



UNIVERSITÀ DI PARMA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXIII

Prevenzione *ante delictum* e Stato di diritto. La tutela della libertà personale ai confini del diritto penale.

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Fabio Cassibba

Tutori:

Chiar.mo Prof. Alberto Cadoppi
Chiar.ma Prof.ssa Malaika Bianchi

Dottorando: Dott. Francesco Pio Lasalvia

Anni Accademici 2017/2018 – 2019/2020

**Prevenzione *ante delictum* e Stato di diritto.
La tutela della libertà personale ai confini del
diritto penale.**

INDICE

INTRODUZIONE	6
SEZIONE PRIMA	
FUNZIONI.	9
CAPITOLO I	
FUNZIONI E ORDINAMENTO.....	10
1. Premessa.	10
2. La concezione polifunzionale. La funzione preminente.	11
3. La qualificazione formale. Critica.	14
3.1. Le sanzioni amministrative.	17
3.1.1. Sanzioni amministrative e Autorità indipendenti	18
3.1.2. Le sanzioni amministrative da depenalizzazione.....	20
3.2. Le sanzioni pecuniarie civili.	23
4. Prime conclusioni.	24
5. Postilla. L'attività giurisdizionale e l'attività amministrativa.....	28
CAPITOLO II	
FUNZIONI E MISURE PREVENTIVE.	31
1. La natura giuridica delle misure di prevenzione.....	31
2. Tra amministrativizzazione e giurisdizionalizzazione.....	32
3. Il giudizio di prevenzione. Le fattispecie soggettive.	37
3.1. Il primo modello.	38
3.2. Il secondo modello.....	40
3.3. Il terzo modello.....	43
3.4. Il quarto modello.....	46
4. (segue). La pericolosità sociale.....	46
5. Il contenuto delle misure.....	54
6. La natura punitiva. Le <i>pene del sospetto</i>	59
7. La natura preventiva. Conclusioni.	66
8. Postilla. La funzione e il contenuto.	73
SEZIONE SECONDA	
LA MISURA. STATUTO, FATTISPECIE E CONTENUTO.	77
CAPITOLO I	
STATUTO.....	78
1. Premessa. Dalla funzione al contenuto.	78

2. Il fondamento costituzionale. Le misure preventive.....	79
3. Lo statuto delle garanzie. Il giudice.....	89
4. (segue). La base legale.....	93
CAPITOLO II	
FATTISPECIE.....	107
1. Un modello di fattispecie preventive.....	107
2. Il giudizio di prevenzione.....	108
3. La formulazione della fattispecie. La tassativizzazione sostanziale.....	110
3.1. Fattispecie indeterminate e riempimento ermeneutico. Limiti.....	115
4. Il presupposto del fatto penalmente rilevante. La tassativizzazione processuale.....	119
4.1 Il <i>deficit</i> di determinatezza preventiva nelle fattispecie previste dal codice antimafia. Le fattispecie di pericolosità generica (il primo modello).....	124
4.2 (segue). Le fattispecie indiziarie (il secondo modello).....	126
5. La fase valutativa. La pericolosità sociale criminale e specifica.....	131
6. Le fattispecie fondate sul reato commesso (il quarto modello).....	133
7. Misure di prevenzione e misure di sicurezza. Conclusioni.....	136
CAPITOLO III	
CONTENUTO.....	150
1. L'esercizio del potere preventivo. La funzionalizzazione della misura allo scopo.....	150
2. Esempi di <i>razionalità operativa</i> . La misura del DASPO e la prescrizione dell'allontanamento dai luoghi frequentati dalla persona protetta.....	158
3. I «modi» della discrezionalità applicativa. Il giusto equilibrio tra dato normativo e discrezionalità applicativa.....	160
4. La giustizia del dato normativo. Il cattivo esempio delle misure <i>ante delictum</i>	163
5. (segue). Il buon esempio delle misure cautelari.....	167
6. La giusta misura del potere preventivo. Tra discrezionalità e proporzionalità.....	171
7. (segue). Il buon esempio delle misure cautelari.....	180
8. (segue). Dalle misure cautelari alle misure preventive.....	187
9. Considerazioni a chiusura.....	196
CONCLUSIONI.....	199
BIBLIOGRAFIA.....	203

INTRODUZIONE

Ci si abitua a pensare al diritto penale come riflessione sul reato e sulla pena e ci si convince che le limitazioni delle libertà personali che vale la pena tenere sotto osservazione siano quelle derivanti dalla applicazione delle sanzioni in esito a un giudizio penale. I manuali tradizionali di diritto penale confermano quanto affermato: difficilmente vi si trova la trattazione, se non per qualche breve cenno, di quelle misure limitative delle libertà personali di intensità equivalente, se non superiore, a quelle che connotano la pena o le sanzioni sostitutive della pena detentiva breve o le misure alternative alla detenzione. Lo stesso vale per i manuali di diritto amministrativo, così come solo brevi cenni si trovano nei manuali di diritto costituzionale: insomma, la materia è di tutti, quindi di nessuno. Difficilmente troviamo, nonostante una salda tradizione normativa, una adeguata trattazione scientifica delle misure preventive *ante delictum*, anche note come misure di polizia.

Misure limitative delle libertà personali meritano, invece, uno spazio di maggiore riflessione nello studio del diritto penale. Questo non tanto per una *discussa* natura sostanzialmente penale della prevenzione *ante delictum*, quanto per la ovvia considerazione che esse mirano alla prevenzione di *delitti* e per ciò solo lambiscono i confini del *cuore* del diritto penale. Le misure di prevenzione, per come si sono andate diffondendo nel sistema normativo, anche se non corrispondono al nucleo portante del reato e della pena vi si avvicinano notevolmente per funzione e scopo di politica criminale. Per funzione, dal momento che le misure preventive assolvono a una funzione di prevenzione speciale *criminale*, esattamente come la pena, mirante *anche* alla neutralizzazione del condannato. Quanto a scopo di politica criminale, esse mirano ad anticipare il ricorso al diritto penale, e in tale senso operano come strumento *alternativo* alla risposta penale. In tale ottica, è il diritto penale la materia di riferimento: sia sotto un profilo di politica criminale, essendo essa chiamata a tenere in osservazione i vari strumenti utilizzabili per la difesa sociale dal crimine, potendo scegliere, in ottica di proporzionalità e ragionevolezza, se preferire lo strumento repressivo o quello preventivo, in quale misura e in quale ordine di preferenza il primo e il secondo; sia sotto un profilo di garanzie, in considerazione della circostanza per cui, seppure non corrispondenti alla pena, anche le misure preventive, implicando limitazioni, se non anche privazioni in alcune ipotesi, delle libertà personali,

reclamano uno statuto di garanzie *ragionevolmente* adeguato al grado e al tipo di sacrificio di diritti fondamentali imposto al cittadino per scopi di difesa sociale.

Quel che rende difficilmente inquadrabile il campo in esame, quello della prevenzione criminale *ante delictum*, è, come per tutto ciò che si trova nel mezzo o al confine tra due mondi, l'essere situato sulla linea di demarcazione di tante tradizionali e complesse dicotomie e ciò contribuisce inevitabilmente a renderne meno nitida la posizione nel sistema. La prevenzione criminale *ante delictum* si situa infatti in una terra di mezzo: per la materia di riflessione, diritto penale/amministrativo; per lo scopo rivestito dalla misura, punitivo/preventivo; per la attività esercitata da coloro i quali sono titolari del potere di applicazione delle misure, giurisdizionale/amministrativa. Quanto detto offre giustificazione della mancanza di posizioni consolidate in ordine allo statuto delle garanzie e della disciplina sostanziale e processuale applicabile.

Il presente lavoro mira quindi al tentativo di una ridefinizione dello statuto applicativo delle misure preventive, tenendo conto anche delle elaborazioni e delle proposte scientifiche formulate in materia. In considerazione del dato normativo, che lascia qualsiasi studioso del diritto attonito per lontananza dai principi costituzionali e convenzionali, si tenta di evitare una soluzione che sarebbe ragionevole ma contestualmente semplicistica e non al passo con il contesto attuale: quella di proporre la radicale eliminazione della prevenzione *ante delictum* in quanto incompatibile con il sistema dei diritti fondamentali garantito dalla Carta costituzionale e dalle Carte internazionali dei diritti. Il contesto attuale invece, connotato da un costante ricorso alla prevenzione *ante delictum* (anche *personale* per quanto si intenda affermare il contrario) e da un sentito, e talvolta giustificato, bisogno sociale di sicurezza verso allarmanti forme di criminalità, ci impone invece di assumere una posizione più realistica. Posizione che implica uno sforzo mirante alla ridefinizione *de iure condito*, laddove il dato normativo lo consenta per via interpretativa, ma anche *de iure condendo* altrove, di un sistema della prevenzione personale *ante delictum* costituzionalmente e convenzionalmente tollerabile. Tanto sul piano sostanziale, che sul piano procedimentale. Che, secondo le formule maggiormente diffuse, si tratti di un diritto penale al limite, o della prevenzione, o di un diritto della prevenzione penale, non cambia la sostanza delle cose. Trattasi indubbiamente di un diritto della prevenzione che non può logicamente coincidere con il diritto della punizione,

considerato che la fattispecie preventiva nulla condivide, se non il riferimento a un delitto, con la fattispecie incriminatrice, così come la misura preventiva nulla condivide, se non la limitazione delle libertà personali, con la pena *stricto sensu* intesa. Quanto al metodo di ricerca adottato, abbiamo impostato il lavoro sulla *funzione* delle misure e sul *contenuto* della misura complessivamente considerato. Tutto il lavoro muove dal costante confronto tra l'essere della prevenzione *ante delictum* nel sistema normativo, dal quale con evidenza se ne possono percepire le disfunzioni, e il *dover essere*, dal quale nascono le nostre riflessioni per una proposta di prevenzione costituzionalmente e convenzionalmente tollerabile. Riflessioni che tentano di guardare alla prevenzione *ante delictum* come fenomeno unitario ordinamentale, mettendo insieme, per quanto possibile *de iure condito*, anche misure di sicurezza e misure cautelari. In tale direzione, la ricerca muove anche verso il diritto processuale penale e il diritto amministrativo: consci della posizione di confine in cui si colloca il fenomeno, il richiamo alle considerazioni svolte nei territori di confine offre spunti di riflessione di cui è impensabile fare a meno.

Tenuto conto delle coordinate esposte e del metodo di ricerca scelto, in conclusione, lo sforzo è dunque quello della risistemazione o ridefinizione di un sistema di prevenzione *ante delictum* criminale che, da un punto di vista logico sistematico, sia razionale e unitariamente inteso nell'ordinamento e, da un punto di vista della tutela delle persone coinvolte, sia rispettoso dei diritti fondamentali garantiti dallo Stato di diritto. Il tutto nella consapevolezza che il *buono sta nel mezzo*, e quindi in un ragionevole equilibrio, non chiaramente di facile individuazione, tra garanzie del singolo e tutela della collettività.

SEZIONE PRIMA

FUNZIONI.

CAPITOLO I

FUNZIONI E ORDINAMENTO.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La concezione polifunzionale. La funzione preminente. – 3. La qualificazione formale. Critica. – 3.1. Le sanzioni amministrative. – 3.1.1. Sanzioni pecuniarie amministrative e Autorità indipendenti. – 3.1.2. Le sanzioni pecuniarie amministrative da depenalizzazione. – 3.2. Le sanzioni pecuniarie civili. – 4. Prime conclusioni. – 5. Postilla. L'attività giurisdizionale e l'attività amministrativa.

1. Premessa.

Le misure di prevenzione sono misure *formalmente* amministrative con funzione di prevenzione speciale in termini di neutralizzazione¹. Esse sono disposte prima o a prescindere dalla commissione di un fatto di reato – e per ciò dette misure *ante o praeter delictum* – quando il destinatario sia ricondotto, sulla base di elementi di fatto,

¹ Nella manualistica tradizionale, il tema, come anticipato in sede di introduzione, è del tutto trascurato. In tempi più recenti, in concomitanza a un intensificarsi di ricerche su settori dell'ordinamento che si situano ai confini del diritto penale *stricto sensu* inteso (il diritto penale amministrativo, il diritto penale delle persone giuridiche, il diritto penale dell'illecito civile), si assiste a un mutamento di approccio della manualistica corrente, che, con sempre maggiore frequenza a ragione, si occupa della prevenzione *ante delictum*. Si veda, in particolare, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a, Bologna, 2019, 921; MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5^a, Milano, 2020, 774; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9^a, Milano, 2020, 877; PELISSERO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3^a, Milano, 2020, 785; MANTOVANI F., *Diritto penale*, 10^a, Milano, 2017, 851; in relazione al principio di legalità, CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 7^a, Milano, 2018. Il tema è stato, in questi anni, trattato esaustivamente in volumi *ad hoc*: MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. Aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 2019; FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018; BASILE F. (con la collaborazione di Zuffada), *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino, 2020; FURFARO (a cura di), *Le misure di prevenzione*, Torino, 2013; in tempi meno recenti, PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014; GUERRINI, MAZZA, RIONDATO, *Misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004; MOLINARI, PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nelle leggi antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002; nonché le fondamentali voci enciclopediche di NUVOLONE, voce *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *EDD*, XXVI, Milano, 1976, 633 ss.; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 108 ss., e di GALLO E., voce *Misure di prevenzione*, in *EDD*, XX, Milano, 1990, 12 ss. Lasciando per il momento da parte le monografie in materia, che via via saranno menzionate nel corso del lavoro, la riflessione scientifica sulla tematica in esame è stata segnata da due momenti di svolta: il Convegno di Alghero del 1975 (AA.Vv., *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno CNPDS (Alghero, 26-28 aprile 1974)*, Milano, 1975), il Convegno di Milano del 2016 (AA.Vv., *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto. Atti del V Convegno AIPDP (Milano, 18-19 novembre 2016)*, in *RIDPP*, 2017, 399-660). Alle singole relazioni e in generale ai contenuti e ai traguardi segnati in quelle due importanti occasioni si farà riferimento al momento opportuno nel corso del presente lavoro.

ad una delle fattispecie di pericolosità soggettiva previste dalla legge e sia valutato attualmente pericoloso per la sicurezza pubblica. La prevenzione *ante delictum*, quale strumento adoperato per la prevenzione del reato, si affianca alle misure di sicurezza, anche esse *formalmente* amministrative con funzione di prevenzione speciale, ma disposte dopo la commissione di un fatto di reato – e per ciò dette misure *post delictum* – nei confronti di un destinatario che sia ritenuto socialmente pericoloso.

Funzione di prevenzione speciale, natura formalmente amministrativa, presupposto della pericolosità sociale, da un lato, accomunano misure di prevenzione e misure di sicurezza², da un altro, fondano la basilare distinzione tra misure "preventive" (che mirano ad impedire una violazione *temuta*) e misure "sanzionatorie" (che mirano a punire o a porre rimedio ad una violazione *avvenuta*).

La distinzione è, almeno in via teorica, ben definita. Per "misura sanzionatoria", o "sanzione" che dir si voglia, si intende la risposta dell'ordinamento alla violazione di una norma di condotta che impone al consociato di fare o di non fare qualcosa, assumendo a volte tratti punitivi come inflizione di un male (la pena), ora tratti riparatori come ripristino dello *status quo ante* (il risarcimento del danno)³. Per "misure preventive" si intendono invece tutti quei mezzi diretti ad impedire o a rendere sconveniente la violazione di una norma di condotta⁴.

2. La concezione polifunzionale. La funzione preminente.

La classificazione per modelli astratti – misure dalla funzione sanzionatoria/ misure dalla funzione preventiva –, pur fondamentale nella sistemazione concettuale, non corrisponde mai alla complessa realtà delle cose.

² Mette in rilievo la comune appartenenza delle misure di sicurezza e misure di prevenzione *ante delictum* al ramo delle misure preventive, MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 827; nonchè, finanche affermandone la sostanziale identità, CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946, 43.

³ La classificazione e le definizioni sono tratte da BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, XVIII, Torino, 1969, 530, 537: le sanzioni sono «misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente porre rimedio agli effetti dell'inosservanza [...] l'area della sanzione ricopre quelle misure di conservazione del sistema che sono caratterizzate da una qualche forma di reazione o risposta alla violazione»; così anche, autorevolmente, CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a, Roma, 1951, 26.

⁴ Ancora per BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 532, non sono quindi sanzioni le misure che mirano alla prevenzione, mediante misure di controllo o di preclusione, come le misure di polizia, quali ad esempio il rimpatrio obbligatorio, il confino di polizia o l'arresto preventivo di persone sospette.

Il compito che spetta allo studioso è quello, non tanto di verificare quale sia la *unica* funzione di una misura, implicitamente ritenendo inesistente quella scartata, quanto quello di verificare il rapporto tra funzioni compresenti, precisando quale di esse sia prevalente e quale accessoria. Assunto che, valevole anche per le misure preventive *ante delictum*, come anche per le misure di sicurezza, trova conferma nella analisi di quelle misure di sicura rilevanza in qualsiasi ordinamento: la pena e il risarcimento del danno, entrambi istituti che assolvono a più funzioni complementari tra loro.

Tanto per confermare quanto sostenuto – e quindi senza la pretesa di avviare uno studio sul punto – si può pacificamente affermare come la pena, quale reazione ordinamentale alla violazione di una norma di condotta in termini di afflizione di un male, assolve anche a una funzione preventiva, tanto generale in termini di intimidazione o deterrenza verso i consociati, quanto speciale in termini ora di neutralizzazione, ora di risocializzazione del condannato⁵. La punizione, per un verso, crea un controstimolo psichico alla recidiva «in quanto provocando una sofferenza di chi ha commesso il reato gli crea un controstimolo a commetterne di nuovi»⁶ e, limitando le libertà personali del condannato, di fatto contribuisce alla neutralizzazione del pericolo sociale⁷, per un altro, almeno in ottica costituzionalmente orientata, tende alla rieducazione del colpevole⁸. Nondimeno, queste tendenze *preventive* connotano solo in parte il volto della pena, ma riescono a mettere in ombra la funzione sanzionatorio-punitiva, che vi rimane strutturalmente preminente, in quanto la pena rimane nella sua essenza risposta *causale* al fatto illecito. Essa riveste quindi una funzione *preminentemente* sanzionatorio-punitiva, pur non rimandone estranea una funzione

⁵ Assunto, quello della coesistenza di una funzione punitiva e di una preventiva, già evidenziato da BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 534: «punizione (e riparazione) entrano in funzione quando fallisce lo scoraggiamento ma sono a loro volta scoraggianti».

⁶ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 39.

⁷ Rileva, in termini critici, la tendenza della pena verso funzioni di neutralizzazione del delinquente pericoloso, VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *RIDPP*, 2012, 1334 ss.; in chiave monografica, nel contesto di un mutamento delle funzioni del diritto penale in termini preventivi dei rischi sociali, già PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 31 ss.

⁸ «Le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato», (art. 27, co. 3, Cost.): la funzione di prevenzione speciale in senso positivo sarebbe quindi entrata "a vele spiegate" nel sistema penale, mediante la costituzionalizzazione del principio rieducativo della pena, VASSALLI, *Funzioni e insufficienza della pena*, in *RIDPP*, 1961, 296 ss.

accessoria preventiva. In tale ottica, si potrebbe concludere, icasticamente, che la pena *previene, nei limiti in cui punisce*.

Polifunzionale è anche il risarcimento del danno. Esso consiste in una risposta ordinamentale alla violazione di una norma di condotta mediante riparazione del danno occorso al danneggiato, al quale tuttavia non è estranea anche una funzione *accessoria* preventiva, quale deterrenza verso i consociati, ma anche verso il danneggiante. Il risarcimento del danno, concludendo nei medesimi termini di cui poco sopra, *previene, nei limiti in cui ripara*⁹.

Anche le misure preventive, come tutte le misure predisposte da un ordinamento positivo, si inseriscono in questa logica che può definirsi *polifunzionale*. Si tratta quindi di definire i criteri orientativi per la individuazione della natura delle misure preventive. La verifica della natura giuridica della misura passa dunque per la individuazione della funzione *preminente* assoluta¹⁰, sulla base della quale definire garanzie e disciplina applicativa di riferimento. Se la funzione *prevalente* offre il fondamento logico della misura, definendone anche la collocazione sistematica razionale, e ne orienta la concreta applicazione, la funzione *secondaria* o *accessoria* completa la prima e chiarifica la seconda.

⁹ La natura polifunzionale del risarcimento del danno, in esito a un lungo dibattito nella dottrina civilistica, è recentemente affermata nella storica sentenza, Cass. civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *DeJure*: «nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria della responsabilità civile». Note di DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitive*, in *Giur. it.*, 2017, 1792 ss.; pronuncia pubblicata anche in *Danno e resp.*, 2017, 419 ss., con nota di PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, e MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*; sulla storica pronuncia delle Sezioni unite, e sulla progressiva acquisizione di spazio della funzione punitiva nel settore del risarcimento del danno, GABRIELLI, FEDERICO, *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, 2274 ss. La tendenza del risarcimento del danno verso scopi sanzionatori punitivi, sono ancor più evidenti nel risarcimento del danno non patrimoniale, in quanto privo di un danno economicamente valutabile al quale ancorare la misura del risarcimento; in tale senso, su tutti, BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 272 ss; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 19^a, Napoli, 2019, 742.

¹⁰ Sulla rilevanza primaria della funzione assoluta, BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 537: «mi pare superfluo aggiungere che il punto di vista da cui ci siamo posti per illustrare il concetto di sanzione è quello funzionale [e] nè crediamo che ce ne siano altri [...] l'unico modo per intendere che cosa significhi «sanzione» è di rispondere alla domanda: «A che serve?».

