., sul tema, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, compresi quelli dell'epoca, di nuovo PETRINI, *op. cit.*, 129 ss.

⁸ Cfr., comunque, a riprova di quanto siamo venuti sostenendo, nonché a dimostrazione che i positivisti ben conoscevano anche le misure di prevenzione, cfr. FERRI E., *Il domicilio coatto*, in *SPos*, 1897, 281 ss.

però, più di tanto e dopo una breve parentesi legislativa del 1944, addirittura introdusse, nel 1956, con la l. n. 1423, una disciplina generale delle misure di prevenzione, di carattere personale, basata originariamente soltanto su “tipologie d’autore”, come appunto gli oziosi, oppure i vagabondi, ai quali potevano essere applicati cinque diversi tipi di misure di prevenzione, di cui tre erano inflitte dall’autorità giudiziaria.

Sul punto, può anzi rimarcarsi il netto divario tra la dottrina, da un lato, e il legislatore dall’altro, di cui ha sostanzialmente “preso le difese” la stessa Corte costituzionale.

Quest’ultima, infatti, dopo un’importante pronuncia che aveva dichiarato in contrasto col principio di stretta legalità la nozione di “proclivi a delinquere”⁹, proprio perché in contrasto con il principio di stretta legalità, come avverrà di lì a poco in tema di plagio, con la famosa sentenza del 1981¹⁰, di cui, però, quella sui proclivi a delinquere costituisce l’immediato presupposto, sentenze che, va specificato, si erano messe sulla stessa falsariga di altre importanti e precedenti sentenze, che avevano dichiarato illegittimo l’art. 57 del Tulp nella parte relativa al rimpatrio obbligatorio e per traduzione¹¹, nonché la disciplina dell’ammonizione, ha cambiato però decisamente registro.

Ne sono la riprova due importanti sentenze della Corte costituzionale, l’una del 1959 e l’altra del 1964, che hanno invece mostrato una netta propensione per la conformità delle misure di prevenzione e delle previsioni legislative che le riguardano ai dettati costituzionali, dichiarando infondate tutte le questioni di legittimità proposte in relazione all’art. 25, 2° co., Cost., statuendo altresì, in generale, la legittimità costituzionale della limitazione della libertà personale in funzione preventiva¹².

Dati questi presupposti era evidente l’inermità degli sforzi della più attenta dottrina alle esigenze garantiste, che invece aveva giustamente tacciato le misure di prevenzione come c.d. pene del sospetto, come tali in contrasto sia con l’art. 13, che con l’art. 25, 2° co., Cost.¹³.

⁹ C. Cost., sent. 22.12.1980, n. 177, *FI*, 1981, I, 330.

¹⁰ C. Cost., sent. 8.6.1981, n. 96, *RIDPP*, 1981, 1147, con nota critica di BOSCARRELLI.

¹¹ C. Cost., sent. 23.6.1956, n. 2, *FI*, 1956, I, 1043 ss.; *Id.*, sent. 3.7.1956, n. 11, *GiC*, 1956, 612 ss., con i rilievi di NUVOLONE, *Norme penali e principi costituzionali*, in *ibidem*, 1956, 1959 ss.

¹² Cfr. C. Cost., sent. 5.5.1959, n. 27, *GiC*, 1959, 355; *Id.*, sent. 23.3.1964, n. 23, *ivi*, 1966, 193.

¹³ Cfr., in particolare, BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno C.N.P.D.S., Alghero, 26-28.4.1974, Milano, 1975, 29 ss. e spec. 47 ss.; per una posizione, invece, più “favorevole” alle misure in questione, cfr. NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in *ibidem*, 1975, 16; lo stesso VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio*

Tuttavia, le critiche della dottrina hanno, seppur solo in parte, colto nel segno, in quanto, sempre per ciò che riguarda le misure di carattere personale, dobbiamo menzionare la l. 22.5.1975, n. 152 (c.d. Legge Reale), che non solo fa riferimento ai “soggetti politicamente pericolosi”, utilizzando anche per i politici questo concetto di pericolosità, di cui ci occuperemo ampiamente in seguito, ma, ciò che più in questo momento rileva è il fatto che la struttura normativa della legge in oggetto si impernia sulla “commissione di atti preparatori”, obiettivamente rilevanti¹⁴.

Sembrerebbe, pertanto, che il legislatore, utilizzando la nozione di “atti preparatori”, che, almeno in linea generale, e anche da un punto di vista storico, integrano ciò che solo si avvicina ad un fatto penalmente rilevante, che almeno dal Codice Napoleone del 1810 in poi, richiede invece la commissione di atti *esecutivi*, abbia però da un lato fatto un passo in avanti, in chiave garantista, giacché non ci si accontenta più di “tipologie di autore”, bensì si ricorre a “tipologie di fatti”, pur se non penalmente rilevanti, per le ragioni dianzi indicate.

Su analoga falsariga si pone anche la l. 3.8.1988, n. 327: le nuove fattispecie di pericolosità sono infatti state ridotte a tre e, dal punto di vista delle sanzioni applicabili, alla diffida è stato sostituito il c.d. avviso orale, che consiste in un avvertimento del questore, con cui si invita la persona a cambiare condotta, essendo stati accertati sospetti a suo carico. Ciò che, tuttavia, più rileva ai fini che stiamo qui esaminando, consiste nell'introduzione degli “elementi di fatto”, posti a presupposto dell'accertamento necessario ai fini dell'applicazione della misura preventiva, evidentemente su analoga falsariga della c.d. Legge Reale.

Da ultimo, altre modifiche alle leggi in oggetto sono state introdotte anche dalle ll. n. 356 del 7.8.1992 e n. 256 del 24.7.1993, sempre in materia di misure di prevenzione di carattere personale.

Va, tuttavia, rilevato che l'utilizzazione o del riferimento agli atti preparatori, o, comunque, ai c.d. elementi di fatto, non conduce, a nostro avviso, ad eliminare il difetto principale delle misure di prevenzione, con i correlativi risvolti di carattere costituzionale, cioè l'irrogazione di una sanzione privativa della libertà personale *non* in base alla sussistenza di un reato.

