

Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Riscato
A. Vallini, F. Viganò

Sezione I
Monografie

Anna Costantini

La confisca nel diritto della prevenzione

Ibridazione di modelli e limiti di legittimità



Giappichelli

CAPITOLO PRIMO

LA CONFISCA NEL SISTEMA DI PREVENZIONE *ANTE DELICTUM*

SOMMARIO: 1. Un istituto a (perenne) vocazione emergenziale: la confisca c.d. di prevenzione come “eccezione normalizzata” al sistema penale. – 2. L’eccezione alla “regola” del diritto penale: il sistema di prevenzione *praeter delictum*. – 2.1. L’evoluzione delle misure *praeter delictum* secondo il paradigma del diritto di emergenza. – 2.2. La deviazione dal modello del diritto penale del fatto: la prevenzione “senza delitto”. – 2.3. Il problema della legittimità costituzionale delle misure di prevenzione. – 2.4. Lotta al “nemico” e logiche securitarie nella disciplina delle misure di prevenzione all’interno del moderno *Präventionsstaat*. – 3. L’anomalia “interna” al sistema di prevenzione: origine e sviluppo della confisca dei beni di presunta provenienza illecita. – 4. La confisca di prevenzione nel problema delle “confische”. – 5. Legittimazione e natura giuridica della confisca *praeter delictum*: tra punizione, prevenzione e riparazione.

1. *Un istituto a (perenne) vocazione emergenziale: la confisca c.d. di prevenzione come “eccezione normalizzata” al sistema penale*

Un’indagine che si interroghi sui limiti di legittimità della confisca denominata “di prevenzione”, attualmente disciplinata dall’art. 24 del c.d. codice delle leggi antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159)¹, si situa al crocevia tra due tematiche estremamente controverse nell’attuale dibattito penalistico. Da un lato, l’istituto si inquadra nel panorama, poliedrico e frastagliato, delle “confische”², la cui estrema etero-

¹ All’esame dell’istituto sono dedicate le recenti monografie di S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano, 2022 e di M. DI LELLO FINUOLI, *La confisca ante delictum e il principio di proporzionalità*, Torino, 2021; in precedenza, v. già A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001.

² La letteratura in materia di confisca è sterminata. Per ora basti citare, *ex multis*, A.

genità sul piano della natura giuridica e dei presupposti applicativi complica i tentativi di una loro lettura in chiave sistematica. Dall'altro lato, l'inclusione tra le "misure di prevenzione"³ innesta questa peculiare ipotesi di confisca in un settore ordinamentale formalmente estraneo alla materia penale e ai principi di garanzia che tradizionalmente la accompagnano.

Il carattere ibrido e bifronte di questa figura giuridica – al contempo "confisca" e "misura di prevenzione" – si riflette sulla conformazione normativa dei suoi presupposti: se la veste di confisca opera su un piano oggettivo, incidendo cioè sul contenuto dell'istituto, quella di misura di prevenzione ricade sul versante soggettivo o, per meglio dire, dei suoi possibili destinatari. Così, da un canto, l'inclu-

ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, pp. 39-57; A.M. MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VIII, Milano, 2014, pp. 185-225; T. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018. Tra le principali opere monografiche cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007; T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2011; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020.

³ Limitando anche in questo caso i riferimenti bibliografici ai principali lavori monografici e voci enciclopediche sulle misure di prevenzione, nel quadro di una produzione scientifica ormai vastissima, si vedano: P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, pp. 632-662; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, pp. 1-38; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, pp. 108-125; D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014; da ultimo, A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019; E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio dei rapporti tra diritto penale e diritto penale "reale"*, Napoli, 2020; J.P. DE JORIO, *Misure di prevenzione e Stato di diritto*, Napoli, 2020; N. D'ASCOLA, *Il mutamento impresso alle misure di prevenzione: dalla prevenzione alla punizione*, Pisa, 2021; E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi*, Milano, 2021; F.P. LASALVIA, *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Roma, 2022. Si vedano, inoltre, gli autorevoli contributi contenuti nella raccolta degli atti del Convegno di studio Enrico de Nicola, tenutosi ad Alghero nel 1973, e pubblicata nel volume *Le misure di prevenzione: atti del convegno*, Milano, 1975; più recentemente, il tema delle misure di prevenzione è stato al centro del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (Milano, 18-19 novembre 2016), pubblicati sulla *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 2, Speciale "Delle pene senza delitto", *Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*.

sione nel novero delle confische ne rivela il carattere di misura patrimoniale a efficacia ablativa, mediante cui si realizza la definitiva acquisizione al patrimonio pubblico di beni connessi allo svolgimento di attività illecite; d'altro canto, l'attrazione nel sistema di prevenzione ne spiega l'applicabilità *a prescindere* dalla commissione di un *fatto di reato* (*praeter delictum*), nei confronti di soggetti meramente indiziati o genericamente ritenuti di aver commesso determinate attività criminose, sulla base di un accertamento effettuato nell'ambito di un procedimento (quello di prevenzione, appunto) del tutto autonomo rispetto a quello penale.

Questa connotazione ancipite della confisca-misura di prevenzione, se per un verso conduce a duplicare le prospettive di ogni indagine che la riguardi – a seconda che, appunto, la si inquadri nel “problema della confisca” o nel “problema delle misure di prevenzione” –, per altro verso dà conto del carattere per molti versi eccezionale dell'istituto, che si configura come un *unicum* all'interno del panorama normativo, non solo nazionale.

È noto, infatti, come il settore giuridico delle misure *ante* o *praeter delictum* rappresenti un “sistema di eccezione” rispetto al modello penale di matrice costituzional-liberale, in quanto costruito tradizionalmente al di fuori dei principi di garanzia del diritto e del processo penale⁴. Se già il diritto penale è (o dovrebbe essere), uno *ius exceptum*⁵ – che solo in via di *extrema ratio* consente di incidere sulla “regola” della libertà individuale – gli strumenti coercitivi che su tale libertà intervengono *prima* o *a prescindere* dalla commissione di un reato “si atteggiavano come eccezioni dell'eccezione”⁶.

Al carattere *extra-ordinem* del sistema di “provenienza” dell'istituto

⁴ L'inclusione delle misure di prevenzione in un “sotto-sistema penale di eccezione” si deve a L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 1989, p. 844 ss. L'eccezione è qualcosa di più della semplice deroga, esprimendo non una semplice diversità ma una vera e propria contrarietà alla regola: cfr. D. MODUGNO, voce *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 514-515.

⁵ L'espressione è di M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.*, 2006, 2, p. 762. Ridimensiona la narrazione tradizionale sull'eccezionalità del diritto penale, a fronte dell'attuale ampliamento dell'area del diritto punitivo (non più coincidente con il nucleo del diritto penale in senso stretto), F. VIGANO, *Sull'eccezionalità del diritto penale*, in M. CATENACCI-V.N. D'ASCOLA-R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. I, Roma, 2021, spec. p. 453 ss.

⁶ L. PASCULLI, *La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale. Improvvisazione “con una mano legata” in quattro tempi e finale sull'emerso diritto della prevenzione criminale negativa*, in S. BONINI-L. BUSATTA-I. MARCHI, *L'eccezione nel diritto*, Napoli, 2015, p. 318.

in esame sono ricollegati, del resto, quei tratti che rendono quest'ultimo del tutto atipico all'interno del mondo – già di per sé estremamente variegato – delle “confische”⁷. Qui il “modello” di riferimento è l'art. 240 c.p., che prevede una forma di ablazione di singole cose direttamente “pertinenti” al reato (costituendone il prodotto, il prezzo, il profitto o uno strumento di commissione⁸). È pur vero che sono ormai numerosissime le ipotesi “speciali”⁹ a quel paradigma, rispetto a questo proliferate *per differentiam* e, tra loro, molto diverse quanto a oggetto, disciplina e natura giuridica¹⁰ (v. *infra*, § 4 ss.), tanto da impedire persino, secondo molti, di ravvisare un “modello” rispetto al quale siano configurabili deroghe o eccezioni¹¹ (rendendosi, piuttosto, necessaria un'analisi separata delle ipotesi di volta in volta considerate¹²). È altrettanto vero, però, che tra tutte le figure ablatorie via via distaccatesi dal nucleo iniziale dell'art. 240 c.p. la misura di prevenzione è quella che se ne allontana maggiormente.

È attraverso l'istituto in esame che si realizza, infatti, il definitivo superamento di un'idea di confisca incentrata su uno specifico fatto di

⁷ Il termine, non a caso, è ormai per lo più declinato al plurale. Per tutti v. E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., p. 2; D. CASTRONUOVO, “*Nomen plurale tantum*”. *La confisca tra principi costituzionali e convenzionali. Una introduzione*, in D. CASTRONUOVO-C. GRANDI (a cura di), *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, Napoli, 2021, pp. 1-12, consultabile anche in *Leg. pen.*, 27 maggio 2021.

⁸ A queste si aggiungono le cose che hanno carattere obiettivamente criminoso.

⁹ Cfr. A. ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit., p. 53.

