

INTRODUZIONE

Le interdittive antimafia costituiscono uno strumento oggi nevralgico nell'ormai articolatissimo ventaglio della legislazione antimafia, consentendo allo Stato di recidere in maniera tempestiva e netta i tentativi embrionali di contaminazione mafiosa degli appalti pubblici e dell'economia legale.

Allo stesso tempo, però, le interdittive rappresentano una possibile fonte di compressione irragionevole di diritti fondamentali costituzionalmente e convenzionalmente riconosciuti, come quelli di proprietà e di libertà dell'iniziativa economica, a causa della elevatissima afflittività, paragonabile ad una sorta di 'ergastolo di impresa'; della disciplina diafana contenuta nel codice antimafia; della natura policentrica, oscillante tra il diritto amministrativo ed il diritto penale della prevenzione; nonché della gestione unilaterale da parte del Prefetto e dell'assenza di una attenta riflessione scientifica.

La recente fucinatura di strumenti lenitivi degli effetti draconiani di questa misura e di altri provvedimenti a tutela degli appalti – come il commissariamento dei contratti pubblici di cui all'art. 32, d.l. n. 92/2014 e, soprattutto, il controllo giudiziario *ex art. 34 bis*, d.lgs. n. 159/2011 – ha sicuramente rappresentato un importante passo in avanti per un più calibrato bilanciamento dei relevantissimi ed opposti interessi che si fronteggiano in questo settore, segnando, peraltro, l'ingresso nel diritto antimafia di un moderno modello di intervento di tipo non più "retrospettivo-stigmatizzante", ma "prospettico-cooperativo".

In un momento storico in cui i provvedimenti interdittivi sono aumentati del 370% e le altre misure di prevenzione patrimoniale sono state attinte più o meno direttamente da decisioni demolitive della Corte costituzionale e della Corte EDU, con il presente volume si è avvertita l'esigenza di offrire un'analisi ragionata, multidisciplinare e da diversi angoli prospettici – tanto teorici quanto pratici – di questa 'zona d'ombra' della legislazione antimafia sempre più centrale e dei suoi istituti palliativi, segnalandone le molte positività sul piano preventivo, ma anche le tante criticità applicative eventualmente emendabili *de iure condendo*.

I contributi raccolti, infatti, provano ad affrontare tutti i principali profili che caratterizzano questa materia, prendendo le mosse da una ricognizione dell'origine storica di tali misure, per poi passare ad indagarne in modo dettagliato la loro attuale disciplina sostanziale e processuale; la loro natura giuridica; il ruolo della Giustizia amministrativa e penale; i poteri dei Prefetti e quelli del-

l'ANAC; i rapporti con istituti analoghi posti a tutela degli appalti pubblici; i rapporti con altri istituti penalistici e le nuove forme di responsabilità come quella degli enti collettivi; le potenzialità delle nuove misure palliative di tipo inclusivo messe in campo dal legislatore in tempi più recenti, come il commissariamento ed il controllo giudiziario; nonché le possibili linee per un futuro intervento riformistico.

Inoltre, allo scopo di permettere una visione il più completa possibile della materia tanto per i magistrati ed i professionisti chiamati ad applicarla, quanto per i possibili destinatari tenuti ad osservarla, si è ritenuto opportuno presentare anche un *case study* dedicato al sofisticato ed articolato sistema delle procedure di prevenzione antimafia sviluppato ed adottato dal *Consorzio Integra. Società cooperativa*. Un simile *focus* permette di indicare indirettamente quali possano essere le strade percorribili da parte delle imprese per poter operare in modo consono alle esigenze preventive dello Stato e, contestualmente, per evitare il rischio dell'adozione di misure interdittive o di commissariamento antimafia.

L'impressione che si trae dalla osservazione sinottica della disciplina degli strumenti di contrasto all'infiltrazione della criminalità organizzata negli appalti pubblici, delle misure attenuative del loro rigore e di uno specifico modello preventivo adottato da un soggetto giuridico di grandi dimensioni operante in questo settore è che il sistema attualmente vigente possa rappresentare un pilastro irrinunciabile nelle strategie politico-criminali presenti e future in questo ambito cruciale per la collettività, l'economia e le istituzioni pubbliche, purché si apportino alcune rilevanti modifiche. In particolare, in una prospettiva di riforma, si ritiene necessaria l'eliminazione delle aporie e torsioni più evidenti oggi esistenti nel codice antimafia, così come la soppressione o la regolamentazione degli istituti più difficilmente compatibili con taluni principi, diritti e libertà fondamentali di marca costituzionale e convenzionale – come ad esempio le interdittive generiche e a cascata –, nonché il potenziamento e l'ampliamento delle misure terapeutiche di c.d. *self cleaning* delle imprese 'infiltrate'.

Solo riducendo l'elevatissimo livello di incertezza che connota tale comparto del diritto pubblico punitivo-preventivo e riequilibrando al suo interno i rapporti tra le contrapposte istanze di tutela della sicurezza e trasparenza degli appalti pubblici, da un lato, e di rispetto della libertà di impresa e del diritto di proprietà, dall'altro, si potrà sperare di creare in futuro un circolo virtuoso tra le attività di controllo delle istituzioni pubbliche e le procedure preventive delle imprese realmente in grado di impedire, neutralizzare, o almeno sensibilmente contenere, il fenomeno deleterio delle contaminazioni dei contratti pubblici da parte della criminalità organizzata.

In quest'ottica, l'obiettivo ultimo e più ambizioso del volume è quello di porsi non solo come punto di riferimento per una corretta interpretazione ed applicazione della disciplina attualmente vigente, provando a fornire risposte plausibili ai tanti quesiti che il diritto vivente sta facendo emergere, ma anche come stazione

di partenza da cui prendere le mosse in una prospettiva *de lege lata* per una sua definitiva razionalizzazione e per lo sviluppo di quel nuovo tipo di antimafia inaugurato con le menzionate misure dei controlli, non più ostracizzante e punitiva, ma inclusiva e risocializzante.

Giuseppe Amarelli
Saverio Sticchi Damiani

ORIGINE ED EVOLUZIONE DELLE MISURE PREVENTIVE ANTIMAFIA

di *Pasquale Troncone*

SOMMARIO: 1. L'immarcescibile longevità delle antiche misure di polizia. – 2. La normalizzazione di una doppia legalità statutaria che sfida gli ordinamenti. – 3. La legalità flessibile della prevenzione come forma di repressione del soggettivismo punitivo. Empiria ontologica di una giustizia speciale. – 4. L'irruzione normativa del tema antimafia nel travaglio garantista delle misure di prevenzione. – 5. Aporie democratiche sulla tolleranza repressiva del controllo sociale. Tracce di prevenzione punitiva. – 6. La discrezionalità controllata della prevenzione personale e di quella patrimoniale. – 7. Il "pragmatismo efficientista" tra le cause per legittimare il duplice livello di legalità in materia di prevenzione antimafia. Un "cold case" di identificazione genetica con il sistema penale. – 8. Il *soft law* come camuffamento della burocrazia punitiva. L'ambiguità dell'informativa interdittiva antimafia.

1. *L'immarcescibile longevità delle antiche misure di polizia*

Nel vasto territorio normativo delle misure di prevenzione extra-penali serpeggia sottotraccia un interrogativo che periodicamente si rinnova, non sempre eguale a sé stesso nella sua portata estetica, ma che esige una risposta che metta fine alle numerose perplessità che la materia legislativa di questo settore suscita.