Petrocelli, III, Milano, 1972, 1591 ss. e, quivi, 1595, rilevava l'avvenuta “giurisdizionalizzazione”, anche delle misure di prevenzione, seppur non totalmente, come invece le misure di sicurezza, che quindi, al pari di queste ultime, avrebbero dovuto appartenere già per questa ragione al diritto ed al processo penale.

¹⁴ Sull'evoluzione legislativa delle misure di prevenzione, sia consentito il rinvio anche a MANNA, *Misure di prevenzione: aspetti comparatistici e prospettive di riforma*, QG, 1995, 2, 311 ss. e, quivi, 315 ss., nonché cfr. pure GUERRINI-MAZZA, *Le misure di prevenzione – Profili sostanziali e processuali*, Padova, 1996, spec. 11 ss., ai quali si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

Anzi, l'introduzione dei requisiti in oggetto non deve, almeno a nostro parere, trarre soverchiamente in inganno, perché, se da un lato costituiscono un passo avanti rispetto all'originaria legge del 1956, per altro verso denotano un'evidente antinomia, giacché, sia per quanto riguarda gli atti preparatori, sia soprattutto per quanto attiene ai c.d. elementi di fatto, proprio perché, per definizione, non possono dar luogo ad un reato vero e proprio, inevitabilmente ricadono nella logica del "sospetto", anche a causa dell'estrema genericità che contrassegna il requisito degli elementi di fatto.

Un discorso in parte diverso va, a nostro avviso, sviluppato con riguardo alle misure di prevenzione di carattere patrimoniale, ovverossia il sequestro e la confisca, di cui un primo intervento legislativo è consistito nella l. 31.5.1965, n. 375, che ha operato un'estensione delle misure di prevenzione allora esistenti, al fine di renderle applicabili agli «indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose». Questa legge, tuttavia, non conteneva una definizione del reato di associazione di tipo mafioso, che invece fu introdotto alcuni anni dopo, per cui risultava di assai difficile applicazione. Ciò non toglie, tuttavia, che già si poteva porre "sul tavolo" ciò che fu in seguito ed autorevolmente definito il fenomeno della "gerarchia degli indizi"¹⁵. Con questo termine ci si intendeva, evidentemente, riferire al fatto che l'indizio sufficiente per applicare una misura di prevenzione doveva essere di grado *inferiore* rispetto a quello necessario ad aprire un procedimento penale, con ciò però di nuovo prospettandosi la fenomenologia della c.d. pena del sospetto, che sarà comunque una caratteristica *costante* delle misure di prevenzione, sia di carattere personale, che patrimoniale.

Quelle di carattere patrimoniale furono, per l'appunto, introdotte con la ben nota Legge Rognoni-La Torre del 13.9.1982, n. 646, che, a differenza delle misure di prevenzione di carattere personale, la cui utilità e legittimità erano state fortemente messe in dubbio, aveva invece, almeno inizialmente, incontrato i favori della pubblica opinione e anche di vasti settori della magistratura e di alcuni settori della dottrina, non solo e non tanto perché in questo caso il bene da sacrificare è sicuramente di rango inferiore rispetto alla libertà personale, cioè il patrimonio, ma anche perché, a livello di politica criminale, la legge in oggetto costituiva davvero una novità in chiave sanzionatoria, in quanto per la prima volta ci si era resi conto che con la criminalità organizzata di tipo mafioso non era importante soltanto la pena detentiva, quanto, soprattutto, recidere il flusso di patrimoni illeciti, che alimentano le organizzazioni criminali, così contribuendo ad indebolirle fortemente, perché in tal modo rischiavano di rimanere prive di quei contributi finanziari che erano indubbiamente necessari alla loro

¹⁵ SIRACUSANO, *Commento all'art. 14 l. 19 settembre 1982, n. 646, LP*, 1983, 296 ss. e, *quivi*, 303.

conservazione, nonché all'accrescimento del potere di condizionamento economico¹⁶.

Per l'applicazione, tuttavia, delle misure di prevenzione del sequestro e della confisca, il legislatore ha utilizzato una chiara inversione dell'onere della prova, in quanto li ha resi applicabili nell'ipotesi in cui sussista una sproporzione tra i beni di cui il soggetto, anche per interposta persona, risulta poter disporre, ed il reddito dichiarato. Orbene, laddove la misura di prevenzione in oggetto fosse qualificata come sanzione penale, seppur di genere anomalo¹⁷, non possono non applicarsi ad essa anche i principi valevoli per il diritto penale, compreso, evidentemente, quello di cui all'art. 27, 2° co., Cost. Ciò tuttavia non è mai avvenuto, nel senso che la Corte costituzionale ha, al contrario, ritenuto che le misure di prevenzione appartenessero al diritto amministrativo, anziché al diritto penale, cosicché la seguente classificazione rendeva immuni le misure in oggetto dai vincoli posti, anche in chiave costituzionale, dal diritto penale.

Per intendere al meglio quanto da noi qui sostenuto, crediamo sia opportuno riportare la vicenda relativa al reato di possesso ingiustificato di patrimoni, introdotto dall'art. 12 *quinquies* della l. n. 356/1992, che, senza alcun dubbio, dava luogo ad un "reato di mero sospetto"¹⁸.

Da qui l'intervento di un'importante sentenza della Corte costituzionale, la n. 48/1994¹⁹, che ha, infatti, dichiarato illegittimo il reato di possesso ingiustificato di patrimoni, proprio perché in contrasto con la presunzione di innocenza, nel senso che era onere dell'imputato dimostrare la legittima provenienza del suo patrimonio, che altrimenti era *presunto* di origine illecita. Ciò che più rileva invece, ai nostri fini, è l'*obiter dictum* della Corte, che consiste in un importante "suggerimento", poi non recepito dal legislatore, e cioè quello di utilizzare il modello delle misure di prevenzione, evidentemente proprio sul presupposto della non appartenenza al diritto penale, bensì al diritto amministrativo.

