

Il volume si propone di affrontare in modo critico e sistematico il tema delle misure interdittive antimafia, analizzando, da un lato, il quadro normativo di riferimento e la sua pratica applicazione e, dall'altro, i rimedi procedurali e processuali predisposti dal legislatore al fine di fronteggiare le pesantissime conseguenze che le misure in questione generano sulle imprese.

La trattazione approfondisce, quindi, un tema molto discusso che vede contrapporsi il prevalente interesse pubblico alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico – mediante l'esclusione dal mercato di quelle imprese ritenute potenzialmente perniciose alla criminalità organizzata – all'interesse delle imprese a non subire acriticamente l'irreversibile lesione della propria libertà di iniziativa economica sulla base di misure di matrice prefettizia meramente discrezionali, che non presuppongono alcun accertamento penalistico e con finalità di tutela cautelare anticipata.

Nella contrapposizione dei predetti interessi, il quadro normativo odierno apre uno spiraglio alla salvaguardia delle imprese destinate di informative interdittive antimafia – che abbiano proposto la relativa impugnazione – mediante una forma di interconnessione tra giudizio amministrativo e procedimento penale, introducendo, con l'art. 34 *bis*, co. 6, del d.lgs. n. 159/2011, uno strumento di mitigazione degli effetti delle misure interdittive che, seppur con alcuni limiti, potrebbe rappresentare il primo passo per rendere omogeneo ed efficace, sul piano sostanziale, un sistema normativo e procedimentale che, nella sua applicazione, ha disvelato criticità che meritano una soluzione definitiva.

Giuseppe Amarelli è Professore di diritto penale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II. È autore di numerose pubblicazioni giuridiche, anche di carattere monografico. Tra queste ultime si segnalano *La contiguità politico-mafiosa* (2017) e *La ritardazione e la ricerca della verità* (2006).

Saverio Sticchi Damiani è Professore di diritto amministrativo presso l'Università del Salento. Avvocato cassazionista ed autore di numerosi saggi e monografie in materia di diritto amministrativo nazionale ed europeo, in particolare nel settore degli appalti pubblici.

€ 42,00



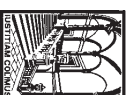
G. Amarelli - S. Sticchi Damiani (a cura di) – Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici

# Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici

a cura di

Giuseppe Amarelli

Saverio Sticchi Damiani



G. Giappichelli Editore

Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto  
all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici



# Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici

*a cura di*

Giuseppe Amarelli

Saverio Sticchi Damiani



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3148-4

ISBN/EAN 978-88-921-8432-9 (ebook - pdf)

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	XV

### ORIGINE ED EVOLUZIONE DELLE MISURE PREVENTIVE ANTIMAFIA

di *Pasquale Troncone*

1. L'immarcescibile longevità delle antiche misure di polizia	1
2. La normalizzazione di una doppia legalità statutaria che sfida gli ordinamenti	5
3. La legalità flessibile della prevenzione come forma di repressione del soggettivismo punitivo. Empiria ontologica di una giustizia speciale	8
4. L'irruzione normativa del tema antimafia nel travaglio garantista delle misure di prevenzione	11
5. Aporie democratiche sulla tolleranza repressiva del controllo sociale. Tracce di prevenzione punitiva	14
6. La discrezionalità controllata della prevenzione personale e di quella patrimoniale	19
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	22
8. Il <i>soft law</i> come camuffamento della burocrazia punitiva. L'ambiguità dell'informativa interdittiva antimafia	24

## **RATIO E REQUISITI DELLE INFORMATIVE ANTIMAFIA**

di *Arturo Levato*

1.	Inquadramento delle informative antimafia e tratti salienti del regime giuridico	31
1.1.	Estensione dell'area di applicazione	34
2.	<i>Ratio</i> sottesa alle informative	36
2.1.	Profili critici	39
3.	I requisiti delle informative	41
3.1.	Gli indici rivelatori del tentativo di infiltrazione	42
3.2.	Potestà di accertamento del Prefetto	45
4.	Contenuto del potere discrezionale e attività istruttoria alla luce della giurisprudenza	50
5.	Considerazioni conclusive	54

## **LA NATURA GIURIDICA DELLE MISURE INTERDITTIVE ANTIMAFIA**

di *Francesco Mazzacava*

1.	Rilievi introduttivi	57
2.	La centralità delle funzioni e la polisemia del concetto di prevenzione	58
3.	La natura delle interdittive antimafia alla luce dei presupposti applicativi e delle modalità di esecuzione	63
4.	Conclusioni: cenni sulle ricadute garantistiche	70

## **LE COMUNICAZIONI ANTIMAFIA: AUTONOMIA O SOVRAPPOSIZIONE CON LE INFORMAZIONI?**

di *Alessandra De Pascalis*

1.	Comunicazioni e informazioni antimafia: l'originario rapporto di alternatività	73
2.	La novella introdotta dall'art. 89 <i>bis</i> del d.lgs. n. 159/2011: verso una sovrapposizione degli istituti	77
3.	I profili di incostituzionalità dell'art. 89 <i>bis</i> del d.lgs. n. 159/2011	78
4.	L'orientamento del Consiglio di Stato sulla sostanziale sovrapposizione tra i due istituti	81

	<i>pag.</i>
5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 4/2018	83
6. Profili critici	85

## LE INTERDITTIVE TRA LACUNE NORMATIVE E DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA: IL RUOLO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NELL'INDIVIDUAZIONE DEGLI ELEMENTI INDIZIARI

*di Saverio Sticchi Damiani*

1. Gli elementi indizianti previsti dal codice antimafia	89
2. Gli strumenti di indagine del Prefetto	92
3. La discrezionalità delle Prefetture e strumenti di mitigazione	95
4. Il ruolo del giudice amministrativo nell'individuazione degli elementi indizianti	98
4.1. I provvedimenti del giudice	98
4.2. Il rapporto di parentela	99
4.3. I rapporti di comparaggio e le frequentazioni con soggetti controindicati	101
4.4. Le vicende anomale della gestione dell'impresa	101
4.5. La condivisione di un sistema di illegalità	102
4.6. Le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa	102
4.7. L'instaurazione di rapporti commerciali	103
4.8. I dipendenti	105
5. Effetti del sistema tra l'assenza di garanzie partecipative e una tutela giurisdizionale amministrativa inefficace	106

## IL RISCHIO DELL'INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA DELLA NORMA. UN CASO EMBLEMATICO IN TEMA DI INTERDITTIVA ANTIMAFIA

*di Giovanni Leone*

1. La diffusa tendenza espansiva del diritto giurisprudenziale	113
2. Il recente caso della decisione del Consiglio di Stato in materia di interdittive	114
3. I profili problematici della sentenza	117
4. La questione controversa del pagamento e dei rimborsi per le opere già eseguite in caso di interdittiva	120