Il nodo destinato a non essere sciolto, se non con la forzatura dei principi di carattere generale che governano la materia penale e soprattutto delle garanzie fondamentali della persona umana, riguarda il livello di legalità che connota le misure di prevenzione personali e patrimoniali e la loro più volte denunciata distonia con l'assetto dell'ordinamento giuridico interno¹.

Si cercherà di dare conto che, come già si affermava con spirito pragmatico alla fine del XX secolo del nostro giovane stato nazionale, le misure di preventive

¹ Come efficacemente evidenzia D. PULITANÒ, *L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in M. DONINI-L. STORTONI (a cura di), *Il diritto penale tra scienza e politica*, da *Atti del Convegno (Bologna, 7-8 marzo 2014)*, Bononia University, Bologna, 2015, p. 26, le misure di prevenzione costituiscono "l'istituto più discutibile sul piano delle garanzie tra tutti quelli che appartengono alla galleria penalistica".

di polizia sono un male necessario. **Male**, perché a contenuto restrittivo e condizionante la libertà individuale²; **necessario**, perché l'ordinamento giuridico e le ragioni della sua stabilità non ne potevano e, ancora oggi, non ne possono fare a meno. Oggi le misure di prevenzione sono destinate ad assolvere un ruolo anticipato di tutela e di protezione generalizzata degli interessi giuridici della collettività, necessarie per arginare fenomeni di criminalità, polarizzata sulla violenza e organizzata militarmente, in grado di mettere in pericolo o comprimere fino alla lesione definitiva gli altri diritti fondamentali della persona.

L'attuale *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*, adottato con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, costituisce il punto di approdo di un tormentato e tortuoso percorso legislativo che la materia della prevenzione ha compiuto nel corso di oltre un secolo e mezzo per contrastare fenomeni associativi di stampo mafioso e camorristico³.

La misura di prevenzione antimafia emerge dall'ampio spettro della legislazione ordinaria progressivamente nel tempo, dal contesto del più cospicuo compendio delle misure preventive di polizia *ante* e *praeter delictum*, introdotte per rafforzare la tutela sociale della sicurezza pubblica contro le classi di soggetti "pericolosi" o "sospetti" nello Stato liberale e al fine di assicurare la "*pubblica tranquillità*", nell'ordinamento di fine ottocento non ancora giunto a uno stabile assetto politico amministrativo⁴.

La scelta legislativa originaria si inquadra nello sviluppo operativo dell'azione di polizia per contenere condotte di singoli o di gruppi che avrebbero potuto turbare l'ordine pubblico e, in questo modo, mettere in crisi l'assetto ordinato degli equilibri politici dell'epoca⁵. Non può essere trascurato che i codici penali preunitari fino al codice Zanardelli punivano a titolo di reato il fenomeno della marginalità sociale, tra cui la mendicizia, l'oziosità, e il vagabondaggio⁶. Si

² La definizione è ripresa dall'intervento alla Camera del Parlamento subalpino il 17 dicembre 1851, trasformata nella legge 26 febbraio 1852, del Ministro dell'Interno dell'epoca Giovanni Filippo Galvagno, in occasione della presentazione del progetto di legge relativo ai "provvedimenti provvisori di pubblica sicurezza" destinato a punire i vagabondi, gli oziosi e i sospetti.

³ L. LACCHÈ, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra ottocento e novecento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 413. Una puntuale ricognizione dell'intera materia è proposta da A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa University Press, Pisa, 2019.

⁴ Una lunga linea di continuità segna il processo storico nella materia della "prevenzione senza garanzie", come illustra I. MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del convegno del centro nazionale di difesa e prevenzione sociale, Giuffrè, Milano, 1975, p. 197. Si veda anche I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Mondadori, Milano, 1979, p. 429.

⁵ A. CERNIGLIARO, *Sviluppi semantici del concetto di ordine pubblico nell'Ottocento italiano*, in AA.VV., in *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Eum, Macerata, 2007, p. 309.

⁶ E. LOMONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità nelle misure di prevenzione personale. Le ragioni di un disagio*, in *Quest. giust.*, 1999, p. 734. Gli aspetti problematici della c.d. "pe-

trattava di soggetti che vivevano in situazione di grave disordine nella vita personale e che proiettavano questo loro modo d'essere sul contesto cittadino in cui erano inseriti, generando serie preoccupazioni per l'integrità dell'organizzazione sociale e istituzionale.

L'esperienza del brigantaggio politico e delle consorterie camorristiche (di cui la mafia veniva considerata una delle possibili declinazioni) erano divenute oggetto di una legge temporanea, la n. 1409 entrata in vigore il 15 agosto 1863, e denominata, ricordando il suo promotore Giuseppe Pica, "*Legge Pica*"⁷. Da questo momento nella storia della legislazione italiana si afferma e si legittima il paradigma di una "diversa legalità" che incide profondamente sulla libertà personale dei singoli e per la prima volta le mafie entrano a far parte del patrimonio legislativo che lo stato liberale trasferirà allo stato Unitario⁸.

Naturalmente, una decisione legislativa così aggressiva e sfornita di adeguati rimedi legali per reagire all'applicazione delle singole misure, in particolare del domicilio coatto⁹, si presentava come funzionale a un sistema di potere dispotico dove il popolo era tenuto fuori, per sesso e per censo, dalle istituzioni nelle quali si determinavano le scelte di libertà dei cittadini. Appare dunque del tutto razionale il quadro delineato dalla materia penale di polizia nell'ambito del contesto legislativo del XIX secolo governato dallo Statuto Albertino, che poco o nulla destinava alla garanzia di libertà del singolo "regnicolo", se non il beneficio di avere ricevuto in concessione, perché ottriata, la Carta costituzionale Sabauda.

Le misure di polizia più comunemente utilizzate dal sistema di controllo repressivo erano: la sorveglianza speciale, l'ammonizione, il domicilio coatto¹⁰.

ricolosità generica" erano da tempo oggetto di riflessione A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in www.penalcontemporaneo.it, 2017.

⁷ Ci sia permesso citare P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale di diritto allo Stato democratico di diritto*, Jovene, Napoli, 2001; R. MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Il Mulino, Bologna, 1980.

⁸ Il richiamo alla criminalità organizzata per la prima volta compare all'art. 5 della legge Pica: "*Il Governo avrà inoltre facoltà di assegnare per un tempo non maggiore di un anno un domicilio coatto agli oziosi, a' vagabondi, alle persone sospette, secondo la designazione del Codice penale, non che ai camorristi, e sospetti manutengoli, dietro parere di Giunta composta del Prefetto, del Presidente del Tribunale, del Procuratore del Re, e di due Consiglieri Provinciali*". Per un quadro d'insieme del fenomeno associativo criminale, si rinvia a C. FIORE, *Il controllo della criminalità organizzata nello Stato liberale*, in *Studi storici*, XXIX, 1988, p. 426.