Il legislatore della riforma, con la l. n. 501/1994 è, tuttavia, come suol dirsi, andato *ultra petita*, poiché ha utilizzato la sproporzione tra reddito dichiarato e quello di cui il soggetto ha la disponibilità, ma non ne dimostra la legittima pro-

¹⁶ Per una disamina più approfondita sulla legge in questione, con particolar riguardo all'art. 416 *bis*, cfr. FIANDACA, *Commento all'art. 1 l. 13/9/1982 n. 646, LP*, 1983, 257 ss.; ID., *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*, FI, 1987, II, 364 ss.; FIANDACA-COSTANTINO (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo – Bilancio di un'esperienza applicativa*, Milano, 1986, 25 ss.

¹⁷ In tal senso, autorevolmente, PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988, 27 ss.

¹⁸ In argomento sono sempre attuali gli acuti rilievi di COPPI, *Osservazione sui "reati di sospetto" e, in particolare, sul "possesso ingiustificato di valori"*, GiC, 1968, II, 1727 ss.

¹⁹ C. Cost., sent. 17.2.1994, n. 94, CP, 1994, 1455 ss.

venienza, non già come misura di prevenzione, bensì come misura di sicurezza, in quanto, oltre all'immane requisito della pericolosità sociale, richiede che il soggetto stesso sia stato previamente condannato con sentenza passata in giudicato, oppure a seguito di patteggiamento.

Se, però, si tratta di una misura di sicurezza, non vi è dubbio che rientri fra le sanzioni penali, nonostante la rubrica nel codice penale le qualifichi come misure amministrative, ma non solo è noto che la rubrica non vincola l'interprete, ma è anche altrettanto noto che soprattutto la giurisdizionalizzazione delle misure di sicurezza attualmente non fanno dubitare più ad alcuno che rientrino nel novero delle sanzioni penali *stricto sensu* intese. Se, quindi, così stanno le cose, diventa estremamente problematico ritenere compatibile con l'art. 27, 2° co., Cost. la c.d. confisca allargata, che, infatti, ha giustamente suscitato gli strali della dottrina più attenta, che correttamente ha parlato di "truffa delle etichette"²⁰.

D'altro canto, che le misure di prevenzione diano luogo alle c.d. "pene del sospetto", si può ricavare anche dall'applicazione pratica delle stesse, con particolare riguardo alla giurisprudenza del Tribunale di Napoli, Sezione misure di prevenzione. Da tale giurisprudenza si ricava, ad esempio, che elemento sufficiente e quindi "indiziante" di appartenenza ad un'organizzazione camorristica è anche il c.d. comparaggio, cioè il fatto che il soggetto sia stato padrino e/o madrina di battesimo del figlio di un noto camorrista²¹.

Orbene, non v'è chi non veda come il comparaggio sia un elemento di per sé equivoco e quindi certamente non univocamente probante, giacché può darsi il caso che il soggetto accetti il "comparaggio", perché, in effetti, affiliato all'organizzazione camorristica, ma può darsi anche il caso, che, soprattutto in un piccolo centro, la persona abbia accettato il *munus* in oggetto solo perché, magari, il camorrista in questione è stato suo compagno di scuola, oppure un suo amico di vecchia data, al quale non ha potuto opporre un rifiuto, pur non avendo nulla a che fare con l'organizzazione criminale.

Peraltro, nemmeno la giurisprudenza comunitaria ci aiuta nel senso del rispetto delle categorie penalistiche. Per quanto riguarda, infatti, la giurisprudenza comunitaria relativa alle misure di prevenzione antimafia, previste nell'ordinamento italiano, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato,

²⁰ Così FORNASARI, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12 sexies della l. n. 256 del 1992*, *GrD*, 1994, 11 ss. e spec. 13 ss.; più ampiamente, cfr. anche MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, spec. 317 ss.

²¹ Cfr. in argomento DI MAURO, *Tipologia dei comportamenti camorristici in base all'esperienza della Sezione misure di prevenzione dal novembre 1984 al marzo 1987*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti dell'incontro di studio organizzato dal CSM, Siracusa, 3-4-5.4.1987, *QCSM*, n. 12, 1988, 162 ss.

a più riprese, dimostrando quanto meno una “eccessiva timidezza”²², che queste non possono essere ricondotte al concetto di *matière pénale*, poiché «non implicano un giudizio di colpevolezza ma tendono a impedire la commissione di atti criminali, non potendo quindi essere comparate a una pena»²³.

D’altro canto, l’orientamento espresso dalla giurisprudenza comunitaria è analogo a quello manifestato dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione italiana, addirittura a Sezioni unite, la quale ha negato «il carattere sanzionatorio di natura penale» della misura di prevenzione della confisca *ex art. 2 ter* e di quella *ex art. 3 quinquies*, o «quello di un provvedimento di prevenzione», ma ritiene piuttosto che la confisca antimafia «va ricondotta nell’ambito di quel tertium genus costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall’art. 240, comma 2, c.p.»²⁴.

Infine, da un punto di vista comparatistico la situazione non sembra migliore – da una prospettiva di vista, ben inteso, garantista – rispetto a quella italiana.

Non è, infatti, almeno a nostro avviso, particolarmente rilevante l’ormai risalente *Ley de Vagos y Maleantes*, del 1933, peraltro molto simile alla nostra legge del 1956, che fu poi modificata nel 1970 in Spagna con la *Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social*²⁵, perché riguarda ancora, almeno nella sua originaria formulazione, i vagabondi, i ruffiani, chi esercita la prostituzione, i mendicanti, gli ubriachi abituali ed i tossicomani, ecc., cioè in definitiva, “tipologie d’autore”, da noi ormai almeno in parte superate con il riferimento agli “atti preparatori”, obiettivamente rilevanti, oppure agli “elementi di fatto”, che sembrano avvicinare maggiormente, pur non senza contraddizioni, il modello italiano delle misure di prevenzione alla categoria dei reati.