	<i>pag.</i>
5. Una interpretazione <i>praeter legem</i> ?	121
6. Una digressione: i principi in materia di interpretazione	123
6.1. L'interpretazione letterale	123
6.2. L'interpretazione analogica	124
6.3. Il divieto di analogia	125

## L'IMPUGNAZIONE DELL'INFORMAZIONE ANTIMAFIA E IL SINDACATO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

di *Luca Cestaro*

1. Introduzione: il campo di applicazione dell'informazione e della comunicazione antimafia	127
2. Le diverse tipologie di informazioni antimafia	128
3. Effetti e natura dell'informazione antimafia: la sua impugnabilità	129
3.1. Gli effetti dell'informativa antimafia	129
3.2. La natura, la funzione e l'impugnabilità dell'informazione antimafia	130
4. La giurisdizione del giudice amministrativo	132
4.1. Il criterio generale	132
4.2. Il recesso della p.a. dai contratti pubblici	133
4.3. Il ritardo nelle verifiche antimafia	135
5. La competenza e il rito	136
5.1. L'individuazione del T.A.R. competente	136
5.2. Il rito applicabile	139
5.3. L'impugnazione dell'interdittiva e il commissariamento dell'impresa	139
6. Aspetti sostanziali del sindacato del G.A.	142
6.1. L'assenza di garanzie di partecipazione	142
6.2. La compatibilità con la CEDU delle informative generiche	143
6.3. La discrezionalità tecnica al cospetto del giudice amministrativo	144
6.4. Il sindacato del giudice amministrativo sull'informazione antimafia	146

## EFFETTI DELLE MISURE INTERDITTIVE ANTIMAFIA NEI RAPPORTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di *Alessandra De Pascalis*

1. Cenni generali	149
-------------------	-----

	<i>pag.</i>
2. Effetti dell'informazione antimafia interdittiva nella fase genetica dei rapporti con la P.A.	150
3. Le risoluzioni contrattuali	152
4. La revoca di finanziamenti, contributi ed erogazioni	155
5. La pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 3/2018	159
6. Ulteriori effetti delle informazioni antimafia interdittive	161
7. Le informazioni antimafia interdittive adottate nei confronti di imprese facenti parti di RTI e consorzi	162
7.1. Effetti sui raggruppamenti temporanei di imprese	163
7.2. Effetti sui consorzi	166

## IL RISARCIMENTO DEI DANNI PATRIMONIALI E NON PATRIMONIALI IN CASO DI ANNULLAMENTO DELL'INTERDITTIVA

di *Gian Luca Lemmo!*

1. Introduzione	171
2. La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione III, 28 luglio 2015, n. 3707	174
3. Gli effetti della decisione sulla risarcibilità dei danni: l'errore scusabile	176
4. Gli effetti della decisione in materia di risarcibilità nel settore degli appalti	178
5. Prospettive	180

## L'ENTE COLLETTIVO NELL'ARCIPELAGO DELLE MISURE DI CONTRASTO ALLE INFILTRAZIONI DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA NEL SISTEMA ECONOMICO

di *Tommaso Guerini*

1. Ambientamento dell'indagine	183
2. L'evoluzione della prevenzione antimafia tra la legge n. 575/1965 e la legge n. 646/1982	185
3. La prevenzione mediante organizzazione nel d.lgs. n. 231/2001 secondo lo "Stick and carrot approach"	188
3.1. La responsabilità degli enti collettivi per fatti di criminalità organizzata	192
4. Gli enti collettivi nel Codice Antimafia	195
5. Le misure di contrasto alle infiltrazioni mafiose nella disciplina anticorruzione: il comma 10 dell'art. 32, d.l. n. 90/2014	200
6. Notazioni conclusive	203

## LE INTERDITTIVE ANTIMAFIA “GENERICHE” TRA INTERPRETAZIONE TASSATIVIZZANTE E DUBBI DI INCOSTITUZIONALITÀ

di *Giuseppe Amarelli*

1. Le interdittive “generiche”	207
2. La sentenza della Corte EDU 2017 De Tommaso c. Italia in materia di misure di prevenzione personali	209
3. Gli effetti della decisione su altri aspetti della disciplina delle misure di prevenzione anche patrimoniali	212
4. La esportabilità dei principî di diritto nel settore delle informative antimafia	213
5. L’esigenza di predeterminazione legale delle misure limitative dei diritti fondamentali riconosciuti nella CEDU	214
5.1. Le interdittive a cascata	219
6. Verso la questione di legittimità costituzionale dell’art. 84, comma 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159/2011 per contrasto con l’art. 117 Cost. in relazione all’art. 1, Protocollo 1 add. CEDU?	220
7. La riforma del 2017 delle interdittive e la misura del controllo giudiziario: nessuna incidenza sulla soluzione del problema	221
8. L’interpretazione tassativizzante del Consiglio di Stato 2019	223
9. I perduranti dubbi di incostituzionalità	227
9.1. I possibili riflessi della sentenza della Corte Cost. n. 24/2019 in materia di misure di prevenzione	230
10. Prospettive <i>de iure condendo</i>	231

## IL CONTROLLO GIUDIZIARIO “VOLONTARIO”: UNA MODERNA “MESSA ALLA PROVA” AZIENDALE PER UNA TUTELA RECUPERATORIA CONTRO LE INFILTRAZIONI MAFIOSE

di *Costantino Visconti*

1. Premessa: il sotto-sistema delle misure “diverse dalla confisca” nel Codice antimafia	237
2. I presupposti del controllo giudiziario “volontario” nelle prime applicazioni giurisprudenziali: critica	238
3. Una possibile alternativa	239
4. Modello “retrospettivo-stigmatizzante” vs modello “prospettico-cooperativo”	240

	<i>pag.</i>
4.1.1. La giurisprudenza di merito	241
4.1.2. La giurisprudenza di legittimità	244
4.2.1. La familiarità con il sistema 231	246
4.2.2. La familiarità con istituti francesi, britannici e statunitensi	248
4.3. Area grigia e rapporti mafie-imprese nelle ricerche sociologiche	250
5. Riassumendo, conclusivamente	251

**QUESTIONI PROCESSUALI IN TEMA  
DI APPLICAZIONE DEL CONTROLLO  
GIUDIZIARIO DELLE AZIENDE *EX ART. 34 BIS*,  
COMMA 6, D.LGS. N. 159/2011**

*di Giovanni Francolini*

1. Considerazioni introduttive	255
2. L'instaurazione del procedimento: l'iniziativa privata	257
3. Il rito applicabile e i poteri istruttori del tribunale	259
4. Le opzioni ermeneutiche in tema di impugnabilità del provvedimento del Tribunale	263
5. Qualche riflessione in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite	269