3. La qualificazione formale. Critica.

La verifica della natura giuridica della misura necessita di una previa definizione delle coordinate entro cui trattare la questione in esame. Nella individuazione della natura giuridica di un istituto, si usa comunemente ricorrere ad una qualificazione formalistica e si discorre quindi di misure aventi natura penale, civile o amministrativa. Detta qualificazione formale della misura, secondo la classificazione ora esposta, appare tuttavia frutto di una dubbia e confusa partizione didattica, quasi come se la qualificazione fosse prioritariamente condizionata dalla necessità di catalogare la misura come rientrante in un determinato settore scientifico, che sia il diritto penale, o il diritto civile o il diritto amministrativo. Ci pare, in effetti, che il criterio fondato sul richiamo alla natura penale, civile o amministrativa, sia incapace di definire chiaramente la funzione preminente di una misura: per un verso i confini delle materie di riferimento – oggi più che mai – sono mobili e in forte discussione, per un altro, in particolare, le funzioni assolute dalle misure sono spesso trasversali alle materie pocanzi richiamate e difficilmente si lasciano collocare una volta per tutte in un determinato ambito di riferimento.

Tanto per esemplificare, il campo della punizione attraversa il diritto penale, ma anche il diritto amministrativo e il diritto civile, considerato che sono presenti misure con funzioni sanzionatorio-punitive *preminenti* in qualsiasi settore di riferimento. Si discorre, non a caso, tanto di "diritto punitivo penale", quanto anche di "diritto punitivo amministrativo" e di "diritto punitivo civile". Quel che conta è, allora, non tanto la materia di riferimento ma la funzione *preminente* assoluta, preventiva o sanzionatoria¹¹. Basti considerare, a conferma di quanto si va affermando, tutte quelle misure che, nonostante siano qualificate come "civili" o "amministrative", assolvono a una funzione *preminentemente* sanzionatorio-punitiva, così rendendo evidente come il

¹¹ Il tema in esame, la individuazione delle garanzie a partire dalla funzione effettivamente assoluta dalla misura, è ampiamente affrontato in due recenti monografie: MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018: ad entrambe, quale approdo più recente della riflessione in materia, faremo riferimento nel proseguo; in senso contrario, ritiene il criterio della afflittività della misura dirimente nella individuazione della natura giuridica, MANNA (con la collaborazione di D'Agostino), *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, 197; afferma come "punitivo" sia sinonimo di "afflittivo", D'ASCOLA, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, a cura di Plantamura, Salcuni, Pisa, 2020, 155.

punto non sia se la misura sia penale o amministrativa o civile, ma se sia sanzionatoria o preventiva¹² e, qualora sanzionatoria, se sia collocabile nell'alveo della punizione o della riparazione. La funzione *preminente* rivestita consente solo *successivamente* di portare la misura nel campo del settore scientifico di riferimento, a completamento di uno statuto applicativo che primariamente deriva dalla logica che assiste il funzionamento della misura stessa. In linea di massima, la materia penale quando la misura sia *preminentemente* sanzionatorio-punitiva, la materia civile quando la misura sia *preminentemente* sanzionatorio-ripristinatoria, la materia amministrativa quando la misura sia *preminentemente* preventiva¹³.

Quadro sintomatico che trova conferma in particolare dalla ormai acquisita concezione sostanziale della *matière pénale*, elaborata dalla giurisprudenza convenzionale¹⁴ e

¹² Prospettiva, quella del doppio binario punizione-prevenzione, in cui si muove anche la Corte EDU quando occorra individuare la natura giuridica di una misura. Per una ricostruzione della giurisprudenza convenzionale sulla tematica in esame, sviluppatasi in particolare sull'art. 7 CEDU (*nullum crimen sine lege*), MAZZACUVA FR., Art. 7, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2016, 249 ss. Sulla stessa questione, di recente, guardando ancora alla dimensione convenzionale, PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è "sostanzialmente penale"?*, in CP, 2018, 465.

¹³ Siamo consapevoli come anche la pena, come accennato nei primi paragrafi del presente capitolo, assolve ad una funzione di prevenzione speciale: tuttavia, nell'economia della stessa, la detta funzione preventiva riveste posizione accessoria rispetto alla primaria funzione punitiva, senza la quale la pena sarebbe priva del primo avrebbe fondamento, la punizione per il fatto commesso.

¹⁴ Il giudice convenzionale, dovendosi confrontare con ordinamenti nazionali disparati, ognuno dei quali chiaramente portatore di qualificazioni e categorie giuridiche proprie, ha necessariamente dovuto adottare un'impostazione che nella verifica della conformità degli istituti nazionali alle garanzie riconosciute dalla CEDU, mirasse alla sostanza più che alle forme, spesso artatamente attribuite dal legislatore interno proprio per sottrarre un istituto a determinati statuti normativi ed in tale modo evitare di subire censure per contrasto delle proprie norme con i principi convenzionali. Ne è derivata, per un verso, una forte coscienza critica verso le qualificazioni formali, per un altro, la diffusa consapevolezza che "penale" non è solo ciò che è tradizionalmente definito come tale, in chiave puramente formalistica, ma anche ciò che, pur se formalmente qualificato diversamente, ne riporti il tratto prioritariamente caratterizzante, cioè la punizione. La Corte EDU quindi non ha avuto solo il merito, ormai in tempi non recenti, di consolidare tale impostazione, ma anche quello di offrire i criteri che individuano la materia penale, al di là delle etichette normative. La qualificazione formale, la severità della misura, lo scopo o funzione della misura. La qualificazione formale, tuttavia, è sì indice di partenza, ma non è chiaramente decisivo, mentre la afflittività o severità della misura, e a parere di chi scrive, ancora di più, la funzione o scopo della misura, sono indici decisivi per qualificarne la effettiva natura punitiva. Sul punto, si veda il *leading case*, costantemente citato dalla successiva giurisprudenza, Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976; per una disamina delle concrete applicazioni della Corte EDU, come noto operante secondo un andamento casistico, MANES, NICOSIA, Art. 7, in *Commentario breve*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, 2012, 258 ss.; in tema, ancora con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, MAZZACUVA FR., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in RIDPP, 2013, 1899 ss.; nella manualistica corrente, ricostruiscono l'esito del dibattito in esame, MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, 171-191.

accolta ormai anche dalla giurisprudenza costituzionale¹⁵. La qualificazione formale infatti, riferita alla natura penale, civile o amministrativa della misura, pare piuttosto irrilevante, celando – come tanti istituti predisposti dall'ordinamento rendono evidente – una autentica *truffa delle etichette*. Nella individuazione della natura giuridica, e quindi nella successiva collocazione sistematica, invece assume rilievo primario la funzione *preminente* cui la misura sostanzialmente assolve. In tale ottica la giurisprudenza convenzionale e costituzionale hanno via via considerato avente una funzione sanzionatorio-punitiva istituti che sono stati formalmente qualificati come "civili" o "amministrativi" e ha riconosciuto loro applicabili quelle garanzie che sono *logicamente* connesse alla funzione sanzionatorio-punitiva della misura. Al contempo, seguendo la stessa logica, al cospetto di misure con funzione *preminentemente* preventiva, quella giurisprudenza ha, con coerenza argomentativa, escluso il riconoscimento di garanzie *logicamente* connesse alla funzione punitiva, e in particolare quelle ascrivibili alla logica del rimprovero per il fatto commesso.

Tale *modus ragionandi* consente di chiarire la natura giuridica di istituti che scontano una natura "ibrida", per effetto di un carattere *polifunzionale*, e che la legge ha impropriamente qualificato guardando a una dubbia e incerta collocazione sistematica, tramite rinvio alla materia di riferimento, invece che guardando alla funzione *preminente* rivestita dalla misura. Alla luce delle considerazioni svolte, nella individuazione della natura e quindi nella definizione dello statuto applicativo di una misura, il criterio del rinvio alla materia *penale, civile, amministrativo*, foriero di comprovate incertezze, deve quindi lasciare spazio a quello che, facendo leva sulla funzione *preminente*, pare idoneo a tracciarne logicamente garanzie e criteri di funzionamento. Nelle pagine che seguono, tanto per dar concretezza al discorso, si passano in rassegna istituti, o misure che dir si voglia, espressione di funzioni concorrenti tra loro, e perciò dalla incerta collocazione, che mal si prestano ad essere sistemati una volta per tutte in un definito ambito scientifico didattico di riferimento.

¹⁵ Espressione recente di tale orientamento, su tutte, Corte cost. 63 del 2019: dichiarando incostituzionale una disposizione transitoria in materia finanziaria, si statuisce come il principio di retroattività della legge favorevole sia garantito anche in materia di sanzioni amministrative aventi natura e finalità punitiva; principio estendibile a tutto il settore dell'illecito amministrativo punitivo, secondo SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni punitive amministrative: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2019.

3.1. Le sanzioni amministrative.

La funzione amministrativa consiste nella gestione e nella cura di un interesse pubblico tramite adozione di provvedimenti, espressione di poteri attribuiti alle pubbliche amministrazioni e disciplinati dalla legge¹⁶. La definizione data implica che i provvedimenti amministrativi, anche quando restrittivi della sfera giuridica del destinatario, siano *preminentemente* rivolti alla cura in concreto di un interesse pubblico, non quindi alla punizione del destinatario, se non in funzione accessoria o indiretta, anche quando il presupposto sia un fatto illecito.

Esemplificando, prendiamo il provvedimento mediante il quale si ordina la demolizione di un fabbricato costruito in violazione della disciplina urbanistica, il cosiddetto ordine di demolizione¹⁷. Esso trova fondamento *preminente*, non nella punizione di colui che risulti titolare di un diritto reale sul fabbricato, ma nel bisogno di ristabilire il corretto assetto territoriale violato dalla condotta illecita. Esso traccia quindi il profilo del c.d. provvedimento amministrativo *proprio*: di esso – con formula che vale ad evidenziarne la polifunzionalità – si può affermare che *sanzioni nei limiti in cui sia diretto alla cura del territorio*¹⁸.

Al fianco di un potere amministrativo *proprio* la sistematica del potere amministrativo, tuttavia, conosce ampiamente anche un potere amministrativo *improprio*, volendosi con ciò riferire a un potere sanzionatorio delle pubbliche amministrazioni, connotato quindi da una funzione *preminentemente* punitiva¹⁹. La denominazione data di potere

¹⁶ CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 4^a, Bologna, 2019, 105; Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 20^a, Milano, 2018, 3; GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 13^a, Molfetta-Roma, 2019, 537; al di fuori della manualistica, su tutti, GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *EDD*, III, Milano, 1958, 988.

¹⁷ In materia edilizia, tra i provvedimenti amministrativi adottati in conseguenza di un illecito, «il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, o in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, [...] *ingiunge* al proprietario o al responsabile dell'abuso la rimozione o la *demolizione* [...]» (art. 31, co. 1, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380).

¹⁸ Sovente definite come "sanzioni ripristinatorie", aventi lo scopo di reintegrare l'interesse pubblico leso da un comportamento illecito, ma comunque tenute distinte dalle "sanzioni in senso proprio", che hanno valenza essenzialmente punitiva: in questi termini, in particolare, CLARICH, *Manuale*, cit., 183.

¹⁹ Sanzioni pecuniarie, sanzioni interdittive, sanzioni disciplinari: tutte irrogate dalla pubblica amministrazione, ma aventi una preminente funzione punitiva, in conseguenza della violazione di una norma di condotta. Tutte qualificate come *amministrative* solo in considerazione della qualifica della posizione ordinamentale rivestita dal soggetto applicatore, la Pubblica Amministrazione. Nella manualistica, tuttavia, si evidenzia il carattere *improprio* del potere sanzionatorio punitivo, affidate alla amministrazione in quanto strumentali all'esercizio del potere di gestione: Casetta, *Manuale*, cit., 368;

improprio non è casuale e, anche alla luce della spinta giurisprudenza convenzionale, conferma ancora una volta come la qualificazione formale di una misura non sia per nulla risolutiva. La presenza di pubbliche amministrazioni che puniscono conferma in effetti come la funzione rivestita da una misura vada oltre i tradizionali ambiti di riferimento. La punizione quindi scavalca il tradizionale ambito di riferimento, il diritto penale, per approdare ad altri ambiti di riferimento che solo in base a una tradizionale partizione didattico scientifica le sono estranei. Quanto si va sostenendo ci impone di passare rassegna – seppur per brevi cenni di carattere descrittivo – alcune ipotesi di misure *impropriamente* amministrative, e cioè espressione di poteri *impropri* in quanto non diretti primariamente alla cura di un interesse pubblico specifico, assolvono a funzioni *preminentemente* sanzionatorio-punitive. Essi quindi si definiscono – in maniera impropria – *amministrativi* per il sol fatto – si badi – di essere affidati a una pubblica amministrazione, ossia a una organizzazione formalmente definita come tale.

3.1.1. Sanzioni amministrative e Autorità indipendenti.

Nel quadro delle ipotesi esemplificative che si intendono passare in rassegna, occupano una posizione di assoluto rilievo le sanzioni amministrative disposte dalle Autorità indipendenti. Esse ricevono qualificazione *per relationem* di misure amministrative partendo dalla natura amministrativa delle autorità cui la legge riconosce il potere di applicarle (alla CONSOB, per esempio, artt. 187-bis e ss., D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58). La qualificazione non convince, non tanto e non solo sulla base della giurisprudenza convenzionale sulla *matière pénale* alla quale abbiamo in precedenza fatto riferimento, ma in forza della impropria qualificazione come *amministrativa* della attività esercitata dalle autorità in discussione.

Il *proprium* della funzione amministrativa non è dato infatti dalla natura amministrativa di un soggetto, in quanto inserito nelle trame della pubblica amministrazione o comunque vestito di forme pubblicistiche, ma dalla circostanza per cui l'attività esercitata sia amministrativa *in senso oggettivo* e cioè consista nella cura

sottolinea invece la fungibilità tra sanzione penale e sanzione amministrativa, evidentemente sulla base di una comune funzione punitiva, CLARICH, *Manuale*, cit., 182.

e gestione di un interesse pubblico e non in una attività avente una funzione preminentemente sanzionatorio-punitiva²⁰.

La CONSOB, tanto per fare un esempio – estendibile comunque a tutte le autorità indipendenti –, esercita una funzione amministrativa quando controlla e regola i mercati finanziari, quando fissa i parametri di conformità dell'attività finanziaria, ma non anche quando in esito all'accertamento di condotte di manipolazione del mercato irroga sanzioni pecuniarie amministrative o sanzioni interdittive accessorie. La natura sanzionatorio-punitiva delle sanzioni amministrative, ovvero del potere *impropriamente* amministrativo, trova conferma autorevole nella giurisprudenza convenzionale²¹ e costituzionale²², quando attribuendo alla misura la natura di pena, impone che siano riconosciute quelle garanzie che tradizionalmente circondano la materia punitiva. Assunto, quello della natura punitiva del potere affidato alle Autorità indipendenti, che trova esplicita conferma nelle stesse disposizioni normative che attribuiscono il potere, nelle quali – per nulla implicitamente, per esempio in materia di manipolazione del mercato – si prevede che «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è *punito* con la sanzione amministrativa pecuniaria» (art. 187-ter, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) laddove il verbo «punire» e l'aggettivo «amministrativa» sono evidentemente nella costruzione riportata antinomici. Ma

²⁰ Secondo la tradizionale nozione di "amministrazione in senso soggettivo", è funzione amministrativa quella attività che sia affidata a un organo che si inserisce nelle trame della pubblica amministrazione. La nozione di "amministrazione in senso oggettivo" invece guarda all'attività esercitata, consistente nella gestione di un interesse pubblico con i poteri e i limiti stabiliti dalla legge: essa prescinde nella qualificazione dal soggetto, che sia pubblico o privato, che sia incluso nelle trame della organizzazione del potere esecutivo o sia incluso nelle trame del potere giudiziario. Frutto della recente elaborazione scientifica, giurisprudenziale, come risposta dapprima alle privatizzazioni formali di numerosi enti pubblici, che tuttavia continuavano a gestire rilevanti interessi pubblici, poi anche alla distribuzione del compito della gestione di interessi pubblici a favore di organi pubblici, anche differenti dalla pubblica amministrazione. Si parla, quindi, vedendo a questi fenomeni, di nozione di "pubblica amministrazione a geometrie variabili": GAROFOLI, FERRARI, *Manuale*, cit., 191; CASSETTA, *Manuale*, cit., 3; sull'evoluzione della nozione di amministrazione pubblica, CASSESE, *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 920 ss.

²¹ Volendo, per ragioni di economia del presente lavoro, limitarsi ai *leading cases*: in relazione alle sanzioni amministrative disposte dalla CONSOB, Corte EDU, Grande Camera, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia; con riferimento a quelle disposte dall'AGCM, Corte EDU, 29 settembre 2011, Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia.

²² Limitandoci alle prese di posizione più recenti: Corte cost. 117 del 2019 (sul diritto al silenzio nei procedimenti sanzionatori della CONSOB); Corte cost. 63 del 2019 (sul principio di retroattività favorevole); di recente sulla scorta di medesime motivazioni, con riferimento alle sanzioni *antitrust*, dubita della mancata previsione della retroattività della disciplina favorevole ai fatti anteriormente commessi, Cons. St., Sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3134, in *DeJure*.

ancora, per la normativa *antitrust*, la AGCM qualora «le imprese realizzino un'operazione di concentrazione in violazione del divieto [...] o non ottemperino alle prescrizioni [...] *infligge* sanzioni amministrative pecuniarie» (art. 19, L. 10 ottobre 1990, n. 287), laddove, come sopra, anche qui il verbo «infliggere» e l'aggettivo «amministrative» sono evidentemente antinomici e denotano piuttosto una funzione sanzionatorio-punitiva, che si pone in antitesi con il *proprium* della attività amministrativa. A conferma della funzione sanzionatorio-punitiva affidata alle autorità indipendenti, la quantificazione delle sanzioni pecuniarie è parametrata facendo riferimento sostanzialmente ai tradizionali criteri di commisurazione della pena, come per esempio la gravità della condotta, più che criteri di efficacia dell'azione amministrativa (art. 11, L. 689/1981).

Sotto altro profilo, il fatto che si adottino provvedimenti che applicano sanzioni punitive in esito ad una attività di accertamento di un fatto illecito giustifica quei dubbi circa la natura amministrativa o giurisdizionale dell'attività esercitata dal soggetto titolare del potere, oggetto di una recente presa di posizione della AGCM, in cui rivendica a sé la natura di giudice quando esercita il potere sanzionatorio punitivo. Posizione che, seppure per il momento respinta dalla Corte costituzionale²³, quantomeno conferma quella natura ibrida che connota tutta la materia in esame.

3.1.2. Le sanzioni amministrative da depenalizzazione.

Il quadro sopra delineato trova una ampia conferma nel settore del *diritto punitivo amministrativo*²⁴, o *diritto penale amministrativo* che dir si voglia²⁵, per come disciplinato dalla legge generale di depenalizzazione sulla scorta di una imponente riflessione scientifica in materia.

²³ C. Cost. n. 13 del 2019, con nota di CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è un giudice: nota a Corte costituzionale, 31 gennaio 2019, n. 13*, in *Federalismi.it*, 19 luglio 2019: in breve, nel corso di un procedimento sanzionatorio, volendo sollevare questione di legittimità costituzionale di una norma che avrebbe dovuto trovare applicazione per la soluzione del caso concreto, l'AGCM rivendicava la natura di "giudice a quo" quale presupposto per accedere alla giustizia costituzionale secondo normativa vigente (art. 23, L. 11 marzo 1953, n. 87).

²⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 949.

²⁵ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, 913; prima codificazione del diritto penale amministrativo italiano fu definita, all'epoca della sua introduzione, per primo da PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 117.

Il settore dell'illecito amministrativo punitivo affonda le radici storiche in una pressante istanza di riduzione del penale da realizzarsi tramite lo strumento della depenalizzazione²⁶. Esigenze di deflazione processuale, in uno ad esigenze di diversificazione della risposta punitiva, in coerenza ai caratteri di proporzione e sussidiarietà delle sanzioni che limitano la libertà personale del cittadino, trovano risposta nella scelta di affidare all'autorità amministrativa il potere *improprio* di punire fatti di minore impatto sociale e quindi bagatellari. Essi implicano infatti una risposta sanzionatoria che, siccome di minore incidenza quantitativa e qualitativa sulla sfera giuridica del destinatario, si tollera sia assistita da minori garanzie nella fase applicativa²⁷.

Il fenomeno della depenalizzazione ci pare particolarmente espressivo di quanto fino ad ora evidenziato. La depenalizzazione determina una mera transizione dalla materia penale a quella amministrativa di misure che *continuano* a rivestire funzione *preminentemente* sanzionatorio-punitiva, mutando solo il soggetto – la pubblica amministrazione e non il giudice penale – chiamato a disporre la sanzione.

Esemplificando, la misura che si applica nei confronti di chi commetta atti osceni in luogo pubblico, illecito penale recentemente depenalizzato (D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8), non perde la propria natura sanzionatorio-punitiva per effetto della mera transizione del potere di disporla dal giudice penale alla pubblica amministrazione. In altri termini, quel che muta per effetto della depenalizzazione è soltanto il soggetto titolare del potere di decidere che la sanzione sia applicata – la pubblica amministrazione e non il giudice – così come lo strumento – il provvedimento e non la sentenza – e il luogo – il procedimento amministrativo e non il processo penale – mentre resta evidentemente invariata la funzione sanzionatorio-punitiva della misura, con tutte le conseguenze sul riconoscimento delle garanzie *sostanziali* che logicamente assistono il rimprovero per il fatto commesso. La disciplina applicabile – la L. 24

²⁶ Sul tema, in chiave monografica sulle esigenze che presiedono alla depenalizzazione, PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperτροφία del diritto penale e depenalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985; PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3^a, Padova, 1985, 99 ss.; MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989.

²⁷ Ragioni sono alla base di tutte le depenalizzazioni, compresa quella proposta, seppure mai accolta al momento, di "amministrativizzare" le contravvenzioni contenute nel codice penale e applicate tramite il processo penale: sul "binomio irriducibile", in particolare, PADOVANI, *Il binomio irriducibile: la distinzione dei reati tra delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 1985, 421 ss.

novembre, 1981, n. 681, anche definita legge generale dell'illecito amministrativo depenalizzato o punitivo – non ripete la disciplina generale che governa il procedimento amministrativo in cui la pubblica amministrazione esercita il potere amministrativo proprio – la L. 7 agosto 1990, n. 241, anche definita legge generale del procedimento amministrativo – e si connota come ampiamente rilevato in dottrina²⁸, per essere ripetitiva – proprio in ragione della medesima funzione sanzionatorio-punitiva rivestita – di numerosi principi e istituti di marca prettamente penalistica, creando una disciplina che si sovrappone a quella che il codice penale traccia per le contravvenzioni, non casualmente derivazione di illeciti amministrativi di polizia di ottocentesca memoria.