Venendo, infatti, a tempi più recenti, assume invece particolare rilevanza la *OrgKGesetz* del 15.7.1992, che ha introdotto nel Codice penale tedesco sia un

²² Così MAUGERI, *op. cit.*, 530 ss.

²³ In questi termini la decisione *Riela e a. c. Italia*, 4.9.2001, § 2, volta a specificare il precedente orientamento espresso nelle pronunce *Guzzardi c. Italia*, 6.11.1980, § 108, *Ciancimino c. Italia*, 27.5.1991, e *Raimondo c. Italia*, 22.2.1994, § 43; in argomento, cfr. MAZZACUVA F., *La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e i suoi riflessi sul sistema penale*, di prossima pubbl. in CODOPPI-CANESTRARI-MANNA-PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte generale*, I, 14 (del dattiloscritto).

²⁴ Cass., Sez. Un., 3.7.1996, Simonelli e alt., *CP*, 1996, 3609, cfr. anche Cass., sez. II, 14.2.1997, Nobile e alt., in *ibidem*, 1997, 3170; equipara invece *tout court* la confisca antimafia ad una misura di sicurezza patrimoniale, *ex art. 240, 2° co., c.p.*, Cass., sez. I, 18.5.1992, Vicenti, *MCP*, 1992, 12, 111; cfr. in argomento, MAUGERI, *op. cit.*, 528 ss.

²⁵ Cfr., in argomento, SGUBBI, *Le “misure di prevenzione” nei principali ordinamenti dell’Europa continentale*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Convegno del C.N.P.D.S., cit., 317 ss.

nuovo tipo di pena pecuniaria, la c.d. “pena patrimoniale” (§ 73a), nonché la c.d. “acquisizione pubblica allargata”, accanto alla tradizionale confisca.

Ciò che più rileva, ovviamente da un punto di vista critico, è che la pena patrimoniale – a differenza della nostrana “confisca per equivalente”, con la quale si possono confiscare valori uguali a quelli che costituiscono il prezzo, il profitto o il prodotto del reato, che pure non è scevra da critiche, giacché la confisca tradizionale si basa sulla pericolosità della *res*, mentre quella per equivalente perde inevitabilmente tale caratteristica, perché ha ad oggetto beni che nulla hanno a che vedere con il reato commesso²⁶ – accentua ancora di più tali rilievi critici.

Con questo nuovo istituto è possibile, infatti, giungere sino alla confisca dell'intero patrimonio dell'autore, che ha suscitato non poche riserve anche a livello costituzionale²⁷.

Ciò che, però, è più assimilabile al nostro modello delle misure di prevenzione è la c.d. “acquisizione pubblica”, che, infatti, con il § 73d, è stata estesa anche ai casi in cui vi sia soltanto il *sospetto* che il profitto derivi dal reato. Anche in questi casi, la dottrina tedesca si è fortemente lamentata e le obiezioni riguardano in sintesi soprattutto:

- a) l'incompatibilità con il principio della personalità della responsabilità penale, atteso che con la pena patrimoniale possono essere colpiti anche i congiunti incolpevoli, che traggono sostentamento dal patrimonio dell'autore;
- b) il conflitto con la presunzione di non colpevolezza, comportando soprattutto la “acquisizione pubblica” un'evidente inversione dell'onere della prova;
- c) il contrasto con il principio di uguaglianza, giacché sarebbero ingiustamente privilegiati coloro che sono stati condannati ad una pena inferiore;
- d) infine, il possibile conflitto con il principio di garanzia della proprietà privata, previsto dall'art. 14 della Costituzione di Bonn²⁸.

Orbene, nonostante le critiche della dottrina più attenta ai profili di garanzia, gli istituti in oggetto sono rimasti inalterati nel sistema penale tedesco, anche se, ad esempio, la pena patrimoniale risulti assai simile alla famigerata confisca dei beni, che fu, come noto, introdotta in Italia quale sanzione, ma per gli autori di

²⁶ Così, in particolare e giustamente, FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; sottolinea, al contrario, l'efficacia di detta forma di confisca a livello politico-criminale, FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997.

²⁷ In argomento, nella letteratura italiana, esaustivamente FORNASARI, *L'introduzione della pena patrimoniale nell'ordinamento penale tedesco*, RTDPE, 1993, 163 ss.

²⁸ Per un esame della letteratura tedesca in argomento, sia consentito di nuovo il rinvio a MANNA, *Misure di prevenzione*, cit., 326.

crimini fascisti²⁹.

Ciò dimostra, in definitiva, come i legislatori di diversi Paesi europei, ed anche *extra* europei³⁰ in ciò “sostenuti” dalle supreme magistrature sia nazionali, che comunitarie, soprattutto in base ad un problema classificatorio, nel senso che le misure di prevenzione non apparterrebbero al diritto penale, bensì al diritto amministrativo, hanno potuto ormai indisturbati continuare nell'utilizzazione delle c.d. pene del sospetto, rendendo assolutamente vani gli sforzi della dottrina, che invece ha segnalato il *vulnus* ai più rilevanti principi garantisti anche a livello costituzionale, per cui si può concludere nel senso che la “difesa sociale” è riuscita, ciò nonostante, ad andare “al di là del monopolio penale” perché sostanzialmente l'efficienza ha fatto aggio sulla garanzia ed i legislatori, soprattutto per combattere la criminalità organizzata, evidentemente hanno ritenuto che era preferibile utilizzare misure molto più duttili rispetto a quelle che nessuno contesta appartenere al diritto penale, ma senza le “rigidità”, ovviamente a livello di garanzie, che comporta lo stesso diritto penale.

2. LA PERICOLOSITÀ E IL SOSPETTO

Presupposto fondamentale per l'applicazione delle misure di prevenzione, che in ciò le avvicina, ma solo in parte, alle misure di sicurezza, è il concetto di pericolosità sociale.

