

Le misure di prevenzione: dalla sentenza “de Tommaso c. Italia” alle modifiche operate dalla legge n. 161 del 17 ottobre 2017*

di Andrea De Lia**
(1 dicembre 2017)

SOMMARIO: 1. Premesse. 2. La pericolosità “generica” e la sentenza “de Tommaso”. 3. Segue. Gli effetti della sentenza della Corte EDU sulla giurisprudenza nazionale di merito e di legittimità. 4. La riforma attuata dal legislatore. Cenni generali. 5. Le principali novità sotto il profilo delle misure a carattere personale. 6. Le innovazioni al sistema delle misure di natura reale. 7. Un breve commento alle nuove norme. 8. Funzioni e disfunzioni del sistema preventivo. 9. Conclusioni.

1. Premesse

Le misure di prevenzione costituiscono oggetto di uno dei dibattiti più ampi e controversi nell’ambito del diritto contemporaneo.

Sul tema si intersecano infatti la posizione del legislatore, che ritiene che dette misure rappresentino uno strumento indispensabile di tutela della sicurezza sociale¹; quella della dottrina che, evidenziandone l’afflittività, ne denuncia costantemente il disallineamento rispetto ai principi costituzionali di riferimento per la *matière pénale*; ed infine quella assunta dalla giurisprudenza italiana che, sposando l’esigenza finalistica che sottende a tale microsistema, attraverso una evidente logica di efficientismo utilizza ormai in maniera ampia e talora disinvolta gli istituti che compongono questo ampio armamentario, affrontando le questioni di legittimità che esso involge con continui equilibrismi.

Il presente contributo, dunque, ha la finalità di sviluppare alcuni spunti di riflessione su alcune criticità che caratterizzano questa tormentata materia, esponendo sinteticamente lo “stato dell’arte” a seguito della pronuncia della Corte EDU sul caso “de Tommaso”, anche attraverso un commento a prima lettura di alcune delle più importanti novità introdotte dal legislatore con la l. 17 ottobre 2017, n. 161 (pubblicata in GURI n. 258 del 4 novembre 2017), in vigore dal 19 novembre 2017.

La suddetta legge ha infatti apportato rilevanti modifiche alla disciplina, che meritano di essere analizzate; l’ampiezza dei temi che essa involge tuttavia imporrà in questa sede di limitare l’indagine alle sole questioni che più direttamente si collocano in rapporto con la pronuncia del giudice europeo e con la giurisprudenza interna che si è generata a valle di essa.

2. La pericolosità “generica” e la sentenza “de Tommaso”

La Grande Camera della Corte EDU, con sentenza del 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia², ha affrontato il caso di un *applicant* che aveva dedotto, sotto molteplici e concorrenti

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 Trovando in tal senso conforto in diverse pronunce della Corte costituzionale, che in più occasioni ha affermato in questa prospettiva la “necessità” del sistema di prevenzione (cfr. Corte Cost., 7 luglio 2010, n. 282; Corte cost., 18 maggio 2009, n. 161; Corte cost., 8 marzo 1984, n. 66; Corte cost., 20 aprile 1959, n. 27).

2 Oggetto di numerosi commenti da parte della dottrina. Per citarne soltanto alcuni: VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, 3 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it; MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l’Italia per mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, 6 marzo 2017, *ibidem*; LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci europee e ombre nazionali su una sentenza storica? Appunti su CEDU de Tommaso c. Italia*, 23 marzo 2017, in www.archiviopenale.it; ID., *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU de Tommaso*, 25 maggio 2017, *ibidem*; CISTERNA, *Le crepe nella legittimità costituzionale dell’art. 75 comma 2 d.lg. n. 159/2001, dopo la sentenza de Tommaso*, 26 novembre 2017, *ibidem*; BIONDI, *Osservazioni a Corte europea dei diritti dell’uomo 23 febbraio 2017*, in *Cass. Pen.*, 2017, pp. 2072 ss; RIZZATO, *Osservazioni a Corte europea dei diritti dell’uomo 23 febbraio 2017, ibidem*, 2017, pp. 2076 ss; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in

profili, l'illegittimità delle misure preventive personali della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, dell'obbligo di residenza e delle ulteriori prescrizioni che erano state inflitte nei propri confronti dall'autorità giudiziaria italiana per un periodo di due anni, sulla base della riconduzione del proposto alla categoria dei soggetti a pericolosità c.d. "generica".

Nell'occasione la Corte, nell'accogliere il ricorso della parte e nel liquidare un seppur modesto indennizzo per il danno non patrimoniale subito, ha dunque sancito la non conformità ai principi europei (ed in particolare all'art. 2 Prot. 4 CEDU, in tema di libertà di circolazione, *infra*) della disciplina interna applicata *ratione temporis*, regolante per l'appunto le categorie di soggetti a pericolosità generica sottoponibili a misura preventiva (nn. 1 e 2 dell'art. 1 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423)³; il tutto rilevando il difetto di determinatezza-tassatività delle disposizioni regolatrici, sia in ordine ai criteri per la riconducibilità del singolo alle categorie pericolose sia per quanto concerne il contenuto precettivo delle misure (nel caso di specie erano state irrogate al proposto anche le prescrizioni previste dall'art. 5 della l. n. 1423/56, tra le quali quella dell'*honeste vivere* e di "rispettare le leggi")⁴.

Quanto al primo, fondamentale aspetto la Corte europea – pur affermando che le misure di prevenzione applicate in concreto al ricorrente non avrebbero potuto qualificarsi, quanto ad afflittività, come limitative della libertà personale sulla base di principi già esposti in alcune occasioni dalla giurisprudenza della medesima Corte, negando dunque la sussumibilità del caso nell'alveo dell'art. 5 CEDU (§ 79-91)⁵ – ha rimarcato dunque attraverso l'analisi della legge nazionale la carenza di una chiara identificazione degli elementi fondanti l'affermazione di pericolosità.

La Corte EDU è quindi giunta a riconoscere il contrasto di detta normativa con il citato art. 2 Prot. 4 CEDU, per il quale la libertà di circolazione può essere limitata solo "se necessaria in una società democratica" ("*with a fair balance between the public interest and the individual's right*") e (cumulativamente, cfr. § 127) sulla base della legge ("*in accordance with law*"), e quindi nel rispetto del principio di legalità, esteso ai corollari di determinatezza-tassatività (che implicano che la legge debba essere di tale "qualità" da essere "accessibile" ai soggetti interessati, e cioè comprensibile in ordine alla propria portata ed effetti)⁶.

Il tutto evidenziando, per quanto riguarda le prescrizioni, anche l'impossibilità per i consociati di individuare adeguatamente la portata precettiva delle disposizioni di riferimento, ai fini di una autodeterminazione consapevole e quindi di una piena comprensione delle conseguenze derivanti da un'eventuale condotta *contra ius* (c.d. "*foreseeability*")⁷.

In particolare, la Corte EDU ha stabilito che "*la legge è stata formulata in termini*

Dir. Pen. Proc., 2017, pp. 1039 ss.

³ Le disposizioni sono state abrogate dal d.lg. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. "Codice antimafia"), ma sono state integralmente replicate nell'art. 1 del provvedimento normativo da ultimo citato, ed oggi vigente, che fa riferimento a: "*a) coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*".

⁴ Oggi previste dall'art. 8 comma 4 Codice antimafia.

⁵ Sul punto si veda tuttavia l'opinione dissenziente del Giudice Pinto de Albuquerque, che ha affermato la natura penale delle misure di prevenzione adducendo una articolata motivazione, e ponendo in evidenza l'afflittività delle misure.

⁶ Al riguardo si deve rammentare che la Consulta, con la sentenza Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177 aveva già dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di legalità, l'art. 1 n. 3 della medesima l. n. 1423/1956.

⁷ Si tratta di un principio che è stato espresso dalla Corte EDU anche in riferimento al caso di Bruno Contrada, e al delitto di concorso esterno in associazione mafiosa ex artt. 110-416-*bis* c.p. (Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia).

eccessivamente vaghi ed ampi. La legge non ha definito con sufficienti chiarezza e precisione né gli individui ai quali sono applicabili le misure preventive, né il contenuto di alcune di dette misure. Ne consegue che la legge non ha soddisfatto i requisiti... individuati negli orientamenti della Corte” (§ 125).