Il fenomeno della sanzione amministrativa punitiva si riduce dunque a una scelta di politica criminale mirante alla riduzione del carico processuale e alla diversificazione della risposta sanzionatoria. La sanzione amministrativa per fatti di minore rilevanza consiste in una misura sanzionatoria che incide sul patrimonio del destinatario – le sanzioni pecuniarie – e non anche sulla libertà personale e ciò, pertanto, consente, nella prospettiva di un bilanciamento di interessi indirizzato verso la deflazione processuale e diversificazione della risposta sanzionatoria, di tollerare una riduzione delle garanzie *formali*, ammettendo che la pubblica amministrazione punisca, in supplenza del giudice penale, o con termini differenti, che la pubblica amministrazione "prenda in prestito" il potere sanzionatorio-punitivo dal giudice ordinario, al quale lo restituisce quando il destinatario si sia opposto al provvedimento (art. 22, L. 689/1981).

Ricostruzione che vale a chiarire il fondamento della giurisdizione del giudice ordinario e non del giudice amministrativo in caso di opposizione del destinatario della sanzione. Il potere punitivo non è infatti espressione di un potere amministrativo *proprio* e perciò la giurisdizione sui ricorsi contro il provvedimento sanzionatorio non compete al giudice amministrativo, quale giudice della attività amministrativa, ma al giudice ordinario, quale giudice dei diritti soggettivi incisi dal provvedimento amministrativo²⁹.

²⁸ MANNA, Corso, cit., 766.

²⁹ La posizione lesa del ricorrente è infatti di diritto soggettivo e non di interesse legittimo: *ex multis*, Cass. civ., Sez. un., 2 febbraio 1990, n. 718, in *DeJure*; Cons. St., 4 febbraio 1999, n. 112, *ivi*; di recente, Cons. St., 24 gennaio 2019, n. 587, *ivi*.

3.2. Le sanzioni pecuniarie civili.

Anche guardando in direzione del diritto civile, si assiste a un fenomeno – per certi versi assimilabile a quello del *diritto punitivo amministrativo* – che trova fondamento in altrettante esigenze di deflazione processuale in uno alla diversificazione della risposta sanzionatoria. Il riferimento va alla recente introduzione della categoria degli illeciti *puniti* con sanzioni pecuniarie civili (D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7)³⁰. La disciplina delinea un tentativo di *civilizzazione del diritto penale*, nella forma, più che nella sostanza. Alla qualificazione formale si contrappone, come evidentemente ricavabile dalla normativa, una disciplina che costruisce un sistema di misure sanzionatorio-punitive che possono tuttavia essere disposte dal giudice civile³¹.

La sanzione pecuniaria civile costituisce la risposta ordinamentale alla realizzazione di condotte prima costituenti reato (art. 4)³², consiste nel pagamento di una somma di denaro a favore, non della persona offesa, ma delle casse statali (art. 10), che il giudice individua nel limite di una cornice edittale fissata dalla legge e sulla base di parametri

³⁰ D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, "Disposizioni in materia di abrogazione dei reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, co.3, l. 28 aprile 2014, n. 67": per un primo commento, GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2016; BOVE, CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, ivi, 7 marzo 2016; nonché, in seguito, GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in *LP*, 29 luglio 2016; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare. La trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *DPP*, 2016, 591 ss.; Sia consentito il rinvio a LASALVIA, *I recenti interventi di depenalizzazione e di introduzione di illeciti puniti con sanzioni pecuniarie civili*, in MANNA, *Corso*, cit., 769 ss.; si noti che la legge utilizza correttamente l'espressione "illecito punito con sanzioni pecuniarie civili" e non quella di "illecito civile", il cui uso è tecnicamente da limitarsi, in senso stretto, alle ipotesi di responsabilità aquiliana, o, in senso lato, anche alle ipotesi di inadempimento contrattuale, mentre sono estranee al concetto ipotesi di illeciti punitivi che possono dirsi "civili" soltanto nella misura in cui siano irrogati dal giudice nel corso di un procedimento civile. Parla, condivisibilmente, di "diritto punitivo civile, MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 969.

³¹ Posizione ampiamente condivisa. Per la chiara sottolineatura dell'appartenenza dei detti illeciti alla "materia penale" così come forgiata dalla giurisprudenza della Corte EDU, GULLO, *La depenalizzazione*, cit., 43; GARGANI, *La depenalizzazione*, cit., 595; LASALVIA, *I recenti interventi di depenalizzazione*, cit., 774.

³² «Soggiace alla sanzione pecuniaria civile da euro cento a euro ottomila: a) chi offende l'onore o il decoro di una persona presente, ovvero mediante comunicazione telegrafica, telefonica, informatica o telematica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa; b) il comproprietario, socio o coerede che, per procurare a sé o ad altri un profitto, s'impadronisce della cosa comune, sottraendola a chi la detiene, salvo che il fatto sia commesso su cose fungibili e il valore di esse non ecceda la quota spettante al suo autore [...]», art. 4, co. 1, d.lgs. 7 del 2016.

riferiti alla gravità del fatto e alla personalità dell'autore (art. 5)³³, che non è trasmissibile in via ereditaria (art. 9, co. 6), e per la quale non è ammissibile alcuna copertura assicurativa (art. 9, co. 5). Misure dunque che, in considerazione della disciplina in esame, si qualificano "civili" nel limitato senso di essere disposte dal giudice civile in caso di accoglimento della domanda di condanna per il risarcimento del danno o per le restituzioni (art. 8). Queste ultime sono e restano le uniche sanzioni civili propriamente dette, avendo funzione *preminente* sanzionatorio-riparatoria e perciò parametrize al danno occorso al creditore-danneggiato proprio per effetto della condotta illecita del debitore-danneggiante.

In conclusione, come per il diritto punitivo amministrativo, il fenomeno della diritto punitivo civile si riduce dunque a una scelta ordinamentale a favore della riduzione del carico processuale penale e verso la proporzione della risposta sanzionatoria al fatto illecito. Fatti di minore rilevanza sociale ammettono misure sanzionatorie che incidono solo sul patrimonio e non anche sulla libertà personale. Pertanto, la legge considera tollerabile, per le richiamate esigenze di tenuta complessiva del sistema, che esse siano disposte in esito a un procedimento corredato da minori garanzie rispetto a quelle che assistono il processo penale. Al giudice penale, che applica la sanzione punitiva con le garanzie processuali del processo penale, la legge sostituisce quindi il giudice civile che *irroga* la punizione, con le ridotte garanzie del processo civile, come per esempio lo standard probatorio attenuato del *più probabile che non* in luogo dell'*oltre ragionevole dubbio*.

4. Prime conclusioni.

Il campo delle sanzioni pecuniarie irrogate dalle autorità amministrative – indipendenti e non – così come quello delle sanzioni pecuniarie irrogate dal giudice civile, conferma come la natura giuridica della misura dipenda dalla funzione da essa *preminentemente* assolta. Il criterio che fa leva sul richiamo alle materie di riferimento si conferma

³³ «L'importo della sanzione pecuniaria civile è determinato dal giudice tenuto conto dei seguenti criteri: a) gravità della violazione; b) reiterazione dell'illecito; c) arricchimento del soggetto responsabile; d) opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito; e) personalità dell'agente; f) condizioni economiche dell'agente», art. 5, d.lgs. 7 del 2016.

equivoco: esso viene piuttosto utilizzato per nascondere più che per chiarire la natura di una misura, evitando che siano applicate garanzie e discipline appropriate.

La verifica effettuata consente anche di affermare come non sia certamente la competenza data alla pubblica amministrazione a rendere la misura amministrativa, così come non sia la competenza data al giudice penale, che rende la misura penale, o al giudice civile la misura civile. Considerazione che assume particolare rilievo quando muoveremo verso la valutazione della natura giuridica delle misure di prevenzione – alcune delle quali applicate dal questore, altre invece applicate dal giudice penale quale giudice della prevenzione – evitando in quella sede di pervenire alla affrettata conclusione per cui quelle applicate dal questore siano quindi misure amministrative e quelle applicate dal giudice penale siano quindi misure penali.

La conferma che il criterio di classificazione non sia quello della materia, ma piuttosto quello della funzione *preminente* esercitata dalla misura si ricava anche – prima che dalla consolidata giurisprudenza convenzionale sulla materia punitiva, alla quale abbiamo accennato – dalla Carta costituzionale, la quale, riconoscendo il *nullum crimen sine lege* (art. 25, co. 2, Cost.), utilizza la espressione «nessuno può essere punito», valorizzando dunque la funzione punitiva e non tanto la qualificazione formalmente penale della misura³⁴. In questa ottica, tutte le misure con funzione *preminentemente* sanzionatorio-punitiva – che si considerino appartenenti al diritto penale puro, al diritto punitivo amministrativo o al diritto punitivo civile – reclamano le medesime garanzie sostanziali, della cui elaborazione *per tradizione* si fa carico il

³⁴ In tale senso, ricavando dalla funzione punitiva l'estensione alle sanzioni non formalmente penali delle garanzie dell'irretroattività della legge sfavorevole, Corte cost. 223 del 2018, con nota di GATTA, *Non sempre "depenalizzazione" equivale a "mitigazione". La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative "punitive" più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l'insider trading secondario)*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 dicembre 2018; in precedenza, in aderenza alla logica dettata dalla Corte EDU nella individuazione della *materia penale*, Corte cost. 196 del 2010, in cui si legge che «il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto (...) è desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito ...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato»; nello stesso senso, Corte cost. 118 del 2011, con commento di MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *CP*, 2011, 535 ss.; per la valorizzazione del concetto di punizione, al di là della qualificazione della misura come pena oltre le definizioni formalistiche, autorevolmente, NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *RIDPP*, 1968, 63, e PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 64.

sistema penale, e che si giustificano, non tanto in considerazione della gravità della limitazione imposta al destinatario, ma in ragione della logica propria della punizione e in particolare del rimprovero per il fatto commesso. Sotto tale profilo, quello della funzione, la punizione individua allora una categoria unitaria³⁵ e non dipendente dalle scelte di politica sanzionatoria – illeciti punitivi ricondotti alla materia penale, alla materia amministrativa, alla materia civile³⁶ – perchè ciò che si pone in primo piano nella individuazione delle garanzie della punizione è la funzione rivestita dalla misura, restando in secondo piano il tipo di sanzione, il suo grado di afflittività, o la scelta discrezionale di politica criminale. Affidarsi alle scelte di politica sanzionatoria implica in effetti un rischio di *truffa delle etichette* data dalla qualificazione formale delle misure, tanto più che non esistono canoni condivisi di politica penale sanzionatoria. Tale *modus agendi*, in altri termini, finisce per affidarsi alla fiducia di un buon governo delle scelte sanzionatorie e per ciò solo finisce per porre nel nulla lo

³⁵ Questa la linea avallata dalla Corte EDU; si tratta di un indirizzo comprensibile, dato che la giurisprudenza convenzionale avviava tale *modus agendi* in un'ottica il più possibile garantistica e proprio allo scopo di fuggire dalle qualificazioni formali date dalle autorità nazionali. Il ritorno in qualche modo alla differenziazione tra sanzioni punitive, con il richiamo a sottosistemi elaborati in sede nazionale, avrebbe comportato il rischio di un ritorno al punto di partenza. Di recente, ci pare assistere a un *revirement* della Corte costituzionale, prima assestata su una posizione di maggiore cautela nella estensione di principi tradizionali della sanzione punitiva penale alle sanzioni punitive amministrative: in tale senso v. ancora Corte cost. 63 del 2019: «rispetto, però, a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità punitiva, il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della "materia penale" – ivi compreso dunque il principio di retroattività della *lex mitior* [...] – non potrà che estendersi anche a tali sanzioni [...] laddove infatti la sanzione amministrativa abbia natura "punitiva", di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; nè per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento».

³⁶ Questa è una prospettiva diffusa nella letteratura italiana, almeno a livello descrittivo, la quale propende per una differenziazione della risposta punitiva al fatto illecito, in ottica di valorizzazione dei canoni di proporzione e sussidiarietà della sanzione penale in senso stretto. Sul punto, adotta tale ricostruzione, MANTOVANI F., *Diritto penale*, Milano, 2017, 949 ss, sul "diritto punitivo amministrativo", 969 ss. sul "diritto punitivo civile". Più scettico, PALAZZO, *Il limite della political question*, cit., 468. In alcuni momenti, è parsa orientata in tale senso anche la Corte costituzionale: a) sent. 49 del 2015: «non può sfuggire che l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, oltre che impingere nel più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi e doveri, corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al principio di sussidiarietà, per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire [...] difatti le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella eventuale tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni»; b) sent. 193 del 2016: «in materia di sanzioni amministrative non è dato rinvenire un vincolo costituzionale nel senso dell'applicazione in ogni caso della legge successiva più favorevole, rientrando nella discrezionalità del legislatore – nel rispetto del limite della ragionevolezza – modulare le proprie determinazioni secondo criteri di maggiore o minore rigore in base alle materie oggetto di disciplina».

sforzo diretto alla individuazione di criteri di sostanza per delineare la disciplina di una misura. Viceversa, a mutare sono garanzie e norme che disciplinano il momento applicativo, in base alla qualità e alla incidenza del bene limitato dalla sanzione, non anche le garanzie di diritto sostanziale. In tale ottica si inserisce perfettamente la scelta della depenalizzazione in forza della quale si attribuisce alle pubbliche amministrazioni il potere di punire il soggetto che ha realizzato un fatto illecito tramite una sanzione pecuniaria che incide sul patrimonio e non sulla libertà della persona. In effetti la scelta di non affidare *eccezionalmente* il potere di punire al giudice penale mediante il processo penale può essere tollerabile in un'ottica di bilanciamento con esigenze ordinamentali parimenti rilevanti, quale la deflazione processuale e la diversificazione della risposta sanzionatoria³⁷.

Consci delle riflessioni ora svolte, anche lo sforzo mirante alla individuazione della natura giuridica delle misure preventive *ante delictum* deve muovere dal riferimento alla funzione *preminente*, nella convinzione che qualsiasi misura ordinamentale assolva – come anticipato – a varie funzioni, complementari tra loro, e che occorra quindi verificare quale di esse sia la preminente al fine di ricavarne statuto delle garanzie e disciplina applicativa. Ora, considerato che le funzioni possono essere sanzionatorie o preventive – *tertium non datur*, secondo una impostazione ampiamente avallata dalla giurisprudenza convenzionale e costituzionale – lo sforzo ricostruttivo, di cui al capitolo successivo, potrebbe condurre ad affermare una delle due seguenti soluzioni logicamente possibili. La prima per cui le misure in discussione assolvono a una funzione *preminentemente* sanzionatorio-punitiva e solo *accessoriamente* preventiva (*le misure nei limiti in cui puniscono possono prevenire*, esattamente come la pena); la seconda per cui esse rivestono una funzione *preminentemente* preventiva e solo *accessoriamente* punitiva (*le misure nei limiti in cui prevengono il pericolo, puniscono il pericoloso*).

³⁷ Il processo penale, come portatore di un significativo stigma sociale sul destinatario, costituisce uno dei tratti caratterizzanti della pena in senso stretto (cfr. MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste*, cit., 56, il quale prospetta una nozione di *matière pénale* "a geometrie variabili", secondo una logica elastica orientata allo scopo).

5. Postilla. L'attività giurisdizionale e l'attività amministrativa.

Prima di procedere oltre, sia consentita una osservazione conclusiva.

Nella analisi della questione, quella della funzione rivestita dalle misure in esame, mentre abbiamo osservato come sia irrilevante la *natura del soggetto titolare del potere* – potendo quindi eccezionalmente le amministrazioni punire, come il giudice amministrare –, è invece la *natura della attività* sostanzialmente da questi esercitata effettivamente sintomatica della funzione *preminentemente* assolta dalla misura.

Funzione sanzionatoria e funzione preventiva implicano attività connotate da un *modus procedendi* verso direzioni totalmente opposte: nella prima il provvedimento che impone la misura trova fondamento in un'attività di accertamento del fatto commesso in passato; nella seconda il provvedimento che dispone la misura trova fondamento in un'attività di valutazione e gestione di un pericolo di verificazione di un evento dannoso. In tale ottica si afferma tradizionalmente che l'attività di accertamento guardi al passato, l'attività di valutazione e gestione preventiva guardi al futuro. La prima è tradizionalmente compito della giurisdizione, al quale spetta accertare il passato e definirlo secondo il diritto; la seconda è tradizionalmente compito della amministrazione, alla quale spetta curare e gestire il futuro con i mezzi messi a disposizione dall'ordinamento³⁸. L'attività giurisdizionale consiste quindi nella applicazione della legge mediante accertamento, qualificazione giuridica dei fatti e applicazione della sanzione nelle ipotesi e con i limiti previsti dalla legge, in posizione

³⁸ Si tratta di acquisizione che – salvo eccezioni – non ci pare possa seriamente essere smentita e che con nettezza individua il *proprium* delle funzioni in una chiara ottica di separazione dei poteri statuali, e in particolare il potere esecutivo e il potere giurisdizionale. Sul punto, fondamentali sono le riflessioni di Francesco Carrara e di Oreste Ranelletti sulla netta separazione tra il "magistero penale" e "magistero di polizia", nelle riflessioni del primo, e sul divario tra "agire di diritto" e "agire di fatto", nelle elaborazioni del secondo. La sfera del diritto è il campo in cui predomina il fatto, la sfera della polizia è il campo in cui manca il fatto e si agisce per la cura e gestione di un interesse pubblico alla sicurezza. Per CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, 11^a, Firenze, 1924, 33-34, 38, «la polizia ammonisce, corregge ed anche imprigiona; e spesso senza che si sia niente turbato l'ordine esterno, ma solo perché il turbamento ragionevolmente si teme [...] non attende un fatto malvagio per agire [e] ciò si tollera per la veduta di maggior bene [...] tutte queste severità che non possono essere che leggiere non attengono al magistero penale»; per RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1908, 286, «la polizia non amministra il diritto; non risolve questioni giuridiche, non dichiara il diritto; essa tutela l'ordine e la sicurezza dello Stato in fatto [...] e perciò la sua azione deve necessariamente esplicarsi nel presente e nel futuro, non nel passato [...] essa quindi si ispira non soltanto al criterio della legalità, ma anche a quello dell'utilità [...] dell'opportunità, della convenienza».

di assoluta *estraneità* e *indifferenza* rispetto alla situazione in decisione³⁹. L'attività amministrativa consiste invece nella cura e gestione di interessi pubblici specifici in una posizione di imparzialità, quale divieto di operare disparità di trattamento tra i consociati, che non significa tuttavia indifferenza rispetto alle situazioni e posizioni soggettive che vengono in rilievo⁴⁰. La suddivisione si fonda pertanto sulla *natura* della attività svolta: attività amministrativa come attività *interessata* di gestione e cura di un interesse pubblico specifico; attività giurisdizionale come attività *disinteressata* di applicazione obiettiva della legge.

Il quadro tracciato, se vale a definire il *proprium* della attività giurisdizionale e della attività amministrativa, non vale altrettanto a collegare rigidamente il potere giudiziario – *rectius*, il giudice – alla attività giurisdizionale, come il potere esecutivo – *rectius*, le pubbliche amministrazioni – alla attività amministrativa. Fu in effetti la scuola pubblicistica tedesca a rielaborare la teoria della divisione dei poteri sulla base della *distinzione* tra "potere" (legislativo, esecutivo, giudiziario) e "attività" (normativa, amministrativa, giurisdizionale). Distinzione che serviva, allora, a giustificare come la distribuzione delle attività non corrispondesse necessariamente alla organizzazione dei poteri, ogni potere potendo a seconda delle disposizioni *positive*, essere titolare di varie attività. In tale visione si giustifica la affermazione di poteri giudiziari *sostanzialmente* amministrativi – *rectius*, giudici che esercitano attività tradizionalmente amministrative –, come poteri esecutivi *sostanzialmente* giurisdizionali – *rectius*, pubbliche amministrazioni che esercitano attività tradizionalmente giurisdizionali. In conclusione, dunque, l'individuazione della attività *sostanzialmente* svolta dal soggetto non si desume dalla appartenenza di questi

³⁹ Questi sono i tratti che distinguono amministrazione e giurisdizione, nella lettura prevalente offerta dalla dottrina costituzionalistica; sul punto, ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, 6^a, Padova, 1951, 385; sul limite invalicabile della terzietà per affermare la funzione giurisdizionale, quale trattato che non appartiene alla funzione amministrativa, Corte cost. 13 del 2019. La giurisprudenza costituzionale accredita, tuttavia una lettura estensiva del concetto di "giudice a quo", e in tale senso ha considerato «legittimati a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi *non incardinati in un ordine giudiziario* ma sempre in presenza dell'essenziale requisito della terzietà» così, *ex multis*, Corte cost. 376 del 2001; 387 del 1996, 226 del 1976 e 83 del 1966.

⁴⁰ GAROFOLI, FERRARI, *Manuale*, cit., 559: «la PA ha l'obbligo di essere imparziale nell'esercizio della sua attività ma non anche neutrale, dovendo sempre agire per la tutela del pubblico interesse di cui è portatrice [...] la neutralità, invece, impone l'indifferenza dell'autorità rispetto agli interessi in conflitto, la sua distanza e terzietà, pertanto, dalle posizioni in campo: si tratta del modulo comportamentale tipico del giudice, arbitro di un rapporto bilaterale e orizzontale intercorrente tra soggetti privati»; così anche CASETTA, *Manuale*, cit., 54, «l'amministrazione deve perseguire quegli interessi pubblici che la legge determina e definisce: pertanto in questo senso l'amministrazione è *parziale*».

a un determinato potere statale, ma dalla qualificazione del *contenuto* o del *fine* proprio dell'attività stessa, per come in concreto disciplinata dall'ordinamento⁴¹.

⁴¹ GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, cit., 989.

CAPITOLO II

FUNZIONI E MISURE PREVENTIVE.