Per intendere appieno il significato ed i limiti della pericolosità sociale dobbiamo anche qui rifarci alle origini del relativo sintagma, che può essere fatto risalire, in piena epoca positivista, alla l. n. 36/1904 sui manicomi, ove infatti, all'art. 1, si subordinava il ricovero obbligatorio nel manicomio al fatto che il soggetto risultasse “pericoloso a sé o agli altri”³¹.

Già dalla legge sui manicomi traspare chiaramente l'estrema genericità del concetto di pericolosità sociale, giacché nella concreta prassi, com'è noto, bastava che un soggetto desse in escandescenze per qualunque motivo e che i vicini informassero la forza pubblica, che ciò fosse motivo di ricovero nel manicomio, ove il soggetto poteva addirittura restare per l'intera vita, ben inteso se il personale medico-psichiatrico ritenesse costui ancora socialmente pericoloso.

²⁹ Cfr. in argomento VASSALLI, *La confisca dei beni – Storia recente e profili dogmatici*, Padova, 1951.

³⁰ Cfr., in particolare, il *Criminal forfeiture* ed il *Civil forfeiture*, nonché, soprattutto i presupposti del *RICO forfeiture*, che avvicinano decisamente la misura in esame alle nostre misure di prevenzione, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., rispettivamente 247 ss. e 279 ss.

³¹ In argomento, sia consentito il rinvio a MANNA, voce *Trattamento medico-chirurgico*, ED, XLIV, Milano, 1992, 1301-1302.

Il codice penale del 1930 ha, però, tentato di fornire una maggiore pregnanza contenutistica al concetto di pericolosità sociale, perché, *ex art.* 203, l'ha subordinata a due requisiti, ovverosia la commissione di un fatto di reato, o almeno di un c.d. quasi reato e, inoltre, la "probabilità" che il soggetto "commetta nuovi fatti previsti dalla legge come reati".

La pericolosità sociale, quindi, almeno nell'originaria intelaiatura del codice, non solo era strettamente collegata con la capacità a delinquere, di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p., nel senso che quest'ultima esprimeva soltanto la "possibilità" di commissione in futuro di fatti criminosi, mentre la pericolosità ne esprimeva un grado maggiore, cioè a dire, appunto, la "probabilità", ma sussistevano non solo ipotesi di pericolosità accertata dal giudice ma, addirittura, casi di pericolosità presunta, successivamente eliminati in via definitiva dalla c.d. legge Gozzini denominata anche "mini-riforma penitenziaria", del 1986³². Paradossalmente, proprio l'eliminazione delle ipotesi di pericolosità presunta, come, per esempio, quella legata al concetto di infermità di mente, ha fatto "emergere", in tutta la sua gravità, la problematica relativa all'accertamento della pericolosità sociale, perché, mentre prima le presunzioni in un certo senso "occultavano" il problema, attualmente, rifacendoci di nuovo al caso dell'infermità di mente, come ipotesi paradigmatica, si assiste sovente ad un conflitto tra organo giudicante, o requirente, e perito, o consulente tecnico, laddove i primi chiedano ai secondi non solo se il soggetto è infermo di mente, ma anche se è socialmente pericoloso. Alla prima domanda, infatti, il perito possiede ovviamente le conoscenze tecniche per rispondere al quesito, mentre alla seconda domanda si trova in seria difficoltà, in primo luogo perché la pericolosità sociale non rappresenta certo un concetto medico-psichiatrico-psicologico, bensì si tratta di un concetto squisitamente giuridico, su cui, ovviamente, il perito non possiede gli strumenti adatti per poter adeguatamente rispondere. Di quanto stiamo sin ora osservando ne troviamo la riprova nella letteratura criminologica, con riguardo alla valutazione dei giudizi prognostici che, ben inteso, non dovrebbero essere meramente "intuitivi", da un punto di vista clinico, perché comportano anche l'utilizzazione di "tavole predittive"³³.

Tale valutazione ha, tuttavia, seguito grossomodo due fasi:

³² Per una ricostruzione storico-dogmatica ed anche orientata alle prospettive future del concetto di pericolosità sociale, come si può desumere dal codice penale, sia di nuovo consentito il rinvio a MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione – Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997, 59 ss., e la bibliografia ivi citata cui, per eventuali ulteriori approfondimenti, anche ci si riporta.

³³ In argomento cfr. PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in *Psichiatria forense generale e penale*, in FERRACUTI (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, XIII, Milano, 1990, 313 ss.

la prima è quella dominante fra i criminologi negli anni '70 dello scorso secolo e caratterizzata da una critica radicale ai giudizi prognostici, accusati di essere incapaci di predire il futuro comportamento delinquenziale³⁴.

Tale impostazione è stata, però, criticata giacché conduce fatalmente, da un punto di vista penalistico, ad un ritorno alla retribuzione³⁵ e, dunque, ad uno scardinamento non solo e non tanto del sistema delle misure di sicurezza, quanto, soprattutto, della stessa concezione "orientata allo scopo" della pena, che non può, a sua volta, non basarsi in molti istituti (sospensione condizionale, liberazione condizionale, ecc.) sui giudizi prognostici³⁶.

A tale opinione radicale ne è, infatti, succeduta un'altra, negli anni '80 dello scorso secolo ma tuttora valida, che, più realisticamente, ha osservato, dai dati empirici di riferimento, come la predizione del comportamento delinquenziale risulti possibile soltanto a breve, se non addirittura a brevissimo termine, mentre sia assolutamente impossibile nel medio e nel lungo periodo³⁷.