Nonostante il chiaro *dictum* della Corte di Strasburgo si sono generati tuttavia orientamenti giurisprudenziali interni non univoci, sia in ordine alla legittimità del sistema preventivo fondato sulla pericolosità generica sia sulle prescrizioni a-specifiche, che verranno esaminati nel prossimo paragrafo al fine di delineare un quadro d'insieme.

3. Segue. Gli effetti della sentenza della Corte EDU sulla giurisprudenza nazionale di merito e di legittimità

Subito dopo la pronuncia de Tommaso la Corte di appello di Napoli, VIII Sez., con ordinanza del 14 marzo 2017, V. C., ha allora sollevato davanti alla Consulta la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, 3 e 5 della l. n. 1423/1956 (in riferimento all'art. 117 Cost. e all'art. 2 Prot. 4 CEDU) e degli artt. 2 *ter* l. 31 maggio 1965, n. 575 e 19 l. 22 maggio 1975, n. 152⁸ (in riferimento agli artt. 42 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 1 Prot. 1 CEDU in tema di tutela della proprietà individuale), a seguito del gravame spiegato dal proposto avverso il provvedimento di primo grado con il quale erano state irrogate all'appellante, in ragione della pericolosità generica "contestata", la misura personale della sorveglianza speciale, del soggiorno obbligatorio (art. 3 l. n. 1423/1956) e quella patrimoniale della confisca⁹.

Accanto a tale pronuncia si collocano tuttavia quelle emesse da alcuni giudici di merito che, sul presupposto che i principi espressi dalla Corte EDU non sarebbero da qualificarsi come "consolidati" (sebbene gli stessi siano stati enucleati dalla Grande Camera attraverso una sentenza che appare definibile come "pilota"¹⁰), e che le disposizioni in disamina hanno superato il vaglio di legittimità da parte della Consulta¹¹, hanno ritenuto di non condividerli e di poter continuare ad applicare misure preventive sulla base della pericolosità generica, impartendo altresì la prescrizione dell'*honeste vivere* e di "rispettare le leggi" di cui all'art. 8 comma 4 Codice antimafia¹².

8 Regolanti sequestro e confisca di prevenzione attraverso disposizioni poi sostanzialmente confluite nel Codice antimafia.

9 Pubblicata con nota di VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza de Tommaso*, 31 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

10 Sul tema si veda Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, che ha espresso i seguenti principi: "è, pertanto, solo un diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo... la nozione stessa di giurisprudenza consolidata trova riconoscimento nell'art. 28 della CEDU, a riprova che, anche nell'ambito di quest'ultima, si ammette che lo spessore di persuasività delle pronunce sia soggetto a sfumature di grado, fino a quando non emerga un «well-established case-law» che «normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber», salvo il caso eccezionale su questione di principio, «particularly when the Grand Chamber has rendered it» (così le spiegazioni all'art. 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l'art. 28 della CEDU)... solo nel caso in cui si trovi in presenza di un "diritto consolidato" o di una "sentenza pilota", il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale".

11 Cfr. Corte cost. n. 282/2010 cit. che ha riconosciuto espressamente la legittimità delle disposizioni regolanti le prescrizioni generiche.

12 Cfr. Trib. Palermo, I Sez., 28 marzo 2017, T.S., provvedimento pubblicato con nota di BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, 13 aprile 2017, in www.penalecontemporaneo.it. Trib. Milano, 7 marzo 2017, R.T., pubblicato con nota di FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*, 13 aprile 2017, *ibidem*. Questi pronunciamenti "conservativi" hanno trovato il favore anche in una parte della dottrina, che è però anche "giurisprudenza" [cfr. ad esempio RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza de Tommaso v. Italia* (e

Su tutt'altro piano si colloca la successiva sentenza delle Sezioni Unite "Paternò"¹³, che è intervenuta sulla fattispecie delittuosa prevista dall'art. 75 comma 2 Codice antimafia, e che ha affrontato il caso di un imputato che era stato condannato in sede di merito per aver violato le prescrizioni riconnesse alla misura preventiva della sorveglianza speciale che gli era stata irrogata, ed in particolare quelle di vivere onestamente rispettando le leggi, in ragione della commissione da parte del medesimo imputato del delitto di lesione personale.

Le Sezioni Unite nell'occasione hanno ricostruito compiutamente il panorama giurisprudenziale stratificatosi sulla figura criminosa in disamina, evidenziando dapprima la posizione di rigore assunta da alcuni orientamenti che in passato avevano affermato ai fini dell'integrazione della fattispecie in disamina la rilevanza di comportamenti della più disparata natura (ivi inclusa ad esempio la realizzazione di reati per i quali l'azione penale fosse risultata improcedibile per mancanza della querela) e dalla pericolosità sociale talora evanescente (come nel caso di commissione di illeciti amministrativi), e poi analizzando i principi espressi dalla pronuncia "Sinigallia"¹⁴.

Tale ultima sentenza in particolare, come riportato dalle Sezioni Unite, aveva rimarcato l'esigenza di verificare, caso per caso, la rilevanza della condotta tenuta dal soggetto gravato dalla misura preventiva, e la necessità di ossequio ai principi costituzionali di offensività e di proporzionalità, giungendo a negare la configurabilità del delitto di cui al citato art. 75 Codice antimafia per l'effetto di mere "*défaillance comportamentali*".

Preso atto degli orientamenti espressi dalla Corte di legittimità sopra succintamente descritti, le Sezioni Unite con la pronuncia "Paternò" hanno allora ben chiarito che la verifica in concreto dell'offensività della condotta tenuta dal soggetto gravato da misura preventiva, individuata dalla sentenza "Senigallia" come elemento indispensabile ai fini dell'applicabilità della disposizione incriminatrice in disamina, non potesse in alcun modo consentire il superamento, a monte, del *deficit* di determinatezza della fattispecie astratta, facendo riferimento ai principi espressi dalla sentenza "de Tommaso".

Conseguentemente la Corte di legittimità ha affermato che soltanto la violazione delle prescrizioni specifiche possa rappresentare condotta rilevante ai fini dell'integrazione del reato in disamina, ritenendo per l'effetto dell'interpretazione costituzionalmente orientata della norma non necessario neppure rimettere la questione alla Consulta¹⁵, e ha statuito che la mancata osservanza delle prescrizioni generiche possa provocare "soltanto" l'aggravamento ex art. 11 Codice antimafia delle misure preventive già irrogate.

Sulla scia tracciata dalla sentenza di Strasburgo, ma muovendo da una prospettiva diversa da quella della sentenza "Paternò", si colloca poi anche la successiva ordinanza di rimessione alla Consulta pronunciata da Cass., Sez. II, 11 ottobre 2017, Sorresso, n. 49149¹⁶, con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75 Codice antimafia in relazione agli artt. 25 (per violazione del principio di legalità-determinatezza-tassatività) e 117 Cost. (in riferimento all'art. 7 CEDU, che sancisce il principio di legalità, e al già citato art. 2 Prot. 4 CEDU).

Nell'occasione la Cassazione, sostanzialmente condividendo la posizione assunta dalla

confermata dalle Sezioni Unite Paternò), 16 ottobre 2017, in www.penalecontemporaneo.it].

13 Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, Paternò, n. 40076, pubblicata con nota di VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, 13 settembre 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

14 Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Sinigallia, n. 32923, in *Dejure*.

15 Sul tema peraltro si veda Corte cost., 18 maggio 2009, n. 161 che ha rimarcato l'opportunità, per ragioni di tutela sociale, della scelta operata dal legislatore di sanzionare penalmente la violazione delle prescrizioni.