¹⁰ È ormai ricorrente la descrizione della confisca come istituto poliedrico, “capace di assumere natura e fisionomia diversa e quindi «camaleontico», ad eloquente sottolineatura della capacità [...] di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento e di recepire le peculiari finalità che, per suo tramite il legislatore intenda, di volta in volta, perseguire” (Cass. Sez. Un., 2 febbraio 2015, n. 4880; già in precedenza Cass., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654). La consapevolezza del carattere polifunzionale della confisca è ancor più risalente nella giurisprudenza costituzionale: cfr., in particolare, Corte cost., 9 giugno 1961, n. 29; Corte cost., 16 giugno 1964, n. 46. Sul tema v., da ultimo, D. FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, p. 427 ss. Cfr. anche T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale*, cit., *passim*.

¹¹ “[...] al termine «confisca» corrisponde ormai un significato normativo sensibilmente variegato, che investe un fascio di istituti sempre meno riconducibili a un comune denominatore” (A. ALESSANDRI, *op. cit.*). Sottolinea l'inversione del rapporto da “deroghe” a “regole” delle previsioni speciali di confisca D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali*, cit., in particolare p. 228 ss.

¹² Cfr. A.M. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., p. 185. In senso critico rispetto a questo approccio metodologico di tipo differenziato allo studio della confisca, da ultimo, T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 16. Per un tentativo di lettura in chiave sistematica della materia cfr. già E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, cit., *passim*.

reato¹³: l'oggetto dell'apprensione è svincolato, infatti, dall'esistenza di un legame causale o strumentale con il singolo episodio criminoso, estendendosi a tutti i beni che si trovano nella disponibilità del destinatario e di cui possa presumersi l'origine illecita, secondo il meccanismo tipico delle moderne confische c.d. allargate o estese¹⁴: ai sensi dell'art. 24 cod. antimafia, l'apprensione può riguardare tutti i beni che risultino essere il frutto di attività illecite o il loro reimpiego o, ancora, che abbiano valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta e di cui il soggetto non possa giustificare la legittima provenienza.

In secondo luogo, per l'applicabilità della confisca di prevenzione non si richiede neppure che la commissione di un determinato fatto di reato sia stata oggetto di condanna o, per lo meno, di un compiuto accertamento nell'ambito di un processo penale¹⁵: e questo sia perché i destinatari della misura preventiva, come anticipato, sono soggetti meramente indiziati di gravi delitti o genericamente ritenuti di aver commesso precedenti attività criminose; sia perché tali requisiti soggettivi sono accertati all'interno e secondo le regole di un procedimento (quel-

¹³ Identifica in questo carattere il *quid proprium* della confisca ex art. 240 c.p. A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., p. 143; v. anche L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., p. 207 ss.; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., spec. p. 531.

¹⁴ Sul modello della c.d. *extended confiscation*, in prospettiva comparatistica, ci si soffermerà nel cap. IV. Per ora è possibile richiamare, tra tutti, J. BOUCHT, *Extended Confiscation: Criminal Assets or Criminal Owners?* in K. LIGETI-M. SIMONATO, *Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Asset Recovery in the EU*, Oxford, 2017, p. 117 ss. Nel nostro ordinamento, al *genus* delle confische allargate appartiene anche la confisca "per sproporzione" attualmente disciplinata dall'art. 240-bis c.p., su cui v. *ex multis* A.M. MAUGERI, *Confisca "Allargata"*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Convegni di studio "Enrico de Nicola". Problemi attuali di diritto e procedura penale*, Milano, 2016, p. 63 ss.; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, cit., p. 127 ss.; E. SQUILLACI, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1525 ss.; A. BARAZZETTA, *La confisca allargata*, in T. EPIDENDIO-G. VARRASO (a cura di), *Codice delle confische*, Milano, 2018, p. 1001 ss. Su tale figura e i suoi rapporti con la confisca di prevenzione si tornerà più diffusamente in seguito.

¹⁵ Sebbene la pronuncia di una sentenza di condanna costituisca requisito ordinario delle forme di confisca applicate nel processo penale, ci sono ipotesi eccezionali che consentono di prescindere, pur presupponendo sempre che il fatto sia stato accertato nei suoi profili oggettivi e soggettivi (es. nel caso di proscioglimento per prescrizione). Per un inquadramento al tema della "confisca senza condanna" v. M. PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege data e de iure condendo sui presupposti processuali di applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1672-1714.

lo preventivo) autonomo e diverso rispetto a quello penale¹⁶. Da questo punto di vista, la confisca preventiva si discosta non solo dalle ordinarie confische di singoli beni, che presuppongono la commissione dello specifico reato cui la *res* confiscata si collega, ma persino dalle confische allargate “penali” (nel nostro ordinamento, l’art. 240-*bis* c.p.), che richiedono pur sempre la condanna nel processo penale o, se non altro, l’accertamento dei profili oggettivi e soggettivi dell’*Anlasstat*, *id est*, il fatto criminoso che ha costituito l’occasione per l’applicazione della misura.

Ora, alla logica *eccezionale* che, come si è visto, permea sul piano giuridico il regime della confisca di prevenzione fa riscontro, su un piano di politica criminale, la logica *emergenziale* dell’intervento normativo che ha portato alla sua introduzione. L’“invenzione” della confisca *praeter delictum* risale, infatti, a quello che probabilmente costituisce il tassello più significativo della legislazione penale antimafia, costituito dalla l. 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. Rognoni-La Torre)¹⁷. L’emergenza che con quella legge si intendeva contrastare – non solo sul piano della prevenzione patrimoniale, ma anche del diritto sostanziale, attraverso l’introduzione della fattispecie associativa di cui all’art. 416-*bis* c.p. – era il fenomeno della criminalità organizzata di stampo mafioso¹⁸: un fenomeno, questo, a dire il vero risalente, ma che reclamava con urgenza una risposta normativa, dopo decenni di sostanziale inerzia se non di vera e propria indifferenza¹⁹ da parte del legislatore, a

¹⁶Questo sarebbe l’aspetto maggiormente atipico della confisca di prevenzione, soprattutto se osservata in prospettiva comparatistica. Così F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, tomo II, Milano, 2018, p. 890.

¹⁷Nella versione definitiva della legge, originata da una proposta dell’on. Pio La Torre, convergevano due ulteriori disegni di legge proposti da Virginio Rognoni, all’epoca Ministro degli Interni. Cfr. E. MUSCO, *Luci ed ombre della legge “Rognoni-La Torre”*, in *Leg. pen.*, 1986, p. 558 ss.; G. INSOLERA, *Considerazioni sulla nuova legge antimafia*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 681 ss.

¹⁸Per una descrizione, anche di tipo criminologico, resta fondamentale il riferimento a G. FIANDACA, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 6 ss.; più recentemente v. A. CENTONZE, *Contiguità mafiose e contiguità criminali*, Milano, 2013.

¹⁹Parla in proposito di “negazionismo penale della criminalità mafiosa” V. MILITELLO, *La “lotta” alla criminalità organizzata*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2, 2020, p. 779. L’Autore ripercorre l’evoluzione della legislazione antimafia sottolineando come, fino all’introduzione dell’art. 416-*bis* all’interno del Codice penale, non esistessero specifiche norme dirette a contrastare il fenomeno sul piano del diritto penale sostanziale, complice per lungo tempo un atteggiamento di diffidenza e indifferenza dei poteri pubblici, come

fronte della trasformazione in senso imprenditoriale delle associazioni mafiose e del loro accresciuto potere di infiltrazione nei tessuti dell'economia legale, della società e della politica²⁰. Emergeva, in altri termini, il volto della mafia come manifestazione criminale potenzialmente eversiva del sistema democratico e delle istituzioni statali, espressiva di un potere "uguale e contrario" a quello dello Stato e capace, come tale, di minacciarne la stessa esistenza²¹. Della concretezza del pericolo legato al rafforzamento della criminalità mafiosa, d'altra parte, fornivano un'immagine tangibile i ricorrenti episodi di violenza efferata e gli omicidi "eccellenti" di politici, magistrati e giornalisti: proprio questo clima di emergenza istituzionale²² accompagnò l'approvazione della legge Rognoni-La Torre, che in particolare fu condizionata alla forte reazione emotiva suscitata dall'uccisione, nell'aprile del 1982, dello stesso proponente iniziale della legge, l'on. Pio La Torre, e di quella, nel settembre dello stesso anno, del Prefetto di Palermo Carlo Alberto Dalla Chiesa.

Nel contesto di tale intervento normativo, l'introduzione delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca (inserite dal legislatore del 1982 all'art. 2-ter della l. 31 maggio 1965, n. 575, c.d. legge Reale) rispondeva alla *ratio* di contrastare l'emergenza mafiosa colpendo le organizzazioni criminali sul piano economico. Invero, la possibilità di incidere su interi complessi patrimoniali facenti capo alle associazioni criminali, e di cui potesse anche soltanto presumersi l'origine illecita – secondo un modello già sperimentato dagli ordinamenti nordamericani nel contesto della lotta al narcotraffico²³ (v. *infra*, cap. IV) –, avrebbe reso tali strumenti funzionali a neutralizzare sul piano economico i gruppi mafiosi, sottraendo loro la "linfa vitale" proveniente dagli imponenti capitali illeciti accumulati e reinvestiti in attività leci-

evidenziato anche dalla "Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia in Sicilia" nella relazione conclusiva del 1976 (la Commissione era stata istituita nel 1962).