Da ciò deriva, quindi, evidente la "crisi" del concetto di pericolosità sociale, dovuta proprio alla difficoltà empirica della prognosi di pericolosità³⁸. Detta crisi denota, infatti, un evidente contrasto tra il concetto di pericolosità sociale, ritenuto giustamente un concetto "manipolabile"³⁹ e, quindi, come tale, in tendenziale contrasto con il principio di determinatezza⁴⁰ in materia penale, tanto che, in chiave di riforma, si è preferito sostituire al concetto in esame quello relativo al c.d. "bisogno di cura", ovviamente in una più ampia rivisitazione delle

³⁴ In tal senso, ad esempio, PESZKE, *Is Dangerousness an Issue for Physicians in Emergency Commitment?*, in *American Journal of Psychiatry*, 132:8, 1975, 825 ss., e spec. 826; COHEN-GROTH-SIEGEL, *The Clinical Prediction of Dangerousness*, in *Crime & Delinquency*, 1978, 28 ss. e, quivi, 30 ss.

³⁵ In tal senso MONAHAN, *The Prediction of Violent Behavior: Toward a Second Generation of Theory and Policy*, in *Am. J. Psychiatry*, 141:1, 1984, 10 ss., e quivi 12.

³⁶ Sull'insostituibilità dei giudizi prognostici in una visione della pena orientata alla prevenzione, cfr. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984.

³⁷ In tal senso nella letteratura italiana, PALERMO P.-FERRACUTI F.-DAL FORNO-FERRACUTI S.-LISKA-PALERMO M., *Considerazioni sulla predicibilità del comportamento violento*, IP, 1992, 154 ss. e, quivi, 162-163, cui si rinvia anche per ulteriori citazioni bibliografiche della letteratura nord-americana.

³⁸ Fra i penalisti, in tal senso, anche PETRINI, *op. cit.*, 294-295; nonché, sul punto, sia consentito il rinvio pure a MANNA, *Imputabilità, pericolosità e misure di sicurezza: verso quale riforma?*, RIDPP, 1994, 1426 ss.

³⁹ In tal senso, nella manualistica, in particolare, MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, I, *Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, 1995, 57-58.

⁴⁰ Cfr. in tal senso soprattutto HASSEMER, *Ueber die Beuecksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, in *Festschrift fuer Coing*, 1982, Bd. 1, 493 ss. e, quivi, 505 ss.; nonché FRISCH, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, Heidelberg-Hamburg, 1983, spec. 15 ss.

misure di sicurezza, che parte dall'abolizione del c.d. doppio binario e le limita, giustamente, soltanto ai non imputabili, per di più con la previsione non solo di un termine minimo, ma anche di un termine massimo di durata⁴¹.

Se, dunque, il concetto di pericolosità sociale mostra già i limiti indicati nell'ambito delle misure di sicurezza, ove però uno dei presupposti per l'applicazione delle stesse è costituita dalla commissione di un reato o, almeno, di un c.d. quasi-reato, che comunque contribuisce, in un certo qual modo, a costituire un punto di riferimento – seppure rivolto al passato – certo, su cui basare “l'incerto” concetto di pericolosità, le problematiche si aggravano decisamente in tema di pericolosità con riguardo alle misure di prevenzione, giacché in tale ultimo settore non è neppure possibile fare riferimento ad un reato o ad un quasi-reato, dato che le misure in oggetto sono, per definizione, *praeter delictum*.

Senza, infatti, il riferimento, quanto meno, ad un fatto costituente reato, o quasi-reato, non c'è dubbio che in tema di misure di prevenzione il concetto di pericolosità risenta maggiormente di carattere fondamentalmente “intuitivo”⁴², per cui l'aspetto che rende maggiormente intollerabile il metodo seguito dai giudici – e di fatto consentito dalle norme in tema di pericolosità con riguardo alle misure di prevenzione – cioè quello c.d. intuitivo, è «la sua congenita incompatibilità con qualunque procedura di falsificazione logica»: né, infatti, le premesse, né, tanto meno, l'*iter* argomentativo, né, infine, la conclusione, appaiono in realtà verificabili razionalmente, per cui «lo iato tra il libero convincimento del giudice e l'arbitrio è sostanzialmente impercettibile»⁴³.

Da quanto sinora osservato, emerge, quindi, come, in particolare in tema di misure di prevenzione, la vigenza della categoria giuridica della pericolosità sociale è da porre in relazione con un altro piano, quello, cioè, della “*finzione giuridica*”, come dimostra la problematica relativa all'appartenenza all'associazione mafiosa, da intendersi quale presunzione “quasi” assoluta di pericolosità sociale⁴⁴, nel senso che solo l'indiziato può dare la prova positiva, nei fatti pressoché “diabolica”, della disgregazione dell'associazione, o del recesso dalla medesima.

Questa chiara inversione dell'*onus probandi*, che, come abbiamo potuto constatare, è purtroppo consentita sia dalla Corte costituzionale italiana, che a livello europeo, attraverso, però, una c.d. “truffa delle etichette”, ovverosia ritenendo che le misure di prevenzione non appartengano alla materia penale, bensì a

⁴¹ Sia consentito, sul punto, anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici, il rinvio a MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli*, cit., spec. 71 ss.

⁴² Così, giustamente, MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, spec. 95 ss.

⁴³ Così, di nuovo, MANGIONE, *op. cit.*, 97 e la bibliografia ivi citata.

⁴⁴ Di nuovo MANGIONE, *op. cit.*, 129 e 135 ss.

quella amministrativa, per cui ad esse non sono applicabili i principi costituzionali tipici del diritto penale, porta a concludere che la pericolosità sociale in tema di misure di prevenzione non può non degradarsi alla logica del “sospetto”, proprio perché l’intero sistema della misure di prevenzione segue la medesima logica della “pena del sospetto” per cui è inevitabile che anche il presupposto per l’applicazione delle stesse, per lo più privato del riferimento ad un previo fatto di reato, o quanto meno di un quasi-reato, degradi inevitabilmente nel senso da noi da ultimo indicato.