**GLI EFFETTI DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO  
SUL GIUDIZIO AMMINISTRATIVO**

*di Nicola Pisanello*

1. Le inevitabili interferenze tra il procedimento prevenzionale e il giudizio amministrativo	271
2. Sindacato del giudice penale della prevenzione e sindacato di legittimità del giudice amministrativo: interferenza o autonomia?	275
3. Effetti processuali sul giudizio amministrativo della concessione della misura del controllo giudiziario	278

## L'IMPRESA RAGGIUNTA DA INTERDITTIVA ANTIMAFIA TRA COMMISSARIAMENTI PREFETTIZI E CONTROLLO GIUDIZIARIO

*di Raffaele Cantone e Barbara Coccagna*

1.	La prevenzione delle infiltrazioni criminali nell'economia in un'ottica di bonifica aziendale	283
2.	Il presidio di legalità introdotto dall'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90	285
3.	I commissariamenti prefettizi delle imprese raggiunte da interdittiva antimafia	291
4.	L'istituto del controllo giudiziario delle aziende	293
5.	Il controllo giudiziario delle imprese destinatarie di interdittiva antimafia di cui al comma 6 dell'art. 34 <i>bis</i>	297
6.	Il preventivo esperimento del ricorso amministrativo come condizioni di ammissibilità della richiesta di controllo giudiziario delle imprese interdette	300
7.	Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese: due declinazioni differenti del paradigma terapeutico	302
8.	Conclusioni. Prospettive evolutive in un'ottica interpretativa unitaria	304

## GIUDIZIO PENALE, RIABILITAZIONE ED INTERDITTIVE

*di Andrea Alberico*

1.	La distanza tra giudizio penale e procedimento (applicativo e) di controllo sulle comunicazioni antimafia	309
2.	Riabilitazione ed effetti penali della condanna	312
3.	<i>Ratio</i> e funzione politico-criminale	313
4.	I presupposti applicativi	314
5.	Riabilitazione e misure di prevenzione	315
6.	Riabilitazione e giurisprudenza amministrativa	316
7.	Riabilitazione e comunicazione antimafia	317
8.	Riabilitazione ed informazione antimafia	319
9.	Possibili scenari	321

LE MISURE DI STRAORDINARIA  
E TEMPORANEA GESTIONE DELL'IMPRESA  
EX ART. 32 D.L. N. 90/2014 NEL SETTORE  
SANITARIO: L'ART. 7 DEL D.L. "CALABRIA",  
30 APRILE 2019, N. 35

di *Nicola Maria Maiello*

1.	Brevi cenni sul contesto normativo di elezione: tra 'doppiezza' del sistema punitivo e politiche di prevenzione e contrasto della corruzione	323
1.1.	L' <i>enforcement</i> del fronte della prevenzione amministrativa della corruzione	329
2.	I presupposti delle misure di 'commissariamento' dell'impresa <i>ex art.</i> 32, d.l. n. 90/2014	333
2.1.	Il procedimento applicativo	339
2.2.	I diversi tipi di commissariamento: la rinnovazione degli organi sociali, la straordinaria e temporanea gestione e il sostegno e monitoraggio dell'impresa	341
3.	Le misure di 'commissariamento' nel settore sanitario	344
4.	L'emergenza sanitaria in Calabria: l'art. 7, d.l. n. 35/2019	347
4.1.	I profili di irragionevolezza dell'attribuzione al Commissario straordinario dei poteri in tema di commissariamento dell'impresa	348

*CASE STUDY*: L'ESPERIENZA  
DEL CONSORZIO INTEGRA

di *Danilo Carrozzo*

1.	Premessa	353
2.	Il Consorzio Integra: genesi e natura (cenni)	354
3.	Profili di innovazione dell'esperienza di Integra in relazione alla <i>governance</i> delle dinamiche esterne e interne del rapporto consortile	354
4.	La <i>compliance</i> antimafia	357
5.	Il Sistema di gestione integrato alla luce della <i>compliance antitrust</i>	360



# 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 interno<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> 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 galassia penalistica".



di polizia sono un male necessario. **Male**, perché a contenuto restrittivo e condizionante la libertà individuale<sup>2</sup>; **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 camorristico<sup>3</sup>.

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 amministrativo<sup>4</sup>.

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'epoca<sup>5</sup>. 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 vagabondaggio<sup>6</sup>. Si

---

<sup>2</sup>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.

<sup>3</sup>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.

<sup>4</sup>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.

<sup>5</sup>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.

<sup>6</sup>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*"<sup>7</sup>. 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 Unitario<sup>8</sup>.

Naturalmente, una decisione legislativa così aggressiva e sfornita di adeguati rimedi legali per reagire all'applicazione delle singole misure, in particolare del domicilio coatto<sup>9</sup>, 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 coatto<sup>10</sup>.

---

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.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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 1948<sup>11</sup>.

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 legalità<sup>12</sup>. 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 persona<sup>13</sup>.

---

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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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 identitari<sup>14</sup>.

## 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 giurisdizionali<sup>15</sup>.

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

---

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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 mio 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 polizia<sup>16</sup>. 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 reato<sup>17</sup>, impongono al Testo unico di intervenire qualificando quell'intervento come rimedio di polizia per prevenire la potenzialità lesiva di un soggetto socialmente pericoloso<sup>18</sup>.

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"<sup>19</sup>.

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-

<sup>16</sup> Le leggi di polizia risalgono 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.

<sup>17</sup> 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.

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

<sup>19</sup> 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*”<sup>20</sup>. 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*”<sup>21</sup>.

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*”<sup>22</sup>.

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 epurazione<sup>23</sup>. La leva amministrativa, azionata direttamente dagli organi di governo

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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 Rocco<sup>24</sup>.

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 costituzionale<sup>25</sup>.

### 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.

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

<sup>25</sup> 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 penale<sup>26</sup>.

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 costituzionale<sup>27</sup>. 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 sanzionatoria<sup>28</sup>.

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*"<sup>29</sup>.

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-

---

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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](http://www.cortecostituzionale.it).

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

<sup>29</sup> 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](http://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*".



glianza speciale” e il “divieto o obbligo di soggiorno”<sup>30</sup>.

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 collegate<sup>31</sup>. 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 giustificazione<sup>32</sup>.

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’individuo<sup>33</sup>.

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

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> 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](http://www.cortecostituzionale.it).

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

<sup>33</sup> 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 operativo<sup>34</sup>.

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 ordinario<sup>35</sup>. 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 umana<sup>36</sup>.

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 prevenzione<sup>37</sup>.

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-

---

<sup>34</sup> P. NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, cit., p. 201.

<sup>35</sup> 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](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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 delocalizzata<sup>38</sup>. 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 polizia<sup>39</sup>.

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

---

<sup>38</sup> Da ultimo Cass., Sez. I, sent. 15 maggio 2019, n. 35626, in [www.cassazione.it](http://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 o attività, avvalendosi del medesimo metodo di intimidazione, senza, 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".