²⁰ G. FALCONE, *Il fenomeno mafioso: dalla consuetudine secolare all'organizzazione manageriale*, in ID., *Interventi e proposte (1982-1992)*, Milano, 1994, p. 318 ss.

²¹ G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, p. 118 ss. Sottolinea i rischi connessi a un'eccessiva enfattizzazione della valenza eversiva della criminalità organizzata A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 536.

²² Per una ricostruzione più dettagliata cfr. V. ZAGREBELSKY, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, diretta da F. BRICOLA e V. ZAGREBELSKY, vol. IV, Torino, 1996, p. 559.

²³ L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., p. 153 ss.

te²⁴ (v. *infra*, § 3). Di questo legame con la “lotta alle mafie” si trova, del resto, il riflesso nell’originario ambito di applicazione soggettivo della confisca e del sequestro di prevenzione, che comprendeva esclusivamente gli “indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso” (così prevedeva originariamente l’art. 1, l. n. 575/1965).

La genesi della confisca preventiva come strumento di contrasto al fenomeno mafioso, dunque, attrae tale istituto nel paradigma del diritto emergenziale²⁵, di cui la legislazione penale contro la criminalità organizzata costituisce la tipica espressione²⁶. E questo non tanto perché si sia trattato, effettivamente, di un’emergenza in senso stretto: a differenza del terrorismo (l’altro ambito privilegiato del “diritto penale di eccezione”²⁷), la criminalità mafiosa costituisce un fenomeno che, sebbene in continua evoluzione, possiede una dimensione strutturale e una presenza costante nella realtà criminologica italiana²⁸, ed è dunque difficilmente descrivibile in termini di “emergenza”, quale “concetto legato a un’idea di crisi, di brevità, di eccezionalità, e forse anche di imprevedibilità”²⁹.

²⁴ Cfr. ancora L. FORNARI, *op. ult. cit.*, p. 57 ss.

²⁵ In prospettiva costituzionalistica, v. *ex multis* P. PINNA, *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1988. Per la declinazione in ambito penalistico del diritto emergenziale, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, II ed., Napoli, 1997; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Bari, 1999; G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982; P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia. Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo Stato liberale allo Stato democratico di diritto*, Napoli, 2001; M. MECCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS, *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011.

²⁶ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 53. In tal senso, cfr. già L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 857; L. STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Crit. dir.*, 1992, 6, p. 4 ss. Più recentemente, R. ORLANDI, *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, in *DisCrimen*, online, 29 maggio 2019.

²⁷ Cfr. per tutti R. BARTOLI, *Regola ed eccezione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 1-2, p. 329 ss.; M. MECCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS, *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, 2011.

²⁸ P. GAETA, *Il “processo di criminalità organizzata” tra frammenti di norme e Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, 9, p. 3117.

²⁹ G. VASSALLI, *Emergenza criminale e sistema penale* (1995), in *Ultimi scritti*, Milano, 2007, p. 10, secondo cui potrebbe correttamente parlarsi di emergenza criminale solo con

Piuttosto, il richiamo (anche simbolico) all'emergenza ha svolto un ruolo di *legittimazione politico-criminale* per l'ingresso nel sistema di istituti giuridici che si pongono in deroga rispetto agli ordinari meccanismi di funzionamento del diritto e alle garanzie proprie della tradizione penalistica liberale (materialità, determinatezza, proporzione, presunzione di non colpevolezza): l'emergenza, infatti, opera come fonte di *giustificazione politica* (o *non-giuridica*) dell'eccezione, nel senso che essa legittima la deviazione dagli ordinari vincoli garantistici costituzionali sulla base di un'idea di supremazia dell'interesse dello Stato, che impone il primato della "*ration di stato sulla ragione giuridica*"³⁰.

Una volta entrata l'eccezione nel sistema giuridico, l'emergenza può divenire fattore di stabilizzazione e *normalizzazione* della stessa³¹: nel momento in cui la situazione emergenziale diventa perenne³², infatti, anche il regime derogatorio si consolida, da temporaneo diventa definitivo, da insieme di eccezioni isolate diventa "sistema speciale autonomo", quasi, potrebbe dirsi con riferimento alla materia penalistica, una nuova "parte generale differenziata" del diritto penale³³, al cui interno confluiscono in modo ordinato fattispecie e sanzioni destinate a governare il fenomeno emergenziale. Il caso della legislazione in materia di criminalità organizzata è emblematico di questo processo: l'insieme caotico e alluvionale di disposizioni emanate nel corso degli anni, spes-

riferimento al terrorismo, e non in relazione alla criminalità di mafia. Già Giovanni Falcone si domandava come potesse definirsi emergenza un "fenomeno criminale che ha origine anteriore alla nascita dello Stato unitario, che ha resistito alle commissioni antimafia e che è divenuto negli anni un fattore sempre più destabilizzante della democrazia" (*Emergenza e stato di diritto* (1985), in ID., *Interventi e proposte*, cit., p. 4).

³⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 844-845: l'emergenza "equivale a un principio normativo di legittimazione dell'intervento punitivo: non più giuridico ma immediatamente politico; non più subordinato alla legge quale sistema di vincoli e di garanzie, ma ad essa sopraordinato. *Salus rei publicae, suprema lex*: la salvezza o anche solo il bene dello Stato è la *Grundnorm* del «diritto d'emergenza», la legge suprema cui vanno piegate tutte le altre, compresi i principi generali, e che di questi legittima il mutamento". In tema, cfr. M. MCCARELLI-P. PALCHETTI-C. SOTIS, *Le regole dell'eccezione*, cit., *passim*.

³¹ Così, con riguardo al sistema delle misure di prevenzione: L. PASCULLI, *La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale*, cit., p. 2 ss.; in termini più generali, R. BARTOLI, *Contro la "normalizzazione" delle deroghe: alcune proposte garantiste*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, p. 153 ss.

³² L'ovvio riferimento è al titolo della monografia di S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit.

³³ M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *Meridiana*, 2020, p. 203 ss.; R. BARTOLI, *Contro la "normalizzazione" delle deroghe*, cit., p. 153 ss.

so nella forma della decretazione d'urgenza³⁴, costituisce ormai un settore del diritto differenziato³⁵, un micro-sistema a sé stante in cui confluiscono regole speciali rispetto a diversi ambiti del diritto comune (quali il diritto penale sostanziale e processuale, l'esecuzione penitenziaria, le misure di prevenzione). In questa direzione si colloca anche il tentativo di dar vita a una codificazione autonoma in materia antimafia, sebbene le regole confluite nel d.lgs. n. 159/2011 siano solo una parte di quelle relative alla criminalità organizzata e, per altro verso, si riferiscano anche ad altri ambiti criminali³⁶.

In tale veste normalizzata, infine, il diritto di eccezione diviene modello per altri contesti emergenziali e, così, si infiltra all'interno del sistema ordinario, a sua volta «normalizzando» alla logica eccezionale il diritto penale comune³⁷: la normativa in materia di criminalità organizzata ha costituito, invero, il punto di partenza per il progressivo espandersi di tecniche derogatorie anche ad altri fenomeni di grave criminalità via via qualificati come emergenziali (si pensi al terrorismo, ai reati di corruzione, ai crimini sessuali). Ne fornisce un esempio paradigmatico l'evoluzione della confisca di prevenzione nella direzione dell'allargamento dell'ambito soggettivo di applicazione a una platea, come si vedrà, sempre più affollata di destinatari³⁸: sicché, da specifico ed eccezionale strumento di contrasto alla criminalità organizzata, l'istituto assume ora il volto di una forma ordinaria di contrasto a varie forme riconducibili alla più ampia area della «criminalità del profitto»³⁹.

Così inquadrati «in prospettiva emergenziale» l'origine e lo sviluppo normativo della confisca *ante delictum*, è possibile conclusivamente cogliere quello che rappresenta il tratto più problematico di tale istituto –

³⁴S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., pp. 53 e 58 evidenzia come la caoticità normativa sia un tratto tipico della legislazione d'emergenza.

³⁵M. DONINI, *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*, in *Crit. dir.*, 2007, p. 277 ss.

³⁶Cfr. G. FIANDACA-C. VISCONTI, *Il «codice delle leggi antimafia»: risultati, omissioni e prospettive*, in *Leg. pen.*, 2012, 2, p. 181. Evidenzia in termini più generali la tendenza a «codificare» l'emergenza, parallelamente alla presa di coscienza del suo carattere endemico, R. ORLANDI, *L'emergenza figlia delle garanzie?*, cit., p. 8.

³⁷M. DONINI, *Mafia e terrorismo come «parte generale» del diritto penale*, cit., p. 208.

³⁸Così R. BARTOLI, *Contro la «normalizzazione» delle deroghe*, cit., p. 154. Sul processo di espansione della confisca di prevenzione cfr. in particolare M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, p. 439 ss.