16 Pubblicata con nota di VIGANÒ, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda Sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, 31 ottobre 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

Grande Camera in ordine alle prescrizioni generiche, che nel caso di specie erano state imposte ad un imputato che nelle more aveva realizzato il delitto di rapina, ha ritenuto di dover rimettere la questione alla Consulta in ragione della circostanza che il ricorso dell'imputato, che comunque aveva investito soltanto il trattamento sanzionatorio, avrebbe dovuto dichiararsi inammissibile, tanto da ritenere necessario l'intervento rescindente della Corte delle leggi al fine del superamento dell'*impasse* provocato dal ricorso stesso e di consentire la scrutinabilità del caso da parte della Corte di legittimità e di pervenire alle conclusioni in punto di diritto indicate dalla sentenza "Paternò".

Non è questa la sede per affrontare il tema processuale che involge l'ordinanza da ultimo citata¹⁷; fatto è che la sentenza "de Tommaso" ha provocato un grande fermento nella giurisprudenza nazionale, e che il provvedimento della Corte EDU ha generato una maggiore sensibilità degli interpreti in ordine alle grandi criticità del sistema preventivo nel suo complesso.

A tale ultimo riguardo si segnala allora anche l'ordinanza Cass., Sez. I, 10 ottobre 2017, Gattuso, n. 48441¹⁸, con la quale è stata rimessa alle Sezioni Unite, sulla base di un evidente contrasto giurisprudenziale, la questione relativa all'onere motivazionale dei provvedimenti applicativi di misure preventive nei confronti dei soggetti indiziati di "appartenenza" alle associazioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., con riferimento al requisito dell'attualità della pericolosità sociale (che costituisce come noto il presupposto logico-giuridico delle misure personali in disamina)¹⁹.

In quella occasione, più precisamente, la suprema Corte ha verificato la sussistenza *da un lato* di un orientamento interpretativo secondo il quale la presenza di elementi indiziati della riconducibilità del proposto alla categoria di cui all'art. 4 lettera a) Codice antimafia (in tema di pericolosità "specifica") esonererebbe il giudice da obblighi motivazionali circa l'accertamento dell'attualità del pericolo (costituendo quest'ultimo elemento una sorta di presunzione *iuris tantum*, vincibile dal proposto, con conseguente inversione dell'onere probatorio)²⁰; *dall'altro* di una corrente esegetica in base alla quale, specie nel caso in cui gli atteggiamenti sintomatici di appartenenza da parte del proposto a consorterie criminali siano risalenti nel tempo, il giudice sarebbe comunque obbligato alla specificazione degli elementi dai quali sia stata desunta concretamente l'attualità del pericolo²¹.

L'affresco che è stato velocemente tracciato contribuisce dunque ad evidenziare l'attualità di alcuni grandi temi della disciplina delle misure di prevenzione, ed è facilmente intuibile che i pronunciamenti della Consulta e delle Sezioni Unite a seguito delle ordinanze di rimessione sopra indicate potrebbero condurre, attraverso la risoluzione dei casi pendenti, anche all'esposizione di principi a carattere generale idonei a gettare le basi per una più ampia e profonda rilettura dell'intero sistema preventivo nel suo complesso.

Ed è in questo magmatico e articolato quadro che si inserisce la recente e pervasiva riforma operata dal legislatore con la legge recante "modifiche al codice delle leggi

17 Sull'argomento si vedano Cass., Sez. III, 18.11.2016, F.D., n. 6579, in *Guida al Dir.* 2017, n. 17, p. 79; Cass., Sez. Un., 26.6.2015, Della Fazio, n. 46653, in *Cass. Pen.*, 2017, pp. 165 ss.

18 Pubblicata con nota di BALATO, *L'attualità della pericolosità sociale al vaglio delle Sezioni Unite: tra stereotipi di perdurante appartenenza e la possibilità della persona di cambiare*, 10 novembre 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

19 Sul punto si può osservare che sebbene la Consulta abbia ribadito in diverse occasioni che l'applicazione delle misure preventive a carattere personale presupponga una concreta verifica della pericolosità sociale del proposto (vd. Corte cost., 2 dicembre 2013, n. 291; Corte cost., 7 maggio 1975, n. 113; Corte cost., 27 febbraio 1969, n. 32) con la sentenza Corte cost., 29 settembre 2007, n. 306 la medesima Corte è giunta ad affermare che la sussistenza nel procedimento penale di gravi indizi di colpevolezza in relazione al reato di cui all'art. 416-*bis* c.p. a carico dell'imputato-proposto implicherebbe, quasi *ipso iure*, la pericolosità sociale dalla quale dipende l'applicazione delle misure preventive.

20 Tra le più recenti Cass., Sez. II, 10 maggio 2017, Capobianco, n. 25778, *inedita*; Cass., Sez. II, 24 marzo 2017, Maiolo, n. 17128, in *CED Cassazione*, n. 270068.

21 Cfr. Cass. Sez. VI, 11 novembre 2016, Rindone, n. 51666, in *CED Cassazione*, n. 268087; Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2016, Grande Aracri, n. 5267, in *CED Cassazione*, n. 266184.

antimafia e delle misure di prevenzione” che verrà analizzata nei prossimi paragrafi.

4. La riforma attuata dal legislatore. Cenni generali

La legge n. 161/2017, come anticipato, ha inciso in maniera rilevante sulla disciplina delle misure di prevenzione.

In particolare, il Capo I (artt. 1-4) è stato dedicato alle misure di prevenzione personale, il Capo II (artt. 5-12) a quelle patrimoniali, il Capo III (artt. 13-19) all'amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati, il Capo IV (artt. 20-28) alla tutela dei terzi ed ai rapporti con le procedure concorsuali, il Capo V (art. 29) alla disciplina dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, il Capo VI (artt. 30-34) a varie modifiche apportate al codice penale e al codice di procedura, nonché all'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, e l'ultimo Capo, il VII (artt. 35-38), alle norme d'attuazione e transitorie.

Mentre sui Capi I e II si tornerà da qui a breve, per quanto concerne il Capo III si può in questa sede osservare che le modifiche operate dal legislatore tendono sostanzialmente ad una maggiore qualificazione degli amministratori giudiziari e ad una più marcata trasparenza nelle modalità di conferimento degli incarichi (che si legano alle previsioni compendiate nell'art. 33 della medesima l. n. 161/2017), ad una più chiara definizione delle funzioni e delle responsabilità dell'organo, ed a rendere più fluida ed economicamente proficua la fase di gestione dei beni oggetto delle misure reali.

In tale ambito si segnala in particolare il nuovo art. 41 *bis* Codice antimafia (introdotto dall'art. 15 della l. n. 161/2017) che consente a determinate condizioni l'emissione di strumenti finanziari da parte delle imprese oggetto dei provvedimenti ablativi, e l'individuazione della figura dell'amministratore giudiziario nell'ambito degli esperti appositamente designati da INVITALIA S.p.A.

In ordine al Capo IV, al di là del ritocco (art. 23) all'art. 71 comma 1 Codice antimafia, che ha esteso ad altre figure delittuose l'aggravante soggettiva costituita dalla sottoposizione del reo a misura preventiva personale, molte sono le innovazioni apportate alla disciplina dell'accertamento dei crediti dei terzi, e ai rapporti con le procedure concorsuali, che tuttavia non verranno esaminate in questa sede in quanto esse non sono in rapporto di stretta connessione con l'oggetto della presente trattazione²².

Analogamente si tralascerà l'esame del Capo V, composto per la verità dal solo art. 29, che ha invece introdotto una serie di modifiche relative all'attività e soprattutto all'organizzazione e alla pianta organica dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata.

Quanto al Capo VI, si tratta, *in parte de qua*, di un intervento che conduce ad un evidente inasprimento del trattamento sanzionatorio di alcune fattispecie ritenute di particolare allarme sociale; le novità sono rappresentate infatti, sinteticamente: dall'aumento della pena edittale prevista dall'art. 640-*bis* c.p. in tema di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche; dalla modifica della disciplina dell'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo di cui all'art. 104 *bis* d.lg. 28 luglio 1989, n. 271, e dell'art. 25-*duodecies* d.lg. 8 giugno 2001, n. 231 in tema sanzioni irrogabili alla persona giuridica per l'impiego nel lavoro di cittadini clandestini; ed infine dalla modifica (art. 31) della disciplina della c.d. “confisca allargata” di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. 8 giugno 1992, n. 306 conv. l. 7 agosto 1992, n. 356, con estensione dell'istituto ad ulteriori fattispecie di reato rispetto alla formulazione previgente.