⁹ Il rigore e il profilo illiberale di questa misura di polizia che "*nessuna nazione ci invidia*" erano già stati sottolineati da L. ANFOSSO, *Domicilio coatto*, in *Encicl. giur. ital.*, IV, Società editrice milanese, Milano, 1921, p. 688. Per una severa critica sulla permanenza di questa misura di prevenzione, si rinvia a F. COLAO, *La legalità "diversa" per la prevenzione. Una vicenda italiana dall'Unità ad oggi*, in AA.VV., *Il domicilio coatto, ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di E. De Cristofaro, Bonanno, Acireale-Roma, 2015, p. 29.

¹⁰ M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti nel sistema penale italiano (1860-1990)*,

Queste stesse misure, con gli stessi presupposti applicativi, con la medesima competenza amministrativa ad adottarli e le finalità di contrastare “classi pericolose”, esaltate in parte sotto il regime fascista per le esasperate finalità di tipo politico, transitarono integralmente sotto il regime repubblicano governato dalla Costituzione italiana del 1948¹¹.

La permanente presenza delle misure di polizia trasformate in misure di prevenzione, a volte registrata come irrinunciabile anche nel nostro sistema costituzionale, conferma le tensioni tra diritti di libertà e sicurezza pubblica e individuale, quasi che la legalità costituzionale riesca a tenere in piedi, in uno stesso quadro ordinamentale, iniziative repressive tra loro inconciliabili e con aspetti che sembrano far capo, sorprendentemente, a diversi paradigmi della legalità¹². Ed infatti, in maniera sempre più spiccata, l’ordinamento giuridico italiano ha dovuto inevitabilmente tollerare – e tollera tuttora – al suo interno una legalità con **struttura ambivalente**, quella della responsabilità penale e una legalità della pericolosità sociale – legalità preventiva –, con il risultato che dove lo statuto delle garanzie della persona non consentono di adottare le pene per il colpevole, giunge la misura di prevenzione per ottenerne gli stessi effetti inabilitanti, trasformando la *responsabilità* in *pericolosità* e utilizzando la categoria concettuale del legittimo sospetto al posto della prova; da qui la ineccepibile definizione di “pene del sospetto”. L’esperienza degli ordinamenti giuridici, sorti sulle fondamenta dei diversi assetti politici, insegna che le prassi prevenzionistiche, divise tra fattispecie punibile e categoria soggettiva limitante, riescono a tenere avvinte in uno stesso quadro sinottico ed operativo sia il versante della responsabilità del fatto sia la pericolosità sociale della persona¹³.

in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 591. P. NAPOLI, *Misura di polizia. Un approccio storico-concettuale in età moderna*, in *Quaderni storici*, 2009, 2, p. 524. Da ultimo E. DE CRISTOFARO, *Introduzione. Il domicilio coatto e la biografia di una nazione*, in AA.VV., *Il domicilio coatto, ordine pubblico e politiche di sicurezza in Italia dall’Unità alla Repubblica*, a cura di E. De Cristofaro, Bonanno, Acireale-Roma, 2015, p. 29.

¹¹ M. PAVARINI, *Il “socialmente pericoloso” nell’attività di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1975, p. 396. G. PROCACCI, *Osservazioni sulla continuità delle leggi sull’ordine pubblico*, in P. Del Negro, N. Labanca, A. Staderini (a cura di), *Militarizzazione e nazionalizzazione della storia d’Italia*, Unicopli, Milano, 2005, p. 87.

¹² Molto opportunamente si ritrova in F. COLAO, *Il principio di legalità nell’Italia di fine Ottocento tra “giustizia penale eccezionale” e “repressione necessaria e legale (...) nel senso più retto e saviamente giuridico, il che vuol dire anche nel senso più liberale”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2007, XXXVI, p. 722.

¹³ Un momento importante che segna il passaggio tra la precedente disciplina transitoria e quella stabile si registra con l’entrata in vigore della legge 20 marzo 1865 che nel suo *Allegato B* prevedeva una forma di giurisdizionalizzazione della misura dell’ammonizione, per cui i funzionari di polizia denunciavano al pretore le persone da ammonire e in caso di violazione delle imposizioni impartite scattava il carcere.

L'immarcescibile vivacità delle misure di prevenzione è dunque insita **in una sorta di necessità morfologica del sistema repressivo**, come la inevitabile conseguenza politica della volontà di mantenere in vita misure di polizia utili allo scopo di tutelare l'ordine pubblico, senza i vincoli di un percorso sorvegliato dal sistema delle garanzie di libertà, e anzi potenziare sempre di più la loro efficacia affidando al sistema della prevenzione *ante delictum* il contrasto alle associazioni criminali qualificate.

Il tema della lotta alle mafie diventa, quindi, nel contesto del mutato assetto costituzionale dello Stato repubblicano, il nuovo e per molti versi inatteso fronte di reviviscenza delle misure di prevenzione e, in questo modo, si consolida una vera e propria **legalità della pericolosità sociale**, seppure diversamente declinata sotto i passati regimi, destinata a conservare tutti i controversi ma costanti profili identitari¹⁴.

2. *La normalizzazione di una doppia legalità statutaria che sfida gli ordinamenti*

Questo regime di doppia legalità, diversamente dal passato, non si presenta più come il prodotto tipico di una politica criminale emergenziale o di una politica giudiziaria di stampo repressivo e pragmatico, ma come l'unica risorsa in grado di mantenere in piedi un sistema, certamente antico, il cui movente ordinamentale non appare tramontato e dove l'intero assetto delle libertà subisce l'impatto dell'assenza di opportuni mezzi repressivi di stampo penale in senso stretto, assistiti di tutte quelle necessarie garanzie giurisdizionali¹⁵.

Con l'avvento dell'Unità d'Italia la legislazione penale diventa il primo pas-

¹⁴ Il tema della persistente presenza del concetto di pericolosità sociale e, dunque, delle misure penali chiamate a contenerne la portata è stato oggetto di vivace polemica nella dottrina penalistica che ne ha indagato, all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, la compatibilità col nuovo sistema delle garanzie. È appena il caso di ricordare lo scontro tra Biagio Petrocelli e Filippo Grispigni in occasione del primo tentativo di riforma del codice Rocco, scontro consumato su opposti versanti culturali della Scuola classica e della Scuola positiva, ampiamente trattato in B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 602.

¹⁵ Nella temperie riformatrice degli anni 50 del novecento le misure di contenimento della pericolosità sociale, in particolare le misure di sicurezza, dovevano trovare un necessario contenimento che fu stabilito mantenendole nell'alveo penale, così B. PETROCELLI, *Retribuzione e difesa nel progetto di codice penale del 1949*, cit., p. 613: "Tutte le norme la cui concreta applicazione importa un ampio potere di valutazione possono dar luogo a inconvenienti, e per tutte è quindi necessario fidare nell'equilibrio e nella misura di chi deve applicarle; e a ogni modo, nel nostro caso, sarà sempre miglior garanzia l'accertamento del giudice che non il meo atto di volontà dell'organo amministrativo". G. NEPPI MODONA, *Legislazione d'emergenza e istituzioni parallele nell'ordinamento penale*, in *Riv. di storia cont.*, 1979.

saggio fondamentale per conferire unicità, uniformità e coerenza teleologica all'opera di fondazione del nuovo ordinamento giuridico nazionale.