³⁹L. FORNARI, *Criminalità del profitto*, cit., *passim*.

che spiega le discussioni sulla sua natura giuridica e sui suoi limiti garantistici – e cioè il suo porsi all'interno della tensione dialettica, propria del diritto penale moderno, tra efficienza della risposta normativa al problema criminale e tutela delle garanzie individuali⁴⁰. La soluzione dell'emergenza richiede strumenti efficienti, eccezionali, se necessario derogatori dei tradizionali limiti garantistici alle sanzioni penali: non è casuale la scelta normativa di rispolverare le “antiche” misure di prevenzione, il settore per eccellenza del diritto emergenziale, quale indice di una risposta al problema criminale *al di fuori dei limiti del diritto penale* (v. § 2 e ss.); non è nemmeno un caso che per rispondere all'emergenza criminale si sia scelto di utilizzare la confisca, quale emblema di una politica criminale che punta all'efficienza e la cui sostanziale ambiguità dogmatica⁴¹ consente di adattarne la struttura alle più diverse esigenze funzionali (v. § 3).

2. L'eccezione alla “regola” del diritto penale: il sistema di prevenzione praeter delictum

La prospettiva appena evidenziata, che vede rispecchiarsi nella confisca preventiva l'aspirazione della moderna politica criminale al perseguimento di obiettivi di efficienza anche *oltre e contro* le barriere garantistiche del diritto penale, si concretizza in primo luogo nella scelta di includere tale fattispecie nel novero delle c.d. misure di prevenzione, dunque in un'area formalmente esterna ai confini (e ai limiti) del diritto penale.

Tali misure incarnano in modo emblematico il binomio – delineato poc'anzi – dell'*eccezione* e dell'*emergenza* (dovremmo dire, più precisamente, *del diritto di eccezione come risposta a uno stato di emergenza*): ciò è evidenziato anzitutto dalla loro evoluzione storica, la quale, sin dai primi interventi risalenti al XIX secolo, è stata scandita da emergenze che hanno giustificato l'introduzione, prima, e la normalizzazione, poi, di un regime giuridico costruito tendenzialmente in deroga rispetto ai principi cardine del diritto penale⁴².

⁴⁰ Lo scontro tra istanze efficientistiche e garantistiche è in particolare tematizzato, con riguardo alle ipotesi di confisca, da A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., *passim*.

⁴¹ V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1261.

⁴² L. LACCHÉ, *Uno “sguardo fugace”*, cit., p. 433, che sottolinea il “movente” emergenziale.

2.1. *L'evoluzione delle misure praeter delictum secondo il paradigma del diritto di emergenza*

È stato osservato che il diritto delle misure *ante* o *praeter delictum* è “il settore in cui la nostra legislazione ha mostrato con maggiore «costanza» il carattere dell'emergenza”⁴³. Gli interventi normativi in materia di prevenzione sono stati, infatti, costantemente accompagnati da giustificazioni “politiche” (v. *supra*, § 1) riferite alla necessità di affrontare contingenti situazioni di emergenza per l'ordine pubblico o, più genericamente, per la pubblica sicurezza⁴⁴. Più precisamente, è possibile individuare tre principali linee direttive che hanno caratterizzato l'evoluzione “emergenziale” delle misure *praeter delictum*: la tutela dell'ordine borghese da soggetti “ai margini” della società; il contrasto alla criminalità organizzata (specie di stampo mafioso) e quello alla criminalità c.d. politica.

La prima direzione di sviluppo identifica il volto originario del sistema *ante delictum*, la cui stessa nascita, nel XIX secolo, si interseca con la volontà del legislatore ottocentesco di fronteggiare quei fenomeni di marginalità sociale, accentuati dalle trasformazioni economiche dell'età industriale⁴⁵, che agli occhi delle classi allora dominanti rappresentavano una minaccia per l'ordine proprietario e morale della so-

le dell'introduzione delle misure preventive nel sistema penale italiano. Cfr. anche L. MARTONE, *Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali*, Torino, 2007, pp. 3-27; P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*, cit., *passim*. Per una ricognizione storica delle misure di prevenzione, v. anche I. MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia “liberale” (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno di Alghero, Milano, 1975, p. 197 ss.; più recentemente, S. ALEO, *Le misure di prevenzione nel modello dello Stato di diritto*, in R. CERAMI (a cura di), *Codificazione e decodificazione. Sulle ragioni sociali, economiche e culturali della crisi del modello dello Stato di diritto*, Atti del Convegno “Le misure di prevenzione del nuovo Codice Antimafia” (Palermo, 8-9 giugno 2012), Milano, 2013, p. 183 ss.; A. MANNA, *Le misure di prevenzione*, cit.; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., p. 197 ss.; E. STANIG, *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in F. FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018, p. 3 ss.

⁴³ S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 78.

⁴⁴ Sul rapporto tra i concetti di “ordine pubblico” e “sicurezza pubblica”, e sul carattere ancor più vago della seconda rispetto al primo, v. M. PELISSERO, *Il diritto penale preventivo all'epoca dell'insicurezza*, in *Ragion Pratica*, 2018, 1, p. 81; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, p. 10.

⁴⁵ M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno di Alghero, Milano, 1975, pp. 288-289.

cietà borghese⁴⁶: si trattava cioè degli individui che le leggi dell'epoca bollavano, non senza moralismi, come “oziosi” e “vagabondi” – di fatto, soggetti privi di mezzi economici, fissa dimora o lavoro stabile – la cui collocazione ai bordi della società era avvertita come fonte di insicurezza e di allarme sociale. Leggendo la relazione introduttiva alla legge sabauda del 1852⁴⁷, cioè del provvedimento cui si deve la prima introduzione di una misura di controllo preventivo nei confronti dei soggetti “ai margini”⁴⁸, si trae immediata la percezione della narrazione emergenziale che circondava tale fenomeno sociale:

“[...] l'ozio e il vagabondaggio, quando non sono energicamente repressi dalla legge, sono origine di gravissimi mali. L'ozioso e il vagabondo possono considerarsi in permanente reato, frodano la società della parte che da ogni cittadino le si deve, e non si può concepire come possano, privi quali sono di mezzi, esistere senza supporre una sequela continua di truffe, ladroncelli e simili. [...] Se propongo una disposizione eccezionale egli è perché qui si tratta di un delitto eccezionale, il quale, come ho già detto, è occasione e fonte di tutti gli altri reati e crimini”⁴⁹.

È particolarmente evidente, quindi, la logica di giustificazione di uno *ius exceptum* alla luce del carattere a sua volta eccezionale del fenomeno da contrastare (v. *supra*, § 1).

La legge del 1852 costituisce solo il primo di innumerevoli provve-

⁴⁶Per la cultura giuridica borghese, l'idea di libertà si associa in modo inestricabile a quella di proprietà, sicché poveri e disoccupati esprimono con la loro condizione un rifiuto ai valori etico-sociali dominanti: L. LACCHÉ, *Uno “sguardo fugace”*, cit., pp. 424-427. V. anche T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., p. 200 ss. che sottolinea come la pericolosità degli emarginati fosse dovuta al loro sottrarsi ai meccanismi di controllo della nascente “società disciplinare” (come teorizzata da Michel Foucault nel suo celebre saggio *Sorvegliare e punire* del 1975).

⁴⁷L. 26 febbraio 1852, n. 1339, nota come “Legge Galvagno” (Provvedimenti di pubblica sicurezza contro gli oziosi ed i vagabondi). Tale legge aveva carattere temporaneo ma venne ampliata e consolidata da una successiva (l. 8 luglio 1854 n. 6, relativa a “Disposizioni e norme per tutelare la pubblica sicurezza”).

⁴⁸Si trattava della c.d. sottomissione, che sarà poi trasformata in “ammonizione” dalle leggi successive. L'atto sottomissione – che si applicava, oltre che agli oziosi e ai vagabondi, anche ai sospetti di furti campestri e pascoli abusivi – era adottato con semplice “denuncia” dell'autorità pubblica al giudice mandamentale e comportava l'attribuzione dello *status* di ozioso o vagabondo o sospetto di furto, da cui derivava l'obbligo di trovare, entro cinque giorni, “stabile lavoro” e, in caso di inosservanza, l'arresto e l'applicazione di sanzioni penali.

⁴⁹Si tratta della Relazione introduttiva alla legge del 1852 presentata dal Ministro degli Interni Galvagno, citata in I. MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione*, cit., pp. 197-198.

dimenti normativi⁵⁰ che, prima e dopo l'unità nazionale, estesero nei confronti di oziosi e vagabondi – ai quali vennero progressivamente accostati i “sospetti” e i “diffamati” per delitti contro le persone o la proprietà⁵¹ – un pesante armamentario di misure limitative della libertà personale⁵², prevalentemente sottratte alla competenza dell'autorità giudiziaria e attribuite, invece, al potere amministrativo di polizia, da applicarsi a prescindere dalla realizzazione di concreti atti criminosi. Peraltro, il descritto sistema di polizia era inizialmente pensato per affiancarsi alla previsione di autonome fattispecie incriminatrici per la repressione del vagabondaggio e dell'oziosità; solo con l'entrata in vigore del Codice Zanardelli – la cui aspirazione ideologica verso i principi del liberalismo penale si poneva in insanabile contrasto con l'incriminazione di mere condizioni personali di pericolosità – questi reati vennero espunti dal sistema penale, e il controllo pubblico sugli emarginati sociali si spostò interamente sull'autonomo binario del diritto di polizia⁵³.