In merito al Capo VII, infine, per quanto più di interesse in questa sede, si segnala che il legislatore all'art. 36 ha previsto una variegata disciplina transitoria, sulla quale ci si

²² Sull'argomento si veda FORTE, *Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi*, 17 novembre 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

soffermerà brevissimamente da qui a poco, dopo l'individuazione delle principali novità in tema di misure a carattere personale e reale che formeranno oggetto dell'analisi condotta nei prossimi due paragrafi.

5. Le principali novità sotto il profilo delle misure a carattere personale

Volendo individuare le più rilevanti modifiche operate al sistema delle misure di prevenzione personale, si può osservare innanzitutto che il legislatore, intervenendo sull'art. 4 Codice antimafia, ha collocato (art. 1) nell'ambito della pericolosità specifica, tra l'altro, gli indiziati del delitto di cui all'art. 418 c.p., di quelli previsti all'art. 51 comma 3-*quater* c.p.p., e dei reati disciplinati dagli artt. 612-*bis* e 640-*bis* c.p.

In ordine al procedimento applicativo, l'art. 2 della novella ha:

- 1) apportato alcune, trascurabili in questa sede, modifiche all'art. 5 in tema di titolarità della proposta applicativa (comma 1), e ha assegnato la competenza ai tribunali "distrettuali" (e a sezioni "specializzate");
- 2) previsto (comma 2) la possibilità di associare la misura della sorveglianza speciale al divieto di soggiorno, oltre che in determinati territori comunali, in una o più Regioni, modificando l'art. 6 Codice antimafia;
- 3) riconosciuto (comma 3 lettera b) il diritto dell'interessato detenuto o internato alla partecipazione a distanza mediante collegamento audiovisivo, e nel caso di indisponibilità di tali mezzi attraverso la traduzione in aula;
- 4) previsto il rinvio dell'udienza anche nel caso del legittimo impedimento del difensore (comma 3 lettera c);
- 5) inserito nell'art. 7 Codice antimafia, oggetto anche delle modifiche descritte nei punti precedenti, i nuovi commi da 10-*bis* a 10-*quater* in tema di incompetenza territoriale;
- 6) previsto (comma 3 lettera f) l'obbligo dell'interessato di rifondere le spese processuali in caso di accoglimento, anche parziale, della proposta (il nuovo comma 10-*quinquies* del medesimo art. 7 Codice antimafia);
- 7) disciplinato (comma 4) i termini e le modalità per il deposito della decisione di cui all'art. 8 Codice antimafia.

Quanto alla disciplina delle impugnazioni è stato inoltre previsto (art. 3) il potere autonomo del difensore dei soggetti interessati di promuovere le impugnazioni previste dall'art. 10 Codice antimafia.

Sono state infine inserite delle specifiche disposizioni in ordine ai rapporti tra la misura della sorveglianza speciale e l'esecuzione di una misura custodiale e della detenzione (art. 4 in modifica dell'art. 14 Codice antimafia).

Si tratta di novità di portata niente affatto trascurabile; come si vedrà nel prossimo paragrafo, tuttavia, il legislatore ha dedicato maggior attenzione alla disciplina delle misure patrimoniali, confermando il ruolo di primo piano che esse oggi di fatto rivestono nella realtà applicativa e nelle politiche di contrasto alla criminalità.

6. Le innovazioni al sistema delle misure di natura reale

Per quanto concerne le modifiche apportate alla disciplina delle misure patrimoniali, al fine di evidenziare le più importanti novità condotte dalla citata l. n. 161/2017, si può osservare che:

- 1) l'art. 5, oltre ad aver introdotto alcune modifiche relative alla titolarità della proposta applicativa e alla competenza distrettuale (anche in questo caso trascurabili in questa sede), ha inserito nell'art. 17 Codice antimafia il comma 3-*bis* che disciplina il raccordo informativo con l'autorità giudiziaria che conduce "*attività di indagine... in altri procedimenti*"; ha trasferito le funzioni in precedenza attribuite all'ufficiale giudiziario nell'esecuzione del sequestro di cui all'art. 21 Codice antimafia alla polizia giudiziaria; ha

ampliato i termini previsti dall'art. 22 comma 2 Codice antimafia per la convalida del sequestro d'urgenza; ha previsto espressamente che il soggetto interessato non possa giustificare la legittima provenienza dei beni sequestrati adducendo l'evasione fiscale (intervenedo sul testo dell'art. 24 comma 1 Codice antimafia); ha limitato (incidendo sul medesimo art. 24) la prorogabilità del termine per il deposito del decreto di confisca a 6 mesi, inserendo tuttavia delle cause di sospensione dei termini, tra le quali quella (della durata massima di 90 giorni) operante nel caso di espletamento di accertamenti peritali; quanto alla disciplina del sequestro e della confisca per equivalente (di cui all'art. 25 Codice antimafia) ha previsto che dette misure possano essere applicate anche nei confronti degli eredi del proposto "con riferimento a beni di legittima provenienza loro pervenuti" dal proposto stesso;

2) l'art. 6, tra gli altri interventi modificativi, innovando il comma 1 dell'art. 27 Codice antimafia ha introdotto l'impugnabilità del decreto di applicazione del sequestro di prevenzione;

3) l'art. 10 ha sostituito integralmente l'art. 34 Codice antimafia, in tema di amministrazione giudiziaria di beni connessi ad attività economiche, elevando (da uno) a due anni la durata massima della gestione giudiziaria;

4) il successivo art. 11 ha disciplinato invece in maniera innovativa il controllo giudiziario delle aziende, prima compendiato nel comma 8 del citato art. 34. In particolare, l'attuale istituto, regolato dal nuovo art. 34-*bis* Codice antimafia, è stato svincolato da quello di cui al citato art. 34, ed è stato previsto per le ipotesi in cui vi sia pericolo di infiltrazione mafiosa in attività che abbiano già agevolato "occasionalmente" determinate categorie di soggetti pericolosi; è stata infine prevista anche per il controllo giudiziario, seppur come eventuale, la nomina dell'amministratore giudiziario, e ne sono stati indicati i poteri e le funzioni;

5) l'art. 12, da ultimo, ha inserito il nuovo art. 34-*ter* Codice antimafia che ha stabilito la "trattazione prioritaria dei procedimenti di prevenzione patrimoniale".

Completata l'analisi attraverso la quale si è tentato di fornire un quadro sinottico delle novità introdotte dalla novella nel prossimo paragrafo verrà dunque sviluppato, senza alcuna pretesa di esaustività, un commento alle nuove norme.

7. Un breve commento alle nuove norme

7.1. Per quanto concerne le misure personali, la riforma attuata dal legislatore ha inteso in primo luogo inserire, come si è detto, nuovi *cluster* di pericolosità specifica nell'art. 4 Codice antimafia, sottraendoli dall'alveo di quella generica (art. 1 Codice antimafia), ed estendere l'ampiezza del divieto di soggiorno ad interi territori regionali (art. 6 Codice antimafia).

Accanto a tali previsioni, che certamente hanno prodotto un rafforzamento ed un inasprimento della disciplina, nondimeno si devono segnalare tuttavia delle aperture al garantismo da parte del legislatore nella disciplina processuale, atteso che sono state inserite nuove norme che assicurano una maggiore partecipazione dell'interessato al procedimento applicativo, che riconoscono la rilevanza del legittimo impedimento addotto dal difensore (art. 7 Codice antimafia), ed il potere di quest'ultimo di proporre autonomamente le impugnazioni disciplinate dall'art. 10 Codice antimafia.

7.2. Quanto alla disciplina delle misure preventive a carattere patrimoniale, non può non rimarcarsi che nella novella ha certamente prevalso la logica efficientista; in questa direzione si collocano infatti le previsioni del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 17 Codice antimafia in ordine al coordinamento con le attività di indagine in sede penale, l'aumento della durata massima dell'amministrazione giudiziaria disciplinata dal successivo art. 34, ed il nuovo art. 34-*ter* che assegna ai procedimenti di prevenzione patrimoniale priorità di

trattazione.