<sup>39</sup> 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](http://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 interessi<sup>40</sup>. 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 assicurazione 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*”<sup>41</sup>, 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 flagranza<sup>42</sup>. 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 politici<sup>43</sup>.

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-

---

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

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Peraltro, 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.

<sup>43</sup> 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 processuale<sup>44</sup>. 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,

---

<sup>44</sup> 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](http://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 personale<sup>45</sup>.

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 sovranazionali<sup>46</sup>.

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 costituzionale<sup>47</sup>. 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'imputato<sup>48</sup>. 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 persona<sup>49</sup>.

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-

---

<sup>45</sup> 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.

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

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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](http://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 pronuncia "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)**".

<sup>49</sup> 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 accertamento<sup>50</sup>. 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 personale<sup>51</sup>. Si veda il caso

---

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> 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 dalle prime 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”*<sup>52</sup>.

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 identificativi<sup>53</sup>. 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.

<sup>52</sup> Corte Cost. sent. 4 marzo 1964, n. 23, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>53</sup> 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.



degli stati nazionali dei principi della Costituzione di Lisbona e in particolare il principio di necessità dell'incriminazione penale e proporzionalità delle condotte punibili e delle conseguenze sanzionatorie, hanno messo, a nostro avviso, definitivamente in crisi il modello teorico della pericolosità sociale.

L'istinto di conservazione della materia della prevenzione, pur di trovare nuove e moderne ragioni esistenziali contro il principio di centralità della persona umana, genera un nuovo "tipo pericoloso d'autore", come si vedrà più avanti, questa volta non legato al suo stile o alle sue scelte di vita, ma innestato nella stessa fattispecie di reato che lo genera, dunque assistito da elementi di fatto e circostanziali che ne sostengono la plausibilità in concreto (si veda di nuovo il caso dell'usura)<sup>54</sup>. In materia antimafia il profilo di oggettività della condotta che si connota intrinsecamente di pericolosità è ancora più agevole da enucleare, perché ancorato sintomaticamente all'ambiente in cui è radicato il fenomeno.

I concetti costituzionali di dignità e di libertà della persona, declinati nel settore della moderna prevenzione, hanno progressivamente sviluppato un modello tipico con il progressivo passaggio dalle "misure di polizia" alle "misure amministrative" e, infine, alle "misure giurisdizionali", in modo da estendere le garanzie della difesa al procedimento di prevenzione. Per tali ragioni è stata estesa la obbligatorietà della difesa tecnica nonché le garanzie connesse al principio costituzionale del contraddittorio<sup>55</sup>.

Sul terreno processuale ancora una volta la Corte costituzionale<sup>56</sup>, sugli effetti dei principi affermati dalla Corte di Strasburgo<sup>57</sup> ha dichiarato costituzionalmente illegittime –per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.– le disposizioni del procedimento applicativo delle misure di prevenzione (art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, recante "*Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità*", e art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575, recante "*Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere*") nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, le procedure stesse si svolgessero nelle forme dell'udienza pubblica. Il sistema processuale, in questo modo, è stato adattato in tutto e per tutto alla cornice del giudizio di cognizione.

La ricerca di una legittimazione che desse veste di compatibilità costituzionale alle misure di prevenzione si è svolta anche nel tentativo di assimilarle alle misure di sicurezza previste dal codice penale ed entrate a far parte dell'armamentario punitivo dei codici penali liberali. Non a caso per entrambe la nozione comune su cui si fonda il rimprovero è la pericolosità sociale, tuttavia si pone il dilemma del-

---

<sup>54</sup> E. Gallo, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, Roma, 1990, p. 121.

<sup>55</sup> Corte Cost. sent. 25 maggio 1970, n. 76, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>56</sup> Corte Cost. sent. 12 marzo 2010, n. 93, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>57</sup> A partire da Corte EDU, sent. 13 novembre 2007, nella causa *Bocellari e Rizza contro Italia* in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2008, Série A.

la sintonia con i principi dell'art. 13 Cost. Occorre rilevare che la divaricazione concettuale, politico criminale e normativa è sostanziale, poiché la misura di sicurezza, essendo legata *“alla perpetrazione di un reato”* non assume una fisionomia vicaria ma meramente ausiliare<sup>58</sup>. Anche su questo tema è intervenuta la Corte costituzionale affermando che: *“È vero che il fondamento comune e la comune finalità delle misure di sicurezza e di quelle di polizia di sicurezza si trovano nella esigenza di prevenzione di fronte alla pericolosità sociale del soggetto, ma è anche certo che, per tutte le considerazioni dianzi esposte che trovano puntuale riscontro nella diversa disciplina prevista dagli artt. 13 e 16 della Costituzione, resta sempre una netta differenziazione fra i due ordini di misure, per diversità di struttura, settore di competenza, campo e modalità di applicazione, specialmente per quanto si riferisce agli organi preposti a tale applicazione”*<sup>59</sup>.

## 6. La discrezionalità controllata della prevenzione personale e di quella patrimoniale

Un primo importante passo per conferire legittimità alle misure personali antimafia fu compiuto, come si è detto, nel circoscrivere la definizione di soggetto socialmente pericoloso destinatario delle misure di prevenzione personali con l'art. 1 della legge n. 575/1965: *“La presente legge si applica agli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose”*. Con la successiva introduzione del delitto dell'art. 416 bis c.p. il campo applicativo viene nuovamente rivisitato e ampliato, attingendo agli stessi contenuti di tipicità della fattispecie di reato: *“La presente legge si applica agli 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”*.

L'estrema genericità della definizione delle categorie soggettive cui destinare le misure di prevenzione personali viene in questo modo temperata dalla individuazione della condotta tenuta dalla persona, non più qualificata apoditticamente per il suo modo d'essere, ma descritta ricalcando il profilo tassativo della condotta che ne traccia il legislatore<sup>60</sup>. Una necessaria calibratura, dunque, che supera le pesanti riserve di aver affidato al giudice e agli organi di polizia un potere smisurato negli elementi di sospetto da cui fare emergere la necessità di applicare la misura di prevenzione, ancorandone i contenuti a quegli

---

<sup>58</sup> P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, p. 646. T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, Pisa, 2014, p. 197.

<sup>59</sup> Corte Cost. sent. 20 giugno 1964, n. 68, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>60</sup> R. MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, p. 501.

stessi elementi che formano la traccia ermeneutica della fattispecie di reato<sup>61</sup>.

Altro requisito fondamentale per riconoscere legittimità è il concetto e la circostanza fattuale dell'**attualità** del pericolo. Attualità che non si può tradurre in semplici atteggiamenti della persona che potrebbero far presumere il pericolo della sua condotta, come, ad esempio, le frequentazioni personali, il tenore di vita. La prognosi deve essere tale da raccogliere elementi concreti da cui far discendere un motivato giudizio di probabilità che il soggetto proposto commetta in futuro condotte delittuose o fatti in grado di mettere in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica di una comunità di persone.