La “repressione preventiva” dei soggetti marginali divenne ben presto una componente strutturale del tessuto normativo italiano in materia di misure di prevenzione: il riferimento alle “classi pericolose” degli

⁵⁰ La l. 8 luglio 1854, n. 6 ampliò e rese definitive le disposizioni della precedente legge Galvagno; seguì il testo di pubblica sicurezza del 13 novembre 1859, n. 3720, in forza del quale la sottomissione venne trasformata in ammonizione di pubblica sicurezza, poi esteso dopo l'Unità a tutte le regioni del Regno con la legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865, n. 2248 (all. B). Questo rimase in vigore fino all'approvazione del nuovo testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (l. 30 giugno 1889, n. 6144), che aggiornò e consolidò il sistema di polizia dell'Italia liberale.

⁵¹ Le disposizioni della legge Galvagno includevano tra i destinatari, oltre ai vagabondi e agli oziosi, anche i sospetti ladri di campagna. Anche la successiva legge del 1865 applicava l'ammonizione ai “sospetti per furti di campagna o per pascolo abusivo”, nonché agli “individui sospetti come grassatori, ladri, truffatori, borsaioli, ricettatori, manutengoli, camorristi, maffiosi, contrabbandieri, accoltellatori”. La l. 6 luglio 1871, n. 294 vi aggiunse “tutti gli altri diffamati per crimini o delitti contro le persone o la proprietà”, dove la diffamazione scaturiva “dalla pubblica voce”. Nel 1889, infine, la categoria venne unificata in quella dei “diffamati” per una serie di delitti contro la persona e il patrimonio (quali omicidio, lesioni personali, rapina, truffa, ecc.) e richiedeva, oltre alla diffamazione per pubblica voce, più condanne per precedenti crimini o, quantomeno, assoluzioni per insufficienza di prove.

⁵² Al destinatario del provvedimento di ammonizione erano impartite una serie di prescrizioni dal contenuto estremamente generico (ad es., quello di “darsi a stabile lavoro”, “fissare stabilmente la propria dimora” o di non dare adito a sospetti), la cui inosservanza comportava, a seconda dei casi, l'applicazione della più grave misura del domicilio coatto o la sanzione penale.

⁵³ G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 226-227.

oziosi e dei vagabondi sopravvisse fino all'epoca repubblicana⁵⁴, quando la l. 27 dicembre 1956, n. 1423, li inserì tra i destinatari⁵⁵ del sistema di prevenzione c.d. personale e, in particolare, delle misure dell'avviso orale e del rimpatrio con foglio di via, nonché della misura giurisdizionale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. Solo nel 1988 l'arcaico richiamo all'ozio e al vagabondaggio scomparve del tutto dal lessico legislativo della prevenzione *ante delictum*⁵⁶, senza peraltro cessare di far sentire la propria eco anche in interventi normativi successivi, nei quali riaffiora l'antica pulsione di tutela contro i "disturbatori" della quiete pubblica (v. *infra*).

Come anticipato, peraltro, il contenimento delle "classi pericolose" per l'ordine sociale borghese e dei disturbatori della quiete pubblica non costituisce l'unica – né la principale – direzione *lato sensu* "emergenziale" dell'evoluzione del sistema *praeter delictum*. Invero, l'elasticità dei presupposti di quest'ultimo, specialmente se confrontati alla "rigidità" della legalità penale, lo ha reso sin da subito uno strumento facilmente declinabile per la soluzione delle più varie situazioni di allarme sociale.

Una costante emergenza di ordine pubblico, che ha storicamente accompagnato l'implementazione dell'apparato *praeter delictum*, è legata allo sviluppo di forme particolarmente gravi di criminalità organizzata. Già agli albori dello Stato italiano – ben prima, dunque, che la "lotta alla mafia" divenisse il terreno di elezione del moderno sistema di prevenzione – uno degli utilizzi più significativi delle misure di polizia riguardò il contrasto al fenomeno del "brigantaggio", diffuso soprattutto nelle zone del Mezzogiorno e per la cui repressione era stato impiegato, in un primo momento, lo strumento militare⁵⁷. L'urgenza di sal-

⁵⁴Sulla continuità delle categorie ottocentesche degli oziosi e dei vagabondi con le figure di pericolosità generica previste dalla legge del 1956, v. M. PAVARINI, *Le fattispecie soggettive di pericolosità*, cit., p. 288 ss.

⁵⁵Si trattava, in particolare, delle seguenti cinque categorie di soggetti pericolosi: *i*) gli oziosi e i vagabondi abituali, validi al lavoro; *ii*) i soggetti abitualmente e notoriamente dediti a traffici illeciti; *iii*) coloro che, per la condotta e il tenore di vita, era da ritenersi che vivessero abitualmente, anche in parte, con il provento di delitti o con il favoreggiamento, o proclivi a delinquere; *iv*) i soggetti ritenuti dediti a gravi delitti (favoreggiamento della prostituzione, tratta delle donne, corruzione di minori, contrabbando, traffico illecito di stupefacenti); *v*) coloro che svolgevano abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume.

⁵⁶L. 3 agosto 1988, n. 327 eliminò, oltre alla fattispecie degli oziosi e dei vagabondi, anche quella della pericolosità per la morale pubblica o il buon costume. Sulle figure di pericolosità generica, attualmente disciplinate all'art. 1, d.lgs. n. 159/2011, v. *infra*, cap. II.

⁵⁷Cfr. A. MANNA, *Misure di prevenzione*, cit., p. 29 ss.; C. FIORE, *Il controllo della crimi-*

vare il “nuovo ordine” e la “sicurezza sociale” dal pericolo sovversivo dei briganti portò ad applicare nei confronti di questi ultimi la prima misura di polizia dell’Italia post-unitaria, il “domicilio coatto”, introdotto dapprima in via temporanea con la legge c.d. Pica del 1863 (15 agosto, n. 1409), e poi ben presto prorogato, ampliato e stabilizzato⁵⁸, così trasformandosi da istituto eccezionale a “normale strumento di tutela della sicurezza e dell’ordine pubblico”⁵⁹.

Il domicilio coatto venne successivamente esteso, oltre che ai “soliti” oziosi, vagabondi e sospetti, anche ai manutengoli, ai “camorristi” e ai “maffiosi”⁶⁰, nei cui confronti si incise anche sul fronte patrimoniale attraverso la previsione di provvedimenti di carattere ablatorio che anticipano la moderna confisca di prevenzione⁶¹. In questi interventi si trova delineata *in nuce* quella che sarà la duplice strategia preventiva approntata dal legislatore repubblicano nel contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso: dapprima sul versante della prevenzione personale, attraverso l’estensione agli “indiziati di appartenere ad associazioni mafiose” della misura della sorveglianza speciale (l. 31 maggio 1965, n. 575; v. ora art. 4, lett. a), d.l.gs. n. 159/2011), poi sul fronte patrimoniale, mediante l’introduzione nei confronti dei medesimi soggetti del sequestro e della confisca di prevenzione (l. 16 settembre 1982, n. 646). Sul terreno del contrasto alla criminalità di stampo mafioso, peraltro, il piano della prevenzione *ante delictum* è stato attivato, con la legge del 1965, ancor prima di quello della repressione penale, coinvolto soltanto con la legge del 1982 attraverso l’introduzione del delitto di associazione di tipo mafioso di cui all’art. 416-*bis* c.p.: in tal modo, il sistema *ante delictum* ha svolto da precursore a quella successiva strategia di “lotta” al fenomeno che, negli anni successivi, si sarebbe concretizzata nell’emanazione di una fitta trama di provvedimen-

nalità organizzata nello stato liberale: strumenti legislativi e atteggiamenti della cultura giuridica, in *Studi storici*, 1988, p. 421 ss.

⁵⁸Nel dettaglio, la l. 7 febbraio 1864, n. 1661 portò a due anni la durata della misura (inizialmente limitata a un anno). Nel 1865, con la citata l. n. 2248, il domicilio coatto venne previsto nei confronti degli oziosi e dei vagabondi “recidivi”, cioè che avessero violato le prescrizioni imposte con l’ammonizione; la successiva l. 6 luglio 1871 lo estese a tutti gli ammoniti recidivi (dunque anche a camorristi, mafiosi e diffamati per crimini contro la persona o la proprietà) e ne portò la durata da due a cinque anni. La legge di pubblica sicurezza del 1889, infine, ne definì i presupposti e lo trasformò in una misura di carattere sostanzialmente carcerario (cfr. G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 253 ss.).

⁵⁹G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 241.

⁶⁰V. *sub* nt. 51.

⁶¹G. FIANDACA, *Misure di prevenzione*, cit., p. 120.

ti normativi, fino a comporre l'attuale sistema della "legislazione antimafia", quale "binario speciale" di contrasto alla criminalità mafiosa sui diversi fronti del diritto punitivo, della prevenzione *ante delictum* e della disciplina processuale⁶².

Accanto alla criminalità organizzata, specialmente di stampo mafioso, un ulteriore settore in cui l'emergenza di ordine pubblico si è costantemente accompagnata allo sviluppo del sistema eccezionale *praeter delictum* è quello del contrasto alla c.d. *criminalità politica*: questo raffigura forse l'ambito applicativo in cui è emerso con maggiore drammaticità il volto autoritario e illiberale dell'apparato preventivo.