E sempre nella stessa ottica si può leggere la “sostituzione” della polizia giudiziaria nelle funzioni assegnate precedentemente all’ufficiale giudiziario nell’art. 21 Codice antimafia, nonché la “codificazione” nel corpo del successivo art. 24 dell’esclusione dell’evasione fiscale dal novero degli elementi che il proposto può addurre ai fini della dimostrazione della legittima provenienza del bene (anche se il legislatore si è limitato a positivizzare un principio in precedenza assolutamente pacifico in giurisprudenza)²³.

Analogamente nel nuovo testo dell’art. 25 Codice antimafia è stata espressamente prevista la confiscabilità per equivalente nei confronti degli eredi del preposto, che pure era ritenuta ammissibile dalla Cassazione²⁴ e che indubbiamente rappresenta uno strumento di *enforcement* della disciplina; così come nell’ottica del miglioramento della “macchina preventiva” debbono essere lette anche le modifiche apportate dalle disposizioni compendiate nel Capo III e nel Capo V della l. n. 161/2017, sulle quali come detto non mette conto soffermarsi oltre in questa sede.

Le uniche disposizioni che si pongono a garanzia dei soggetti interessati sono allora rappresentate dalla riduzione del termine della durata del procedimento applicativo disciplinata dall’art. 24 Codice antimafia e dalla previsione di impugnabilità (art. 27 Codice antimafia) del sequestro di prevenzione (anche se non è stato previsto un mezzo di gravame avverso i provvedimenti di rigetto delle istanze di revoca del sequestro, che pure sembrava indispensabile nell’ottica delle garanzie dei soggetti interessati e della parità delle armi tra le parti processuali²⁵).

Di particolare interesse è però il nuovo art. 34-*bis*, che disciplina in maniera innovativa il controllo giudiziario dei beni connessi ad attività economiche, e che si applica nel caso in cui l’autorità giudiziaria individui elementi di fatto dimostrativi del pericolo di infiltrazioni mafiose, idonee a condizionare l’attività d’impresa.

Sebbene allora il confine tra le condizioni di applicazione di questo tipo di istituto e quelle della ben più invasiva amministrazione giudiziaria di cui all’art. 34 Codice antimafia, segnato dalla “occasionalità” dell’agevolazione dei soggetti indicati al comma 1 della disposizione da ultimo citata, appaia indefinito e rimesso ad un’eccessiva discrezionalità del giudice, nondimeno si deve rilevare che il legislatore ha dotato il sistema di uno strumento di “tutoraggio” (meno *hard* dell’amministrazione giudiziale), oggi svincolato dal sequestro di prevenzione, che (già in qualche modo in passato utilizzato da orientamenti giurisprudenziali d’avanguardia) è stato valutato in senso favorevole da una parte della dottrina²⁶.

7.3. Come già rilevato, l’intervento del legislatore ha importato anche (cfr. artt. 23 nel Capo IV, art. 24 nel Capo V, artt. 30 e 31 nel Capo VI) l’inasprimento delle sanzioni previste per alcuni reati, ritenuti dal legislatore di particolare allarme sociale.

In questa stessa linea si inserisce la modifica operata, per l’appunto, alla confisca allargata disciplinata dall’art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992, anche se ne è discussa la natura sanzionatoria²⁷.

23 Cfr. Cass., Sez. V, 19 gennaio 2017, D.S. e altri, n. 9729, Cass., Sez. VI, 12 gennaio 2016, H.R. e altri, n. 4908, Cass., Sez. II, 19 dicembre 2014, G.M., n. 12140, Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, R.D. e altro, n. 33451, tutte in *Dejure*.

24 Cfr. Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2016, n. 12621, in *Cass. Pen.*, 2017, pp. 2700 ss.

25 Atteso che la disposizione di riferimento riconosce ben più ampi mezzi di impugnazione in favore dei titolari della proposta applicativa.

26 Cfr. Trib. Milano, 23 giugno 2016, N. S.p.A., n. 6, pubblicato con nota di VISCONTI, *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*, 11 luglio 2016, in www.penalecontemporaneo.it.

27 Ne ha affermato la natura sanzionatoria ad esempio Cass., Sez. V, 24 febbraio 2015, B.G. e altri, n. 25475, in *Dejure*; *contra* Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2012, n. 10887, in *Cass. Pen.*, 2013, pp. 4102 ss, che ha ricondotto l’istituto nell’alveo delle misure di sicurezza. In dottrina sostiene la natura sanzionatoria, ad esempio, ROMANO M., *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, pp. 1674 ss.

Di particolare interesse è poi il nuovo “volto” dell’art. 104-*bis* delle disposizioni d’attuazione al codice di rito, che ha avvicinato la disciplina del sequestro preventivo operato sulle “aziende” a quella del sequestro di prevenzione.

Quanto alla modifica apportata al comma 6 dell’art. 76 Codice antimafia la stessa ha avuto la finalità di assicurare il coordinamento con il nuovo art. 34-*bis* (che come detto è “subentrato” al comma 8 dell’art. 34); ma per detta disposizione appare particolarmente evidente il dubbio di legittimità costituzionale (nell’ottica dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità) in relazione alla previsione di un meccanismo sanzionatorio automatico, determinato dalla confisca, connesso alla mera violazione dell’obbligo di comunicazione²⁸.

7.4. Quanto infine al Capo VII della novella, ed in particolare alle disposizioni transitorie relative alle norme di nuova introduzione, di particolare interesse è la questione processuale dell’applicabilità intertemporale della nuova disposizione compendiata nell’art. 27 Codice antimafia, che prevede ora l’impugnabilità del provvedimento dispositivo del sequestro, non avendo il legislatore previsto alcunché al riguardo.

Il che solleva la questione, che appare particolarmente complessa in quanto involgente la definizione del principio del *tempus regit actum*²⁹, della proponibilità del gravame, nel termine di 10 giorni dall’entrata in vigore della nuova norma, avverso decreti di sequestro già disposti (nel contesto di giudizi ancora non sfociati nel provvedimento di confisca, e quindi pendenti) per i quali, come ben noto, il sistema previgente, in difetto di una apposita previsione, non consentiva l’appello in ragione del principio di tipicità dei mezzi di impugnazione³⁰.

È ora però giunto il tempo di sviluppare alcune considerazioni in ordine all’intreccio che si è generato tra le pronunce di cui si è dato conto nel secondo e nel terzo paragrafo e la novella legislativa dianzi analizzata.

8. Funzioni e disfunzioni del sistema preventivo

8.1. Le misure di prevenzione costituiscono uno strumento che ormai domina la scena giudiziaria, sia in ragione di una progressiva estensione della disciplina ad opera del legislatore, sia per via del rinnovato interesse da parte dei titolari dell’iniziativa applicativa nei confronti di tali “potenti mezzi” di tutela sociale.

L’efficacia afflittiva delle misure è alla base della posizione assunta dalla dottrina penale più garantista, che talora è giunta a proporre l’abrogazione integrale della disciplina, che peraltro costituisce sostanzialmente un *unicum* nel panorama europeo, in ragione al disallineamento con i principi, anche e soprattutto di rilievo costituzionale, che governano il diritto penale sostanziale e processuale.

La riforma attuata dal legislatore con la l. n. 161/2017, in prevalenza, ha avuto di contro la finalità, ben evincibile dalla lettura dei lavori preparatori, di migliorare ulteriormente la “macchina infernale” costituita dal sistema preventivo, consentendo al treno che viaggia su quello che è stato definito argutamente un “terzo binario sanzionatorio”³¹ di raggiungere velocità ancora più elevate rispetto al passato³².

La novella ha infatti introdotto, come si è accennato, solo alcune, limitate modifiche in senso garantistico, senza tuttavia minimamente intaccare il perno su cui ruota il sistema

28 Sul tema dell’illegittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori si vedano: Corte cost., 23 luglio 2015, n. 185; Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7; Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31.

29 Sul tema, con ampi riferimenti giurisprudenziali, si veda il recente lavoro di G. TRINITY, *Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell’imputato*, 14 settembre 2017, in www.penalecontemporaneo.it.

30 Sull’argomento si rinvia a DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, 6 marzo 2017, in www.archiviopenale.it.