SOMMARIO: 1. La natura giuridica delle misure di prevenzione. – 2. Tra amministrativizzazione e giurisdizionalizzazione. – 3. Il giudizio di prevenzione. Le fattispecie soggettive. – 3.1. Il primo modello. – 3.2. Il secondo modello. – 3.3. Il terzo modello. – 3.4. Il quarto modello. – 4. (segue). La pericolosità sociale. – 5. Il contenuto delle misure. – 6. La natura punitiva. Le *pene del sospetto*. – 7. La natura preventiva. Conclusioni. – 8. Postilla. La funzione e il contenuto.

1. La natura giuridica delle misure di prevenzione.

Tracciando le fila del discorso preliminare appena svolto, la natura giuridica delle misure di prevenzione *ante delictum* deve quindi corrispondere alla funzione cui esse *primariamente* assolvono, individuata alla luce della collocazione nel sistema, della struttura e della disciplina prevista da un dato ordinamento. Non ci pare, invece, che il grado di severità o afflittività della misura, come incidenza sui diritti del destinatario, possa essere un criterio fondante la natura giuridica: una misura punitiva e una misura preventiva possono infatti anche avere lo stesso contenuto, essendo invece la funzione cui esse assolvono a determinarne in concreto il loro modo di essere nel sistema. Se una qualche rilevanza del grado di incidenza della misura sui diritti del destinatario possa riconoscersi, essa non serve alla identificazione della natura giuridica, ma contribuisce a delineare lo statuto di garanzie che circondano quei diritti soggettivi che il contenuto di una data misura comprime.

Profili che saranno trattati nella seconda sezione del presente lavoro. Nella trattazione che invece si intende ora avviare, le misure di prevenzione *ante delictum* saranno analizzate tenuto conto della tradizionale suddivisione in misure *personali* e misure *reali*, nella convinzione che, in considerazione delle rilevanti differenze di disciplina che saranno evidenziate, non si possa pervenire a risultati unitari.

2. Tra amministrativizzazione e giurisdizionalizzazione.

Le misure di prevenzione sono sempre esistite⁴², considerato che qualsiasi ordinamento⁴³ tende alla conservazione delle strutture sociali tramite la prevenzione

⁴² Per una ricostruzione storica del fenomeno, si rinvia alle ricerche di PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996; D'ARGENTO, *Misure di prevenzione*, Napoli, 1979; SICLARI, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1974; STANIG, *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 3 ss.

⁴³ Un sistema di prevenzione *ante delictum* si è andato sviluppando con riferimento a fenomeni che possono comportare danni sociali *irreparabili* e per i quali fortemente sentita dal gruppo sociale è l'esigenza di evitarne a tutti i costi la realizzazione. Il riferimento va in particolare alla lotta al terrorismo, specie internazionale, che si pone alla base della previsione, *non in termini di sistema*, di leggi eccezionali che prevedono misure altrettanto eccezionali in chiave limitativa delle libertà personali dei potenziali destinatari in funzione della prevenzione di manifestazioni particolarmente gravi di criminalità, se non anche di comportamenti antisociali. Esempi sono la "detenzione preventiva" negli Stati Uniti, applicata, per esempio, ai maniaci sessuali violenti che dopo aver espiato la pena costituiscono ancora una minaccia permanente per la sicurezza pubblica, oppure la "*rétenion de sereté*" in Francia per combattere il rischio di recidiva, o ancora le misure preventive contro il terrorismo (TPIMs) nel Regno Unito introdotte per la prima volta con il *Prevention of Terrorism Act* (2005, poi modificate in chiave garantista nel 2011). La prevenzione si attua tuttavia anche mediante misure, non privative ma limitative delle libertà personali, in alcune ipotesi adottate anche dalle autorità di polizia, come forme variegate di sorveglianza speciale, atti di diffida verso soggetti che realizzano comportamenti *antisociali* (come con l'*Anti-Social Behavioural Orders* nel Regno Unito) o misure di natura investigativa, come controlli e perquisizioni domiciliari, sulla base di meri indizi o finanche sospetti qualificati (come, per esempio, si vede in Francia). Quel che occorre evidenziare, tuttavia, è che non esiste una prevenzione *ante delictum* "fatta a sistema", e cioè non esiste una legge *organica* che disciplini, una volta per tutte, forma e sostanza delle misure preventive. Esistono invece soluzioni di volta in volta confezionate per combattere, spesso in termini di *eccezionalità* e di *temporaneità*, fenomeni criminali che preoccupano particolarmente il gruppo sociale di riferimento. Non esiste, in altri termini, un "codice antimafia" o una "legge fondamentale", ma solo esempi *puntuali* di misure qualificate come *amministrative o civili* introdotte da legislazioni eccezionali che, in parte, derogano alle garanzie fondamentali per la libertà personale *molto più* di quanto non sia ammesso nell'ordinamento italiano. Ciò, sotto il profilo della incidenza sulla libertà personale, nel senso della previsione di misure anche privative della libertà come le detenzioni amministrative a tempo indefinito - gli "*indefinite detention order*", poi superati da una risposta preventiva dotata di maggiore flessibilità, come i "*control order*" contro sospetti terroristi nel Regno Unito, oppure gli "*indefinite involuntary civil commitment*" verso soggetti ritenuti a vario titolo pericolosi in quanto portatori di una disabilità mentale, poi estesi anche a persone in attesa di giudizio e a stranieri pericolosi e a rischio di fuga in attesa di espulsione -, sotto il profilo della attribuzione del potere preventivo, la competenza alle autorità amministrative, con un limitato controllo giurisdizionale e scarsità di facoltà difensive dell'interessato. Anche Paesi dalla tradizione europea saldamente liberale, hanno nel corso del tempo ammesso eccezionali limitazioni delle garanzie individuali. La Francia, per esempio, a seguito degli attentati terroristici al "*Bataclan*" (13 novembre 2015), ha introdotto misure limitative delle libertà personali, del tutto rimesse, ora alle autorità di pubblica sicurezza, ora al Ministro, come limiti alla libertà di circolazione e soggiorno, perquisizioni e ispezioni domiciliari, soggiorno obbligato contro persone sospette di terrorismo. Il tutto con leggi emergenziali e all'inizio rivolte contro i sospetti terroristi, ma poi, con la previsione di effettive garanzie procedurali, stabilizzatesi verso qualsiasi soggetto pericoloso, con la nuova legge antiterrorismo (L. 1 novembre 2017, n. 1510). Sulla legislazione contro il terrorismo: ASHWORTH, ZEDNER, *Defending the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2008, 21 ss.; HUISMAN, KOEMANS, *Administrative Measures in Crime Control*, in *Erasmus Law Review*, 2007-2008, 121 ss.; GALLI, WEYEMBERGH (eds.), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative law and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, 2014. Sulla legislazione di emergenza: GROSS, NÌ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis. Emergency in Theory and Practice*, Cambridge,

di quelle condotte che possono offendere beni giuridici di rilievo, collettivi ma anche individuali⁴⁴. La storia della prevenzione *ante delictum* è la storia del controllo delle persone socialmente pericolose che in una prima fase, antecedente alla affermazione del pensiero liberale, si traduceva nella *punizione* della pericolosità sociale, ma in una seconda fase, in concomitanza alla affermazione dei principi liberali, corrispondeva alla *prevenzione* contro la pericolosità sociale.

Il pensiero liberale proponeva di punire i *fatti*, non anche stati soggettivi come la pericolosità sociale: affidava la punizione al diritto e al magistero penale, la prevenzione al diritto amministrativo sotto il magistero di polizia. In tale contesto le fattispecie incriminatrici volte alla punizione della pericolosità sociale, contenute in

2006, e, in particolare, sulle scarse garanzie che assistono le misure di emergenza: DE GOEDE, *The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe*, in *EJIR*, 2008, 14 ss. Sulle misure preventive adottate dalla legislazione di emergenza statunitense, COLE, *Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War*, in *Cal. L. Rev.*, 2009, 693, e in particolare sulla "caduta delle garanzie", JANUS, *Preventive Detention of Sex Offenders: The American Experience Versus International Human Rights Norms*, in *Behavioral Sciences and the Law*, 2013, 328. Sulla legislazione di emergenza inglese: WARBRICK, *Emergency powers and human rights: the United Kingdom experience*, in, *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism*, Fijnaut and others (eds.), Brill-Nijhoff, 2004, 371 •; ZEDNER, *Ends and means: why effective counter-terrorism requires respect for proportionality and rights*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno internazionale 'Effectiveness and Proportionality. Modern Challenges in Security Law and Criminal Justice', Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Friburgo, 17-18 ottobre 2019; in particolare sugli *Anti Social Behaviour Orders* e i *dispersal orders*, FLITZPATRICK, JONES, *Pursuing Social Justice or Social Cohesion?: Coercion in Street Homelessness Policies in England*, in *Journal of Social Policy*, 2005, 396; ANDERSON, GREATOREX, FALKOWSKI, TANKEL, *Anti-social behavior law*, Bristol, 2011, 101 ss. Sulle misure preventive emergenziali in Francia: BEAUD, GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Parigi, 2018, 19 ss.; CAVINO, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta Online*, 2015, 3, 825-826; e sulla estensione applicativa delle misure preventive previste durante lo stato di emergenza, GABORIAU, *La Repubblica francese sconvolta*, in, *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *QG*, 2016, 312 ss. La mancanza di una normazione "fatta a sistema", in qualche modo assimilabile alla prevenzione *ante delictum* italiana, viene evidenziato, anche recentemente, da Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, §69-71: la Corte EDU evidenzia come « secondo le informazioni disponibili, sulla legislazione di trentaquattro Stati membri, la grande maggioranza dei paesi esaminati (ventinove paesi su trentaquattro) non possiede misure paragonabili a quelle applicate in Italia nel caso di specie. Si possono trovare misure di questo tipo soltanto in cinque paesi (Austria, Francia, Regno Unito, Russia e Svizzera)» e aggiunge, in particolare, che in Austria, Francia e Svizzera, si riscontrano misure preventive per contrastare il fenomeno della violenza negli stadi, nel Regno Unito, quello fenomeno terroristico, mentre in Russia, esistono varie misure per contrastare la pericolosità manifestata da soggetti di vario tipo, come quelli a rischio di recidiva, ma anche tossicodipendenti, alcolizzati, minori abbandonati e così via.

⁴⁴ Evidenzia un mutamento in atto nella recente legislazione in tema di prevenzione *ante delictum*, da strumento di tutela di beni collettivi a strumento di tutela di beni individuali, CONSULICH, *Le sanzioni senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *DisCrimen*, 1 ottobre 2019, 3-7: l'Autore fa riferimento alle recenti riforme che hanno esteso il novero dei soggetti destinatari delle misure *ante delictum* ai soggetti indiziati dei delitti di atti persecutori (L. 17 ottobre 2017, n. 161) e di maltrattamenti in famiglia (L. 19 luglio 2019, n. 69).

quasi tutti i codici penali preunitari italiani e applicate dal giudice⁴⁵, lasciarono il posto alle misure di polizia volte alla prevenzione della pericolosità sociale, contenute nelle leggi di pubblica sicurezza e affidate alla competenza delle pubbliche amministrazioni⁴⁶. Si assistette, dunque, alla *amministrativizzazione* della prevenzione, che i liberali consideravano materia del buon governo amministrativo e non del giudice penale, il quale si sarebbe invece occupato dell'accertamento e quindi della repressione di fatti illeciti commessi e non semplicemente temuti in un futuro prossimo⁴⁷. Il pensiero liberale fondava quindi detta differenziazione – magistero penale e magistero di polizia – sul criterio della funzione rivestita dalla misura, se repressiva spettante al giudice penale, se preventiva spettante alle pubbliche

⁴⁵ Il modello punitivo della pericolosità sociale trova realizzazione nel codice modello napoleonico e successivamente in tutti i codici italiani preunitari: 1) nel codice penale napoleonico (1810) per il quale «vagabondi, o persone che non diano conto di sé, sono coloro che non hanno domicilio certo, nè mezzi di sussistenza e che non esercitano abitualmente alcun mestiere o professione [e] ove fosse legalmente dichiarato come tale, il vagabondo deve subire una detenzione da tre a sei mesi [e dopo l'esecuzione della pena] essere posto a disposizione del governo per il tempo che esso determinerà»; nel codice penale sardo (1859), «si avranno per oziosi coloro i quali, sani e robusti, e non provveduti di sufficienti mezzi di sussistenza, vivono senza esercitare professione arte o mestiere e senza darsi a stabile lavoro»; «si avranno per vagabondi: coloro i quali non hanno nè domicilio certo, nè i mezzi di sussistenza e non esercitano abitualmente un mestiere o una professione; coloro che vagano da un luogo a un altro affettando l'esercizio di una professione o di un mestiere, ma insufficiente per sé per procurare la loro sussistenza; coloro che fanno il mestiere di indovinare, prognosticare, o spiegare sogni per ritrarre guadagno dall'altrui credulità» e «i vagabondi, dichiarati legalmente tali, saranno, per questo solo fatto, puniti col carcere da tre a sei mesi [...] alla stessa pena soggiaceranno gli oziosi che avranno contravvenuto ad una precedente ammonizione, fatta loro in conformità della legge di pubblica sicurezza [...] a tali pene sarà sempre aggiunta quella della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza» e se i vagabondi sono stranieri, «saranno espulsi dai Regii Stati»; nel codice del Regno delle Due Sicilie, nel Titolo VI, «de' reati che attaccano l'interesse pubblico», capitolo primo, «della vagabondità ed imbroga mendicizia», si definiscono «vagabondi, o uomini senza stato, gli oziosi che nè posseggono beni di sorta alcuna, nè esercitano abitualmente ufizio, arte o mestiere, nè hanno altri mezzi legittimi di sussistenza, ancorchè abbiano moglie e domicilio certo» e «la vagabondità e la improba mendicizia saranno puniti col primo al secondo grado di prigionia, aggiuntavi la malleveria [mentre] gli esteri vagabondi o improbi mendici saranno espulsi dal regno. Sul punto, MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno CNPDS*, cit., 197 ss.; PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione. Storia del Diritto penale*, V, Bologna, 1966, 659. Sorprende, tuttavia, il fatto che la punizione di *status* soggettivi, dei quali si presume *iuris et de iure* la pericolosità sociale, continua ad essere mantenuta in ordinamenti dalla salda tradizione democratica come Inghilterra e Galles: ivi si assiste ancora alla penalizzazione delle condotte sintomatiche di disagio ed emarginazione sociale, come il vagabondaggio con il *Vagrancy Act* (1824), la quale gode anche oltretutto di una "buona salute" in particolari periodi connotati da indirizzi di politica criminale ispirati alla logica della "tolleranza zero": in tema, WEBB, *English Poor Law History*, London, 1963.

⁴⁶ LACCHÈ, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in RIDPP, 2017, 413.

⁴⁷ Sul punto, CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., 38, per il quale «compenetrando il magistero di polizia nel giure penale si generò confusione di idee, e si aprì la strada all'arbitrio per cagione del mutuo prestito delle rispettive norme, che non erano dall'un all'altro comunicabili».

amministrazioni, mentre si disinteressava del profilo attinente alla incidenza della misura sulla sfera giuridica del destinatario.

La natura amministrativa delle misure di prevenzione persistette per tutto il secolo liberale e viene confermata anche in numerose leggi eccezionali, come anche nelle leggi di pubblica sicurezza via via approvate, e si conservò anche durante il ventennio fascista⁴⁸. In tale contesto storico, le misure in esame furono funzionali anche a scopi di lotta politica, consentendo con speditezza una restrizione delle libertà individuali degli oppositori politici, mediante il confino di polizia o il domicilio coatto. Proprio questo uso politico improprio che il regime fascista aveva fatto, reso possibile dalla amministrativizzazione delle misure di prevenzione disposte da commissioni amministrative presiedute dai prefetti, fu alla base nella fase repubblicana della *giurisdizionalizzazione* di alcune di esse sotto la spinta della giurisprudenza della Corte costituzionale⁴⁹. Le misure che si consideravano limitative della libertà personale, implicando una «*degradazione giuridica*»⁵⁰ del destinatario, dovevano quindi essere garantite dalla riserva di giurisdizione⁵¹. Il criterio facente leva sulla incidenza della misura sulla sfera giuridica del destinatario, precedentemente trascurato, assumeva invece nella visione della Corte costituzionale prima – che aveva dichiarato incostituzionale la *amministrativizzazione* della ammonizione – e della legge fondamentale in materia poi – L. 27 dicembre 1956, n. 1423 –, acquisiva rilievo, imponendo la *giurisdizionalizzazione* della misura personale della sorveglianza speciale, in quanto appunto restrittiva della libertà personale del destinatario.

⁴⁸ Si sofferma sulla prevenzione *ante delictum* nel corso del ventennio fascista, evidenziandone un uso spregiudicatamente politico, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 41 ss.

⁴⁹ La Consulta, già nelle sue prime decisioni, si pronunciava sulla illegittimità costituzionale della disciplina della misura del rimpatrio obbligatorio e della ammonizione, in quanto essendo limitazioni della libertà personale, in attuazione della riserva costituzionale di giurisdizionale, avrebbero imposto un provvedimento adottato da un giudice (Corte cost. 2 del 1956; 11 del 1956).

⁵⁰ Per "degradazione giuridica" del destinatario, espressione della limitazione della libertà personale, si intende una menomazione o mortificazione della dignità e del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata all'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*: in particolare, per questa definizione, si veda Corte cost. 11 del 1956.

⁵¹ Si auspicava, in uno anche alla previsione di ipotesi legali il più precise possibile, che l'applicazione di tutte le misure dirette a combattere la generica pericolosità sociale fosse affidata – per quanto possibile – ad organi giudiziari, in VASSALLI, *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *Giust. pen.*, 1950, I, c. 1 ss.; ricostruisce il dibattito politico che portò alla *giurisdizionalizzazione* delle misure più invasive della libertà personale, AMATO GIUL., *Potere di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, 330-335.

Giurisdizionalizzazione, si badi, non dovuta a un asserito mutamento della funzione rivestita dalle misure preventive, ma derivante dalla incidenza sulla sfera giuridica del destinatario che alcune di esse importano. Il passaggio dalla amministrativizzazione alla giurisdizionalizzazione del soggetto applicatore quindi nulla implica sotto il profilo della natura giuridica della misura applicata, in quanto esso non esprime che una scelta costituzionale verso una determinata modalità di tutela della libertà personale dal pericolo di arbitri del potere statale⁵².

Quel che invece veniva introdotto non era che un esempio, tra i tanti disseminati nell'ordinamento, di *giurisdizionalizzazione della amministrazione*, ossia di attribuzione di una attività amministrativa a un potere giudiziario, per esigenze di maggiore garanzia dei diritti incisi dal provvedimento. D'altronde, il sistema conosce da tempo diffusi fenomeni di *amministrativizzazione della giurisdizione*, come di *giurisdizionalizzazione della amministrazione*: ipotesi in cui quindi la natura del soggetto applicatore della misura non incide in alcun modo sulla funzione da quella rivestita, così come sulla natura della attività svolta per la sua applicazione⁵³. Esempi di *giurisdizionalizzazione della amministrazione* sono stati in precedenza esposti: le sanzioni pecuniarie amministrative assolvono a una funzione punitiva e sono disposte in esito a un accertamento dalla natura giurisdizionale, nonostante siano applicate dalle pubbliche amministrazioni. Esempi di *amministrativizzazione della giurisdizione* saranno esposti nel corso del presente lavoro: per il momento basti fare riferimento a quel settore assai ampio consistente nella attività di *giurisdizione volontaria*, in cui un

⁵² Per VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in AA.Vv., *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1610, ci sono «certi principi di civiltà affermati dalla Costituzione [che] non accettano nè limiti posti in nome di categorie dommatiche nè limiti posti in nome di asserite o reali diverse finalità proprie d'una o d'altra categoria di misure o di sanzioni [...] rispetto della persona umana, diritto di difesa e diritto di ricorso, garanzia di un giudice imparziale sono essenziali sia alle pene che ad ogni tipo di misure restrittive della libertà». Sulla stessa linea, Corte cost. 53 del 1968, in materia di misure di sicurezza e diritto di difesa davanti al giudice di sorveglianza: «la questione relativa al diritto di difesa nel procedimento di applicazione delle misure di sicurezza al di fuori del processo penale (cioè davanti al giudice di sorveglianza) possa e debba essere impostata su un piano diverso e più alto, che non è quello formale della appartenenza del procedimento all'una o all'altra categoria, bensì quello riguardante l'interesse umano soggetto del procedimento, vale a dire quello supremo della libertà personale [...] la Corte ritiene in sostanza che, amministrativo o giurisdizionale che sia il procedimento nel quale un tale interesse viene in questione davanti a un giudice, spetti sempre al soggetto il diritto allo svolgimento di una integrale difesa e ciò in riguardo a tutte le misure che incidano sulla libertà personale».

⁵³ Circostanza espressamente evidenziata da BETTIOL, *Diritto penale*, 10ª, Padova, 1978, 864: «la natura del soggetto che le applica [le misure di prevenzione] non ha alcuna rilevanza sulla rispettiva natura, dato che anche il giudice può essere chiamato ad esplicare attività amministrativa».

giudice amministra i diritti individuali, fuori da un contesto di risoluzione di una lite e in un'ottica puramente gestoria. Quindi, nella convinzione che la natura delle misure di prevenzione non si possa far discendere da un fenomeno di amministrativizzazione oppure di giurisdizionalizzazione – chè altrimenti si dovrebbe concludere per una diversa natura giuridica tra quelle applicate dal questore e quelle applicate dal giudice –, occorre spostare l'attenzione dalla evoluzione storica alla disciplina delle misure in discussione, guardando alla loro collocazione sistematica e alla loro struttura, come effettivi elementi dirimenti della questione in esame.

3. Il giudizio di prevenzione. Le fattispecie soggettive.

Il giudizio di prevenzione si compone di una fase *statica* – la riconduzione obiettiva del proposto in una delle fattispecie descritte dalla legge – e di una fase *dinamica* – la verifica della attualità della pericolosità sociale del proposto –⁵⁴.