I primi casi in cui una misura di polizia venne impiegata in funzione di repressione del dissenso politico risalgono, ancora una volta, all'epoca postunitaria, quando il domicilio coatto venne temporaneamente applicato nei confronti di coloro che si opponevano all'unificazione del Regno italiano (l. 4 maggio 1866, n. 2907)⁶³ e, poi, soprattutto, durante il governo Crispi di fine secolo, nei confronti degli anarchici (l. 19 luglio 1894 n. 316)⁶⁴; nel contesto di questi provvedimenti eccezionali, sempre occasionati da situazioni di emergenza (prima le guerre di indipendenza, poi le rivolte siciliane e, infine, le proteste operaie e gli attentati anarchici⁶⁵), la misura di polizia assumeva "un netto carattere di strumentalità alla difesa, non tanto della società dal delitto, quanto del regime politico dalle idee «sovversive»"⁶⁶.

⁶² Per un recente quadro approfondito cfr. E. MEZZETTI-L.L. DONATI (dir. da), *La legislazione antimafia: le riforme del diritto italiano*, Bologna, 2020; v. anche V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in C. PALAZZO-C.E. PALIERO (dir. da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2015.

⁶³ Più precisamente, destinatari della misura di polizia erano coloro che si adoperassero "per restituire l'antico stato di cose o per nuocere in qualunque modo all'unità d'Italia e alle sue libere istituzioni". Sottolinea la "coloritura politica" di questa legge, emanata all'indomani della (terza) Guerra d'Indipendenza del 1866, L. LACCHÉ, *Uno "sguardo fugace"*, cit., pp. 420-421 e 432-433, che riporta altresì come il domicilio coatto venne impiegato soprattutto nella repressione delle rivolte siciliane.

⁶⁴ La legge applicava il domicilio coatto – per la prima volta "autonomamente", cioè a prescindere da una precedente ammonizione – nei confronti di chi avesse "manifestato il deliberato proposito di commettere vie di fatto contro gli ordinamenti sociali", ai membri e ai promotori di associazioni contro gli ordinamenti sociali nonché nei confronti di chi fosse stato *processato* per delitti contro l'ordine o l'incolumità pubblica.

⁶⁵ T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., p. 217. In particolare, la legge contro gli anarchici venne emanata in seguito all'attentato a Crispi e all'omicidio del presidente della Repubblica francese Carnot a opera di un anarchico italiano.

⁶⁶ G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 255.

Il germe autoritario contenuto nella legislazione dell'età liberale trovò il suo pieno sviluppo in epoca fascista⁶⁷, quando l'uso politico delle misure di polizia assunse carattere ordinario e generalizzato⁶⁸: nel 1926 l'ammonizione venne estesa alle persone "pericolose all'ordine nazionale dello Stato" e, nel 1931, ai soggetti "pericolosi socialmente o per gli ordinamenti politici dello Stato", formula in cui potevano essere agevolmente ricompresi gli avversari politici⁶⁹; tuttavia, il principale strumento di repressione del dissenso politico fu costituito dal nuovo "confinamento di polizia", erede del precedente domicilio coatto, reso applicabile nei confronti di coloro che avessero "commesso o manifestato il deliberato proposito di commettere atti diretti a sovvertire violentemente gli ordinamenti nazionali, sociali od economici" o "a menomare la sicurezza, ovvero a contrastare od ostacolare l'azione dei poteri dello Stato" (l. n. 1848/1926, art. 184; succ. art. 181 r.d. n. 7773/1931)⁷⁰.

L'istituto del confinamento di epoca fascista era inevitabilmente destinato a essere ripudiato con l'entrata in vigore della Costituzione e con la conseguente affermazione del valore preminente delle libertà dei cittadini sulle istanze autoritarie del potere pubblico. Ciò nondimeno, la sopravvivenza all'interno del nuovo assetto giuridico del sistema preventivo personale consentì, qualche decennio dopo, una reviviscenza della tendenza all'impiego delle misure *praeter delictum* in funzione di contrasto alla criminalità politica, soprattutto in relazione ai fenomeni terroristicamente eversivi. Così, la legge n. 152/1975 (c.d. legge Reale), che costituì il modello per la "legislazione di emergenza" contro il terrorismo interno, estese la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza nei confronti di sovversivi e neofascisti⁷¹; la medesima disciplina venne poi

⁶⁷ G. AMATO, *op. ult. cit.*, p. 298, osserva come il Fascismo si limitò in realtà ad accentuare il carattere "intrinsecamente autoritario" delle misure di polizia.

⁶⁸ G. CORSO, *L'ordine pubblico*, cit., p. 285.

⁶⁹ D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., p. 131, cui si rimanda anche per la ricostruzione del dibattito dottrinale dell'epoca sulle misure di polizia (p. 139 ss.).

⁷⁰ A differenza del domicilio coatto, il confinamento trovava applicazione diretta, cioè indipendentemente da una precedente ammonizione. L'applicazione era inoltre interamente demandata a una commissione ministeriale, senza possibilità per il sottoposto di esercitare qualsivoglia diritto di difesa.

⁷¹ La pericolosità politica, in particolare, viene desunta dal compimento di "atti preparatori, obiettivamente rilevanti" diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di delitti di comune pericolo mediante violenza o di alcuni gravi delitti contro la personalità dello Stato, l'incolumità o l'ordine pubblico (artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 c.p.), ovvero diretti alla ricostituzione del partito fascista con l'esaltazione o la pratica della violenza; un'ulteriore fattispecie riguarda la partecipazione ad associazioni politiche

ripresa, all'inizio del XXI secolo, per contrastare la nuova emergenza del terrorismo internazionale⁷², parallelamente alla progressiva definizione – come già accaduto in materia di criminalità organizzata di stampo mafioso – di un campo “differenziato” del diritto penale sostanziale e processuale in funzione di contrasto ai fenomeni terroristici. Da ultimo, con il d.lgs. n. 159/2011, per effetto dell'equiparazione dei destinatari delle misure personali e di quelle patrimoniali, a tutti i soggetti portatori di “pericolosità politica” sono stati resi applicabili anche il sequestro e la confisca di prevenzione⁷³.

L'adattamento dell'apparato preventivo in funzione antiterrorismo ha costituito il volano per ulteriori dilatazioni dell'ambito di applicazione soggettivo delle misure *praeter delictum*⁷⁴, divenute ormai ordinari strumenti di gestione delle più varie emergenze (reali o presunte) per la sicurezza pubblica: al fine di prevenire il fenomeno delle manifestazioni di violenza negli stadi, ad esempio, è stata introdotta la misura del

disciolte ai sensi della c.d. legge Scelba (l. n. 645/1952) e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuano a svolgere una attività analoga a quella precedente. L'ultima ipotesi concerne, invece, una forma di pericolosità *post-delictum*, cioè quella dei condannati per reati in materia di armi o per violazione delle disposizioni relative a misure di prevenzione, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie con il fine di sovvertire l'ordinamento dello Stato. Sulla funzione di controllo del dissenso politico dell'applicazione delle misure preventive a tali soggetti, cfr. F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, p. 267; in tema v. anche F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, II ed., Padova, 1982, p. 151 ss.

⁷² In particolare, la disciplina preventiva è stata estesa a coloro che pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla commissione di reati con finalità di terrorismo anche internazionale (d.l. 18 ottobre 2001, n. 374 conv. in l. 15 dicembre 2001, n. 438) ovvero a prendere parte a un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue finalità terroristiche (d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. in l. 17 aprile 2015, n. 43). Infine, la recente l. n. 161/2017 ha incluso tra i destinatari della prevenzione gli *indiziati* dei reati di cui all'art. 51, comma 3-*quater*, c.p.p. (delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo attribuiti alla competenza della Procura distrettuale) e ha attribuito rilevanza anche agli atti esecutivi (e non più solo a quelli preparatori). Le fattispecie a pericolosità politica sono attualmente disciplinate alle lett. *d)*, *e)* e *f)* dell'art. 4, co. 1, d.lgs. n. 159/2011.

⁷³ Cfr. art. 16, d.lgs. n. 159/2011. Questa norma estende inoltre la misura patrimoniale nei confronti dei fondi o risorse nella disponibilità persone fisiche o giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni dell'ONU o ad altro organo internazionale competente a disporre il “congelamento dei beni”, quando vi siano fondati elementi per ritenere che tali fondi o risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento del terrorismo.

⁷⁴ Su tale tendenza cfr. M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., p. 442 ss. Sulle trasformazioni del sistema di prevenzione *ante delictum* cfr. anche D. PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1531 ss.

divieto di accesso nei luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (c.d. Daspo) per soggetti variamente qualificati come violenti (l. 13 dicembre 1989, n. 401, art. 6)⁷⁵; in materia di immigrazione, si è attribuito al Prefetto o, a seconda dei casi, al Ministro dell'Interno il potere di disporre l'espulsione amministrativa dello straniero che rientri tra i soggetti "pericolosi" cui sono applicabili le misure di prevenzione, ovvero che appartenga a gruppi sovversivi o presenti un collegamento con organizzazioni terroristiche (art. 13, co. 1 e 2, d.lgs. n. 286/1998)⁷⁶; un tentativo di applicazione delle misure preventive ha, poi, coinvolto anche la materia degli stupefacenti, mediante l'introduzione (a opera dell'art. 4-*quater*, d.l. 30 dicembre 2005, n. 272) dell'art. 75-*bis* T.U. stup., norma che tuttavia è successivamente caduta sotto la scure della Corte costituzionale⁷⁷.