La materia repressiva viene affidata essenzialmente a due provvedimenti di ampia portata ed efficacia, entrambi entrati in vigore nel 1890: il primo codice penale italiano detto Zanardelli, e il Testo unico delle leggi di polizia¹⁶. I due provvedimenti in realtà finiscono per integrarsi, anzi l'uno risulta funzionalmente correlato all'altro, quando i vuoti di disciplina del codice penale, la cui azione repressiva è limitata dal principio di stretta legalità della fattispecie di reato¹⁷, impongono al Testo unico di intervenire qualificando quell'intervento come rimedio di polizia per prevenire la potenzialità lesiva di un soggetto socialmente pericoloso¹⁸.

Si istituzionalizza, in questo modo, un comune terreno giuridico su cui sono chiamati a confrontarsi: l'attività di prevenzione del crimine, ossessionata dal positivismo giuridico che elabora le categorie del proclive a delinquere per natura, assegnata al Prefetto; l'attività di repressione del delitto, che impone l'accertamento della responsabilità penale del colpevole, assegnata al Giudice.

Ma intanto la prassi recepisce un dato che connoterà tutte le successive stagioni della legalità prevenzionistica: la pericolosità sociale è già di per sé una lesione cagionata al sistema dell'ordine pubblico e occorre evitare il prodursi di una potenziale lesione per la successiva possibile commissione del reato.

Su questo fondamento culturale si generava una differenziazione per "classi di soggetti" nella risposta repressiva che vedeva il codice penale come guida alla "giustizia per i galantuomini", soggetti razionali, autonomi, proprietari; mentre le leggi di polizia, sottratte a qualsiasi vincolo applicativo, come rimedio alla giustizia dei "birbanti"¹⁹.

Con l'avvento al potere del sistema etico-dogmatico elaborato dal fascismo di stampo mussoliniano la pena e la misura di prevenzione prendono parte di uno stes-

¹⁶ Le leggi di polizia risalivano al r.d. 30 giugno 1889, n. 6144 ed il suo regolamento attuativo varato con r.d. 8 novembre 1889, n. 6517, modificato dal Governo fascista nel 1926. L. MARTONE, *La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in L. MARTONE (a cura di), *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, Istituto Universitario Orientale, 1996.

¹⁷ In realtà anche il codice penale Zanardelli del 1889 prevedeva all'art. 1 l'enunciato del principio di stretta legalità così come sarà successivamente per il codice Rocco del 1930. Occorre sottolineare che la linea interpretativa di quella norma non può non essere scissa dai principi di orientamento delle norme costituzionali che per entrambi i codici vedevano la vigenza dello Statuto Albertino. La questione della nuova e diversa legalità si pone quando con l'introduzione della Costituzione repubblicana del 1948 mutano tutti i principi di orientamento e di valore dell'ordinamento, con le inevitabili ricadute sul "senso" da riconoscere all'impianto penalistico che vedeva ancora una volta insieme codice penale e misure di polizia rimasti immutati.

¹⁸ E. DE CRISTOFARO, *Legalità e pericolosità. La penalistica nazifascista e la dialettica tra retrieval e difesa dello Stato*, in *Quaderni fiorentini*, XXXVI, 2007, p. 1031.

¹⁹ Così L. LACCHÈ, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo in Italia (1865-1912)*, Giuffrè, Milano, 1990.

so alveo preventivo-punitivo, destinato a una medesima finalità repressiva. Scriveva a tale proposito Vincenzo Manzini: “*Le rivoluzioni politiche provocano rivoluzioni nella legislazione penale, e talora una riforma di questa è indizio d’una rivoluzione politica latente, e deve considerarsi come una vera e propria riforma sociale. Ogni rivoluzione, poi, ha bisogno di ricorrere al diritto penale per assicurare le sue conquiste e proteggere i suoi uomini. Parimenti, le reazioni politiche producono necessariamente reazioni penali*”²⁰. In questa prospettiva appare “*l’essenza del reato non più nell’offesa a un bene giuridico, bensì nella violazione del vincolo etico che lega e subordina l’individuo alla comunità e allo Stato*”²¹.

Per giungere all’obiettivo l’assetto di potere dell’epoca pose al centro della sua azione politica e legislativa un deciso intervento di modifica dei *livelli normativi* nell’ambito della gerarchia delle fonti del diritto. La necessità di centralizzare l’azione legislativa facendola coincidere con una rapida azione di governo imponeva di neutralizzare i meccanismi ordinari di adozione di norme penali con l’elusione dei percorsi parlamentari. Tutto ciò prese corpo facendo ricorso all’opera di camuffamento della fonte, ottenendo in questo modo i medesimi risultati che si sarebbero conseguiti con il percorso consueto di adozione delle leggi penali ordinarie.

Si rese così necessario ricorrere a strumenti normativi di attribuzione ai poteri del governo della produzione di norme ordinarie, attraverso l’amministrativizzazione del diritto penale e la devoluzione dell’intera materia legislativa all’esercizio dei poteri conferiti con la legge 31 gennaio 1926, n. 100 “*Sulla facoltà del potere esecutivo di emanare norme giuridiche*”.

La legge n. 100/1926 era poi completata da un ricco corredo normativo con compiti di legge n. 100/1926 disciplina attuativa di rango regolamentare, contenuta nelle “*Norme per l’applicazione della legge concernente le facoltà del Potere Esecutivo di emanare norme giuridiche*”²².

Del resto, tutta la legislazione antiebraica degli anni 1938-1939 di stampo punitivo e limitativo della libertà personale attinse al sistema dell’armamentario del diritto amministrativo, regolamenti, circolari, decreti, senza attivare norme primarie nell’ambito dell’ordinamento penale che avrebbero appesantito l’opera di epurazione²³. La leva amministrativa, azionata direttamente dagli organi di governo

²⁰ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1933, vol. I, p. 36. A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in A. MAZZACANE (a cura di), *Diritto, economia e istituzioni nell’Italia fascista*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 3.

²¹ Così nella nuova concezione di diritto penale totalitario, “*tutto nello Stato, nulla al di fuori di esso*”, elaborata da G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, p. 144. G. NEPPI MODONA-M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d’Italia, Annali 14 – Legge Diritto Giustizia*, Einaudi, Torino, 1998, p. 759.

²² S. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia. Dall’unità ai nostri giorni*, Donzelli Ed., Roma, 1997, p. 74. G. VASSALLI, *Passione politica di un uomo di legge*, Saggio introduttivo a Alfredo Rocco, *Discorsi parlamentari*, Il Mulino, Bologna, 2005.

²³ S. GENTILE, *Le leggi razziali: scienza giuridica, norme, circolari*, EDUCatt, Milano, 2010. In

centrale e periferico, si presentava come la più funzionale e rapida all'attuazione delle direttive, che oggi si definirebbero di *soft law*, tipiche dell'apparato della burocrazia punitiva.

Quel primo corredo normativo stabiliva un vero e proprio coordinamento operativo e concettuale della risposta repressiva dello stato che vedeva come destinatari indistinti "nemici", politici e comuni, interni ed esterni, i quali ultimi per essere stati etichettati formalmente come pericolosi diventavano essi stessi delinquenti, come poi sarà rimarcato dalle leggi di polizia, già regolate da un Testo Unico, che, strumentalmente rivisitato, entrava in vigore con il r.d. 9 novembre 1926, n. 1848 e pubblicato la sera stessa sulla Gazzetta Ufficiale.