Partendo dalla fase statica, il codice antimafia – D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; in seguito, cod. ant. – elenca le fattispecie descrittive dei potenziali destinatari delle misure di prevenzione e, in particolare, secondo una classificazione ampiamente condivisa tra i commentatori, descrive le fattispecie di pericolosità *generica* (in quanto non riferite a particolari classi di reato di cui si intende prevenire la realizzazione) e di pericolosità *qualificata* (in quanto costruite, invece, per prevenire la realizzazione di determinate ipotesi delittuose). Le prime, risalenti alle originarie manifestazioni del fenomeno preventivo, possono giustificare l'applicazione di tutte le misure di prevenzione, compreso l'avviso orale e il foglio di via obbligatorio, applicate dal questore e per ciò dette *questorili*. Le seconde, espressione di numerosi interventi normativi emergenziali, consentono di disporre soltanto le misure di prevenzione applicate in via giurisdizionale, quali tra le personali della sorveglianza speciale con o

⁵⁴ MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 93 ss.; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 27 ss.; CORTESI, *Le misure di prevenzione applicate dal questore*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 237 ss.; ID., *Le misure di prevenzione applicate dall'autorità giudiziaria*, ivi, 255 ss.; MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di Maiello, Torino, 2015, 323 ss.; con forti rilievi critici, MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in AA.VV., *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso (Atti del Convegno nazionale dell'Associazione degli studiosi del processo penale)*, Milano, 2016, 27 ss.

senza obbligo o divieto di soggiorno, e tutte le misure patrimoniali, tra le quali assume particolare rilevanza nella prassi la confisca di prevenzione.

Tale classificazione, che pure ci pare utile a scopo meramente descrittivo, si affianca a una suddivisione per modelli di costruzione delle fattispecie⁵⁵, che invece consente efficacemente di analizzarne la tecnica di formulazione normativa, particolarmente utile in ottica sia di individuazione della funzione *preminente* rivestita che di verifica della determinatezza del giudizio di prevenzione, ma anche in ottica di elaborazione di una proposta *de iure condendo* di riformulazione delle stesse, partendo dalle criticità ampiamente rilevate in dottrina. Le fattispecie di pericolosità – partendo dal dato normativo e rinviando invece alla seconda sezione del presente lavoro per una proposta di riformulazione – possono essere quindi suddivise in quattro modelli: 1) le fattispecie prognostiche fondate sugli elementi di fatto (il primo modello); 2) le fattispecie fondate sull'indizio di aver commesso un determinato delitto (il secondo modello); 3) le fattispecie fondate sull'atto preparatorio (il terzo modello); 4) le fattispecie prognostiche fondate sul precedente reato (il quarto modello).

3.1. Il primo modello.

Le fattispecie prognostiche fondate sugli elementi di fatto sono il portato della tradizione normativa sulla prevenzione *ante delictum*, progressivamente depuratasi da quelle formulazioni maggiormente indeterminate in quanto incentrate sullo *status* del destinatario. Le fattispecie riferite alle classi dei "proclivi a delinquere" prima – tramite il deciso intervento della Corte costituzionale (Corte cost. 177 del 1980) – come quelle riferite alle classi degli "oziosi", dei "vagabondi" e dei "dediti alle attività contrarie alla morale e al buon costume" poi – tramite un intervento normativo (L. 3 agosto 1988, n. 327) – sono state infatti ormai superate in favore di tre classi di potenziali destinatari, descritti tramite fattispecie fondate su elementi di fatto, e quindi in sostanza

⁵⁵ In tale senso, anche se con una classificazione ancora in parte differente, PITTARO, *La natura giuridica delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2018, 149; Id., *Le misure di prevenzione personali. Note introduttive*, in *Comm. breve. al codice antimafia*, cit., 10, che suddivide le fattispecie in tre modelli, a) quelle fondate sugli indizi, b) quelle fondate sugli atti preparatori, c) quelle fondate sul "debba ritenersi"; nonchè, MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose*, cit., 95-116, ordinate guardando sia alla modalità di formulazione della fattispecie che alla tipologia delittuosa inquadrata sotto un profilo criminologico.

sul ripudio del mero sospetto. Si tratta di «a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto [...] che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica» (art. 1, lett. cod. ant.). Esse non inquadrano una determinata classe di delitti la cui realizzazione si intende prevenire – per ciò dette fattispecie di *pericolosità generica* – e ruotano intorno alla riconduzione del proposto alla fattispecie preventiva sulla base di non meglio precisati *elementi di fatto*.

Tuttavia, a dire della opinione corrente, l'espressione – cui il legislatore sarebbe ricorso per sopperire alla indeterminatezza del giudizio di prevenzione – se vale a ripudiare la cultura del sospetto⁵⁶, non riesce a colmare quel deficit che deriva dalla mancata individuazione di una classe specifica di delitti di cui si intende evitare la realizzazione⁵⁷. Tutte le fattispecie preventive ricavano invero *per relationem* la gamma di quei comportamenti sintomatici della pericolosità sociale, fondanti il giudizio di prevenzione, dalla definizione di una classe *specifica* di delitti che si intendono prevenire, per effetto di massime di esperienza che tracciano quali elementi di fatto siano fenomenicamente prodromici alla commissione di una determinata condotta delittuosa. Ne deriva, allora, come la mancanza di un termine "delittuoso" di riferimento (art. 1 lett. a), b), cod. ant.), ma anche la sua genericità (art. 1 lett. c, cod. ant.), rendano *per relationem* non definito o genericamente definito il novero delle condotte che possono fondare la misura tanto nella riconduzione del proposto alle fattispecie soggettive di pericolosità quanto all'accertamento della pericolosità attuale del proposto. In tale ottica, il richiamo agli *elementi di fatto* non implica una chiarificazione delle fattispecie preventive, non consente di definire quale sia la gamma di comportamenti che consentono di ricondurre il proposto alla fattispecie preventiva, ma vale solo a definire sul piano probatorio quali elementi possono essere

⁵⁶ FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 116.

⁵⁷ Sarebbe una vera e propria "cambiale in bianco" a favore del giudice, nella riflessione di MANNA, *Misure di prevenzione*, cit., 76; nonchè, PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 246 ss.

presi in considerazione dal giudice della prevenzione per inquadrare il proposto, e cioè i soli fatti e non anche i meri sospetti.

3.2. Il secondo modello.

Le fattispecie fondate sull'indizio di aver commesso un determinato delitto rappresentano il modello di maggior rilevanza politico-criminale, anche in considerazione del fatto che appartiene al modello in esame la fattispecie dell'indiziato di appartenere alle associazioni di stampo mafioso, sulla quale si rinviene una cospicua giurisprudenza e altrettante riflessioni scientifiche⁵⁸. Si tratta delle fattispecie riferite: «a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p.; b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-*quinqies*, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale; [...] d) agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-quater, del codice di procedura penale [...] i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, [...] i-bis) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice; i-ter) ai soggetti indiziati dei delitti di cui agli articoli 572 e 612-bis del codice penale» (art. 4, cod. ant.).

Il modello indiziario si costruisce intorno alla indicazione di un determinato delitto la cui realizzazione si intende prevenire, quale termine di riferimento al quale riconnettere il presupposto fattuale consistente negli indizi della sua realizzazione. Se

⁵⁸ Elaborazione scientifica sterminata. Sulla prevenzione *ante delictum* in rapporto al fenomeno mafioso, in particolare, recentemente, SIRACUSANO F., *I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, in *AP*, 2018, 311 ss.; LEOTTA, *Il volto rinnovato delle misure di prevenzione*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di Romano B., Milano, 2015, 303 ss.; nonché, sempre in relazione al fenomeno mafioso, IASEVOLI, *Presupposti, sequenze e forme delle misure preventive personali su proposta dell'autorità giudiziaria*, in *La legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti, Luparia Donati, Bologna, 2020, 647-652.

la definizione del delitto contribuisce in parte a rendere maggiormente definita la fattispecie preventiva, il modello rimane, tuttavia, ancora gravemente affetto da un *deficit* di determinatezza. *Deficit* che deriva da due problematiche che si vanno sovente intrecciando: la concreta valenza probatoria del mero indizio e la struttura del delitto di riferimento.

Guardando al primo problema, la legge richiama un concetto di "indizio" che logicamente non corrisponde a quel dato probatorio che sarebbe necessario per disporre una misura cautelare personale – i "gravi indizi di colpevolezza" – ⁵⁹ oppure per condannare – gli indizi "gravi, precisi e concordanti" – ⁶⁰, posto che altrimenti il destinatario sarebbe attratto alla giustizia penale e non al procedimento di prevenzione⁶¹. Il mero indizio, tuttavia, non corrisponderebbe neppure al mero sospetto, che invece la giurisprudenza costituzionale ha convintamente ripudiato, in quanto espressione illiberale di inciviltà giuridica⁶². Si sostiene quindi, da una parte, che il mero indizio si insinui in una zona grigia intermedia che si interpone tra un indizio penalmente rilevante e il sospetto, e che corrisponda a quelle «circostanze di fatto, oggettive e controllabili, che, incapaci di provare per se stesse la commissione di un delitto, sono però sufficienti a fondare ragionevolmente le opinioni concernenti le situazioni [di pericolosità]»⁶³. Opinione che, tuttavia, non convince coloro che

⁵⁹ Il presupposto della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza è, come noto, condizione necessaria per disporre le misure cautelari personali: «nessuno può essere sottoposto a misure cautelari se a suo carico non sussistono *gravi indizi* di colpevolezza» (art. 273, co. 1, c.p.p.).

⁶⁰ «L'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti» (art. 192, co. 2, c.p.p.). Secondo la descritta regola giuridica di valutazione, gli indizi per condannare devono essere: a) *molteplici*; b) *gravi* – ossia resistenti alle obiezioni e quindi dotati di elevata persuasività –; c) *precisi* – ossia fondati su circostanze oggettive ampiamente provate –, d) *concordanti* – ossia convergenti verso la medesima conclusione –.

⁶¹FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 116.

⁶² In tale senso, già Corte cost. 23 del 1964: «non è esatto che le misure di prevenzione possano essere adottate sul fondamento di semplici sospetti, poiché l'applicazione delle norme indicate richiede una oggettiva valutazione dei fatti 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 accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione»; principio ribadito costantemente nelle pronunce successive.

⁶³ Così, GALLO E., *Misure di prevenzione*, cit., 7; anche coloro, come l'autorevole Autore citato, che propendono per l'individuazione di un'area di rilevanza del mero indizio non necessariamente superano i dubbi circa la funzione effettivamente preventiva, evidenziando nella prassi come il giudizio preventivo sia di fatto retrospettivo.

invece affermano come il mero indizio non sia altro che un "sospetto qualificato" e mascheri invero una autentica "truffa delle etichette"⁶⁴.

Quanto al secondo problema, l'indicazione delle fattispecie delittuose la cui realizzazione si intende prevenire condiziona la fondamentale operazione di riempimento ermeneutico del mero indizio, così come la mancata indicazione nel modello precedente rende impossibile concretizzare il concetto di "elementi di fatto"⁶⁵. L'indeterminatezza della fattispecie di associazione di stampo mafioso, per fare un esempio, si proietta sulla corrispondente fattispecie preventiva, dal momento che la struttura del delitto di riferimento condiziona quella delle condotte sintomatiche della pericolosità sociale, come pericolo di realizzazione di quello specifico delitto, cosicché l'indeterminatezza del termine di riferimento si trasferisce sull'indeterminatezza del presupposto di partenza, aggravando i problemi prima esposti circa il grado probatorio del mero indizio⁶⁶.

Sotto altro profilo, la formulazione della fattispecie fondata sull'indizio di realizzazione di un fatto commesso in passato rischia di legittimare una autentica "truffa delle etichette", in quanto consente una reazione ordinamentale in chiave punitiva di illeciti commessi e non provati, piuttosto che una forma di profilassi rispetto a manifestazioni di pericolosità soggettiva⁶⁷. In tale ottica la prassi conosce il fenomeno della "gerarchia degli indizi"⁶⁸, consistente nel fatto che quei medesimi

⁶⁴ PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 265 ss., che parla di "sospetto qualificato"; nonchè, FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 122: secondo l'Autore, sarebbe pur astrattamente concepibile uno spazio che dal sospetto fondato su fatti obiettivamente valutabili all'indizio vicino o confinante con la prova indiziario, ma nella prassi concreta è tuttavia alto il rischio che indizi sufficienti ai fini preventivi sia degradati al rango di meri sospetti, così dando linfa alla tradizionale obiezione mossa alle misure di prevenzione come "pene del sospetto".

⁶⁵ Sul rapporto tra indeterminatezza delle fattispecie incriminatrici e indeterminatezza delle fattispecie preventive, MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose*, cit., 107; GUERRINI, MAZZA, RIONDATO, *Le misure di prevenzione*, cit. 103.

⁶⁶ *Ex multis*, sulla proiezione del deficit di determinatezza della fattispecie incriminatrice sulla fattispecie preventiva, autorevolmente MOCCIA, *Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di "truffa delle etichette"*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di Bondi, Fiandaca, Fletcher, Marra, Stile, Roxin, Volk, Urbino, 2020, 790.

⁶⁷ Ancora, MOCCIA, *Le misure di prevenzione*, cit., 794.

⁶⁸ L'espressione fu coniata, in sede di primo commento, da SIRACUSANO D., *Commento all'art. 14 l. 19 settembre 1982, n. 646*, in *LP*, 1983, 303. Sulla rilevanza probatoria di elementi irrilevanti nel processo penale, come la chiamata in correità non suffragata da riscontri esterni, oppure della rilevanza del materiale probatorio inidoneo alla condanna, MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose*, cit., 106. In tale ottica, particolarmente significative, Cass., sez. I, 21 gennaio 1991, Piromalli, in *Mass. Uff.*, n. 186500: «in relazione al contrasto da parte dello Stato del fenomeno mafioso, la misura preventiva si risolve in un anticipo succedaneo di un provvedimento retributivo, per i casi in cui non si riesca ad esercitare nella

elementi probatori che sono risultati inidonei a fondare un accertamento della responsabilità penale sono riutilizzati, con esito questa volta positivo, nel procedimento preventivo per applicare una misura di prevenzione.

Perciò tale costruzione costituisce il modello di formulazione della fattispecie che, più di ogni altra, occorre necessariamente superare per rispettare – nella teoria come nella prassi applicativa – la autentica funzione preventiva delle misure in esame. Vero che, per converso, occorre considerare la recente involuzione della politica criminale che in campo preventivo si è ovviamente tradotta nell'abuso del modello indiziario, ormai una costante nell'*agere* efficientista portato avanti dal legislatore contemporaneo.

3.3. Il terzo modello.

Le fattispecie fondate sugli atti preparatori obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla commissione di determinati delitti sono sorte tendenzialmente per impedire la commissione di delitti contro la personalità dello Stato (L. 22 maggio 1975, n. 152). Si tratta delle fattispecie riferite a «d) [...] coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonchè alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale; [...] f) coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza» (art. 4, cod. ant.). Tralasciando la recente modifica che ha introdotto anche la rilevanza di atti esecutivi – a dir il vero esempio di sciatteria normativa, in considerazione del fatto che ovviamente un atto esecutivo di un delitto

competente sede lo *ius puniendi*». Conforme, SCARPINATO, *Le indagini patrimoniali*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il «pacchetto sicurezza»*, a cura di Cassano F., Molfetta-Roma, 2009, 236, per il quale «constatata l'impossibilità di accertare la responsabilità per specifici fatti di reato, cioè per condotte storicamente definite in termini spazio-temporali, si surrogano le prove sulle condotte con gli indizi di appartenenza alla mafia».

è di per sè penalmente rilevante e logicamente presuppone la avvenuta realizzazione di atti preparatori verso un determinato risultato esecutivo⁶⁹ – il modello in esame si costruisce sulla indicazione di un determinato delitto che si intende prevenire, quale termine di riferimento mediante il quale si individua la sequenza di atti preparatori alla sua realizzazione, nei limiti in cui essi siano obiettivamente rilevanti e diretti alla consumazione delittuosa, ma non anche idonei, posto che altrimenti sarebbe perfezionato il tentativo punibile⁷⁰.

Anche questo modello ha evidenziato varie problematiche a livello interpretativo: il rischio di sovrapposizione della fattispecie preventiva con la fattispecie punitiva la cui realizzazione si intende prevenire, con la conseguente difficoltà di rinvenire un autonomo spazio applicativo della prima, così come la precisazione del concetto di "atti preparatori obiettivamente rilevanti" ma non penalmente rilevanti.

Quanto al primo problema, il modello in esame mira tendenzialmente alla prevenzione di delitti di "attentato", tutti ormai pacificamente riletti, alla luce di una interpretazione costituzionalmente conforme, come delitti che puniscono come consumate condotte che presentano *almeno* la struttura del tentativo punibile⁷¹. La lettura proposta consente di individuare uno spazio di autonomia alla fattispecie preventiva, fondata sulla commissione di atti preparatori e quindi equivoci, evitando la sua sovrapposizione con quella punitiva, corrispondente invece al tentativo punibile, composto da atti idonei e soprattutto univoci⁷².

In effetti, venendo al secondo problema – la definizione del concetto di "atti preparatori obiettivamente rilevanti" – se il tentativo punibile richiede la sussistenza di atti idonei per, e univoci verso, la commissione del delitto, il modello preventivo in

⁶⁹ Per una critica in tal senso, in particolare sulla mancanza di innovatività dell'inciso, così come della incompatibilità con la prevenzione *ante delictum*, sia consentito il rinvio a LASALVIA, *La riforma del codice antimafia: prime osservazioni critiche*, in *AP*, 2017, 863 ss.; tentano comunque di attribuire razionalità innovativa all'inciso, TONA, VISCONTI, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *LP*, 14 febbraio 2018, 11.

⁷⁰ MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose*, cit., 112.

⁷¹ GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Padova, 1966; ID., voce *Attentato (delitto di)*, in *Noviss. Dig.*, Appendice, I, Torino, 1980, 60 ss.; ID., voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 340.

⁷² In tale senso, GALLO E., voce *Misure di prevenzione*, cit., 16; *contra*, per la possibile sovrapposizione tra le due fattispecie, autorevolmente, BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *QC*, 1975, 268; NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 646.

esame considera sufficienti, in positivo, atti che abbiano una rilevanza esterna pur rimanendo nella fase della preparazione e siano "significativi" rispetto al fine delittuoso del destinatario e, in negativo, che i detti atti non abbiano perfezionato nè il tentativo punibile nè il delitto di attentato cui sono connessi⁷³. Essi, in altri termini, debbono essere nè idonei nè prossimi da un punto di visto logico e temporale all'inizio di esecuzione del fatto tipico⁷⁴.

La costruzione così delineata da un punto di vista interpretativo ha trovato autorevole conferma nella giurisprudenza costituzionale, dal momento che – affermano i giudici delle leggi – quanto alla determinatezza della fattispecie «si può dunque dire che la distinzione tra tentativo punibile ed atto preparatorio è certamente percepibile e che l'atto preparatorio consiste in una manifestazione esterna del proposito delittuoso che abbia un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura di reato [...] se così è, è difficile negare che le fattispecie [in esame] abbiano i necessari requisiti di determinatezza» in quanto «gli atti preparatori, infatti sono riferiti ad una pluralità di figure di reato tassativamente indicate, sottolineandosi in tal modo l'accennato carattere strumentale dell'atto preparatorio medesimo, sottolineatura ulteriormente ribadita con l'inciso "obiettivamente rilevanti" che richiama non solo e non tanto il dato, ovvio, della rilevanza esterna dell'atto quanto la sua significatività rispetto al fine delittuoso perseguito dall'agente»⁷⁵.

⁷³ Sul concetto di "significatività", quale sinonimo di "univocità", per alcuni va preferita una concezione oggettiva, ricavabile dall'espressione "obiettivamente rilevanti", MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose*, cit., 111; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 124; per altri invece una concezione soggettiva, allo scopo di evitare una sovrapposizione con il tentativo punibile, GALLO E., voce *Misure di prevenzione*, cit., 16; PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 209. Per una posizione più articolata, PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., 272, 275: «Sotto il profilo soggettivo, deve essere data con qualunque mezzo la prova dello scopo criminoso propostosi dall'agente. Sotto il profilo oggettivo devono essere realizzati degli atti obiettivamente costituenti delle *condiciones sine quibus non* per la realizzazione dello scopo, o comunque adeguati a facilitare la realizzazione di quest'ultimo [...] la loro "obiettiva rilevanza" viene a designare un requisito ulteriore [...] si potrebbe ipotizzare che sono atti preparatori obiettivamente rilevanti quelli che, oltre agli estremi prima indicati, presentano la caratteristica di consistere in una obiettiva modificazione dello stato dei fatti e delle cose operata in vista della commissione del reato».

⁷⁴ Per NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 646, «l'atto preparatorio, soprattutto se qualificato come "obiettivamente rilevante", è un quid storicamente e logicamente definibile»; esprime invece perplessità sulla possibilità in concreto di individuazione di detti atti, MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose*, cit., 112.

⁷⁵ Corte cost. 177 del 1980.

3.4. Il quarto modello.

Le fattispecie fondate sul precedente reato ripetono la struttura delle fattispecie preventive presupposto della misura di sicurezza e, come queste ultime, presentano un *deficit* di determinatezza descrittiva nettamente inferiore rispetto ai modelli prima esaminati. Si tratta delle fattispecie riferite: «e) a coloro che *abbiano fatto parte di associazioni politiche* disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente; [...] g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano *stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni*, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d)» (art. 4, cod. ant.). Il modello in esame si costruisce intorno alla indicazione di una determinata classe di delitti – delitti in materia di armi ed esplosivi, o delitti di partecipazione ad associazioni vietate dalla legge penale, per esempio – cosicché i comportamenti che qualificano il presupposto applicativo della misura preventiva possono essere dedotti *per relationem* sulla base dell'*id quod plerumque accidit*, cui si affianca un indice particolarmente sintomatico in chiave di valutazione della pericolosità sociale, quale la previa commissione di un delitto della stessa specie di quelli che si intendono prevenire⁷⁶.

In tal modo costruita, la formulazione in esame si propone come base di partenza per una costruzione costituzionalmente tollerabile delle fattispecie preventive, alla quale faremo particolare riferimento nella seconda sezione del presente lavoro.