In alcune applicazioni ancor più recenti, inoltre, sembra riemergere l'originaria funzione poliziesca delle misure preventive quali strumenti di controllo degli *outsiders* sociali: si allude, in particolare, alla previsione di misure a tutela della sicurezza "urbana" da parte del d.l. 20

⁷⁵ Nella versione originaria si trattava dei soggetti condannati o anche solo denunciati "per aver preso parte attiva a episodi di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle stesse circostanze abbiano incitato o inneggiato alla violenza con grida o scritte". A seguito di interpolazioni successive, il Daspo si applica ora anche a coloro che siano stati condannati o denunciati per una serie di reati (in materia di armi; di discriminazione razziale; contro l'ordine pubblico; di comune pericolo mediante violenza ecc.). Tra i principali approfondimenti dottrinali sul Daspo si segnalano: F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione nell'ambito sportivo*, in *Misure di prevenzione*, cit., p. 361; ID., *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito di manifestazioni sportive*, Milano, 2012, p. 411; A. BONOMI-G. PAVICH, *Daspo e problemi di costituzionalità*, in *Dir. pen. cont., online*, 2015; L. FILIPPI-M.F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Torino, 2011, p. 39; M. F. CORTESI, *Il procedimento di prevenzione nella violenza sportiva*, Padova, 2008; D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., p. 225 ss. Sul rapporto con la "materia penale", cfr. A. COSTANTINI, *Il DASPO è una sanzione penale agli effetti della Cedu? Riflessi in materia di ne bis in idem processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1158 ss.

⁷⁶ In tema cfr. M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 2, spec. p. 278 ss.

⁷⁷ Più precisamente, la norma si applicava ai soggetti che avessero realizzato un illecito relativo all'uso personale di stupefacenti ex art. 75 TU stup., ove ne derivasse un pericolo per la sicurezza pubblica, e sempre che il medesimo fosse stato condannato, anche in via non definitiva, per una serie di reati contro la persona, il patrimonio o in materia di stupefacenti o di circolazione stradale, ovvero che fosse già destinatario di una misura di prevenzione o di sicurezza. Tale disciplina è stata dichiarata costituzionalmente illegittima poiché la misura, introdotta in sede di conversione, esprimeva una finalità di neutralizzazione e di controllo negativo del tutto disomogenea rispetto alla originaria *ratio* di recupero del tossicodipendente espressa in sede di decretazione d'urgenza (cfr. Corte cost., 6 maggio 2016, n. 94).

febbraio 2017, n. 14, conv. in l. 18 aprile 2017, n. 48, che ha disposto l'ordine di allontanamento e il divieto di accesso in determinati luoghi urbani di cui si voglia assicurare il decoro (c.d. Daspo urbano) nei confronti di categorie sociologiche espressione di emarginazione sociale (come clochard, prostitute o venditori abusivi)⁷⁸.

Si assiste, infine, a un'espansione incontrollata delle misure di prevenzione anche oltre i tradizionali campi di incidenza della sicurezza e dell'ordine pubblico: da un lato, come strumento di protezione preventiva di potenziali vittime del c.d. *stalking*, di violenza domestica o del c.d. cyberbullismo (rispettivamente *ex art. 8 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38; art. 3 d.l. 14 agosto 2013, n. 93, conv. in l. 15 ottobre 2013, n. 119 e art. 7 l. 29 maggio 2017, n. 71*)⁷⁹; dall'altro, nel settore della criminalità dei "colletti bianchi"⁸⁰.

Tali applicazioni costituiscono il coronamento di un'evoluzione normativa che, come si è visto, ha portato il sistema delle misure *praeter delictum*, da un'iniziale connotazione in termini di straordinarietà, all'attuale onnipresenza nelle strategie politico-criminali del legislatore in relazione a fenomeni che, di volta in volta, paiono suscettibili di scatenare l'allarme sociale della collettività. Quel che non è mutato, invece, è la capacità di tali strumenti di incidere in modo afflittivo sulle sfere di libertà individuali, prestandosi a facili torsioni in chiave repressiva al di fuori del tracciato garantistico del diritto penale.

⁷⁸In tema cfr. C. FORTE, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e D.A.SPO. urbano*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, p. 187 ss.; C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, p. 272 ss.; M. PELISSERO, *Il potenziamento delle sanzioni punitive e delle misure di prevenzione personali nel nuovo decreto sicurezza*, in *Stud. Iuris*, 2017, 10, p. 1103 ss.; ID., *La sicurezza urbana: nuovi modelli di prevenzione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 7, p. 845; G. PIGHI, *La sicurezza urbana nel prisma del sistema punitivo*, in *Leg. pen.*, 2018, p. 45 ss.; F. CURI, *Il Daspo urbano: "l'eterno ritorno dell'uguale"*, in *Pen. dir. proc., online*, 12 febbraio 2021.

⁷⁹Si tratta dello strumento di ammonizione disposto dal questore su proposta della persona offesa. Parla in proposito di un nuovo modello di prevenzione, di carattere "*inter privatos*", F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *Leg. pen.*, 18 marzo 2019, p. 6.

⁸⁰La citata l. n. 161/2017 ha incluso tra i destinatari delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali) gli indiziati di appartenenza ad associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro la P.A. (art. 4, co. 1, lett. *i*), d.lgs. n. 159/2011; su questa importante modifica legislativa cfr. V. MAIELLO, *La corruzione nel prisma della prevenzione ante delictum*, in *DisCrimen, online*, 4 dicembre 2018. Già in precedenza, le misure di prevenzione, soprattutto patrimoniali, erano state impiegate dalla giurisprudenza in funzione di contrasto della criminalità economica attraverso un'interpretazione evolutiva delle figure di pericolosità generica di cui all'art. 1, lett. *a*) e *b*), d.lgs. n. 159/2011: sul punto si tornerà ampiamente *infra*, cap. II.

2.2. *La deviazione dal modello del diritto penale del fatto: la prevenzione “senza delitto”*

Dopo aver ripercorso la “storia emergenziale” delle misure *praeter delictum*, occorre allora chiarire meglio in che cosa consista l’evocata eccezionalità del loro regime giuridico, tale da giustificare la veste privilegiata con cui tali strumenti sono stati impiegati nel quadro delle strategie legislative di controllo delle più varie urgenze di politica criminale. In altre parole: *cosa identifica le misure di prevenzione in senso distintivo rispetto alle sanzioni penali?*

Ebbene, al fine di tracciare la linea di demarcazione tra prevenzione e sanzione criminale (comprensiva di pene e misure di sicurezza), occorre in primo luogo escludere che detta distinzione possa fondarsi sul *contenuto* delle misure preventive, dal momento che queste ultime hanno, come le sanzioni in senso proprio, carattere afflittivo per la persona cui si applicano⁸¹; e infatti, le stesse si traducono, sia pure con diverso grado di intensità, in limitazioni di libertà o di diritti (personali o patrimoniali) dell’individuo, producendo nei confronti di quest’ultimo quel “giudizio di degradazione giuridica” che la Corte costituzionale, sin dalle sue prime pronunce in materia⁸², ha descritto come “menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona”⁸³. Più precisamente, l’effetto afflittivo potrà coinvolgere la libertà personale del soggetto, a fronte dell’applicazione di misure di prevenzione c.d. personali, o il suo diritto di proprietà, tramite l’utilizzo di misure c.d. patrimoniali: se è pur vero che le prime, nel nostro ordinamento⁸⁴,

⁸¹ Cfr. sul punto già L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 21; sull’inidoneità del contenuto sostanziale delle misure a fungere da criterio discrezionale rispetto a pene e misure di sicurezza v. G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, vol. III, Milano, 1972, p. 1614; più di recente, v. F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali*, cit., p. 18.

⁸² Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11, con riferimento alla misura personale ammonizione che il TULPS del 1931 disciplinava come provvedimento di polizia. Nell’ottica della Corte, il riconoscimento dell’effetto di “degradazione giuridica” prodotto nei confronti dell’individuo era funzionale a equiparare la misura a una vera e propria restrizione della libertà personale ai sensi dell’art. 13 Cost., donde la necessità di sottoporla al rispetto delle tradizionali garanzie dell’*habeas corpus* e, nella specie, della riserva di giurisdizione.

⁸³ Corte cost., 20 giugno 1964, n. 68, che peraltro escludeva la produzione di un simile effetto in relazione alla misura personale del rimpatrio con foglio di via obbligatorio (all’epoca disciplinato dall’art. 2, l. 27 dicembre 1956, n. 1423).

⁸⁴ Per una panoramica di misure preventive di carattere detentivo in altri ordinamenti, v. L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012, p. 138 ss.

configurano ipotesi meramente restrittive, e non privative, della libertà personale, la limitazione di quest'ultima può essere talora così pesante da tradursi, di fatto, in una forma mascherata di detenzione⁸⁵; una simile riflessione può essere offerta, del resto, anche con riferimento alla prevenzione patrimoniale, la quale propugna un modello di intervento analogo a quello già sperimentato dalle confische del codice penale.