31 BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Giur. It.*, 2015, p. 1521.

32 In tal senso anche LASALVIA, *La riforma del Codice Antimafia: prime osservazioni critiche*, 21 novembre 2017, in www.archiviopenale.it.

nel suo complesso, che è rappresentato da una pericolosità che può rivelarsi anche del tutto indimostrata, ed anzi giungendo ad implementare le categorie di soggetti pericolosi e, sul versante delle misure patrimoniali, ad inserire a sistema norme atte a rendere più proficua la gestione dei beni sequestrati e poi confiscati.

Sotto l'aspetto processuale poi, al di là di alcuni timidi passi in avanti nella direzione della tutela della posizione dei soggetti coinvolti dalla procedura riscontrabili nella l. n. 161/2017, sostanzialmente si tratta di un procedimento che è e continua ad essere connotato da caratteristiche tipiche dell'accertamento sommario.

Del resto, la Corte costituzionale non ha espresso sino ad oggi sul tema delle garanzie processuali nel giudizio di prevenzione una posizione idonea a provocare un decisivo cambio di rotta da parte del Parlamento.

In proposito si osserva che *da un lato* (già con la risalente pronuncia Corte cost., 14 giugno 1956, n. 11) la Consulta ha sancito la necessità della garanzia giurisdizionale (ribadita anche da Corte cost., 24 novembre 1994, n. 419), l'obbligatorietà dell'assistenza da parte del difensore (Corte cost., 20 maggio 1970, n. 76), ed ancora (con varie pronunce) la facoltà dell'interessato di richiedere ed ottenere la celebrazione dell'udienza in forma pubblica³³.

Dall'altro, sebbene con una isolata pronuncia (Corte cost., 9 gennaio 1974, n. 3) la Corte costituzionale abbia anche affermato la necessità di estendere al procedimento di prevenzione tutte le garanzie fondamentali caratteristiche del processo penale, in molte altre occasioni si è invece stabilito – per la verità sulla base di motivazioni non sempre particolarmente approfondite – che le molte difformità tra la disciplina del processo ordinario e quella del processo preventivo non sarebbero prive di ragionevolezza³⁴.

Si è dunque di fronte, dopo le novità in tema di misure di prevenzione della sicurezza urbana³⁵, ad un'ennesima riforma della materia che, mettendo in secondo piano le garanzie dei soggetti interessati, siano essi proposti o terzi, appare frutto di quella che è stata efficacemente indicata come "ansia preventiva"³⁶ del legislatore, che in definitiva ha ritenuto di poter prescindere dall'affrontare le molte criticità sollevate dalla sentenza de Tommaso, e dalla giurisprudenza successiva, ignorando i grandi problemi di struttura del sistema.

8.2. Muovendo l'obiettivo al contesto operativo e volendo sviluppare un'analisi degli orientamenti giudiziari antecedenti alla novella, in generale appare chiaro che attraverso una normativa priva dei requisiti di determinatezza e tassatività (sia nell'ottica della diagnosi di riconducibilità del singolo alle categorie pericolose, sia in quella prognostica relativa ai criteri dai quali inferire la concreta pericolosità sociale in prospettiva *de futuro*) il legislatore abbia concesso in sede applicativa ampio spazio a valutazioni estremante soggettive da parte della magistratura, autorizzando anche la valorizzazione di fatti e

³³ In conformità peraltro a principi chiaramente espressi anche dalla Corte EDU. Cfr. Corte EDU, II Sez., 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia; Corte EDU, II Sez., 8 luglio 2008, Perre c. Italia; Corte EDU, Sez. II, 13 novembre 2007, Bocellari c. Italia.

³⁴ Si vedano ad esempio Corte cost., 18 luglio 2012, n. 216 e Corte cost., 25 gennaio 2012, n. 21. Sicché sulla medesima linea esegetica la Consulta: ha affermato la ragionevolezza della limitazione alla sola violazione di legge dei motivi sviluppati con il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti relativi alle misure patrimoniali (Corte cost., 15 aprile 2015, n. 106; Corte cost., 28 ottobre 2004, n. 321); ed ha ritenuto immune da censure il sistema che regola il procedimento preventivo avente ad oggetto le misure patrimoniali nella misura in cui non prevede, nel caso di incapacità del proposto a partecipare al giudizio, le medesime cause di sospensione ed interruzione, nonché di "conclusione" del processo penale disciplinate per il giudizio ordinario (Corte cost., 6 giugno 2017, n. 208).

³⁵ D.l. 20 febbraio 2017, n. 14 conv. l. 18 aprile 2017, n. 48. Sul tema PELISSERO, *La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2017, pp. 845 ss.

³⁶ PELISSERO, *Le fattispecie di pericolosità: i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive. I destinatari delle misure praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, pp. 439 ss.

comportamenti riconducibili al proposto dal contenuto del tutto sfumato³⁷.

Quanto alle misure *post-delictum*, si può rilevare che da una parte l'impalpabilità dei requisiti necessari all'affermazione della pericolosità sociale ha condotto le misure ad assumere il ruolo di doppia sanzione dell'illecito (triplo nel caso di concorrenza delle misure di sicurezza); dall'altra, nel caso invece di effettiva sussistenza della pericolosità sociale, l'interprete ha assistito ad una sostanziale invasione da parte degli strumenti preventivi del campo riservato alle misure di sicurezza³⁸, e per quanto concerne quelle patrimoniali (anche) di quello della confisca allargata ex art. 12 *sexies* d.l. 306/1992 cit.

In ordine poi alle misure (personali e patrimoniali) *ante* e *praeter-delictum* (nonostante la Consulta³⁹ e la Corte EDU⁴⁰ abbiano in più di una occasione "bandito" il sospetto e rammentato l'obbligo di ancoraggio del giudizio diagnostico e prognostico ad elementi, seppur indiziari, di apprezzabile valore dimostrativo)⁴¹ giocoforza l'ampio margine di discrezionalità concesso dalle norme ha condotto in più occasioni la giurisprudenza all'applicazione del principio del *prius est ergo suspicio* (in base al quale negli ordinamenti medioevali era giustificato l'avvio del procedimento penale, e sostanzialmente la condanna), se non addirittura a ritenere qualificanti indici di mera anormalità sociale, o comportamenti genericamente immorali⁴².

Il tutto è avvenuto nell'ambito di un sistema processuale retto da un regime probatorio a carattere indiziario attenuato, che ha tradizionalmente legittimato la giurisprudenza a ritenere idonei ai fini dell'affermazione dei presupposti applicativi delle misure nei confronti del proposto degli indizi non qualificati, e quindi privi dei requisiti di gravità, precisione e concordanza previsti dall'art. 192 c.p.p.⁴³; con la conseguenza che, perseguendo la finalità della sicurezza sociale, detto sistema (su tali aspetti immutato dalla riforma) era (e resta) in grado di affibbiare l'etichetta di "pericoloso" ad una platea di destinatari evidentemente eccessivamente ampia.

Né è possibile negare che sino ad oggi la disciplina delle misure di prevenzione, stante per quanto detto la labilità del giudizio di pericolosità sociale, si sia di fatto prestata ad assumere anche una funzione del tutto impropria, e cioè quella di vera e propria supplenza rispetto alla giurisdizione penale, garantendo la possibilità di sanzionare

37 Sul punto si veda PULITANO, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, pp. 637 ss; MAUGERI, *Le tipologie sanzionatorie: la prevenzione patrimoniale, la legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, *ibidem*, pp. 509 ss; CATENACCI, *Le misure personali fra "critica" e "progetto": per un recupero dell'originaria finalità preventiva*, *ibidem*, pp. 526 ss; ORLANDI, *Le fattispecie di pericolosità. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, *ibidem*, pp. 470 ss; BALBI, *Le tipologie sanzionatorie: la prevenzione personale e le misure di prevenzione personali*, *ibidem*, pp. 505 ss.

38 La giurisprudenza tende infatti nella prassi a ritenere misure di prevenzione e di sicurezza strumenti tutto sommato fungibili (sul punto peraltro la sentenza Corte cost., 6 dicembre 2013, n. 291 ha definito chiaramente le misure di prevenzione e quelle di sicurezza come *species* del medesimo *genus*).