Il presupposto applicativo della misura, costituito dall'indizio di "*appartenere ad associazioni*" è entrato a far parte del requisito costitutivo della norma di prevenzione e da esso non si può prescindere, per cui non può essere sufficiente il semplice sospetto di appartenenza ma occorre acquisire una serie di elementi concreti in tal senso. La legittimità della norma, peraltro, anche alla luce della massa critica formatasi nella giurisprudenza pluriennale, conduce alla conclusione di un diverso approdo probatorio o indiziario che corre tra la condotta di partecipazione, che conduce alla pronuncia di affermazione della responsabilità penale per il reato associativo, e quella di appartenenza che esige concreti indizi di essere collaterale all'organizzazione e improntare la propria condotta di vita alle regole di quel gruppo.

La questione circa il requisito storico-fattuale dell'attualità del pericolo, che aveva dato vita ad un acceso contrasto tra le sezioni semplici della Suprema Corte, era stata rimessa<sup>62</sup> alle Sezioni Unite penali che hanno definitivamente stabilito che è indispensabile accertare l'attualità del pericolo per procedere all'applicazione della misura di prevenzione personale, l'unica in grado di assicurare quel preventivo intervento che possa concretamente ed efficacemente anticipare la commissione di condotte di reato<sup>63</sup>.

Resta fermo che, mentre la pericolosità qualificata è regolata in termini di tassatività e circoscritta ad elementi normativi che ne giustificano la sussistenza, la pericolosità generica, tipica delle leggi di polizia e di iniziative di controllo del territorio per esigenze di sicurezza dell'incolumità collettiva, si presenta sicuramente reattiva alle garanzie fondamentali<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 259.

<sup>62</sup> Cass. pen., Sez. I, ord. 10 ottobre 2017, n. 48441, in *www.cassazione.it*.

<sup>63</sup> Cass. pen., SS.UU., sent. 4 gennaio 2018, n. 111, in *www.cassazione.it*.

<sup>64</sup> I rilievi mossi dal giudice sovranazionale confermano il tema della rivisitazione di tutta la materia della prevenzione per categorie generiche, Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, nella causa *De Tommaso c. Italia*, la quale pur ribadendo la legittimità delle misure di prevenzione ha dichiarato l'illegittimità, sotto il profilo della prevedibilità, delle fattispecie criminologiche di pericolosità generica contenute nelle lett. a) e b) dell'art. 1 d.lgs. n. 159/2011. F. BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, fasc. 2/2018, p. 455.

Se sul fronte delle misure di prevenzione la progressiva limatura dei rimedi da applicare alla persona socialmente pericolosa ha ricondotto progressivamente nell'alveo del costituzionalmente orientato una legislazione speciale che appariva ribelle al nuovo statuto della libertà personale, il fenomeno delle misure di prevenzione patrimoniali è apparso dilagante e gestito con grande disinvoltura dal legislatore e dai giudici<sup>65</sup>. Peraltro, con il punto di accesso dell'art. 117 Cost. l'intrico delle fonti sovranazionali e interne ha finora composto un quadro operativo impensabile fino a qualche anno fa.

La criminalità di stampo mafioso viene combattuta soprattutto con le misure ablativo patrimoniali, molto più efficaci dell'inabilitazione personale a ridurre il potenziale criminale con la sottrazione di quegli strumenti finanziari che occorrono per mantenere in vita la struttura associativa e inserirsi addirittura nei circuiti leciti.

L'art. 14 della legge n. 646/1982 ha fatto da apripista alla normativa prevenzionistica in materia patrimoniale con il sequestro e la confisca di beni di sospetta provenienza illecita, successivamente seguita dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 che, prevedendo la sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, aveva introdotto una complessa disciplina repressiva in caso di possesso ingiustificato di beni patrimoniali di cui il titolare non sapesse dimostrarne la lecita provenienza<sup>66</sup>.

Diversamente dalle misure personali quelle patrimoniali trovano una sicura copertura delle norme della nostra Carta fondamentale sia con riferimento all'art. 41 Cost., che vieta l'iniziativa economica che possa recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, sia all'art. 42 Cost. che tutela la proprietà privata entro i limiti della sua funzione sociale. Peraltro, la confisca come pena patrimoniale acquista una dimensione sanzionatoria che travalica il concetto di afflittività del soggetto spossessato per svolgere un ruolo di natura general preventiva i cui effetti non sfuggono alla collettività che ritorna titolare e gestore di un patrimonio o di un bene ingiustamente sottratto all'uso generale<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001.

<sup>66</sup> È previsto: "4-bis. Si applicano anche ai casi di confisca previsti dai commi da 1 a 4 del presente articolo le disposizioni in materia di gestione e destinazione dei beni sequestrati o confiscati previste dalla legge 31 marzo 1965, n. 575, e successive modificazioni; restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno".

<sup>67</sup> Ci sia consentito rinviare a P. TRONCONE, *L'uso sociale dei beni confiscati alle mafie: un inedito volto sociale della sanzione penale*, in G. DI GENNARO-A. LA SPINA (a cura di), *I costi dell'illegalità. Camorra ed estorsioni in Campania*, Il Mulino, Bologna, 2010, Appendice I, p. 359.

## 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

L'irrinunciabile ricorso e la permanenza evolutiva, dell'assetto normativo e giurisprudenziale, delle misure di prevenzione sono dunque giustificati da una serie di condizioni che nel corso del tempo l'ordinamento italiano non è riuscito a correggere o a permutare.

Seppure le pene del sospetto sono state radicalmente riviste nei contenuti e soprattutto nei profili operativi che destavano il maggiore allarme per la compatibilità con i principi di garanzia costituzionali, resta comunque una necessità non priva di dubbi di fondo, quella di affidarsi ancora una volta a un sistema punitivo che si presenta improprio nel nostro sistema penale<sup>68</sup>.

Ciononostante, la misura di prevenzione, personale e patrimoniale, continua ad essere pragmaticamente indispensabile per fare fronte a una criminalità sempre più pervasiva e sempre più attrezzata per sfuggire alle maglie di una legge che mostra effettivamente non pochi problemi di efficacia applicativa. Superata l'epoca storica dell'emergenza ordinamentale si afferma oggi un sicuro canone di legittimità anche se orientato in una diversa direzione di valori del sistema.

Se le ragioni di quella cittadinanza necessaria vanno, nonostante tutto, condivise è opportuno comprenderne le ragioni, ragioni che sono direttamente legate all'efficienza del sistema processuale italiano e alle contingenze che hanno spesso sopraffatto la meditata e tempestiva opera legislativa.

In primo luogo, va rilevato che l'onere maggiore di questo *deficit* è direttamente legato al fallimento del processo penale che, in ragione della inefficienza del suo funzionamento, sposta l'efficacia operativa dal piano della responsabilità da reato, al settore delle punizioni vicarie. Questo scivolamento viene giustificato dal fondamento equivoco di tassonomia, dove bisogna prendere atto che tutto è punizione ma non tutto è fondato sulla prova della responsabilità.