Ai fini della sopramenzionata distinzione, di per sé, parrebbe essere insufficiente anche il riferimento alla finalità preventiva di tali misure, contrapposta alla finalità repressiva delle pene: è senz'altro noto che, con il definitivo superamento delle concezioni retributive e l'affermazione dell'idea di scopo (*Zweckgedanke*) nella teoria della pena⁸⁶, anche quest'ultima ha assunto una prevalente funzione di prevenzione del crimine (declinata sia in termini di prevenzione generale, sia di prevenzione speciale)⁸⁷.

Si tornerà in seguito sui profili correlati al tentativo di distinguere sul piano *teleologico* tra prevenzione e punizione (cap. II, § 1); per ora, è sufficiente evidenziare come, sul piano *normativo*, la specificità del sistema preventivo rispetto a quello (*tout court*) punitivo possa essere ravvisata in relazione a due aspetti, l'uno di carattere positivo, l'altro di tipo negativo⁸⁸: da un lato, le misure di prevenzione sono disposte nei confronti di soggetti che la legge considera, a vario titolo, come *pericolosi per la sicurezza pubblica*; dall'altro, le stesse *non presuppongono* che sia stato commesso un *fatto di reato*⁸⁹ (di qui la loro denominazione –

⁸⁵ Cfr. M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., p. 440, che sottolinea come questo valga per la disciplina della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 6 d.lgs. 159/2011), per effetto della possibilità di cumulare prescrizioni di carattere prescrittivo o interdittivo con effetti notevolmente afflittivi per il destinatario (es. il divieto di soggiorno in comuni diversi da quelli di residenza, l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza, il divieto di circolazione in determinati orari, il divieto di partecipazione a pubbliche riunioni, ecc.). Il carattere sostanzialmente detentivo di una misura di sorveglianza speciale è stato riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Guzzardi c. Italia (sent. 6 novembre 1980, in *Foro it.*, 1981, IV, 1), che ne ha dichiarato di conseguenza l'incompatibilità con l'art. 5 CEDU.

⁸⁶ L'elaborazione dell'idea dello scopo nella pena risale al Programma di Marburg di F. Von Liszt. Cfr. L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello "scopo" nella teoria della pena*, Napoli, 1984, *passim*; L. EUSEBI, *La funzione della pena: il commiato da Kant a Hegel*, Milano, 1989. Sul punto v. *infra*, cap. II, § 1.

⁸⁷ Sulla comune finalità di prevenzione dei reati di pene e misure di prevenzione v. P. NUVOLONE, *La prevenzione nella teoria generale del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1956, p. 13 ss.

⁸⁸ Così D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., p. 18.

⁸⁹ *Ex multis*, cfr. G. FIANDACA, *Misure di prevenzione*, cit., p. 109.

con varie alternative lessicali – di misure *ante* o *praeter* o *extra delictum* o, ancora, *sine delicto*⁹⁰).

È proprio la mancanza del fatto di reato⁹¹, dunque, a connotare in termini maggiormente peculiari il sistema di prevenzione *praeter delictum* rispetto al sistema penale nel suo complesso. Si è parlato, in proposito, delle misure preventive come “sanzioni senza precetto”⁹²: un evidente paradosso⁹³, che restituisce però bene l’immagine di un intervento afflittivo del potere pubblico nei confronti dei privati pur in mancanza della violazione, da parte di questi ultimi, di un obbligo o di un comando normativo. Risulta evidente la divaricazione rispetto a un

⁹⁰ Si tratta di scelte lessicali che, pur ugualmente valide, danno rilievo a caratteri diversi delle misure di prevenzione. In particolare, la locuzione “*ante delictum*” ha valore cronologico e non teleologico, nel senso che essa non si riferisce alla finalità di prevenire la futura commissione di reati (da questo punto di vista, infatti, anche le pene e le misure di sicurezza sono “*ante delictum*”: cfr. E. SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., p. 25), bensì alla applicabilità delle misure di prevenzione “prima” che qualsiasi reato sia stato commesso, in contrapposizione alle sanzioni criminali, che, invece, sono sempre strutturalmente “*post delictum*”. A nostro avviso, appare tuttavia più condivisibile l’opinione di chi critica l’uso della citata locuzione “*ante delictum*” per indicare le misure di prevenzione, osservando che tali misure non sempre si fonderebbero su di una prognosi di commissione di futuri reati, ma che, diversamente, indicherebbero in via del tutto generica l’insieme degli strumenti preventivi delle condotte lesive della sicurezza pubblica (così, F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Atti del Congresso di Alghero, Milano, 1975, p. 34). Per altro verso, l’espressione “*sine delicto*” (preferita da D. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., p. 19) parrebbe non tener conto della possibilità che le misure di prevenzione siano applicate anche quando un fatto corrispondente a reato sia stato effettivamente commesso, pur mancando il suo accertamento giudiziale nel processo penale. Da questo punto di vista, sarebbe quindi preferibile parlare di misure “*praeter*” o “*extra delictum*”, a indicare semplicemente l’irrilevanza della commissione di un reato (o comunque del suo concreto accertamento) ai fini dell’applicazione delle misure in esame.

⁹¹ A. MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., p. 63; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 8; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in ID., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in F. PALAZZO-C.E. PALIERO (dir. da), *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2015, p. 299 ss.

⁹² F. CONSULICH, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in F. CONSULICH-M. MIRAGLIA-A. PECCIOLI (a cura di), *Alternative al processo penale? Tra deflazione, depenalizzazione, diversion e prevenzione*, Atti del Convegno Università degli Studi di Genova, 12 aprile 2019, Torino, 2020, p. 77 ss., consultabile anche in *DisCrimen*, 1° ottobre 2019.

⁹³ Non può che essere paradossale se intendiamo la sanzione nel suo significato proprio di *risposta* o *reazione* dell’ordinamento alla violazione di un precetto (per cui non vi è sanzione senza precetto): cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 537, che infatti esclude la natura sanzionatoria delle misure di prevenzione (qualificandole come misure preventive di vigilanza, in quanto volte a impedire *ex ante* violazioni di precetti attraverso forme di controllo o di preclusione).

modello di diritto penale che, fondandosi sui principi di legalità e colpevolezza, trova nel fatto di reato il suo baricentro⁹⁴ e che, in modo simmetrico, concepisce la pena come reazione dell'ordinamento alla colpevole realizzazione di un fatto previsto come illecito da una legge antecedente e determinata⁹⁵. Nel modello preventivo la prospettiva è rovesciata: alla pena *post e propter delictum* si sostituiscono misure *ante* o *praeter delictum*, e il limite retributivo della "colpevolezza per il fatto" cede il passo al fondamento preventivo della "pericolosità" personale del soggetto⁹⁶ (v. *infra*, cap. II, § 1).

L'assenza di un reato consente, poi, di distinguere le misure preventive anche dalle misure di sicurezza, alle quali sono peraltro avvicinate in forza del comune presupposto di pericolosità del destinatario, che ne segna il (prevalente) orientamento in funzione special-preventiva negativa, vale a dire di neutralizzazione di soggetti socialmente pericolosi⁹⁷. Per le misure di prevenzione, tuttavia, il giudizio prognostico di pericolosità sociale assume caratteri ancor più indefiniti di quello richiesto per l'applicabilità delle misure di sicurezza⁹⁸: mentre queste ultime in-

⁹⁴ Sulla centralità del fatto nella costruzione classica del diritto penale, come matrice culturale da cui discendono tutti gli altri principi di garanzia, v. per ad es. G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, p. 206. Cfr. anche A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 8 ss.

⁹⁵ "La connessione concettuale reato-pena descrive la struttura di fondo di un diritto criminale/penale fondato sui principi di legalità e colpevolezza": D. PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 2, p. 638.

⁹⁶ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *L'insanabile antinomia della "giustizia penale preventiva"*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 2, p. 297: "Se il fondamento del diritto punitivo è l'accertamento del fatto (perché si giudica di fatti, non di uomini, come ci hanno insegnato Carrara, Romagnosi, Pellegrino Rossi, Carmignani, Rosmini), il consentire la compressione delle libertà dell'individuo non a fronte di condotte contrarie alla legge, ma in presenza di indicatori (per lo più presunti) di pericolosità sociale del destinatario della misura, è la negazione stessa del fondamento dello Stato liberale; è la prevalenza dell'autorità pubblica sulle libertà individuali indipendentemente da qualsiasi pretesa restaurativa".

⁹⁷ Cfr. già P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., p. 632; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., p. 195. A dire il vero, nell'attuale contesto costituzionale le misure di sicurezza assumono anche finalità rieducative o curative nei confronti dei soggetti "pericolosi", mentre le misure di prevenzione sembrano connotate esclusivamente a fini di difesa sociale: sul punto, cfr. I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, pp. 117-118; F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum"*, cit., p. 35 ss. Per una prospettiva più ampia sulle funzioni delle misure di sicurezza, v. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 328 ss.

⁹⁸ Sul carattere intrinsecamente incerto del giudizio prognostico di pericolosità cfr. M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., p. 344 ss.; A. MARTINI, *Essere pericolosi: giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, spec. p. 149 ss.