39 Cfr. sull'argomento anche Corte cost., 4 marzo 1964, n. 23 e Corte cost., 14 giugno 1956, n. 2.

40 Cfr. Corte EDU, II Sez., 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia; Corte EDU, II Sez., 2 febbraio 2010, Leone c. Italia; Corte EDU, II Sez., 15 giugno 1999, Prisco c. Italia.

41 La Corte EDU in particolare ha ribadito in più occasioni che non possono essere ritenuti sufficienti ai fini dell'affermazione della pericolosità sociale i meri legami parentali tra il proposto e soggetti gravati da precedenti penali. Cfr. Corte EDU, I Sez., 4 giugno 2001, Riela c. Italia; Corte EDU, Grande Camera, 6 aprile 2000, Labita c. Italia; Corte EDU, I Sez., 16 settembre 1997, Giordano c. Italia.

42 Cfr. ad esempio Cass., 4 marzo 2015, N.M., n. 12638, in *Dejure* che ha affermato che possa costituire indice di pericolosità anche la "semplice immoralità". Si veda inoltre Cass., 31 gennaio 1985, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 2019 (s.m.) che ha ritenuto indice di pericolosità sociale anche il rapporto di amicizia del preposto con un soggetto pregiudicato. Ed ancora Trib. Lecce, 4 novembre 1989, in *Foro It.*, II, c. 309, che ha ritenuto sufficiente all'affermazione della pericolosità sociale la partecipazione da parte del proposto ad una cena a ristorante ove i commensali erano soggetti appartenenti a consorterie criminali locali.

43 Cfr. Cass., 28 maggio 2013, F.C., n. 35714, in *Guida al dir.*, 2013, n. 46, p. 68 (s.m.); Cass., Sez. VI, 27 maggio 1997, n. 2148, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 243 (s.m.).

soggetti e beni sfuggiti alla repressione per motivi legati al difetto di prova, o ancora in ragione della prescrizione (sulla quale peraltro è intervenuta sensibilmente la recente “riforma Orlando”⁴⁴).

Il complesso normativo, assiologicamente orientato alla *salus publicae*, sulla base del precedente pregiudizievole o soltanto del sospetto, in connessione con un pericolo sociale solo “presunto”, in definitiva ha colpito (e può ancora colpire) duramente ed in maniera indistinta il colpevole pericoloso, il colpevole non pericoloso, il colpevole non dimostrato o neppure giudicato, ma anche l’innocente e l’individuo semplicemente “diverso”⁴⁵.

8.3. L’argomento tira in ballo allora prepotentemente quello della natura delle misure di prevenzione, che assume un ruolo di assoluta centralità ai fini della verifica di legittimità costituzionale, e che è di tale ampiezza (e che involge anche il tema del rispetto del principio del *ne bis in idem*) da non poter essere affrontato compiutamente in questa sede. Vi è tuttavia che a fronte della posizione della dottrina maggioritaria che come detto rileva la natura penale delle misure preventive soprattutto sulla base del contenuto sanzionatorio-afflittivo prevalente che esse rivestono (e che è particolarmente evidente nella confisca preventiva, operabile per equivalente ed in base ad una pericolosità che, valutata ora per allora e non nell’attualità, finisce per trasferirsi dalla persona alla cosa, tanto da “infettarla” e renderla suscettibile di ablazione anche a seguito del trasferimento *mortis causa*), la giurisprudenza nazionale, sensibile ai rischi di tenuta della disciplina preventiva derivanti dal riconoscimento dell’analogia con quella penale, è di contrario avviso⁴⁶.

Sul tema si può inoltre osservare che in più riprese anche la Corte costituzionale (che come si è accennato ha assunto una posizione essenzialmente conservatrice) ha negato espressamente la riconducibilità delle misure preventive nell’alveo del sistema penale; la Consulta, infatti, se da un lato ha oramai sposato i criteri elaborati dalla Corte EDU (sui quali *infra*) ai fini della definizione della sanzione penale⁴⁷, dall’altro ha rimarcato che la finalità di contrasto del pericolo sociale costituirebbe l’elemento sufficiente a differenziare le misure di prevenzione (personali e patrimoniali) dalle conseguenze giuridiche del reato (ed in particolare dalla pena), tanto da legittimare le asimmetrie delle discipline sostanziali e processuali⁴⁸.

8.4. Quanto agli orientamenti della Corte EDU, in più occasioni il giudice di Strasburgo ha rimarcato innanzitutto che nel contesto italiano il sistema preventivo rappresenterebbe “una essenziale arma nella battaglia” contro la criminalità, specie quella organizzata⁴⁹, e con particolare riferimento alle misure patrimoniali ha affermato in diverse occasioni che si sarebbe di fronte a strumenti necessari a garantire ai sensi dell’art. 1 Prot. 1 CEDU che l’acquisto della proprietà e l’utilizzo dei beni abbiano luogo nel rispetto dell’interesse generale⁵⁰.

Sulla base di tale premessa di fondo la Corte EDU ha poi in più riprese rimarcato, sulla base di stilemi argomentativi costanti, che il *test* di afflittività delle misure preventive non

44 L. 23 giugno 2017, n. 103, recante “Modifiche al codice penale, di procedura penale e all’ordinamento penitenziario”.

45 Così FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali. Schema di relazione introduttiva*, in *Parola alla difesa*, 2017, p. 8.

46 Cfr. Cass., Sez. VI, 15 gennaio 2016, B.R. e altro, n. 5536, Cass., Sez. II, 10 giugno 2015, A.A. e altri, n. 30398, in *Dejure*; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880, in *CED Cassazione*, n. 26260207; Cass., Sez. II, 31 gennaio 2005, A.V. e altri, n. 19914, in *Cass. Pen.*, 2006, p. 3326; Cass., Sez. II, 14 aprile 1999, F.G., n. 1790, in *Giust. Pen.*, 1999, II, p. 502 (s.m.); Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, S.V. e altri, n. 18 in *Giust. Pen.*, 1997, III, p. 2 (in tema di confisca di prevenzione); per le misure personali si veda ad esempio Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2010, C.C. e altro, n. 1106, in *Dejure*.

47 Cfr. da ultimo Corte cost., 5 ottobre 2016, n. 276.

48 Cfr. Corte cost. n. 106/2015 cit.; Corte cost. n. 321/2004 cit.; Corte cost., 22 luglio 1996, n. 275.

49 Cfr. Corte EDU, 15 aprile 1991, M.C. c. Italia.

50 Cfr. Corte EDU, II Sez., 26 luglio 2011, Pozzi c. Italia; Corte EDU, IV Sez., 25 marzo 2003, Madonia c. Italia.

debba essere condotto sulla base della disciplina astratta, dovendosi estrapolare da una verifica in concreto della portata delle misure concretamente irrogate⁵¹.

Così quanto alla sorveglianza speciale, a parte il caso Guzzardi c. Italia deciso dalla Commissione il 27 maggio 1991, ove il ricorrente era stato “confinato” sull’isola dell’Asinara in condizioni “limite”, e nel quale è stata riconosciuta la violazione dell’art. 5 CEDU in tema di libertà personale, la Corte ha sempre giudicato i casi sottoposti con riferimento all’art. 2 Prot. 4 CEDU, che tutela la libertà di circolazione⁵².

In tale ambito, tuttavia, la Corte a ben vedere non ha mai affrontato *ex professo* (e non lo ha fatto neppure nella sentenza “de Tommaso”) il tema della riconducibilità delle misure nella sfera del diritto penale, ed ai c.d. “*Engel criteria*”⁵³; quanto poi alle misure patrimoniali, sebbene la Corte EDU abbia affermato in diverse occasioni che, trattandosi di mezzi di contrasto del pericolo sociale, esse non potrebbero essere qualificate come sanzioni penali, tale conclusione è stata in realtà raggiunta senza lo sviluppo di un adeguato apparato motivazionale, e quindi in maniera apodittica⁵⁴.