L'attuale stato di disillusione processuale che si accompagna all'adagio dell'assenza di “certezza della pena”, viene risolta dalla irrogazione di una misura punitiva, sempre rispondente alla limitazione della libertà personale e all'ablazione del patrimonio, dove però il corredo probatorio è circoscritto e lo *standard* delle garanzie è particolarmente modesto.

Occorre pur riconoscere, soprattutto in seguito alla istituzione del Codice antimafia e alla recente giurisprudenza di conio europeo, che è stata inquadrata in maniera molto più rigorosa la cornice indiziaria, elidendo il semplice sospetto e imponendo una rivisitazione periodica del livello di pericolosità sociale in concre-

---

<sup>68</sup> F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto della criminalità 'da profitto' (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 2 febbraio 2015.

to del proposto<sup>69</sup>. Pur rimanendo fermo il fatto che questo tipo di “responsabilità” rimane penale, pur essendo cosa diversa da quella derivante dal canone superiore della responsabilità penale colpevole dell’art. 27 Cost.

In secondo luogo, le misure patrimoniali, siano esse di sicurezza o di prevenzione, ottengono una rapida adottabilità con la misura temporanea e anticipata del sequestro, come del resto anche quelle personali non sfuggono alla loro immediata efficacia applicativa. Questo aspetto è certamente il miglior auspicio per il contrasto alla criminalità, poiché assicura l’immediata esecuzione che il processo penale ordinario non riesce a garantire in tempi certi<sup>70</sup>.

Queste premesse costituiscono la spiegazione migliore delle ragioni di una permanenza irrinunciabile del diritto penale della prevenzione nel nostro ordinamento legislativo, l’unico veramente in grado di scardinare la solidità di realtà collettive criminali che resterebbero impenetrabili agli strumenti ordinari e, soprattutto, economicamente potenti, in grado di permeare l’economia legale, mantenendo tuttavia in vita le fonti di raccolta finanziaria dell’economia illegale.

Le stagioni dell’incremento del fenomeno mafioso, secondo le più diverse declinazioni, legato soprattutto per i grandi proventi del traffico di stupefacenti e le sortite di stampo terroristico mafioso degli anni ’90 del secolo scorso, hanno messo in luce esigenze di intervento dello stato che non può consentire l’espandersi di fenomeni che oltre ad essere criminali diventano per il loro concreto operare evasivi della legalità.

La contrapposizione tra ordinamenti, legali e illegali, è quella che più di ogni altra evidenza spinge a reprimere con ogni mezzo che però sia assunto a parametro di legalità e di efficacia operativa contro le realtà mafiose sul territorio e in fase di delocalizzazione.

Appare del tutto evidente che sia la materia della responsabilità penale che quella della prevenzione penale, anche se depurate dai profili di assoluta incompatibilità con il sistema costituzionale repubblicano, sono finalizzate alla limitazione della libertà personale in misura perfettamente equivalente. Il tema della ineguale legittimità della loro fisionomia resterà come dato ineliminabile, ma la necessità

---

<sup>69</sup> A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione nel nuovo ‘Codice Antimafia’ (d.lgs. n. 159/2011)*, in B. ROMANO-G. TINEBRA (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 226. A. BALSAMO-C. MALTESE, *Il Codice antimafia*, Officina del Diritto Giuffrè, Milano, 2011. Si avvia un nuovo percorso giurisprudenziale per il giudizio di pericolosità sociale in concreto e attuale, vagliata nella sua fondatezza dal giudice nel momento in cui adotta la misura di prevenzione e passata successivamente al vaglio per verificarne periodicamente l’attualità, come sancito in maniera incontrovertibile da Cass., Sez. I, sent. 3 giugno 2019, n. 36652, in [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it), in relazione alla misura del foglio di via obbligatorio – art. 2, d.lgs. n. 159/2011 – applicata a seguito di assoluzione del reato di accattonaggio.

<sup>70</sup> Per tutte le implicazioni relative, si rinvia a M. BERTOLINO, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell’efficienza*, 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. 852.

di garantire la salvaguardia dei diritti prevalenti della collettività sarà sempre in grado di sostenere la coesistenza delle diverse “responsabilità penali” come “binario unico”, precisando che da misure di polizia sono state riciclate come misure giurisdizionali a contenuto probatorio ristretto e rafforzato.

Dismessi i panni dell'emergenza, al fine di assicurare stabilità al sistema di potere, il tema di allarme ha perduto le sue coordinate di eccezionalità, per assumere una dimensione ordinaria e soprattutto fisiologica nell'ambito dell'ordinamento penale italiano, poiché rispondente a esigenze che si presentano superiori e prevalenti nell'intero assetto sistematico della penalità.

Sia per contenuto operativo che per l'efficacia di salvaguardare la sicurezza pubblica che, inoltre, per il compatibile assetto legislativo raggiunto ormai nel tempo, la categoria della misura di prevenzione antimafia ha guadagnato un grado di identificazione nell'ambito della stessa matrice genetica del sistema penale, al punto che diventa irrinunciabile, pena il crearsi di lacune che non potrebbero essere adeguatamente colmate dalle iniziative della legislazione penale ordinaria.

## 8. *Il soft law come camuffamento della burocrazia punitiva. L'ambiguità dell'informativa interdittiva antimafia*

L'esempio più evidente di “burocrazia punitiva” affidata alla doppia dorsale della legalità è quella che si è andata sviluppando con le vicende normative e applicative della c.d. informazione interdittiva antimafia che, pur rivestendo un carattere amministrativo, cela una sicura e ambigua natura afflittiva della misura<sup>71</sup>.

La radice storica della misura amministrativa dell'interdittiva antimafia affonda le sue radici nella legge Rognoni-La Torre n. 646/1982, adeguatamente potenziata con una serie di interventi legislativi successivi, che per la prima volta introduce la c.d. “documentazione antimafia” nella legislazione italiana<sup>72</sup>.

L'idea di fondo investe la necessità di neutralizzare l'acquisizione e la circolazione della ricchezza all'interno dei circuiti mafiosi, partendo dall'impedire di entrare in contatto con la Pubblica Amministrazione per conseguire appalti di fornitura di beni e servizi. La legge del 1982 poneva, infatti, per la prima volta il problema di intervenire sulla capacità economica dei sodalizi criminali che si istituivano in forma di impresa, unico collante per il mantenimento della struttura e strumento per ulteriore arricchimento attraverso la consumazione di reati contro il patrimonio e soprattutto contro la Pubblica Amministrazione, come la corruzione

---

<sup>71</sup> C. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962.