4. (segue). La pericolosità sociale.

La fase *statica*, che consiste nella riconduzione obiettiva del proposto in una delle fattispecie previste dalla legge, costituisce solo il presupposto per dare avvio alla fase

⁷⁶ Si veda, PALAZZO, *La recente legislazione penale*, cit., 265, 266; nel senso di una potenziale sovrapposizione con la misura di sicurezza, MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose*, cit., 115; PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 209.

dinamica, consistente invece nella verifica della attualità della pericolosità sociale del proposto, momento centrale nell'economia del giudizio di prevenzione ed autentico *ubi consistam* delle misure preventive, per loro intrinseca natura rivolte alla amministrazione del futuro e non alla punizione del passato.

Il giudice deve quindi necessariamente valutare il proposto come pericoloso al momento della decisione e disporre la misura di prevenzione solo quando abbia elementi per ritenere che, se non controllato, il proposto potrebbe commettere i delitti la cui realizzazione si intende invece prevenire.

La rilevanza della valutazione di attualità della pericolosità sociale del proposto, intorno alla quale ruota il fondamento, *logico* prima che normativo, delle misure preventive, ci impone di precisarne chiaramente il campo operativo, il contenuto e i parametri valutativi, pur tenendo conto di quanto quello della pericolosità sociale rappresenti uno dei concetti più rilevanti e al tempo stesso maggiormente indeterminati in tutto il diritto penale sostanziale e processuale⁷⁷.

Quanto al campo operativo, sebbene il codice antimafia ne richieda espressamente la verifica solo per il foglio di via obbligatorio⁷⁸ e per la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza⁷⁹, la pericolosità sociale del proposto si deve intendere quale requisito

⁷⁷ Il giudizio prognostico di pericolosità sociale, in senso fondante o escludente l'applicazione di un istituto, è ampiamente diffuso nell'ordinamento penale. Sono tanti e di varia collocazione sistematica gli istituti che fondano la propria applicazione sull'esistenza di una pericolosità sociale del destinatario – come le misure di prevenzione, le misure di sicurezza, le misure cautelari quando applicate per esigenze esoprocessuali, ma anche la recidiva, espressione, in uno a una maggiore colpevolezza, di una maggiore pericolosità sociale del destinatario – o che escludono la propria applicazione sulla base dell'inesistenza della pericolosità sociale, come la sospensione condizionale della pena, oppure nella fase esecutiva, le misure alternative alla detenzione. In tutte queste ipotesi, quale momento ineludibile si colloca il giudizio di pericolosità sociale e le problematiche connesse, le quali si ripetono indistintamente ogni volta che la verifica della pericolosità sociale si pone condizione per l'applicazione di uno tra i vari istituti sopra riportati. Per una ricognizione delle numerose sedi in cui compare il concetto in esame, con lo scopo di verificare se esso abbia lo stesso contenuto, recentemente, BASILE F., *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale?*, in *La pena, ancora. Scritti in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile F., Gatta, Milano, 2018, 956-961.

⁷⁸ Art. 2, cod. ant.: «Qualora le persone indicate nell'articolo 1 *siano pericolose per la sicurezza pubblica* e si trovino fuori dai luoghi di residenza, il questore può rimandarvele con provvedimento motivato e con foglio di via obbligatorio, inibendo loro di ritornare, senza preventiva autorizzazione ovvero per un periodo non superiore a tre anni, nel comune dal quale sono allontanate»: la pericolosità debba essere effettiva ed attuale, *ex multis*, TAR Lazio Latina, sez. I, 21 marzo 2013, n. 255, in *DeJure*; TAR Liguria Genova, sez. I, 13 luglio 2017, nn. 609, 608, 607, 606, 605, *ivi*; TAR Toscana Firenze, sez. II, 25 marzo 2013, n. 488, *ivi*; TAR Veneto, sez. III, 5 ottobre 2012, n. 1247, *ivi*.

⁷⁹ Art. 6, co. 1, cod. ant.: «Alle persone indicate nell'articolo 4, *quando siano pericolose per la sicurezza pubblica*, può essere applicata nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza»: il dato normativo è inequivoco e non prevede eccezioni,

ineludibile per applicare *qualsiasi* misure che riveste funzione *preminentemente* preventiva, perciò mirante alla eliminazione o riduzione di pericoli futuri e non alla reazione a un fatto illecito commesso in passato⁸⁰. La verifica della attualità della pericolosità sociale non è, invece, presupposto per applicare le misure patrimoniali del sequestro e della confisca di prevenzione. In esito alla riforma introdotta con i "pacchetti sicurezza" (D.L. 23 maggio 2008, n. 92; D.L. 23 febbraio 2009, n. 11), mirante alla implementazione dello strumento ablativo nella lotta alle forme di accumulazione illecita di capitali, il codice antimafia ammette che sequestro e confisca possano disporsi anche a prescindere dalla pericolosità sociale del proposto al momento della decisione (art. 18, cod. ant.: «Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate *disgiuntamente* e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione *al momento della richiesta della misura di prevenzione*»). Le Sezioni Unite hanno in seguito statuito che la pericolosità sociale rimane requisito delle misure patrimoniali in esame: essa deve tuttavia sussistere, non tanto e necessariamente al momento della decisione, ma al momento della acquisizione della *res* al patrimonio del proposto⁸¹. Guardando al quadro delineato, per quanto interessa il presente lavoro, sequestro e confisca di prevenzione, mentre si discute ancora se possano qualificarsi come sanzioni punitive⁸² o come sanzioni

neppure per le persone indiziate di mafia: Cass., Sez. Un., 30 novembre 2017 (dep. 4 gennaio 2018), n. 111, in *DeJure*.

⁸⁰ La disposizione che disciplina la misura preventiva dell'avviso orale non considera espressamente quale presupposto la pericolosità sociale. Tuttavia, ci pare condivisibile una interpretazione in base alla quale la pericolosità sociale debba essere verificata anche laddove, per una svista normativa, non sia espressamente richiesta, trattandosi comunque di una misura di prevenzione. Si tratta di una grave incoerenza normativa, infatti, derivante dalla precedente normativa in base alla quale l'avviso orale si considerava solo in termini di presupposto per applicare la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, in caso di inosservanza; così anche MAZZACUVA FR., *Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 117; in questo senso, anche nella giurisprudenza amministrativa, *ex multis*, TAR Marche Ancora, sez. I, 6 settembre 2017, n. 705, in *DeJure*; TAR Calabria Reggio Calabria, 28 giugno 2016, *ivi*.

⁸¹ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *DeJure*; in chiave condivisibilmente critica al *decisum*, MAZZACUVA FR., *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *DPC, Riv. Trim.*, 2015, 4, 231 ss.; MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogiditze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *RIDPP*, 2015, 922 ss.; CIVELLO, *La sentenza "Spinelli" sulla confisca di prevenzione: resiste l'assimilazione alle misure di sicurezza, ai fini della retroattività della nuova disciplina normativa*, in *AP*, 2015, 260 ss.

⁸² *Ex multis*, MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, in *La pena, ancora*, cit., 919 ss.; ; MANGIONE, *La*

ripristinatorie⁸³, è indubbio come non possano certo ancora considerarsi misure preventive, essendo venuto meno il requisito della attualità della pericolosità sociale del proposto, autentico ubi consistam della prevenzione.

Quanto al concetto, il codice antimafia, ancora nella formulazione attuale, non fa sempre riferimento alla "pericolosità sociale", ma talvolta anche alla "pericolosità per la pubblica sicurezza". In alcune disposizioni, introdotte più di recente rispetto alla base tradizionale della normativa antimafia, si fa effettivamente riferimento alla "pericolosità sociale", – per esempio, all'art. 18, cod. ant. – mentre in alcune disposizioni, recepite dalla normativa tradizionale, – per esempio all'art. 2, 6, cod. ant. – invece il concetto di riferimento è la "pericolosità per la pubblica sicurezza". Le due espressioni scontano un processo interpretativo volto alla sovrapposizione dei due concetti, come risultato di un doppio fattore evolutivo. Il primo fattore deriva dalla maggiore incertezza che connota il concetto di "sicurezza pubblica" – secondo una lettura restrittiva, consistente nella sola tutela dei beni della incolumità dei cittadini e della salvaguardia dei beni essenziali pubblici e privati; secondo una estensiva, riferita a un concetto ampio di ordinato vivere civile⁸⁴ – rispetto a quello di "pericolosità sociale", che ha portato *naturaliter* alla assimilazione del primo al secondo. Il secondo fattore consiste invece nel processo di avvicinamento da tempo in atto tra misure di prevenzione e misure di sicurezza, cosicché la pericolosità sociale, tradizionalmente riferita alle seconde, estende la propria portata semantica e applicativa alle prime⁸⁵.

situazione spirituale della confisca di prevenzione, in RIDPP, 2017, 614 ss.; MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 155-159.

⁸³ VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora*, cit., 885 ss.; recentemente la tesi della natura ripristinatoria viene esposta, in chiave monografica, da TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca di ricchezza illecita*, Torino, 2020; e da FINOCCHIARO, *La confisca civile dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, in *Criminal Justice Network*, 20 settembre, 2018. Per qualche rilievo critico, LASALVIA, *Brevi riflessioni sulle confische moderne*, in *LP*, 12 febbraio 2020.

⁸⁴ Per la prima, NUVOLONE, voce *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 639, il quale considera costituzionalmente ammissibile una prevenzione *ante delictum* solo se riferita alla tutela preventiva da reati capaci di incidere sulle basi fondamentali della vita associata; per la seconda, SICLARI, *Le misure di prevenzione*, cit., 58; ricostruisce il dibattito, rilevando che il concetto di "sicurezza pubblica" sconta incertezza ovunque sia stato utilizzato nell'ordinamento penale, MAZZACUVA FR., *Il presupposto*, cit., 119.

⁸⁵ Contrari alla assimilazione dei concetti, autorevolmente, DE LEONE, *Contributo allo studio del processo di prevenzione*, in *AP*, 1961, 63; BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno CNPDS*, cit., 34; NEPPI MODONA, *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità*, in *Giur. cost.*, 1975, 3100: l'Autore considera la pericolosità per la sicurezza pubblica come concetto più sfumato ed esteso,

Seguendo la linea ora esposta, la Corte costituzionale ha in effetti riconosciuto comune fondamento e comune finalità delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione nella esigenza di prevenzione di fronte alla pericolosità sociale del soggetto⁸⁶ e nello stesso senso pare ormai pacificamente orientata la giurisprudenza di legittimità e di merito⁸⁷. In tale ottica la "pericolosità per la sicurezza pubblica", cui in alcune disposizioni si riferisce il codice antimafia, non è che la "pericolosità sociale", ripetendo dalla stessa il significato e la portata così come le insuperabili incertezze, in relazione tanto al contenuto e alla validità scientifica, quanto ai parametri di accertamento nel caso concreto. Il concetto di pericolosità sociale trova infatti espressa definizione in materia di misure di sicurezza, quale *probabilità* della commissione di un reato. Il codice penale descrive infatti la persona socialmente pericolosa come colei che ha commesso un fatto di reato «quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati» (art. 203, co. 1, c.p.), precisando che «la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133» (art. 203, co. 2, c.p.)⁸⁸. I parametri di valutazione della pericolosità sociale cui fa rinvio la legge sarebbero tuttavia privi di fondamento scientifico, e in ciò risiederebbe il *vulnus* di un giudizio prognostico di cui la normativa definisce il risultato ma non offre al giudice i mezzi per pervenirvi, se non rinviando in modo non esaustivo a quelli previsti dal codice penale per la commisurazione della pena in senso stretto (art. 133, c.p.)⁸⁹. Il giudizio sarebbe in tale ottica affetto da una intrinseca indeterminatezza della

riferibile non solo alla probabilità della commissione di nuovi reati, ma anche alla probabilità di manifestazioni esteriori di insofferenza o di ribellione ai precetti legislativi; per NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 640; invece il concetto avrebbe una portata più ristretta essendo interpretabile come probabilità di commissione non di qualsiasi delitto, ma solo di quei delitti che possono minare alle basi della convivenza civile.

⁸⁶ Corte cost. 68 del 1964; 113 del 1975; nello stesso senso, MARUCCI, *Le misure giurisdizionali di prevenzione penale e l'appartenenza ad associazioni mafiose*, in *Giur. it.*, 1971, II, c. 107, e SABATINI GIUS., voce *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la moralità pubblica*, in *Noviss. Dig.*, X, Torino, 1964, 773.

⁸⁷ Riportata ampiamente in MOLINARI, PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, cit., 114.

⁸⁸ Sul giudizio di pericolosità sociale delle misure di sicurezza, nella manualistica, particolarmente interessanti quanto ai rilievi critici, le considerazioni contenute in MANNA, *Corso*, cit., 634-637; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 875-880; PELISSERO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 767-768; sottolineano, in particolare, i caratteri problematici dei criteri normativi di riferimento, MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 830; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale*, cit., 841. Ancora, in argomento, TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *EDD*, XXXIII, Milano, 1983, 6 ss.; GUARNERI, voce *Pericolosità sociale*, in *Noviss. Dig.*, XII, Torino, 1965, 951 ss.

⁸⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 830.

fattispecie, che implica il sostanziale arbitrio del giudicante, portato a valutare una persona socialmente pericolosa sulla base di percorsi mentali arbitrariamente definiti e per tanto incontrollabili al destinatario⁹⁰.

Anche le scienze che studiano il comportamento umano non offrono risultati apprezzabili, ovverosia indici concreti che potrebbero essere utili al giudice per porre alla base della scelta una valutazione scientificamente fondata sulla propensione al crimine del proposto tale da rendere necessario un maggiore controllo tramite misure preventive. Due fattori in particolare rendono inutile il ricorso alle scienze comportamentali: il concetto di pericolosità sociale non corrisponde a un concetto scientifico, come per esempio quello riferito alle infermità mentali, ma a uno avente un fondamento giuridico sociale; il medico chiamato come perito in un processo penale possiede strumenti per valutare se il proposto sia affetto da una malattia mentale o se presenti disturbi comportamentali, ma non anche per affermare che il proposto sia socialmente pericoloso⁹¹. Tuttavia, anche qualora la pericolosità sociale avesse contenuto scientificamente apprezzabile, la letteratura scientifica ci conferma come il comportamento umano non sia predicibile se non nel brevissimo periodo e ciò non fa che confermare la delicatezza del concetto e del giudizio di pericolosità per ciò che tanto il giudice quanto i destinatari sono privi di punti di riferimento sia per il decidere che per il difendersi⁹².

La crisi della pericolosità sociale, che dalle misure di sicurezza si proietta sulle misure di prevenzione, si acuisce nel momento in cui va accertata nel giudizio di prevenzione laddove, differentemente dal giudizio per applicare misure di sicurezza, manca per

⁹⁰ NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 643; BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum*, cit., 369 ss.; NEPPI MODONA, *Misure di prevenzione*, cit., 3101 ss.; sul disagio della scienza psichiatrica, LO MONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità delle misure di prevenzione personale. Le ragioni di un disagio*, in QG, 1999, 735, il quale sdrammatizza essendo nella prassi i destinatari delle misure preventive persone che vantano un «corposo curriculum delinquenziale» per i quali si pone solo un problema di attualità della pericolosità sociale.

⁹¹ Così, MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 15.

⁹² In tale senso, PALERMO P., FERRACUTI F., DAL FORNO, FERRACUTI S., LISKA, PALERMO M., *Considerazioni sulla predicibilità del comportamento violento*, in IP, 1992, 154 ss.; esiti scientifici ripresi in ambito giuridico penalistico da PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di Ferracuti F., XIII, Milano, 1990, 313 ss. e in *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, 77, per il quale unica garanzia possibile è la bontà umana del giudicante; LO MONTE, *Marginalità sociale*, cit., 733, il quale sostiene che valutazione in esame «ha le stesse probabilità di successo di una persona che si affidi al lancio di una moneta per prendere una decisione».

definizione il previo accertamento del fatto penalmente rilevante, quale indice garantistico e fondamentale indizio di pericolosità sociale del destinatario, trattandosi come tradizionalmente affermato di misure *ante o praeter delictum*⁹³.

Le difficoltà nella verifica della pericolosità sociale si manifesta in concreto in quella criticabile giurisprudenza che deduce la pericolosità sociale del proposto dal precedente inquadramento della vicenda in una delle fattispecie preventive previste dalla legge. Trattasi di una lettura invalsa per le fattispecie di pericolosità qualificata, *in primis* per gli indiziati di appartenere alle associazioni mafiose, laddove si afferma che «la pericolosità del proposto è presunta dal legislatore sulla sola base dell'esistenza di indizi dell'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, non essendo richiesto [...] l'accertamento in concreto di detta pericolosità» e così anche per il presupposto della attualità della pericolosità sociale che «deve considerarsi necessariamente implicito nel carattere permanente del reato associativo e dalla forza del vincolo che da esso promana, dai quali legittimamente può trarsi una presunzione di attualità del pericolo a fronte della quale incombe sull'interessato l'onere di portare elementi dai quali possa fondatamente desumersi l'avvenuta interruzione del rapporto e, dunque, l'inattualità della pericolosità»⁹⁴. Una medesima lettura si apprezza anche nella applicazione delle misure preventive alle fattispecie di pericolosità generica, laddove in alcune pronunce si afferma che la pericolosità sociale «risulta pressoché connaturata alla riscontrata sussistenza delle suindicate condizioni, essendo alquanto difficile immaginare che soggetti rispondenti alle descritte caratteristiche possano essere, al tempo stesso, non pericolosi per la sicurezza pubblica, latamente intesa»⁹⁵.

La lettura appena esposta, che presume la pericolosità sociale dalla riconduzione del proposto nella fattispecie preventiva, ci pare criticabile dal momento che finisce per *obliterare* la doppia fase del giudizio di prevenzione⁹⁶. Secondo la normativa, attuale

⁹³ Ancora, MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit., 17; MAZZACUVA FR., *I presupposti*, cit., 120; PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 183; BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum*, cit., 35.

⁹⁴ *Ex multis*, Cass., Sez. II, 10 maggio 2017, n. 25778; Id., Sez. II, 24 marzo 2017, n. 17218; Id., Sez. II, 10 aprile 2017, n. 23446; tutte sulla scorta della natura permanente del vincolo associativo mafioso, che implicherebbe la persistenza della pericolosità sociale fino a prova contraria offerta dal proposto, secondo la logica *semel mafioso, semper mafioso*.

⁹⁵ *Ex multis*, Cass., 22 marzo 1996, Ranasinghe, in *DeJure*.

⁹⁶ Doppia fase del giudizio di prevenzione, che viene costantemente confermata dalla giurisprudenza di legittimità recente: in particolare, tra le pronunce più nella definizione della questione in esame, Cass., 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale, in *DeJure*; 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), n. 349, Bosco, *ivi*; 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro, *ivi*; 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini, *ivi*; 11

il proposto va prima ricondotto in una fattispecie preventiva, quale *presupposto* necessario a dare avvio al momento davvero *fondante* la misura preventiva quale strumento di profilassi sociale, la verifica della attualità della pericolosità sociale del proposto, risultando altrimenti la misura del tutto ingiustificata. In tale senso, conformemente alla prevalente opinione scientifica, si afferma come «l'appartenenza a quelle categorie è invero condizione necessaria, ma non sufficiente per la sottoposizione a misure di prevenzione: perchè in concreto tali misure possano essere adottate, occorre, infatti, anche un particolare comportamento che dimostri come la pericolosità sia effettiva ed attuale e non meramente potenziale»⁹⁷ e tanto vale per qualsiasi fattispecie preventiva, anche in materia di indiziati di mafia, non essendo prevista dalla legge una attenuazione della verifica della attualità della pericolosità sociale del proposto per determinate fattispecie preventive, o tantomeno una inversione dell'onere della prova gravante sul destinatario⁹⁸. In tale senso, il principio di diritto, recentemente ribadito dalle Sezioni Unite, per cui il momento della verifica in concreto della pericolosità sociale costituisce fase valutativa *ineludibile* per qualsiasi giudizio di prevenzione conferma la rilevanza della pericolosità sociale come rivolta al futuro nella struttura e nella normativa riferita alle misure di prevenzione, condizionandone – laddove essa sia effettivamente richiesta dalla legge – la funzione prevalentemente rivestita e determinandone la posizione nel sistema giuridico complessivamente inteso. La inadeguatezza o la genericità, invece, di parametri normativi per orientare il giudice nella verifica della pericolosità sociale in concreto, se anche rende effettivamente *prima facie* indeterminato il concetto e incontrollato il giudizio, non vale ad incidere sulla rilevanza e sulla posizione che la pericolosità sociale riveste quale momento fondante razionalmente la funzione preventiva assolta dalle misure in esame.

febbraio 2014, n. 23641, Mondini, *ivi*. Sul rischio di un appiattimento di fatto del giudizio di pericolosità sociale sulla previa fase di inquadramento del proposto nella fattispecie preventiva di pericolosità, MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, in *CP*, 2018, 1022.

⁹⁷ Corte cost. 32 del 1969.

⁹⁸ In tale senso, afferma la centralità della pericolosità sociale, anche alla luce del mutato dato normativo di riferimento, Cass., Sez. Un., 30 novembre 2017 (dep. 4 gennaio 2018), n. 111, in *penalecontemporaneo.it*, con nota di QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, 15 gennaio 2018.

5. Il contenuto delle misure.

Una chiave di lettura diffusa nella descrizione delle misure preventive si fonda sulla natura dei diritti soggettivi che ne risultano limitati: si differenziano quindi misure *ante delictum* personali – restrittive di beni personali – e misure patrimoniali – restrittive di beni patrimoniali –⁹⁹.