Questa impostazione ha tuttavia avuto come effetto, a livello sovranazionale, quello di porre costantemente la normativa interna al confronto dei principi meno “stringenti” e delle garanzie meno ampie dell’art. 2 Prot. 4 CEDU (sulla tutela della libertà di circolazione) e dell’art. 1 Prot. 1 CEDU (sulla tutela della proprietà) piuttosto che di quelli previsti dall’art. 5 CEDU sulla libertà personale⁵⁵ e dall’art. 6 § 2 CEDU sul principio della presunzione di non colpevolezza, e nel contempo quello di rendere inapplicabile l’art. 7 CEDU, giustificando dunque anche la retroattività della normativa in tema di misure preventive.

Di riflesso tali orientamenti hanno quindi condotto, a livello dell’ordinamento interno, alla “validazione” delle fondamenta sulle quali si regge il sistema preventivo, anche in ordine alla questione della retroattività e dell’applicabilità *in subiecta materia* dell’art. 200 c.p. in tema di misure di sicurezza⁵⁶, ed a negare la natura penale-sanzionatoria delle misure in disamina.

8.5. Rilevato dunque che le soluzioni ermeneutiche della Corte EDU, in effetti, non appaiono decisive e tali da consentire il definitivo superamento della questione della qualificazione giuridica delle misure previste dall’ordinamento interno, si può affermare che, al di là dell’incidenza delle misure personali, ed in particolare di quelle di competenza dell’autorità giudiziaria (sorveglianza speciale, divieto ed obbligo di soggiorno ex art. 4 Codice antimafia)⁵⁷ e delle prescrizioni (art. 8 Codice antimafia) sulla libertà personale ovvero su altre forme di libertà dell’individuo, sulla base delle modalità applicative nel caso singolo, sotto il profilo dell’afflittività non possono essere affatto obliterate le conseguenze

51 Cfr. anche Corte EDU, II Sez., 8 ottobre 2013, Monno c. Italia; Corte EDU, 27 maggio 1991, Ciancimino c. Italia.

52 Cfr. anche Corte EDU, III Sez., 1 ottobre 2004, Vito Sante Santoro c. Italia; Corte EDU, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia.

53 Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi.

54 Cfr. Corte EDU, II Sez., 17 giugno 2014, Cacucci e Sabatelli c. Italia; Corte EDU, II Sez., 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia; Corte EDU, I Sez., 20 giugno 2002, Andersson c. Italia; Corte EDU, 15 aprile 1991, Marandino c. Italia.

55 Così anche DOLSO, *La sentenza de Tommaso della Corte EDU in materia di misure di prevenzione. Una prima crepa al sistema*, 30 ottobre 2017, in www.forumcostituzionale.it.

56 Peraltro, si segnala che la legge di riforma “Orlando”, ed in particolare l’art. 1 comma 16 lettera c), nel conferire delega al Governo per la riforma della disciplina delle misure di sicurezza, ha stabilito che l’intervento modificativo dovrà basarsi sul “*divieto di sottoporre a misure di sicurezza personali per fatti non preveduti come reato dalla legge del tempo in cui furono commessi*”. Al momento dell’attuazione della delega, dunque, non solo si assisterà ad un ulteriore “riavvicinamento” tra gli elementi che costituiscono il “doppio binario” (pena e misura di sicurezza), ma alla caducazione di quell’addentellato che ha fino ad oggi giustificato in giurisprudenza, proprio sulla base dell’assimilazione di misure di sicurezza e prevenzione, l’esonero dal divieto di retroattività per le misure preventive, ed in particolare per quelle patrimoniali.

57 Laddove il foglio di via e l’avviso orale di cui agli artt. 2 e 3 Codice antimafia, ad esempio, sono di competenza del questore.

che derivano dalla loro irrogazione.

Ci si riferisce, più precisamente, alla sanzione penale per la violazione delle misure, alla previsione dell'aggravante nel caso di commissione di altri reati, e soprattutto al fatto che esse importano una vera e propria *capitis deminutio* attraverso la previsione dell'interdizione da varie attività imprenditoriali, lavorative e professionali (art. 67 Codice antimafia).

Tali fattori, uniti al profilo di responsabilità per la realizzazione di fatti di reato, seppur non accertato, di cui agli artt. 1 e 4 Codice antimafia, che costituisce il presupposto del regime preventivo, ed alla scarsa rilevanza che in definitiva assume – per quanto detto – l'accertamento della pericolosità sociale sembrano dunque particolarmente indicativi della natura penale-sanzionatoria delle misure preventive personali.

In ordine alle misure patrimoniali, poi, è difficilmente controvertibile che elementi quali l'incidenza e gli effetti permanenti che la confisca provoca giocoforza sul diritto di proprietà e di libero godimento dei beni, l'irrelevanza dell'attualità del pericolo (essendo la misura dipendente dalla verifica di pericolosità del proposto al momento dell'acquisizione del bene) che rende irrogabile la misura ablativa anche a distanza di un ampio lasso temporale dalla realizzazione di condotte antisociali, l'operabilità della confisca per equivalente, e l'ultrattività *post-mortem* (che costituiscono nel loro insieme i capisaldi dello statuto della confisca preventiva così come chiaramente esposti anche dalle Sezioni Unite con la sentenza "Spinelli"), autorizzino l'interprete a pervenire al medesimo approdo ermeneutico⁵⁸.

Occorre allora analizzare, in conclusione, sulla base del panorama sopra delineato, quali possano essere le possibili, future evoluzioni del sistema, idonee per lo meno a minimizzarne i profili di criticità e a conformare il più possibile la disciplina alla Costituzione.

9. Conclusioni

Non è possibile prevedere a quali risultati condurranno le pronunce della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite sulle questioni sottoposte, in ordine alla legittimità delle disposizioni regolanti la pericolosità generica e alla dimensione dimostrativa dei precedenti criminali conseguiti dal proposto rispetto all'attualità della pericolosità; né è possibile pronosticare se dette pronunce condurranno all'espressione di principi che potranno indurre il legislatore ad una più ampia rilettura dell'intero sistema.

Ai tanti e tradizionali elementi che fanno presagire delle posizioni conservatrici da parte degli organi investiti (tra i quali la necessità di contenimento del rischio sociale) oggi si contrappone però un elemento nuovo, costituito dalla sentenza "de Tommaso", che rappresenta in un certo senso un punto di rottura rispetto al passato.

Non è la prima volta infatti che la Corte di Strasburgo sia giunta ad applicare sanzioni all'Italia in materia di misure di prevenzione. Nondimeno, a ben vedere, è con la citata pronuncia della Grande Camera che in quella giurisprudenza sono emerse per la prima volta censure rivolte (non all'applicazione della disciplina nel caso specifico ma) al sistema e alla sua struttura.

Il grande fermento provocato dalla sentenza della Grande Camera, dimostrato anche da alcune espressioni della giurisprudenza nazionale di cui si è dato conto, accende quindi speranze di una rinnovata sensibilità rispetto agli aspetti critici della disciplina, ed alimenta (perlomeno) l'aspettativa in ordine ad una sua lettura (da parte della magistratura) e revisione (da parte del legislatore) in chiave fortemente garantista.

⁵⁸ Sul punto merita dunque di essere segnalato, per inciso, l'art. 13 della l. 19 ottobre 2017, n. 155, recante delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ove al comma 1 le misure di prevenzione vengono definite come "*adottate in sede penale*". Viene allora da chiedersi se si tratti di un semplice *lapsus calami* o di una presa di coscienza da parte del legislatore in ordine alla (effettiva) natura delle misure.

In questo senso l'eliminazione delle classi pericolose generiche⁵⁹, una dettagliata e puntuale individuazione dei criteri di accertamento della riconducibilità del singolo nei *cluster* e degli elementi dai quali debba farsi derivare la pericolosità sociale, una limitazione temporale all'operabilità della confisca ed una piena estensione delle norme che regolano il processo penale (e delle correlative garanzie) a quello preventivo (anche per quanto concerne l'obbligo motivazionale) sembrano costituire degli obiettivi – alternativi alla soppressione dell'intera disciplina – possibili, e francamente irrinunciabili.

** Avvocato

⁵⁹ Con conseguente limitazione dell'intervento dell'ordinamento a specifici contesti di pericolo sociale.