3. L’EVOLUZIONE DELLA PREVENZIONE SPECIALE: CONTROLLO O REPRESSIONE?

Per cominciare a tirare le somme di questa complessa analisi sulle misure di prevenzione e, quindi, cercare di fornire una risposta definitiva al quesito posto da questo paragrafo, è giuoco-forza fare riferimento, seppur in sintesi, perché altri si occuperanno *funditus* della materia, del c.d. *Codice Antimafia*⁴⁵.

In virtù della l. n. 136 del 13.8.2010, «Piano straordinario contro le mafie nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia», il 6.9.2011 è stato introdotto nel nostro ordinamento il d.lg. n. 159, «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia» cioè, appunto, il c.d. “Codice Antimafia”.

Nel nuovo codice, avrebbero dovuto confluire tutta la normativa e la disciplina delle misure di prevenzione, intervento che da tempo gli operatori del diritto attendevano, per l’abbondante quantità di leggi susseguitesesi negli anni, al fine di rendere più nitida l’intera disciplina, ma tali aspettative sono state in gran parte disattese, giacché l’esame parlamentare del testo normativo ha falcidiato l’intero Libro I, eliminando ogni riferimento agli aspetti di diritto sostanziale e processuale di maggiore rilievo, come la riscrittura della fattispecie di cui all’art. 416 *bis* c.p., con la connessa questione della disciplina del concorso esterno in associazione mafiosa, sul piano sostanziale, e la disciplina delle intercettazioni e della proroga delle indagini, sul piano più strettamente processuale.

In definitiva, anche a causa di una delega scarna e generica, il legislatore de-

⁴⁵ In argomento FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice Antimafia in materia di stupefacenti e nell’ambito di manifestazioni sportive*, Milano, 2012, spec. 66 ss.; CISTERNA, *Il Codice Antimafia tra istanza compilative e modelli criminologici*, DPP, 2012, 213 ss.; MENDITTO, *Codice Antimafia*, Napoli, 2011; GUERRA, *La nuova disciplina delle misure di prevenzione alla luce del Codice Antimafia*, in *Nel diritto*, 2012, 569 ss.; DELLO JACCOVO, *Il “Codice Antimafia” (D. lgs. 159/2001): cronaca di un’occasione mancata*, in corso di pubbl. su *La Corte d’Assise*, n. 2-3/2011; CISTERNA, *L’impegno a varare opportuni testi integrativi fa sperare in un corpus normativo più completo*, *GDir*, 2011/41, 84 ss.

legato si è limitato ad approntare una mera ricognizione e armonizzazione della legislazione vigente, con l'aggiunta di qualche adeguamento normativo al diritto vivente affermatosi sul piano giurisprudenziale.

Il testo normativo in esame, pertanto, si presenta agli operatori del diritto come un mero "Codice delle misure di prevenzione", disciplinate nel Libro I, in cui, pur scorgendosi l'utilità del significativo lavoro di riordino e ridefinizione ad esso sotteso, non mancano profili che giustificano diversi rilievi critici⁴⁶.

In particolare, per quanto riguarda le misure di prevenzione personali, il legislatore del 2011 ribadisce che tali misure si applicano a:

- 1) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi;
- 2) coloro che, per la condotta ed il tenore di vita, sulla base di elementi di fatto, vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
- 3) coloro che, per il loro comportamento, debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono 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 novità più rilevante è costituita, invece, dai "nuovi" soggetti destinatari delle misure di prevenzione sia personali, che patrimoniali, di cui al successivo art. 4, e cioè:

- a) gli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 *bis*; la categoria comprende, per consolidato orientamento giurisprudenziale, tanto gli affiliati al sodalizio mafioso, quanto i concorrenti "esterni", allargandosi a ricomprendere tutte le forme di contiguità soggettiva e funzionale agli interessi mafiosi⁴⁷;
- b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, 3° co. *bis*, c.p.p., ovvero del delitto di cui all'art. 12 *quiquies*, 1° co., d.l. 8.6.1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.8.1992, n. 356;
- c) ai soggetti di cui all'art. 1;
- d) a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo, anche internazionale;
- e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della l. 20.6.1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il com-

⁴⁶ Così quasi testualmente MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 2ª, Padova, 2012, 751-752.

⁴⁷ Così, Cass., sez. I, 7.4.2010, P.G.M. e alt., *CED*, rv. 241012.

portamento successivo, che continuino a svolgere un'attività analoga a quella precedente;

f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista, ai sensi dell'art. 1 della l. n. 645/1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;

g) fuori dei casi indicati nelle lett. *d)*, *e)* ed *f)*, siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella l. 2.10.1967, n. 895, e negli artt. 8 ss. della l. 14.10.1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lett. *d)*;

h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;

i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 della l. 13.12.1989, n. 401.

Come può, quindi, agevolmente constatarsi, il legislatore della riforma ha ampliato notevolmente il novero dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione, perché vi ha ricompreso non solo indiziati di appartenere alle associazioni mafiose, ma anche coloro che pongano in essere "atti preparatori, obiettivamente rilevanti" diretti a sovvertire l'ordine dello Stato, oppure coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte, oppure ancora coloro che compiano atti preparatori diretti alla ricostituzione del partito fascista, nonché coloro che hanno preso parte attiva alle manifestazioni di violenza, anche in ambito sportivo, nonché altresì coloro che, pur condannati in materia di armi, per il loro comportamento successivo debba ritenersi siano proclivi a commettere di nuovo un reato della stessa specie e, da ultimo, gli istigatori, i mandanti e i finanziatori dei reati di cui agli articoli precedenti.

Va, a questo punto, rilevato come il legislatore, in realtà, usi due tecniche di redazione di tali fattispecie, ovverosia quella legata agli "atti preparatori, obiettivamente rilevanti", che abbiamo già in precedenza criticato, perché sono comunque "al di qua" del penalmente rilevante, oppure utilizza il diverso modello con riferimento a soggetti che siano già stati condannati per una serie di reati, come, ad esempio, quelli in materia di armi, se è "ragionevole ritenere" che in futuro commettano reati della stessa specie, con ciò, però, rischiando di trasformare surrettiziamente la misura di prevenzione, personale o patrimoniale, collegata a tali destinatari, in una misura di sicurezza.