Cominciando dalle prime, il codice antimafia prevede il foglio di via obbligatorio, l'avviso orale e la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con o senza obbligo o divieto di soggiorno. La prima misura consiste in un provvedimento mediante il quale quando una persona si trovi fuori dai luoghi di residenza e sia pericolosa per la sicurezza pubblica il questore ne ordina il rimpatrio e ne inibisce il ritorno per un periodo non superiore ai tre anni (art. 2, cod. ant.). La seconda misura consiste in un invito del questore a un soggetto che sia pericoloso per la sicurezza pubblica a cambiare condotta quando sussistano indizi a suo carico (art. 3, co. 1, cod. ant.). Quando il destinatario sia stato condannato per delitti non colposi, il questore può imporre anche il divieto di possedere strumenti – quali apparati di comunicazione radiotrasmittente, radar, visori notturni, indumenti e accessori per la protezione balistica individuale, mezzi di trasporto blindati o modificati al fine di aumentare la potenza e la capacità offensiva, armi a modesta capacità offensiva, *aut similia* – che possano in qualsiasi modo agevolare la commissione di reati o comunque rendere meno agevole il controllo da parte delle autorità di pubblica sicurezza (art. 3, co. 4, cod. ant.). La terza misura – la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, di applicazione giurisdizionale in considerazione della maggiore incidenza sulle libertà personali – consiste nella vigilanza delle autorità di pubblica sicurezza sul destinatario socialmente pericoloso tenuto alla osservanza di tutte le prescrizioni che il giudice considera necessarie per la difesa sociale (art. 6, cod. ant.), quali, per esempio: se si tratti di persona indiziata di vivere con il provento di reati, darsi entro un congruo termine alla ricerca di un lavoro, fissare la propria dimora, farla conoscere nel termine stesso all'autorità di pubblica sicurezza e non allontanarsene senza preventivo avviso

⁹⁹ È la prospettiva accolta anche dal codice antimafia che intitola il Titolo I "Le misure di prevenzione personali", il Titolo II "Le misure di prevenzione patrimoniali". Per una analisi esaustiva, si rinvia alla trattazione di MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 64 ss. (per le personali), 490 ss. (per le patrimoniali).

all'autorità medesima (art. 8, co. 3, cod. ant.); oppure, per tutti i potenziali destinatari, non allontanarsi dalla dimora senza preventivo avviso all'autorità locale di pubblica sicurezza; non associarsi abitualmente alle persone che hanno subito condanne e sono sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza; non accedere agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento, anche in determinate fasce orarie; non rincasare la sera più tardi e non uscire la mattina più presto di una data ora e senza comprovata necessità e, comunque, senza averne data tempestiva notizia all'autorità locale di pubblica sicurezza; non detenere e non portare armi; non partecipare a pubbliche riunioni (art. 8, co. 4, cod. ant.). Il giudice, in considerazione del giudizio individualizzante sulla pericolosità sociale, può imporre altresì tutte le prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale, e, in particolare, il divieto di soggiorno in uno o più comuni o in una o più regioni, ovvero, con riferimento al pericolo di delitti di violenza domestica o familiare, il divieto di avvicinarsi a determinati luoghi frequentati abitualmente dalle persone cui occorre prestare protezione o da minori (art. 8, co. 5, cod. ant.). Qualora sia applicata la misura dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale o del divieto di soggiorno, può essere inoltre prescritto di non andare lontano dall'abitazione scelta senza preventivo avviso all'autorità preposta alla sorveglianza e di presentarsi all'autorità di pubblica sicurezza preposta alla sorveglianza nei giorni indicati ed a ogni chiamata di essa (art. 8, co. 6, cod. ant.).

Alla valutazione della incidenza della misura sulla sfera giuridica del destinatario, tuttavia partecipano non solo le limitazioni dirette – quelle cioè espressamente derivanti dal provvedimento applicativo – ma anche le limitazioni indirette – quelle cioè automaticamente derivanti dallo *status* di destinatario di una misura di prevenzione – quali per esempio limitazioni nei rapporti economici commerciali con la pubblica amministrazione – divieto di rilascio o revoca di licenze, autorizzazioni, concessioni (art. 66 ss., cod. ant.) – ed effetti penali – quali quelli derivanti dalla inosservanza delle prescrizioni imposte con il provvedimento applicativo, oppure aumenti sanzionatori in occasione della commissione di determinati delitti da parte del destinatario della misura preventiva (art. 71 ss., cod. ant.) –.

In conclusione, le misure personali presentano, con varia incidenza, un contenuto evidentemente limitativo o afflittivo, diretto e indiretto, consistente ora in una

limitazione della libertà di movimento o di circolazione – come ritiene la giurisprudenza costituzionale in ordine al foglio di via obbligatorio¹⁰⁰ – ora in una limitazione dell'*habeas corpus* – come ritenuto per la sorveglianza speciale, *a fortiori* se accompagnata dall'obbligo o dal divieto di soggiorno¹⁰¹ –. Sono tuttavia altrettanto evidenti i tratti preventivi, che paiono *confermare* la natura dei provvedimenti mediante i quali esse sono disposti come strumenti di profilassi sociale. Particolarmente evocativi sono in effetti i contenuti di alcune misure, in particolare se rapportati ai presupposti del giudizio di prevenzione. Al cospetto di destinatari ricondotti in una delle fattispecie preventive che si connotano per essere espressione descrittiva di indici di potenziale pericolosità – fase statica –, e verificatane la attualità della pericolosità sociale, come probabilità di commissione di delitti se non adeguatamente i destinatari controllati – fase dinamica –, le misure in esame consentono di amministrare il pericolo mediante provvedimenti individuali e concreti volti alla eliminazione delle occasioni delittuose. In tale ottica sono particolarmente emblematiche le disposizioni che consentono al questore di adottare divieti di detenere armi, indumenti e accessori per la protezione individuale balistica, mezzi di trasporto modificati o blindati che sarebbero utili per sottrarsi ai controlli di polizia, strumenti informatici per crittazione di messaggi o conversazioni, esplosivi, oppure le prescrizioni imposte dal giudice di non associarsi a pregiudicati o frequentare locali in determinati orari notturni, di non partecipare a riunioni pubbliche. Tutte disposizioni che acquistano un significato autenticamente preventivo – nella misura in cui siano applicate sulla scorta di una effettiva valutazione di pericolosità sociale attuale del destinatario – in quanto dirette alla eliminazione o riduzione delle occasioni propizie alla commissione di delitti la cui realizzazione esse mirano ad evitare e ad agevolare il controllo da parte delle autorità di pubblica sicurezza.

¹⁰⁰ In tale senso, Corte cost. 2 del 1956; 45 del 1960; 68 del 1964; critico, riconoscendo al rimpatrio obbligatorio la natura di limitazione alla libertà personale, MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 683 ss.; PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 189; NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 640; MAZZACUVA FR., *Tipologia e natura delle misure applicabili*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 131.

¹⁰¹ Tra le prime, Corte cost. 11 del 1956; non rientra, tuttavia, tra le privazioni della libertà personale ex art. 5 CEDU, secondo la Corte EDU, che invece la considera limitativa della libertà di movimento ex art. 2 prot. 4 CEDU (con l'eccezione del caso Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980); sul punto, MAZZACUVA FR., *Tipologia*, cit., 132.

Guardando alle misure patrimoniali, del tutto assenti sono invece i tratti preventivi nel contenuto della confisca, come ampiamente noto *istituto senza patria*, dal cui contenuto *amorfo*¹⁰² non è possibile ricavarne alcun indizio circa la sua natura, se non all'esito di una analisi dei suoi presupposti applicativi. In effetti, la confisca di prevenzione consiste in un provvedimento ablatorio di beni di cui il destinatario non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonchè dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego (art. 24, cod. ant.). Viceversa, le meno note misure dell'amministrazione giudiziaria di beni connessi ad attività economiche e delle aziende, così come del controllo giudiziario delle aziende, presentano significativi tratti preventivi, che risultano evidenti già dalla definizione normativa dei presupposti applicativi (art. 34, 34-bis, cod. ant.). Esse non si applicano infatti *contro* le aziende interessate – tanto che non devono sussistere i presupposti per applicare la confisca, quali la riconduzione del titolare del bene a una delle fattispecie preventive – ma *per* l'azienda, quando cioè si accerti la sussistenza di pericoli concreti di infiltrazione mafiosa nel libero esercizio dell'attività di impresa e, quanto al loro contenuto, consistono nella predisposizione e attuazione di programmi di sostegno e aiuto alle imprese coinvolte¹⁰³. Al contrario la confisca si indirizza *contro* i destinatari della prevenzione *ante delictum* quando il proposto sia riconducibile a una delle fattispecie preventive previste dalla legge, anche senza che sia necessario accertarne la attualità della pericolosità sociale al momento della proposta, e ciò costituisce un indice di notevole rilevanza della differenza di funzione che può intercorrere tra confisca e le altre misure patrimoniali ora descritte, quanto tra la prima e tutte le misure preventive personali.

¹⁰² Sulla varietà delle confische, NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012; sia consentito il rinvio anche a LASALVIA, GUERCIA, *La confisca e le confische*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, 2^a, a cura di Manna, Milano, 2019, 1111 ss.

¹⁰³ VISCONTI, *Strategie di contrasto all'inquinamento criminale nell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *RIDPP*, 2014, 716 ss.; parlano di scopi *protettivi* delle imprese, TONA, VISCONTI, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione*, cit., 31; PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *RIDPP*, 2017, 656.

Tanto premesso, il contenuto delle singole misure, dal canto nostro, se non vale a dirimere la questione, può tuttavia *confermarne* la natura giuridica, come in definitiva desunta in esito a una valutazione complessiva della disciplina applicativa, e in particolare della struttura del giudizio preventivo e dei presupposti applicativi¹⁰⁴. Il contenuto delle misure analizzate – con la sola eccezione della confisca di prevenzione, già in precedenza ricondotta *fuori* dalla prevenzione *ante delictum* alla luce dei suoi presupposti applicativi orientati in chiave retrospettiva – ci offre un quadro che non si pone in antitesi con la funzione che la prevenzione *ante delictum* mira a rivestire nel sistema. I tratti preventivi sono in effetti evidenti, mentre la questione relativa al grado di incidenza delle misure sulla sfera giuridica del destinatario non ne condiziona la natura, ma al massimo lo statuto delle garanzie minime che la Costituzione riconosce per la limitazione di determinate libertà personali. Esistono in effetti misure dal contenuto identico, ma che rivestendo funzioni differenti, non sono ovviamente sovrapponibili: libertà vigilata, sorveglianza speciale, libertà controllata possiedono sostanzialmente medesimi contenuti, eppure la prima è misura di sicurezza, la seconda misura di prevenzione, la terza sanzione punitiva; oppure, sul piano patrimoniale, il provvedimento di ablazione autoritativa di un patrimonio in sé considerato si propone con il *nomen* di confisca, ma anche di espropriazione di pubblica utilità: ciò che le differenzia e ne implica una diversa disciplina, non è il contenuto della misura, evidentemente identico, ma i presupposti dai quali si desume la differente natura giuridica delle due ipotesi esemplificativamente richiamate. Ciò offre la conferma di quanto sia inutile tentare di desumere la natura giuridica di un istituto, non dai presupposti applicativi, ma tenendo conto del contenuto e del grado incidenza sulla sfera giuridica del destinatario. Sui

¹⁰⁴Ci sia consentito dissentire da quelle impostazioni (per esempio, esposta da SICLARI, *Le misure di prevenzione*, cit., 205 ss.) che ricavano la natura dell'istituto dalla analisi del contenuto della singola misura di prevenzione, pervenendo a differenti nature quante sono le misure previste dalla legge. Si afferma in quella prospettiva, per esempio, la natura amministrativa delle misure questorili, la natura invece penale della sorveglianza speciale. Viceversa, pare maggiormente condivisibile l'impostazione di cui al testo: le misure devono ricavare la loro natura giuridica, non dal loro particolare contenuto o dalla natura del soggetto che le applica, ma dalla funzione effettivamente rivestita, tratta dalla disciplina dei presupposti applicativi. Essa, quando fissa i medesimi presupposti per tutte le misure, non può mutare da misura a misura, in base al contenuto, facendo sì che qualcuna sia amministrativa – le questorili – e qualcuna sia penale – le giurisdizionali –, qualcuna sia preventiva qualcuna sia punitiva. In questo senso, invece, le misure o sono tutte amministrative preventive, o sono tutte punitive giurisdizionali.

profili appena considerati, anche essi di notevole rilevanza, ma non per la individuazione della natura giuridica, si tornerà nella seconda sezione del presente lavoro, allo scopo di individuare quale tra le libertà costituzionali siano limitate dalle misure in esame e quindi quali siano le garanzie costituzionali che il potere autoritativo deve osservare all'atto della loro restrizione.

6. La natura punitiva. Le pene del sospetto.

La riflessione sulla struttura, sulla disciplina e sul contenuto delle misure preventive offre un quadro esaustivo entro il quale muoversi per delinearne la possibile natura giuridica. La struttura del giudizio di prevenzione si compone, dunque, di una fase *presupposto* – la riconduzione del proposto in una delle fattispecie preventive previste dalla legge – necessaria per avviare la fase *fondante* la misura – la verifica della attualità della pericolosità sociale del destinatario –, in quanto mirante ad impedire la realizzazione di condotte delittuose. In tale ottica, si muovono la giurisprudenza convenzionale e costituzionale, quando affermano la natura preventiva delle misure in esame in quanto «non implicano un giudizio di colpevolezza ma tendono a impedire la commissione di atti criminali, non potendo quindi essere comparate a una pena» e pertanto *non realizzano una risposta ordinamentale al fatto illecito e perciò non sono qualificabili come sanzioni*¹⁰⁵. Tale prospettiva – che, a dire il vero, può sembrare

¹⁰⁵ *Ex multis*, Corte EDU, Riela c. Italia, 4 settembre 2001; Id., Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980; Id., Ciancimino c. Italia, 27 maggio 1991; Id., Raimondo c. Italia, 22 febbraio 1994; di recente, afferma ancora la natura preventiva di una misura prevista nell'ordinamento croato, assimilabile alla misura di prevenzione personale italiana del DASPO, Corte EDU, Serazin c. Croazia, 8 novembre 2018, con nota di sintesi di GALLUCCIO, *La Corte EDU esclude la natura penale del DASPO e, conseguentemente, la violazione del principio 'ne bis in idem' in caso di misura disposta per fatti oggetto di una condanna penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2018. Per una visione di insieme della giurisprudenza costituzionale e convenzionale, già in parte citata, CELOTTO, *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 23 ss.; nonchè CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *La legislazione antimafia*, cit., 612-616; di recente, afferma a chiare lettere la natura preventiva delle misure personali di prevenzione *ante delictum*: Corte cost. n. 24 del 2019: «imperniate come sono su un giudizio di persistente pericolosità sociale del soggetto, le misure di prevenzione personale hanno una chiara finalità preventiva anzichè punitiva, mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quantomeno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. L'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della

viziata da una semplificazione, per cui banalmente laddove la disciplina presuppone una valutazione sulla pericolosità sociale, allora si esclude la qualifica sanzionatorio-punitiva – è ampiamente criticata da coloro che, sulla base anche di considerazioni teoriche, ma in particolare di una attenta osservazione della prassi applicativa, considerano le misure di prevenzione espressione di una evidente "truffa delle etichette" e le qualificano come "pene del sospetto"¹⁰⁶, o, più recentemente, "pene senza delitto"¹⁰⁷. A dire della opinione appena riportata, le misure preventive, alla luce di una mal fatta costruzione delle fattispecie preventive, più orientata alla punizione del passato che alla prevenzione del futuro, in uno a un giudizio prognostico di pericolosità sociale privo di solide basi scientifiche, realizzerebbero quei compiti di difesa sociale e di tutela di beni giuridici di rilevanza costituzionale che la giustizia penale non riesce più a garantire¹⁰⁸.

pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto per il passato» (corsivo nostro).

¹⁰⁶ Su tutti, per una esaustiva trattazione delle argomentazioni verso la natura punitiva, tanto di ordine teorico, quanto di ordine pratico, MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Misure di prevenzione antimafia. Attualità e prospettive*, a cura di Crocetta, Curtotti, Lorzio, Lorusso, Manna, Motti, Milano, 2019, 11 ss.; ID., *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit., 3 ss.; ID., *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 189 ss.; ID., *Misure di prevenzione. Aspetti comparatistici e prospettive di riforma*, in QG, 1995, 311 ss.; con argomentazioni, in parte, sovrapponibili, VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 1601.

¹⁰⁷ Per tale espressione, AA.VV., *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto. Atti del V Convegno AIPDP (Milano, 18-19 novembre 2016)*, in RIDPP, 2017, 399-660; con differente, ma affine, espressione: CONSULICH, *Le sanzioni senza precetto*, cit., 1 ss. Si richiama sovente anche l'espressione di "misure *praeter probationem delicti*", volendo evidenziare la funzione delle misure preventive quale surrogato della pena, quando il reato sia stato commesso, ma non si sia raggiunto lo standard probatorio per pronunciare condanna: guardando alla distorta prassi applicativa, sia consentito il rinvio a MANNA, LASALVIA, *"Le pene senza delitto": sull'inaccettabile "truffa delle etichette"*, in AP (web), 2017, 1.

¹⁰⁸ *Ex multis*, MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit., 3; GALLO E., voce *Misure di prevenzione*, cit., 15; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 122; PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 239 ss.; PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 195 ss.; D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 51 ss.; NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in IP, 1973, 471, 472; NEPI MODONA, *Misure di prevenzione*, cit., 3098; MUSCATIELLO, *Teoria e prassi delle misure di prevenzione*, in *Temi Romana*, 1982, 267; PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, 136, 137; CATENACCI, *Le misure personali di prevenzione fra "critica" e "progetto": per un recupero dell'originaria finalità preventiva*, in RIDPP, 2017, 530; DELLA RAGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del sistema penale*, in *DisCrimen*, 20 aprile 2020, 40; con particolare riferimento alle fattispecie di pericolosità qualificata, in quanto aventi come presupposto il commesso reato, seppur non accertato, D'ASCOLA, *Il confine di carta*, cit., 179; MOCCIA, *Le misure di prevenzione*, cit., 789; di recente, prende atto delle criticità del sistema attuale, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale "reale"*, Napoli, 2020, 21 ss., *contra*, analizzando i dati statistici sulle applicazioni delle misure preventive personali messi a disposizione dalla Questura di Milano e dal

La prospettiva evidenziata, le misure preventive come "pene del sospetto", è incontestabile, tanto che delle deficienze della struttura del giudizio di prevenzione si è fatto cenno quando sono stati descritti i punti fondanti della disciplina applicativa. La costruzione delle fattispecie, se non in rarissime ipotesi, è mal fatta. Le fattispecie non sono infatti costruite guardando al futuro ma sembrano realizzare un tentativo disperato di *ingabbiare* fatti penalmente rilevanti che il proposto ha commesso in passato e dei quali non si sono raggiunti gli standard probatori per condannare. Ne sono espressione emblematica le fattispecie fondate sull'indizio di aver commesso un determinato delitto, non a caso il modello di formulazione più rilevante a livello di politica criminale e nella prassi giurisprudenziale. La verifica della pericolosità sociale stenta a occupare una posizione *fondante* la misura preventiva, stante la crisi del concetto di pericolosità e del connesso giudizio prognostico, come precedentemente abbiamo osservato. Ne deriva come la fase *fondante* una misura autenticamente preventiva si dissolva o si appiattisca sulla fase presupposto, considerando il giudice sufficiente per applicare la misura ricondurre il proposto alla fattispecie preventiva¹⁰⁹ sulla base di meri indizi che nella prassi, secondo alcuni osservatori, degraderebbero finanche a sospetti qualificati¹¹⁰.

Al di là della qualificazione come "pene del sospetto", derivante dalla osservazione della prassi applicativa, sono state portate anche ulteriori argomentazioni di ordine teorico verso la natura sanzionatorio-punitiva delle misure in esame. La natura punitiva delle misure di prevenzione sarebbe quindi desumibile dalla rilevanza scientifica che il problema della pericolosità criminale ha assunto per il diritto penale, mentre nessun approfondimento si ritrova in ambito amministrativistico¹¹¹. In effetti, prima del consolidamento dei postulati della Scuola classica, non si preveniva ma si puniva la pericolosità sociale, tanto che le tradizionali classi di pericolosi erano considerate in fattispecie incriminatrici e non preventive, e trovavano collocazione in

Tribunale di Milano per il quadriennio 2012-2016, MARIANI, *Le misure di prevenzione personale nella prassi milanese*, in *DPC*, 2018, 10, 267 ss. e spec. 309.

¹⁰⁹ In questo senso, AMATO GIUL., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 538-540; MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, in *CP*, 2018, 1022; ID., *La materia penale*, cit., 1936; recentemente, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., 443.

¹¹⁰ PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 272.

¹¹¹ VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 1596.

tutti i codici penali ottocenteschi e non nelle leggi di pubblica sicurezza¹¹². Si rileva poi che la misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, è disposta dal giudice all'esito di un procedimento giurisdizionale, e cioè nel contraddittorio tra le parti davanti a un giudice terzo e imparziale, di modo che la sede applicativa varrebbe ad escluderne la natura amministrativa¹¹³. In effetti, la misura di prevenzione ad applicazione giurisdizionale implica una limitazione dell'*habeas corpus*, derivante da un complesso di prescrizioni che incide sul destinatario in misura pari, se non finanche superiore, a quanto accade in caso di applicazione di misure pacificamente sanzionatorie, se non anche qualificate formalmente come pene. Il riferimento va alla nozione sostanziale di "pena" o "materia penale", individuando nel grado di severità della misura il criterio fondante la natura giuridica¹¹⁴. In tale senso, si sostiene che se anche le misure in esame possano rivestire una qualche funzione preventiva, essa non può costituire il *discrimen* per desumerne la natura punitiva o non punitiva, in quanto ormai la funzione preventiva è anche funzione della pena propriamente detta, di modo che il vero criterio dirimente è nel grado di afflittività della misura. La sorveglianza speciale, *a fortiori* se accompagnata dall'obbligo o divieto di soggiorno, è fortemente afflittiva per il destinatario e ciò imporrebbe di qualificare la misura come punitiva e farne discendere l'applicazione del relativo statuto garantistico¹¹⁵.

Le argomentazioni riportate, volte a tracciare la natura sanzionatorio-punitiva delle misure di prevenzione, non ci persuadono per i motivi che andiamo ad esporre.