Si istituiva in questo modo il "confinio di polizia", ampliando il ventaglio dell'iniziativa politica e sostituendo il precedente istituto del "domicilio coatto".

La conferma di questa storica ed ideologica continuità con le scelte dello stato liberale ottocentesco si coglie appieno nella legge 25 novembre 1926, n. 2008, entrata in vigore il 6 dicembre di quello stesso anno, istitutiva del Tribunale speciale per la difesa dello Stato che reintroduceva la pena di morte. Solo successivamente, a completare il quadro di una legalità multiforme, ma piegata agli interessi conservativi del sistema politico, sarà introdotto il r.d. 18 giugno 1931, n. 773 "Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza" che accompagnerà il nuovo codice penale Rocco²⁴.

Con la fine del ventennio, mentre il diritto penale recuperava una dimensione di legalità sostanziale attraverso la griglia delle garanzie introdotta dalla Costituzione repubblicana, le misure di prevenzione, soprattutto personali, seppure affinate e rese "non incompatibili" con il nuovo sistema democratico, rimarranno connotate da una "zona d'ombra" che le manterrà fuori dal perimetro della stretta legalità costituzionale²⁵.

3. *La legalità flessibile della prevenzione come forma di repressione del soggettivismo punitivo. Empiria ontologica di una giustizia speciale*

Il sistema del codice penale del 1930, pesantemente orientato dal positivismo giuridico, esordiva sulla scena legislativa tenendo insieme due opposte esigenze, quella di intervenire con la pena, che origina dall'affermazione della responsabili-

ultimo, per un appropriato esame delle norme, si veda C. BRUSCO, *La grande vergogna. L'Italia delle leggi razziali*, Ed. Gruppo Abele, Torino, 2019.

²⁴ G. NEPPI MODONA, *Diritto e giustizia penale nel periodo fascista*, in *Penale Giustizia Potere*, cit., p. 344.

²⁵ Il tutto è possibile compendiare nella efficace espressione di "zone grigie della legalità", come afferma M. PIFFERI, *Difendere i confini, superare le frontiere. Le "zone grigie" della legalità penale tra Otto e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XXXVI, 2007, p. 743.

tà penale del fatto, e con una punizione ulteriore o autonoma fondata sulla necessità di inabilitare soggetti che attraverso la commissione del reato avrebbero mostrato una concreta tendenza a delinquere.

Le misure di sicurezza, figlie di un compromesso culturale prima ancora che giuridico, anch'esse plasmate sulla pericolosità sociale dell'imputato ma ancorate alla sua responsabilità penale, miravano a contrastare personalità pericolose e si muovevano nello stesso perimetro, sia probatorio che giurisdizionale, della responsabilità penale²⁶.

Anche le misure di sicurezza, portate di scelte selettive sulla persona piuttosto che sul fatto punibile, hanno da sempre suscitato, ma ancora più con l'irrompere delle garanzie dell'art. 27 Cost., motivati dubbi e perplessità sul fronte della legalità costituzionale²⁷. I punti controversi sono costituiti dalla mancanza di colpevolezza, che fonda la responsabilità penale personale, e il mancato rispetto del criterio di proporzione, ponendosi la materia preventiva al di fuori di quell'orbita che lega gravità del fatto a gravità della risposta sanzionatoria²⁸.

La Corte costituzionale, fin dalla sua entrata in opera, inizia un percorso di rielaborazione e di eliminazione, dove è possibile, delle norme di stampo preventivo che non resistono all'attacco garantista dei nuovi valori ordinamentali, tentando una mediazione sulla base della flessibilità delle misure di prevenzione, secondo un manifesto ideale riassumibile nella: "*coercizione personale dello Stato esercitata nell'ambito del principio di stretta legalità*"²⁹.

Gli effetti del nuovo paradigma punitivo, temperato dalla giurisdizionalizzazione della misura punitiva della pericolosità sociale, si registrano immediatamente, quando il Ministro dell'interno Tambroni propone la legge 27 dicembre 1956, n. 1423 che assegnava all'autorità amministrativa gli istituti della "diffida" e del "rimpatrio con foglio di via", mentre all'autorità giudiziaria la "sorve-

²⁶ Le garanzie della persona modificano il senso di alcuni testi legislativi e si osservano in maniera diversa alcune scelte giuridiche le cui scorie resistono, in B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica nel solco della tradizione classica*, Cedam, Padova, 1940. Per una indagine odierna, si rinvia a F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *Studi in onore di Emilio Dolcini, La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2018, p. 955.

²⁷ Sul tema della prevalenza dei valori dell'art. 21 Cost. sulle leggi di pubblica sicurezza del 1931, si veda Corte Cost. sent. 5 giugno 1956, n. 1, in www.cortecostituzionale.it.

²⁸ S. MOCCIA, *Da Kant al binario unico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, p. 533.

²⁹ Si veda la prima significativa decisione in questa materia che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'istituto dell'ammonizione perché in contrasto con l'art. 13 Cost., si veda Corte Cost. sent. 19 giugno 1956, n. 11 in www.cortecostituzionale.it che precisa: "*Ma la Corte stessa non ignora che, sulla materia, vari progetti di legge trovansi in avanzato stato di elaborazione dinanzi all'organo competente, e cioè al Parlamento, appunto al fine di adeguare alle nuove disposizioni costituzionali le misure preventive di sicurezza pubblica*".

gianza speciale” e il “divieto o obbligo di soggiorno”³⁰.

L’avvento della Costituzione introduce nuovi e diversi codici di interpretazione del contesto sociale e dei rapporti tra soggetto e istituzione statale. La centralità garantita alla persona umana da cui si dipana la trama della Carta fondamentale finisce per costituire anche il fondamento delle strutture giuridiche di un nuovo sistema sociale fondato sulla libertà e, inevitabilmente, investe l’apparato repressivo e per questo il diritto penale e tutte le misure limitative ad esso collegate³¹. Si impone una revisione organica dell’apparato punitivo collaterale che, allontanandosi dai principi di garanzia, peraltro già contenuti nel testo del codice penale del 1930 e rafforzati dalla nuova Costituzione, scontano la presenza di istituti giuridici del passato che non trovano più alcuna ragionevole collocazione e giustificazione³².

Il nuovo scottante tema che irrompe sul terreno delle misure di polizia è quello probatorio, dove il semplice sospetto o la presunzione dovevano essere corroborati da “elementi di fatto”, i soli in grado di fondare una prognosi sulla successiva commissione di un reato. Ancora una volta il campo si divideva tra soggettivismo e oggettivismo, ma questa volta a pesare era il comportamento sintomatico tenuto dal soggetto, verificato alla luce di elementi circostanziali che orientavano un giudizio in concreto sulla potenziale offensività, dal sospetto alla certezza, e non più la decisione basata sulle caratteristiche sociali e personali dell’individuo³³.

Il tentativo attuato in questi primi anni di svolta del sistema penale nel suo complesso era quello di trovare un alveo comune nel quale garantire la certezza del diritto fondato sul dato di offensività, tipicità e giustiziabilità sia alle misure di sicurezza sia alle misure di prevenzione di polizia, in modo da garantire quella necessaria “copertura costituzionale” a entrambe sotto l’ombrello degli artt. 13 e

³⁰ Come mera anticipazione della legge che seguirà, si veda P. NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1956, p. 13. B. SICLARI, *Le misure di prevenzione: legge 27 Dicembre 1956 n. 1423 e 31 Maggio 1965 n. 575*, Giuffrè, Milano, 1974. M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27.12.1956, n. 1423 e 31.5.1965 n. 575*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 283. V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, n. 6, p. 1524. F. BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Giur. it.*, 2015, n. 6, p. 1521.