<sup>72</sup> U. CIMMINO, *La nuova certificazione e le altre cautele antimafia*, Quattrosoli, Palermo, 1995. G. ZGAGLIARDICH-E. MENGOTTI, *La nuova certificazione antimafia*, Giuffrè, Milano, 1998. F. GRIMALDI, *Il sistema delle certificazioni antimafia nella Pubblica Amministrazione*, Laurus Robuffo, Roma, 1997.

pubblica, la turbata libertà degli incanti, la corruzione tra privati, ecc.<sup>73</sup>.

La modalità individuata per consentire un controllo preventivo di tipo amministrativo-burocratico sui soggetti, singoli o in forma societaria, che si proponevano come contraenti della Pubblica Amministrazione, veniva per la prima volta affidato alle Prefetture con lo scopo di esaminare l'eventuale esistenza a loro carico di divieti, impedimenti o indici di mafiosità. In questo modo al Prefetto veniva conferito un ampio potere di rilasciare una **certificazione** alle Pubbliche Amministrazioni che ne avessero fatto richiesta, atto amministrativo che costituiva la condizione necessaria per consentire di concludere contratti con i soli privati che vantassero il requisito di affidabilità, al fine di acquisire sul libero mercato beni e servizi<sup>74</sup>. Non è un caso che ancora una volta compare il potere prefettizio, quindi il potere governativo, a regolare un campo che concerne la materia della pericolosità sociale.

Con uno sguardo retrospettivo bisogna dire che la certificazione rilasciata o il suo mancato rilascio che assume la forma provvedimento **dell'informazione interdittiva antimafia** è andata a cogliere nel corso del tempo diversi obiettivi fondamentali: impedire a soggetti o persone giuridiche appartenenti ad ambienti criminali di acquisire ricchezza lecita per confonderla con quella illecita al fine di riciclarla; ricercare sul mercato il migliore contraente in grado di fornire quella prestazione rispondente a parametri di economicità e qualità professionale; assicurare il rispetto del principio di libera concorrenza, rimarcato nel 2001 dall'art. 117 Cost.; impedire la corruzione dei pubblici funzionari nella fase di conferimento degli appalti pubblici.

Lo sviluppo storico della disciplina normativa, culminata negli artt. 84 e segg. del vigente Codice antimafia, è utile a determinare quale grado di sempre maggiore pervasività ha caratterizzato l'intervento prefettizio e quali tensioni ha riversato nel campo delle garanzie della persona e della legalità.

Occorre premettere che il coacervo ideale da cui muove la legge Rognoni-La Torre ha costituito per l'epoca una nuova visione operativa di contrasto all'organizzazione mafiosa, sia sul piano della repressione che su quello della prevenzione, in particolare economica. In quel momento storico appariva ben chiaro che la mafia aveva assunto una dimensione imprenditoriale in grado di garantire a sé stessa la sopravvivenza in ragione di una enorme massa finanziaria che si era andata via via costituendo nel tempo. Questa forza economica, unita alla forza di intimidazione della dimensione militare sul territorio, stava incidendo profondamente anche sulle dinamiche del mercato in cui veniva ad affievolirsi la libera concorrenza e, quindi, la possibilità per l'imprenditore sano di proporsi come interlocutore affidabile della Pubblica Amministrazione.

---

<sup>73</sup> P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Il Mulino, Bologna, 1983.

<sup>74</sup> F. DI CRISTINA, *L'informativa prefettizia quale presupposto per la revoca dell'aggiudicazione*, in *Giornale dir. amm.*, 2012, n. 1, p. 52.



La legge del 1982, dunque, affidava per la prima volta un controllo preventivo sulle attività economiche al Prefetto, replicando lo schema strategico delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, a tutela della Pubblica Amministrazione, stabilendo una cesura con il passato sulla base di un giudizio il cui spazio di merito si è sempre più ampliato.

Naturalmente l'intervento prefettizio costituiva una delle indispensabili condizioni preliminari per partecipare agli appalti pubblici e lasciava intravedere quello che rappresenterà il nodo delle attuali questioni sull'interdittiva antimafia, vale a dire l'intreccio tra competenze amministrative con la complicata macchina operativa della giustizia penale.

L'obiettivo strategico è quello di "squarciare il velo"<sup>75</sup> sulla effettiva composizione della platea sociale e gestionale che costituisce l'impresa privata in forma societaria. Il giudizio di meritevolezza e i requisiti di affidabilità investono tanto la persona giuridica quanto le persone fisiche che si collocano dietro il naturale schermo degli organi sociali<sup>76</sup>. L'individuazione degli intenti reali, delle condotte effettive tenute e dei legami di ciascuna persona coinvolta nella vita della persona giuridica devono fornire la ragionevole certezza della inesistenza di legami con la criminalità organizzata di stampo mafioso e l'istituzione di meccanismi interni in grado di prevenire e impedire infiltrazioni degli organi sociali.

La sempre maggiore consistenza dell'intervento prefettizio si registra con una prima riforma attuata con la legge 12 luglio 1991, n. 203 "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*" che stabilizzava i precedenti interventi della legge n. 55/1990.

Successivamente la legge 7 agosto 1992, n. 356 "*Conversione in legge con modificazioni, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa*" estendeva la disciplina relativa alla certificazione antimafia a tutti i nuovi delitti entrati a far parte del comma 3 *bis* dell'art. 51 c.p.p.

Le norme entrate in vigore in maniera disorganica nel corso degli anni hanno trovato un primo momento di compiuta razionalizzazione in un regolamento di semplificazione varato con il d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 "*Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia*" che aveva in gran parte ripreso il lavoro normativo svolto con il precedente d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490 "*Disposizioni at-*

---

<sup>75</sup> Felice espressione coniata da F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. Le società in genere*, Cedam, Padova, p. 271, per evidenziare in maniera plastica la necessità di conoscere accuratamente l'organizzazione interna dell'azienda e delle persone che rivestono qualifiche sociali e gestionali.

<sup>76</sup> C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 105.

*tuative della legge 17 gennaio 1994, n. 47, in materia di comunicazioni e certificazioni previste dalla normativa antimafia nonché disposizioni concernenti i poteri del prefetto in materia di contrasto alla criminalità organizzata”.*

Appare dunque evidente a questo punto che gli intrecci tra le diverse autorità competenti, amministrative e giudiziarie, avevano di gran lungo appesantito un quadro operativo la cui ricaduta creava seri intralci all’operatività delle imprese.

Il punto di approdo anche in questa materia, di difficile collocazione sistematica, è la disciplina prevista con gli art. 84 segg. del Codice antimafia n. 159/2011. Tuttavia, con lo scopo di alleggerire le pastoie burocratiche, veniva varata la successiva legge 17 ottobre 2017, n. 161 “*Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*”.