Il dato comune di questo notevole ampliamento dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione, in chiave di politica criminale è, a nostro avviso, riscontrabile nel fatto che il legislatore si è chiaramente reso conto che questo "model-

lo” di diritto penale, legato alla pericolosità sociale e di stampo chiaramente preventivo, è assai più duttile e di ben più facile applicazione rispetto al paradigma *classico* del diritto penale, cioè quello legato alla commissione di un reato ove, quindi, non vale più il concetto di pericolosità, bensì il binomio *colpevolezza per il fatto-pena*.

Quest’ultimo modello, infatti, proprio perché deve osservare i principi costituzionali in materia penale, e, ben inteso, anche in materia processuale penale, risulta sicuramente assai più rigido e di più difficile applicazione, soprattutto a livello probatorio, proprio perché non consente quelle *scorciatoie* a tale livello che, invece, sono ampiamente legittimate sia dalla Corte costituzionale italiana, che in sede europea, attraverso la collocazione delle misure di prevenzione in ambito amministrativo, anziché in ambito penale, così dando luogo, però, come già ricordato in precedenza, ad un evidente “truffa delle etichette”.

Un esempio “illuminante” in tal senso è ricavabile dell’art. 17, 2° co., del “Codice Antimafia”, ove le misure patrimoniali risultano applicabili anche nel caso di morte del soggetto proposto, mediante la prosecuzione del procedimento nei confronti degli eredi o aventi causa, non a caso allo stato “salvato” dalla Corte costituzionale⁴⁸.

In sintesi, intendiamo affermare come ormai coesistano due modelli di diritto penale, quello che origina dallo Stato liberale ottocentesco e dal concetto di retribuzione e che è legato alla c.d. *colpevolezza per il fatto*, che si è comunque emancipato dalla stessa idea retributiva, per riconoscere alla pena e allo stesso diritto penale una loro legittimità solo laddove siano *orientati allo scopo*.

Quest’ultima visione *funzionalista* del diritto penale di origine classica è, tuttavia, costretta a fare sempre i conti con i principi costituzionali dettati per la materia in analisi ed ecco, quindi, la ragione per cui sin dall’Ottocento si è progressivamente sviluppato, accanto al diritto penale classico, un diritto penale legato, appunto, alla pericolosità sociale, di cui uno dei filoni, cioè quello legato alle misure di sicurezza, costituisce per molti settori un modello per certi versi in crisi, proprio perché presuppone ancora la commissione di un reato, o comunque di un quasi-reato, mentre il “secondo binario” del diritto penale della pericolosità, cioè, appunto, quello riguardante le misure di prevenzione *praeter delictum*, nonostante le critiche della dottrina e un’iniziale e progressiva crisi di quelle a carattere personale, ha trovato nuova linfa mediante quelle di carattere patrimoniale, sino a che il legislatore, proprio con il “Codice Antimafia”, ha deciso di ampliare in modo davvero rimarchevole i soggetti destinatari di tali mi-

⁴⁸ C. Cost., ord. 9.2.2012, n. 21, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del “morto”*. Un non liquet della Corte costituzionale, con rinvio a integrazioni costituzionalmente orientate.

sure, a riprova ulteriore che queste ultime, essendo svincolate dai “lacci e laccioli” del diritto penale *classico*, consentono di spingersi ad un contrasto preventivo della criminalità che il diritto penale classico non può raggiungere⁴⁹.

Per rispondere, quindi, al *quesito* posto all’inizio del paragrafo, se cioè la prevenzione sociale, ovverosia il sistema delle misure di prevenzione *praeter delictum*, sia contrassegnato soltanto dal controllo, oppure contenga anche elementi di repressione, siamo persuasi, da quanto sinora osservato, come siamo di fronte non già ad un diritto amministrativo, seppur di carattere punitivo, del tipo, cioè, di quello di cui alla legge generale di depenalizzazione n. 689/1981, per la semplice, ma decisiva ragione che l’illecito amministrativo depenalizzato non contiene *mai* sanzioni privative della libertà personale, cosa che invece avviene quanto meno per le misure di prevenzione di carattere personale e, noi aggiungeremmo, anche per le misure di prevenzione di carattere patrimoniale, giacché seppur queste ultime hanno ad oggetto il patrimonio, non v’è alcun dubbio come lo stesso patrimonio debba considerarsi indissolubilmente legato alla persona e, quindi, quanto più sono incisive le misure di prevenzione di carattere patrimoniale, tanto più queste ultime hanno ad oggetto non solo il patrimonio, ma estendono inevitabilmente i loro effetti anche alla persona, quanto meno con riferimento al suo *standard* di vita.

Dietro, quindi, la logica del controllo, che sembra appartenere ontologicamente alle misure di prevenzione, si nasconde, in realtà, un modello di diritto penale ormai di stampo notevolmente repressivo, ma ciò che più preoccupa l’interprete, senza le garanzie tipiche del diritto e del processo penale, che derivano dallo Stato liberal-garantistico, ma che sarebbe davvero un’illusione ritenere che i legislatori dei diversi ordinamenti, ove queste misure hanno attecchito, pensino minimamente di rinunciarvi, proprio per la fondamentale e già ribadita ragione legata alla maggiore duttilità di questi strumenti e, quindi, alla loro maggiore “efficacia”, in nome della quale le esigenze di garanzia dell’individuo vengono decisamente messe in secondo piano.

⁴⁹ Per considerazioni in un certo senso analoghe, in particolare per la distinzione fra diritto penale classico, di origine retribuzionistica, e diritto penale legato, invece, al concetto di pericolosità sociale, cfr. di recente PAVARINI, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., *Come punire: per un nuovo sistema sanzionatorio*, *Terzo Convegno Nazionale: Per un nuovo codice penale*, Novara, 22-23.6.2012 (atti in corso di pubbl.).