³¹ Un altro duro colpo viene inferto al sistema delle misure di polizia, enfatizzate nei testi fascisti, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma dell’art. 166 del T.U. 18 giugno 1931, n. 773 che punisce chi trasgredisce la misura del “confino”, si veda Corte Cost. sent. 1° marzo 1957, n. 43, in www.cortecostituzionale.it.

³² Sul versante del diritto penale rimane insostituibile la lettura di P. NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, in *Giur. cost.*, IX, 1964, p. 197.

³³ N. MAZZACUVA, *Il «soggettivismo» nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Il Foro it.*, Vol. 106, 1983. A. MANNA, *La giustizia penale tra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011.

25 che fino a quel momento non aveva trovato alcuno spazio operativo³⁴.

Non mancavano voci dissenzienti sull'eliminazione di tracce di norme punitive in contrasto con il nuovo volto del diritto penale costituzionale, nel rispetto di esigenze che avrebbero potuto richiedere l'intervento di norme di emergenza o di tipo eccezionale a tutela del sistema democratico e dell'interesse collettivo, tali da giustificare una temporanea deroga al corso ordinario³⁵. Anche questo può essere annoverato come un mero tentativo di recuperare e mantenere operativo un meccanismo di salvaguardia del sistema ordinamentale, pur nella consapevolezza di conservare uno strumentario punitivo connotato da una oggettiva carenza di lesività.

4. *L'irruzione normativa del tema antimafia nel travaglio garantista delle misure di prevenzione*

Con la svolta impressa dalla Costituzione repubblicana muta l'angolo visuale della repressione penale, fortemente condizionata dalla sempre più ampia categoria dei diritti di libertà e di rispetto dei diritti fondamentali della persona umana³⁶.

Il presidio delle garanzie fondamentali della persona, assistite e potenziate successivamente dalle fonti convenzionali, in particolare dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, sarà costituito dal monopolio dell'autorità giudiziaria in tema di libertà personale, ma allo stesso tempo sarà confermata la presenza delle misure di polizia che assumeranno la veste formale di misure di prevenzione³⁷.

A dominare il contesto della legislazione di prevenzione e di polizia, da un certo punto della storia della legislazione, è il tema del contrasto alle mafie e alla criminalità organizzata in genere, con l'abbandono di un diritto penale che interviene come misura di risanamento sociale.

La svolta copernicana avviene anche per effetto dei mutati assetti economici e sociali della Nazione, poiché le mafie seguono gli sviluppi evoluti di un parassitismo di tipo capitalistico dove il mercato diventa il tema dominante anche dell'economia illecita. Sono tramontati i tempi del vassallaggio finalizzato all'ar-

³⁴ P. NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, cit., p. 201.

³⁵ L. ELIA, *Libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1962. C. ESPOSITO, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962. L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, IX, 1964. T.F. GIUPPONI, *Sicurezza personale, sicurezza collettiva e misure di prevenzione. La tutela dei diritti fondamentali e l'attività di intelligence*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁶ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1980, p. 197.

³⁷ G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 1593.

ricchimento dei *campieri* attraverso la gestione di territori produttivi e il controllo delle masse contadine che vi lavoravano. Inizia il cammino verso l'erosione all'interno del sistema istituzionale e le forme di arricchimento illecito diventano le stesse fonti dell'arricchimento lecito, il profitto finanziario da produzione di beni e servizi, e la confusione dei flussi economici molto spesso impedisce di risalire alle fonti e individuarne i reali gestori.

Anche le forme di intimidazione si trasformano, e dalla violenza sulla persona intimidita dalla forza del vincolo dell'organizzazione criminale, si acquisiscono modelli di comportamento diversi, dove il danaro e la corruzione cui ricorrono i "colletti bianchi" acquistano un peso specifico importante e dove la violenza è l'*extrema ratio* per conseguire l'arricchimento. L'intimidazione resta, tuttavia, la forma più tipica di una condotta che svolge la sua efficacia su precisi ambiti territoriali e dove le tensioni tra gruppi si stemperano soltanto con il raggiungimento di equilibri che assicurano a ciascuno una sovranità garantita. Intanto l'individuazione territoriale del modello criminale delle mafie perde la sua tradizionale consistenza e si avvia un'opera di accertamento pragmatico, dove conta la modalità di esercizio della pressione e dell'intimidazione su territori immuni dal radicamento di gruppi criminali, fino ad assumere una radicata dimensione delocalizzata³⁸. Non vi è dubbio che questo nuovo inquadramento degli effetti normativi è destinato ad ampliare anche la base applicativa delle misure di prevenzione.

Peraltro, il risvolto più controverso delle misure di prevenzione in genere e, in particolare, della misura personale del soggiorno obbligato per gli appartenenti alle consorterie mafiose, si è rivelato nel radicamento del metodo e dell'agire mafioso nelle città in cui i capi mafia venivano inviati dalle autorità di polizia³⁹.

Vi è un dato di carattere antropologico della delinquenza mafiosa che ha da sempre spinto l'indagine sulla tipicità di un comportamento sintomatico rappre-

³⁸ Da ultimo Cass., Sez. I, sent. 15 maggio 2019, n. 35626, in www.cassazione.it: "il reato previsto dall'art. 416-bis cod.pen. è configurabile non solo in relazione alle mafie cosiddette tradizionali, consistenti in grandi associazioni ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti e in grado di assicurare la sopraffazione e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita di un numero indeterminato di persone, ma anche riguardo a fenomeni costituiti da piccole organizzazioni, con un basso numero di appartenenti, non necessariamente armate, che assoggettano un limitato territorio, o un determinato settore i attività, avvalendosi del medesimo metodo di intimidazione, sena, peraltro, che sia necessaria la prova che la forza prevaricatrice del vincolo associativo sia penetrata in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di riferimento".

³⁹ M. MASSARI, *Gli insediamenti mafiosi nelle aree "non tradizionali"*, in *Quaderni di sociologia*, 1998, p. 5. A. BONDI, *Mafia in Riviera 'Ndrangheta, Camorra, Cosa nostra: origine e radicamenti della mafia italiana*, in *Studi urb.*, 2017, p. 313. Si veda sul tema l'ampia indagine condotta dalla "Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari" del 13 gennaio 1994, in www.parlamento.it, dove da p. 19 si indicano le ragioni del radicamento in altre regioni d'Italia del fenomeno mafioso a causa della vasta e indiscriminata applicazione della misura del soggiorno obbligato.

sentato da compiti di “mediazione sociale”, surroga dell’istituzione statale che trascura il cittadino e che ritarda gli interventi di salvaguardia e di protezione sociale. Questo carattere tipico rende diverso il mafioso dal *gangster* di stampo americano la cui azione si risolve in delinquenza fine a sé stessa, commissione di reati predatori e di parassitismo, anche se negli Stati Uniti, dove il fenomeno si espande, tra le due realtà criminali si stabiliranno collegamenti funzionali per coltivare comuni interessi⁴⁰. Il mafioso, invece, ha sempre svolto un ruolo cuscinetto tra persona e istituzione, riuscendo a lucrare dall’uno e dall’altra ma svolgendo un ruolo di rassicurazione e di garanzia di giustizia più che di soggezione economica.