La nuova legge introduce una nuova classe di provvedimenti prefettizi in cui si distingue la “comunicazione” dalla “informazione” antimafia. La prima costituisce una mera dichiarazione di scienza in ordine a fatti, come l’esistenza di divieti, cause di decadenza o sospensioni che è opportuno conoscere. L’informazione, invece, ha un contenuto diversificato e incisivo, dove da un verso attesta l’esistenza o meno di situazioni di non interdizione di quanto è oggetto delle comunicazioni; dall’altro attesta la sussistenza di infiltrazioni mafiose tali da condizionare le scelte e la gestione delle imprese che intendono entrare in rapporto di affari con la Pubblica Amministrazione.

Il vero nodo irrisolto dell’interdittiva antimafia è insito nella confusa natura giuridica del provvedimento che sortisce **effetti chiaramente repressivi** che vanno ben là di là di quanto la natura amministrativa della decisione farebbe supporre, con un incremento della sua applicazione oggettivamente allarmante che nel solo periodo 2014-2018 ha visto l’interdizione di duemila imprese, aumentate da 122 a 573 con un incremento del 370%<sup>77</sup>.

Non vi è dubbio che per gli effetti paralizzanti per l’impresa che l’interdittiva antimafia rappresenta ha una carica afflittiva che la pone, seppure non formalmente, all’interno dell’orbita delle misure di prevenzione *ante delictum*. Decisamente limitative dei diritti fondamentali della persona, della sua libertà di creare ed esercitare un’impresa, del tutto analoga alle misure di prevenzione personali, l’interdittiva antimafia sfugge ad un preventivo controllo della giurisdizione penale e tutto si gioca nel campo della funzione amministrativa. Del resto a coonestare una evidente natura afflittiva, tipica espressione di una burocrazia punitiva, è anche la collocazione disciplinare nell’ambito del Codice antimafia e le intime connessioni con tutta la materia penale della prevenzione *ante delictum*.

A minarne poi il terreno è intervenuta negli ultimi tempi la durissima decisione

---

<sup>77</sup> I dati sono riferiti dall’ANAC in data 8 luglio 2019, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

della Corte di Strasburgo nel caso De Tommaso<sup>78</sup>, che si possa ritenere diritto consolidato o meno, nel mettere in discussione tutto il sistema interno delle misure *praeter delictum* ha obiettato in particolare che la misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nel comune di residenza non può essere ritenuta compatibile con i principî di determinatezza e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie, stante il contenuto di talune prescrizioni estremamente vaghe, come quelle di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”<sup>79</sup>.

Gli effetti di questa decisione assumono certamente significative ricadute sul sistema delle interdittive formalizzato all’art. 84 del Codice antimafia, riformato nel 2012 e poi nel 2017, ove si prevedono due diverse ipotesi di provvedimenti interdittivi che per il peso dei propri effetti vanno distinti nelle c.d. interdittive “generiche”, disciplinate dall’art. 84, comma 4, lett. d) ed e) e, in parte, dall’art. 91, comma 6, d.lgs. n. 159/2011; dall’altra sotto-categoria delle c.d. interdittive “specifiche”, disciplinate dal medesimo art. 84, comma 4, lett. a), b), c) ed f).

Per le interdittive specifiche l’allarme sulle garanzie fondamentali è certamente più contenuto poiché il legislatore indica in modo analitico e tassativo i presupposti oggettivi da cui il Prefetto può desumere la complicità mafiosa soggiacente o compiacente di un’impresa, evitando eccessi di discrezionalità dell’organo amministrativo. Il tema che suscita maggiore allarme, alla luce delle sopravvenienze giurisprudenziali, è quello delle informazioni interdittive generiche dove la disciplina è talmente ampia ed indeterminata da consentire di sconfinare nel puro arbitrio, facendo emergere la vera natura penale di taluni provvedimenti sebbene ammantati di carattere amministrativo.

Le prese di posizione della giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato orientano per un nuovo decisivo percorso di legalità e di contenimento di uno strumento amministrativo la cui afflittività deve essere condizionata dalle garanzie fondamentali, al fine di contenere una norma che per i suoi effetti assume, pur senza esserlo formalmente, una misura di tipo penale: “*11. Ritiene questo Collegio che, alla luce di quanto si è chiarito, siano così soddisfatte le condizioni di tassatività sostanziale, richieste dal diritto convenzionale e dal diritto costituzionale interno, e indefettibili anche per la delicatissima materia delle informazioni*

---

<sup>78</sup> Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, n. 43395/09.

<sup>79</sup> Sul tema 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.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 marzo 2017. F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3 marzo 2017. R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell’apprezzamento della pericolosità sociale. Le misure di prevenzione a metà del guado*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 marzo 2017. V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039. G. AMARELLI, *L’onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l’interdittiva antimafia “generica” ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 18 ottobre 2017.

*antimafia a tutela di diritti fondamentali, come la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale nella propria costante giurisprudenza ribadiscono*"<sup>80</sup>.

Appare, in definitiva, evidente che le buone intenzioni di ricorrere a strumenti di prevenzione per contrastare il fenomeno mafioso nella sua dimensione economica si scontrano con lo statuto della legalità interna e poi comunitaria, nella stessa misura in cui lo scontro è vivo tra i diritti fondamentali della persona e tutto il sistema della prevenzione antimafia personale e patrimoniale. Ne risultano compromessi, peraltro, i diritti assoluti fissati agli artt. 2 e 41 Cost. oltre ai parametri sanciti all'art. 5 Convenzione EDU, libertà personale, artt. 6 e 7 Convenzione EDU, su equo processo e legalità convenzionale, e art. 2, prot. 4, Convenzione EDU sulla libertà di circolazione delle persone.

L'opera della giurisdizione, amministrativa e penale, appare negli ultimi anni sempre più orientata e vigile nel pretendere una puntuale e attuale informativa sulla sussistenza di quei criteri specifici che possono fondare la pericolosità sociale, cercando di dare contenuto concreto a presidi normativi del tutto generici e arbitrari che, se osservati in maniera autonoma e al di fuori del sistema, violerebbero in radice la legalità costituzionale e il principio di democrazia<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Cons. Stato, Sez. III, sent. 5 settembre 2019, n. 6105/19, in [www.giustiziaamministrativa.it](http://www.giustiziaamministrativa.it). Importante è quanto afferma sulla generica indicazione del canone di contiguità che: "*consenta ragionevolmente di prevedere l'applicazione della misura interdittiva in presenza delle due forme di contiguità, compiacente o soggiacente, dell'impresa ad influenze mafiose, allorquando, cioè, un operatore economico si lasci condizionare dalla minaccia mafiosa e si lasci imporre le condizioni (e/o le persone, le imprese e/o le logiche) da questa volute o, per altro verso, decida di scendere consapevolmente a patti con la mafia nella prospettiva di un qualsivoglia vantaggio per la propria attività*".

<sup>81</sup> A.M. MAUGERI, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, nota a Cass., Sez. V, sent. 17 dicembre 2013, n. 12493, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 gennaio 2015.