Intanto, l’irrompere del tema delle mafie nelle leggi di prevenzione porta con sé la piena consapevolezza che, seppure dominato dal sospetto e dalle presunzioni sulla vita personale, la misura di prevenzione deve essere adeguata ai canoni costituzionali, cominciando dalla istituzione di un presidio giurisdizionale. Il compito di trovare uno spazio di razionale accettabilità tra pericolosità e responsabilità questa volta viene affidato alla nuova disciplina della legge 31 maggio 1965, n. 575 “*Disposizioni contro la mafia*”⁴¹, la cui portata era nel senso di ampliare l’efficacia della legge ai soggetti indiziati di appartenere a organizzazioni mafiose. Le novità introdotte erano importanti nel rafforzare la diffida con rimpatrio e l’obbligo di soggiorno e soprattutto il fermo di polizia e l’arresto anche non in flagranza⁴². Appare subito interessante notare che questa legge stabiliva una netta divaricazione concettuale tra *pericolosità qualificata*, legata a fatti di criminalità organizzata, non essendo però stato ancora varato l’art. 416 *bis* c.p., e la *pericolosità comune* delle categorie di persone emarginate inserite nella precedente legge n. 1423/1956.

La legislazione antimafia comincia da questo momento storico a connotarsi con profili di autonomia rispetto al sistema delle misure di prevenzione di età liberale. Ed infatti, la legge 22 maggio 1975, n. 152 “*Disposizioni a tutela dell’ordine pubblico*”, c.d. Legge Reale, così denominata per Oronzo Reale promotore e Ministro di Grazia e Giustizia dell’epoca, con gli artt. da 18 a 22 estendeva la prevenzione antimafia alla categoria dei reati politici⁴³.

Occorre osservare che il contrasto a una criminalità mafiosa sempre più pervasiva appariva in realtà sterile da un punto di vista processuale, poiché i procedimenti penali che vedevano imputati soggetti associati mostravano costantemente una carenza probatoria e l’esito appariva essere scontato nelle assoluzioni per in-

⁴⁰ S. LUPO, *Quando la mafia trovò l’America. Storia di un intreccio intercontinentale, 1888-2008*, Einaudi, Torino, 2080, p. 25.

⁴¹ G. INSOLERA, *L’evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni ‘60 all’emergenza mafiosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014.

⁴² Peralto, la violazione degli obblighi era reato, in G. FIANDACA-C. VISCONTI, *Il “codice delle leggi antimafia”, risultati, omissioni, aspettative*, in *Legisl. pen.*, XXXII, 2012, p. 181.

⁴³ IV Governo di Aldo Moro sottosegretario al Ministero di Grazia e Giustizia Renato dell’Andro.

sufficienza o mancanza della prova. Diventava sempre più difficile radicare una responsabilità penale in ambiente mafioso quando l'omertà e la connivenza ambientale non consentivano di consolidare verdetti di condanna.

Soltanto con il maxi processo istruito da Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, sui propositi, in un primo tempo, e successivamente su una convinta legislazione volta ad acquisire anche nel nostro ordinamento la collaborazione processuale dell'imputato contro i suoi sodali e correi, si pongono le condizioni per formalizzare e corroborare un impianto probatorio in grado di sostenere efficacemente la responsabilità penale per il delitto di associazione per delinquere qualificata e per i suoi reati fine.

Il punto di svolta però della lotta alle mafie, proposta in maniera molto più incisiva e ferma, si registra con l'entrata in vigore della legge Rognoni-La Torre 16 settembre 1982, n. 646 che distingue il versante della responsabilità penale da quello della prevenzione, rafforzandone per entrambi gli argini.

Viene dapprima introdotto l'art. 416 *bis* c.p. con la tipizzazione di una condotta mafiosa che sconfinava nella qualificazione sociologica particolarmente utile a scardinare la genericità della disciplina della norma generale dell'art. 416 c.p. che pochi risultati aveva conseguito sul campo processuale⁴⁴. Prende poi un nuovo spazio il concetto di patrimonio mafioso come la *conditio sine qua non* per individuare i flussi di denaro e i beni illeciti per poi intervenire con la misura della confisca per disinnescare la portata operativa delle organizzazioni criminali. Questa ipotesi di misura patrimoniale ablativa è la più tipica evoluzione della misura di prevenzione, assunta in una dimensione di neutralità probatoria del diritto penale, secondo un rito procedimentale che prescinde dalla prova dell'appartenenza al sodalizio e fondata sulla pericolosità derivata da sospetti rafforzati e plurimi indizi. Una prevenzione, dunque, che prescinde, anticipa o anche posticipa il giudizio di responsabilità penale e che risponde alla logica della flessibilità punitiva adeguata al pericolo che esprime la condotta del soggetto associato e dei suoi beni, seppure disgiunta da essi.

5. *Aporie democratiche sulla tolleranza repressiva del controllo sociale. Tracce di prevenzione punitiva*

Occorre prendere atto che le misure di prevenzione rispondono a una logica punitiva in deroga alla simmetria esistente tra responsabilità colpevole e sanzione,

⁴⁴ La letteratura sul tema è sterminata, per cui ci limiteremo a segnalare il lavoro che raccoglie l'esperienza di analisi pluriennale sulla fattispecie dell'art. 416 *bis* c.p., tenendo anche conto dei vuoti normativi che nel corso del tempo hanno suscitato l'interesse a rivedere – ampliandola – la “struttura narrativa” della norma che era nata sul paradigma della mafia siciliana, in I. MERENDA-C. VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis tra teoria e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2019.

ma soprattutto al principio di democrazia che trova alla sua base l'affermazione dei diritti fondamentali dell'uomo e tra essi il più importante, la libertà personale⁴⁵.

Il sistema delle misure di prevenzione, benché adattate alle regole del processo e piegate alla logica, anche se soltanto formale, del contenuto precettivo dell'art. 13 Cost., continuano a rappresentare una decisa contraddizione nel diritto penale contemporaneo, reso ancora più rigido dalle Carte convenzionali sovranazionali⁴⁶.

Il difetto di fondo dell'intero apparato normativo della prevenzione soprattutto personale è dato dall'assenza di un principio giuridico abilitante di fonte alta che ne giustifichi la legittimazione, svelando in questo modo la carenza di un sicuro ancoraggio costituzionale⁴⁷. Non esiste, infatti, alcuna norma costituzionale che esplicitamente leghi il vincolo della libertà personale con ipotesi di responsabilità che non siano geneticamente connesse alle "pene", come stabilisce il comma 3 dell'art. 27 Cost., "pene" comunque fondate sull'affermazione della responsabilità penale dell'imputato⁴⁸. Dunque, il catalogo può in realtà prevedere tipologie sanzionatorie diverse per tipo e genere, ma che siano generate soltanto dalla responsabilità del fatto colpevole e non dalla mera pericolosità sociale della persona⁴⁹.

È pur vero che il potere di prevenzione dello stato si colloca nel quadro dei doveri inderogabili di protezione dei cittadini, con l'intento di intervenire preventivamente per salvaguardare i beni inalienabili dell'uomo sanciti all'art. 2 Cost., ma si tratta di una considerazione che discende da un generico impegno i cui con-

⁴⁵ V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzioni ed armi* (a cura di V. Maiello, 2015, p. 299. G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, p. 108.

⁴⁶ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, p. 108.

⁴⁷ P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1973, p. 472. P. NUVOLONE, *Dibattito*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione* (Atti del Convegno di Alghero – Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale), Giuffrè, Milano, 1975. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁴⁸ Appare opportuno rinviare, circa la natura di pena che avrebbe assunto la misura di prevenzione, a quanto sostenuto a proposito da V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum*, cit., p. 299 riferendosi a una sentenza storica ma "trascurata", della Corte Cost. sent. n. 177 del 16 dicembre 1980, in www.cortecostituzionale.it: "**Riprendendo considerazioni svolte altrove, è possibile affermare che l'appartenenza delle misure di prevenzione al novero delle pene discende da un argomento che si ricava dall'importante e già citata sentenza della nostra Corte costituzionale, spesso trascurata e che, invece, merita l'appellativo di pronunzia "storica", con cui fu dichiarata l'illegittimità costituzionale, al metro della legalità/determinatezza, di una disposizione in materia di prevenzione personale (specificamente, l'art. 1 n. 3 legge n. 1423/1956, relativa alla categoria soggettiva dei "proclivi a delinquere", sentenza n. 177/1980)**".

⁴⁹ In realtà il legislatore repubblicano non ha seguito neppure su questo terreno una linea di coerenza se, come è vero, ha introdotto istituti come la "messa alla prova" della legge 28 aprile 2014, n. 67 che non rispondono né a esigenze di punizione (pene) né a quelle di prevenzione e tuttavia non sono fondate sulla responsabilità penale.

tenuti non risultano precisamente delineati nello statuto fondamentale del patto costituzionale. Talvolta, il tentativo di recupero alla legalità della prevenzione sociale di polizia è passato attraverso la configurabilità di fatti di aggressione a beni collettivi, nella specie alla sicurezza personale e pubblica, seppure il carattere di concreta lesività di talune condotte continuava però a rimanere ancorato al sistema della punizione della pericolosità. Con tutte le riserve del caso una norma programmatica che potrebbe servire da ancoraggio al moderno tema della sicurezza dal crimine potrebbe essere individuata nell'art. 16 Cost., laddove viene stabilito che: *“Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza”*.

Sembra quasi che le vane attese di una politica penale che sappia concentrare l'azione dissuasiva sulla pena e con essa sviluppare nel medesimo contesto garantito l'efficacia preventiva e quella retributiva abbia recuperato al campo della prevenzione proprio quelle misure di prevenzione invise al sistema delle garanzie, vista l'inefficace azione svolta dalla pena nella fase della deterrenza e della sua concreta attuazione. Dunque, la prevenzione come forma di compensazione simbolica dell'insicurezza.

Questo inatteso assetto, reso ancora più solido dalla persistente inefficacia della funzione preventiva svolta dalla pena e da un contesto processuale che ne ha ridotto i margini di effettività, ha generato una matrice a sviluppo parallelo, quella della misura di prevenzione e quella della sanzione penale. In altri termini, la pericolosità sociale è divenuto il presupposto applicativo di misure afflittive, personali e patrimoniali, che svolgono la medesima funzione della pena in una prospettiva di pragmatica deterrenza, pur in assenza della responsabilità penale che interviene attraverso la pena solo nella fase della commissione del reato e del suo accertamento⁵⁰. La funzione della pena si sdoppia e in questo modo giustifica l'esistenza della misura di prevenzione come punizione vicaria.

L'opera di enfattizzazione normativa della misura di prevenzione *ante e prae-ter delictum* è stata sospinta dalla necessità di fronteggiare nuove categorie di soggetti pericolosi, non più la marginalità sociale, ma la criminalità organizzata, e soprattutto un nuovo oggetto della prevenzione: il patrimonio. Appare evidente che lo spostamento sulla nuova categoria di interesse assume caratteristiche tali che riducono l'allarme sulla lesione delle garanzie, poiché spostano l'attenzione sul contrasto a un fenomeno mafioso e politico eversivo che viene avvertito come altamente pericoloso per la collettività, per poi colpire l'accumulazione di patrimoni illeciti che prescindono da questioni di libertà personale⁵¹. Si veda il caso

⁵⁰ Sul concetto di pericolosità e sull'ampia genericità della nozione, le riflessioni critiche di F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, cit., p. 434.

⁵¹ G. FIANDACA, *Prime ipotesi applicative della confisca dei patrimoni mafiosi*, in *Foro it.*, 1983,

dell'usura che con la legge 7 marzo 1996, n. 108 si affaccia a una nuova ipotesi di misura di prevenzione dove la pericolosità sociale che motiva la misura del sequestro e poi della confisca per equivalente, per la prima volta introdotta nel sistema penale italiano, è modulata sulla sussistenza di indizi di reato che offrono una base oggettiva certamente più accreditata della categoria soggettiva. Interessante è la pericolosità che venga prognosticata nella categoria dei reati di natura seriale, o perché la reiterazione trova il suo stimolo nell'appartenere a gruppi criminali che si sostengono con i proventi di quei reati, o perché il modello di consumazione del reato, come l'usura, si sviluppa secondo la sequenza frazionata della restituzione o del rinnovo degli interessi con una lesività che si replica. In questi casi la pericolosità è radicata su una prognosi che in concreto assume la consistenza di una diagnosi e l'attendibilità delle ragioni di prevenzione appaiono certamente più fondate.

La svolta si compie nel momento in cui, nel procedere della evoluzione legislativa a partire dalle leggi di epoca precedente a quella repubblicana, cade il requisito dello stigma morale sulla vita di una persona elevandolo a soggetto pericoloso e acquista spazio un giudizio di relazione tra il soggetto e il sistema dell'ordine pubblico che si esprime nel contrasto che si genera tra la condotta personale attuata e le regole ordinamentali. Questo antefatto può poi sconfinare nella responsabilità penale allorché quel soggetto viola la legge penale, come passaggio di disvalore che immette nel circuito tracciato dalle garanzie sostanziali e processuali non la persona ma il fatto da giudicare.

A partire dalla prima sentenza della Corte costituzionale la materia della prevenzione è divenuta oggetto di attenta osservazione nella consapevolezza della natura afflittiva della misura di prevenzione, sempre alla ricerca di requisiti di affidabilità di un giudizio prognostico assistito da requisiti oggettivi che fondino una ragionevole certezza della potenziale capacità del soggetto a commettere reato. Non basta più il semplice sospetto, ma *“le misure di prevenzione possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti. L'applicazione di quelle norme, invece, richiede una oggettiva valutazione difatti, da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona, o che siano manifestazioni concrete della sua proclività al delitto, e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione”*⁵².

In un primo tempo la Corte EDU aveva sancito i criteri di qualificazione penale della norma giuridica con la sentenza Engel che dettava precisi criteri identificativi⁵³. Successivamente, la progressiva emersione nell'ambito della legislazione

II, 529. A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, Padova, 2001.

⁵² Corte Cost. sent. 4 marzo 1964, n. 23, in www.cortecostituzionale.it.

⁵³ Corte EDU, sent. 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 1977, Série A, 36.