Le misure di prevenzione *ante delictum* assolvono a una funzione preventiva, anche quando per ragioni di garanzia nella limitazione della libertà personale sono di applicazione giurisdizionale, senza che questo incida sulla loro natura giuridica. Preliminarmente, non ci pare dirimente la circostanza puramente fattuale per cui la pericolosità criminale sia stata approfondita nel diritto penale e non anche nel diritto amministrativo, così come la circostanza per cui la pericolosità criminale in una fase storica illiberale veniva punita tramite fattispecie incriminatrici e non prevenuta

¹¹² VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 1597-1599.

¹¹³ MANNA, *Misure di prevenzione: aspetti comparatistici e prospettive di riforma*, cit., 312.

¹¹⁴ MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 197.

¹¹⁵ D'ASCOLA, *Il confine di carta*, cit., 147 ss.; DELLA RAGIONE, *Le misure di prevenzione*, cit., 40.

mediante misure amministrative di polizia. La natura giuridica di una misura si ricava dalla funzione *preminente* assolta, come desunta dalla struttura e della disciplina positiva complessivamente considerata. Non assume rilevanza, insieme ovviamente al grado di approfondimento dedicato da un determinato settore scientifico, la natura amministrativa o giurisdizionale dell'autorità pubblica competente, così come il grado di afflittività della misura. La natura punitiva delle misure di prevenzione non si può ricavare dalla natura giurisdizionale del procedimento e quindi dalla scelta di affidare la applicazione alla decisione di un giudice nel contraddittorio tra le parti¹¹⁶. Si deve considerare allo stato normativo e giurisprudenziale attuale superata una connessione univoca tra giurisdizione e sanzione, e tra amministrazione e prevenzione: esistono in effetti numerose ipotesi di *giurisdizionalizzazione della amministrazione*, così come di *amministrativizzazione della giurisdizione*, e nel primo senso si collocano proprio le misure preventive – tanto *ante delictum*, quanto *post delictum*, in quanto si ha che un giudice sulla base dei limiti previsti dalla legge *amministra* il pericolo mediante *provvedimenti* individualizzanti – mentre nel secondo si collocano le sanzioni amministrative punitive, ormai in ampia diffusione nel sistema che affida la punizione alla pubblica amministrazione, come nel settore delle autorità indipendenti¹¹⁷. In tale ottica, la scelta verso la giurisdizionalizzazione della amministrazione deriva dalla esigenza di tutela del destinatario della misura, quando essa sia limitativa delle libertà fondamentali, come la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, la cui applicazione non a caso fu affidata al giudice per superare i difetti di costituzionalità in relazione alla riserva costituzionale di giurisdizione (art. 13, co. 2, Cost.), mentre la giurisdizionalizzazione non veniva prevista per le restanti misure preventive, in quanto ritenute non limitative dell'*habeas corpus*. A dire il vero, la giurisdizionalizzazione può derivare anche da ragioni di economia processuale, che chiaramente non incidono sulla natura giuridica della misura trasformandola: il risarcimento del danno derivante

¹¹⁶ Anche lo stesso VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 1612, riferendosi alla giurisdizione quale *discrimen* tra le misure punitive e non, afferma: «oggi ciò più non vale: o vale assai meno [...] altre misure sono affidate alla giurisdizione, non già in ragione del loro collegamento con il reato, ma, come si è detto, in forza del loro contenuto restrittivo od afflittivo, analogo per un verso al contenuto delle pene e per altro verso a quello delle misure di sicurezza».

¹¹⁷ Rileva il fenomeno, esito della speculazione scientifica della scuola pubblicistica tedesca dello scorso secolo, GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, cit., 988; sulla giurisdizionalizzazione della amministrazione, BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 864; ID., *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, in *Scritti giuridici (1966-1980)*, Padova, 1980, 264.

dal reato non si trasforma in una sanzione penale solo in quanto disposto dal giudice penale nel processo penale. La giurisdizionalizzazione pertanto deriva dal contenuto della misura: esso incide sulle garanzie riconnesse alla limitazione del diritto soggettivo del destinatario, ma non sulla natura giuridica della misura, che – lo si ripete – deriva dalla funzione che essa *primariamente* riveste alla luce della struttura e disciplina positiva prevista dalla legge. Sulla scorta delle medesime considerazioni, non è dirimente neppure il grado di afflittività della misura, anche esso ricavabile dal suo contenuto, piuttosto che dalla funzione da essa *preminemente* rivestita. Le misure preventive implicano un contenuto variamente afflittivo, come tutte le misure variamente restrittive della sfera giuridica del destinatario determinano una qualche inflizione di un male. Del risarcimento del danno nessuno dubita che possa essere afflittivo per il destinatario, ma pacificamente ne ammettiamo la natura ripristinatoria e non punitiva. Delle misure cautelari custodiali, come per esempio la custodia cautelare in carcere, privativa della libertà personale dell'imputato, nessuno ne afferma la natura punitiva, in quanto massimamente afflittiva per il destinatario.

Ci pare che tale *modus operandi* sia accolto anche dalla Corte EDU¹¹⁸, che non a caso qualifica come "materia penale" misure dotate di una afflittività lievissima, come la decurtazione dei punti dalla patente, e come estranea alla "materia penale", la confisca di prevenzione, qualificata come una *civil forfeiture*. Il fondamento – a meno di voler porsi in una prospettiva paradossale per cui la Corte EDU qualifica irragionevolmente una misura meno afflittiva come "materia penale" e una notevolmente più afflittiva come estranea alla "materia penale" – sta nella posizione primaria attribuita al criterio della funzione *preminente* assolta dalla misura. La decurtazione dei punti dalla patente, anche se lievemente afflittiva, è considerata "materia penale" in quanto punitiva, la

¹¹⁸ Supera il criterio del grado di afflittività, tra i *leading cases*, Corte EDU, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, in cui per la prima volta fu data rilevanza preminente al criterio della funzione, a dispetto del criterio fondato sulla severità della misura, superando così l'argomento fondato sulla modestissima afflittività che connotava la misura in discussione – la decurtazione dei punti dalla patente – e decretandone comunque l'appartenenza alla "materia penale". In tale senso, posizione confermata successivamente: Corte EDU, Lutz c. Germania, 25 agosto 1987; Id., Varuzza c. Italia, 9 novembre 1999; Id., Lauko c. Slovacchia, 2 settembre 1998; Id., Anghel c. Romania, 4 ottobre 2007; Id., Huseyin Turan c. Turchia, 4 marzo 2008, e in sede di Grande Camera, Corte EDU, Jussila c. Finlandia, 23 novembre 2006, in cui si afferma l'irrilevanza della modesta entità, in ragione della centralità del criterio della finalità della misura.

confisca di prevenzione, anche se notevolmente afflittiva, è considerata preventiva e quindi non punitiva¹¹⁹.

In tale ottica, il sistema italiano conosce in effetti misure, variamente denominate, che assolvono a funzioni pacificamente differenti e che tuttavia presentano il medesimo contenuto: la libertà vigilata come misura di sicurezza; la sorveglianza speciale come misura di prevenzione; la libertà controllata come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi; oppure, per fare un esempio ulteriore, la confisca di sicurezza come misura di sicurezza; la confisca per equivalente come pena, e la confisca di prevenzione come misura di prevenzione.

La critica verso le "pene del sospetto", invece ampiamente condivisibile, non può condizionare la natura giuridica delle misure in esame, rappresentando piuttosto un difetto derivante dalla prassi applicativa. Esso deriva, come abbiamo anticipato, da una costruzione difettosa delle fattispecie preventive e dalla mancanza di riferimenti normativi e strumenti processuali per effettuare un giudizio prognostico scientificamente fondato. Ciò implica uno notevole sforzo ricostruttivo, anche in ottica *de iure condendo* – che sarà avviato nella seconda sezione del presente lavoro – e non una rinuncia allo strumento in esame in quanto asseritamente incompatibile con il sistema ordinamentale delineato dalla Costituzione e dalle Carte internazionali dei diritti. Tanto premesso per superare la tesi della supposta natura punitiva, occorre ora approfondire il fondamento della natura preventiva delle misure in esame. Ci pare utile dare avvio alla riflessione partendo dalla valutazione della attualità della pericolosità sociale, momento fondante la prevenzione, quale funzione *preminente* rivestita dalle misure in esame, in contrapposizione al giudizio di responsabilità, momento fondante la punizione, quale funzione *preminente* rivestita invece dalla sanzione punitiva.

¹¹⁹ Il criterio che fa leva sul grado di afflittività della misura per desumerne la natura giuridica è peraltro tacciato di indeterminatezza, in quanto condizionato a una logica quantitativa, senza che tuttavia siano chiari i confini di quanto debba essere severa una misura per potersi ritenere appartenente alla "materia penale". In tale senso, riporta problematica, criticando un approccio fondato sulla afflittività in quanto indeterminato, incontrollabile, e foriero di esiti contraddittori, MAZZACUVA FR., *La materia penale*, cit., 1904; posizione poi consolidata dal medesimo Autore, in *Le pene nascoste*, cit., 16 ss.

7. La natura preventiva. Conclusioni.

Seguendo la logica del "doppio binario", alla quale abbiamo aderito in premessa, le misure possono quindi rivestire una *preminente* funzione punitiva o una *preminente* funzione preventiva.

Con la nozione di "funzione punitiva" si fa riferimento alla punizione, come inflizione di un male voluto e resosi necessario in ottica di reazione a un fatto illecito, che include anche una prevenzione generale, in ottica di deterrenza e di intimidazione. Con la nozione invece di "funzione preventiva" si fa riferimento alla prevenzione speciale individuale, in ottica di neutralizzazione o di trattamento della pericolosità del destinatario. La prima si realizza tramite un giudizio di accertamento di una responsabilità, la seconda si compie tramite un giudizio di attualità della pericolosità, seguendo i due giudizi direzioni opposte, il primo verso il passato, il secondo verso il futuro. La differenza si proietta sul presupposto fondante le misure, la responsabilità per il primo, che implica la sanzione come risposta per il fatto illecito commesso, la pericolosità per il secondo, che implica la misura preventiva come strumento utile ad impedire fatti illeciti nel futuro. Si comprende allora come alla misura preventiva, diversamente dalla sanzione, che sia civile oppure penale, *rectius*, ripristinatoria o punitiva, sia estranea l'idea del rimprovero per il fatto commesso, quindi della reazione al fatto illecito. La sanzione trova invece fondamento nel fatto illecito: esso ne costituisce la causa, l'antecedente logico giuridico, la ragione sufficiente, senza il quale la sanzione sarebbe del tutto ingiustificata. La misura preventiva trova invece fondamento nella pericolosità sociale: essa ne costituisce la causa, e non anche il fatto illecito, senza il quale la misura sarebbe comunque concettualmente giustificata. La funzione preventiva, che si sostanzia nella valutazione della pericolosità sociale, è, pertanto, rispetto alla funzione punitiva che invece si concreta nell'accertamento della responsabilità per il fatto illecito, su una posizione opposta e non sovrapponibile.

Tale prospettiva non trova obiezione nella posizione assunta dalla prevenzione tra le funzioni cui assolve *anche* la sanzione penale: che la pena possa realizzare funzioni preventive ci pare pacifico, tanto in ottica di deterrenza intimidazione quanto in ottica di neutralizzazione o risocializzazione del destinatario, ma trattasi di un connotato *accessorio*, dal momento che *preminente* rimane la funzione punitiva, cui ovviamente

naturaliter, anche nelle modalità di esecuzione della stessa, si affiancano funzioni preventive.

Non dirimente è anche il dato per cui le misure preventive, per presupposto normativo o per prassi applicativa, seguano alla commissione di fatto illecito. Vero è che le misure di sicurezza possono essere applicate «soltanto alle persone socialmente pericolose, che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato» (art. 203, co. 1, c.p.), mentre le misure di prevenzione sono sovente addirittura applicate alle persone pericolose socialmente che vantano un corposo curriculum delinquenziale¹²⁰. Tuttavia, il dato differenziale rispetto alla sanzione, sta nella circostanza per cui mentre le sanzioni si applicano *a causa* del fatto illecito, le misure preventive si applicano *in occasione* di un fatto illecito: per le prime si ha una connessione che può definirsi *giuridica*, per le seconde una connessione che può definirsi meramente *materiale*¹²¹. In tale ottica, il fatto illecito, laddove sia richiesto o sia accertato, costituisce solo un dato storico che la disciplina potrebbe anche *eventualmente* elevare a presupposto normativo, in quanto indicativo di una potenziale pericolosità sociale, mentre non si candida mai a causa o ragione sufficiente della misura, la cui applicazione non deve prescindere – lo si ripete – dalla sola valutazione di attualità della pericolosità sociale del destinatario¹²².

La differenziazione del giudizio applicativo si ha anche nel *modus operandi* del giudice. Nel giudizio di accertamento della responsabilità, il giudice deve accertare il fatto contestato e in caso di esito positivo affermare la colpevolezza dell'imputato, senza che residuino spazi di discrezionalità valutativa – salvo istituti che eccezionalmente interrompono la sequenza logica tra fatto illecito e sanzione-. Nel giudizio di pericolosità sociale, il giudice, pur constatando i comportamenti tenuti dal proposto, *valuta* se o meno – e quale – applicare la misura ma non necessariamente la dispone. Residuano quindi ampi spazi di discrezionalità che tradizionalmente

¹²⁰ In una analisi della prassi applicativa sul territorio milanese, MARIANI, *Le misure di prevenzione personale nella prassi milanese*, cit., 294 e spec. 308; così anche, LO MONTE, *Marginalità sociale*, cit., 735.

¹²¹ Così, BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 854.

¹²² In tale ottica, MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 851; nonché, MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, cit., 1026: «se la consequenzialità rispetto ad un reato fosse di per sé sufficiente a qualificare un istituto come punitivo, dopotutto, si dovrebbe necessariamente concludere per una sostanziale omogeneità teleologica delle pene e delle misure di sicurezza (e quindi per l'illegittimità costituzionale della disciplina delle seconde)».

connotano l'*agere* amministrativo, in quanto mirante alla individuazione della scelta che realizzi efficacemente un bilanciamento tra interessi pubblici e privati contrapposti, sia pure nei limiti invalicabili fissati dalla legge¹²³.

Se le differenze ora esposte consentono di tenere distinte le misure sanzionatorie dalle misure preventive, confermando come le seconde non possano mai confluire nelle prime, ci pare necessario fare un passo avanti e verificare quale sia il rapporto reciproco *tra* le misure preventive, tradizionalmente definite *post delictum* e *ante delictum*, e cioè tra le misure di sicurezza e le misure di prevenzione *stricto sensu* intese. La prospettiva che si intende avviare non è nuova, dal momento che tanti hanno in precedenza desunto la natura delle seconde dalla natura riconosciuta alle prime, e lo stesso percorso tenteremo di fare in questa sede.

La base di partenza che occorre chiarire per compiere il percorso annunciato sta nella verifica della sostanziale identità concettuale tra misure di sicurezza e misure di prevenzione. Ci pare in effetti che tra prevenzione *post delictum* e prevenzione *ante delictum* non vi sia alcuna differenza concettuale e che ancor meno siano le differenze nella prassi applicativa. La funzione *preminentemente* preventiva, volta alla eliminazione delle occasioni delittuose, unifica tutte le misure preventive, che in tale ottica sono sempre *ante delictum*¹²⁴. La pericolosità sociale, nonostante la disciplina delle misure di prevenzione faccia riferimento alla "pericolosità per la sicurezza pubblica" (art. 6, cod. ant.), individua comunque, al di là delle varie interpretazioni proposte, la «probabilità di un evento temuto»¹²⁵. Il presupposto del commesso fatto illecito nelle misure di sicurezza, se contribuisce a definire con maggiore precisione la fattispecie preventiva, non vale a mutare la natura giuridica del provvedimento, che non trova fondamento nel fatto illecito, che invece costituisce mero indizio della pericolosità sociale. Differenza fattuale, quella del previo fatto illecito commesso, che a dire il vero si apprezza nella teoria piuttosto che nella prassi applicativa delle misure

¹²³ Lo rileva, chiaramente, PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 645, 658: «provvedimenti [fondati sul giudizio di pericolosità personale] di questo tipo hanno funzioni non di giustizia [...] l'affidamento ad organi giurisdizionali lascia in ombra che la loro funzione non è di giustizia, ma di polizia».

¹²⁴ *Ex multis*, autorevolmente, NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633: «Non vi può essere differenziazione concettuale: in quanto tende a impedire futuri crimini, la prevenzione è sempre *ante delictum*», rilevando tuttavia come «naturalmente, il fatto che un reato sia stato già accertato può qualificare in modo diverso la situazione soggettiva di pericolosità».

¹²⁵ BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 863; CARNELUTTI, *Lezioni*, cit., 45.

di prevenzione, essendo le misure preventive *ante delictum* tendenzialmente disposte verso destinatari socialmente pericolosi che, come anticipato, possiedono un rilevante curriculum delinquenziale. Nel senso di una parificazione delle misure di prevenzione con le misure di sicurezza, seppure non costantemente, si colloca anche la giurisprudenza costituzionale che ha in varie occasioni esteso principi di diritto formulati in materia di misure di sicurezza alla disciplina delle misure di prevenzione, evidentemente sulla scorta di una comunanza concettuale¹²⁶. Una conferma normativa si rinviene anche nella disciplina dei rapporti tra misure di prevenzione e misure di sicurezza disposte nei confronti di un medesimo destinatario. Quando il destinatario sia sottoposto alla misura di sicurezza detentiva o alla libertà vigilata, «non si può far luogo alla sorveglianza speciale» (art. 13, cod. ant.), così come «l'obbligo di soggiorno cessa di diritto se la persona obbligata è sottoposta a misura di sicurezza detentiva» (art. 15, co. 2, cod. ant.), dai quali si ricava una regola di assorbimento o di piena fungibilità tra le due misure in quanto aventi medesima funzione di prevenzione speciale criminale.

La sostanziale parificazione ci consente dunque di compiere un percorso comune alle misure preventive, partendo dalle misure di sicurezza per poi estenderne i risultati alle misure di prevenzione. Tale prospettiva, come anticipato, partendo dalla qualificazione delle misure di sicurezza come sanzioni punitive, aveva consentito di affermare *per relationem* la natura altrettanto sanzionatorio-punitiva delle misure di prevenzione¹²⁷.

¹²⁶ In questo senso, Corte cost. 291 del 2013, con nota di CORTESI, *Misure di prevenzione personali: prime dichiarazioni di incostituzionalità del d.lgs. 159/2011*, in *AP (web)*, 2014, 1, 1 ss.; il giudice delle leggi parte dal superamento della pericolosità sociale presunta nelle misure di sicurezza, per estendere i medesimi esiti interpretativi riferiti alla pericolosità per la sicurezza pubblica nelle misure di prevenzione (decretando in quella ipotesi l'illegittimità costituzionale di una fattispecie di presunzione di pericolosità, prevista dalla disciplina delle misure *ante delictum*); in precedenza, *ex multis*, Corte cost. 27 del 1959, affermando come «oggetto di tali misure [di prevenzione *ante delictum*], rimane sempre quello *comune a tutte le misure di prevenzione*, cioè la pericolosità sociale del soggetto» (corsivi nostri).

¹²⁷ In tale senso, VASSALLI, *Misure di prevenzione*, cit., 1595, 1629; diversamente, non segue tale parificazione in ordine alla natura giuridica, PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9ª, Milano, 2020, 810, il quale, nonostante affermi la natura sanzionatorio-punitiva delle misure di sicurezza, propende per la natura amministrativa delle misure di prevenzione, in quanto non fondate sul fatto di reato e non applicate nel processo penale; così, MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit. 834.

La tesi delle misure di sicurezza come sanzioni punitive trova fondamento in ciò che esse costituiscono una delle risposte al fatto illecito¹²⁸. La prospettiva tendente a ridurre concettualmente le misure *preventive* nelle misure *sanzionatorie* non ci convince per quanto sostenuto sulla differenza concettuale che intercorre tra *prevenzione* e *punizione* e sulla quale non occorre quindi ritornare, essendo sufficiente riaffermare come il fatto illecito sia un dato storico e non giuridico nella struttura della misura preventiva¹²⁹. Trattasi di una posizione che peraltro rischia di porsi in contrasto con il dato normativo, anche alla luce delle riflessioni scientifiche in punto di elementi costitutivi del reato. Di *reato* non sarebbe possibile discorrere nelle ipotesi di *quasi reato* – mancando addirittura il fatto tipico, in quanto inoffensivo o addirittura privo di materialità (art. 49, 115, c.p.) – così come nelle ipotesi di persona non imputabile – mancando il requisito della colpevolezza, il cui presupposto come, ormai sostenuto da autorevole dottrina¹³⁰, si ravvisa esattamente nella capacità di intendere e di volere e cioè di percepire il comando e determinarsi avendo come riferimento la norma penale (art. 85, c.p.)¹³¹. Il codice, tuttavia, prevede che sia comunque applicabile la misura di

¹²⁸ *Ex multis*, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7ª, Milano, 1975, 632; *contra*, NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633, il quale afferma come le misure preventive «ontologicamente non possono considerarsi sanzioni penali, anche se intervengono dopo il delitto; manca, della sanzione penale, la correlazione logica "violazione del comando – responsabilità – castigo"», salvo trattarsi, per come disciplinate in concreto, di "pene nascoste".

¹²⁹ Chiaramente il tutto vale salvo ravvisare, nel caso concreto e in riferimento alla disciplina prevista per una determinata misura, una evidente "truffa delle etichette" laddove alla funzione preventiva si sostituisca in concreto una funzione punitiva, quale *reazione* al fatto illecito commesso. In questo senso, ammonisce NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 651.

¹³⁰ In questo senso, sulla scorta della adesione alla concezione "normativa" della colpevolezza, quale rimprovero per non aver agito in modo conforme al precetto, assumono la imputabilità a presupposto della colpevolezza, senza la quale non si ha reato: BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990; MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997; la corrente manualistica aderisce a tale impostazione: *ex multis*, CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., 406; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 344-345; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale*, cit., 362; MANNA, *Corso*, cit., 338; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 288-290. In senso contrario, partendo dalla concezione "psicologica" della colpevolezza e dalla imputabilità quale status del soggetto attivo, in posizione quindi estranea al reato, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 490; nonché, partendo dalla analisi rigorosa del dato normativo sistematico, GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, 2ª, Torino, 2019, 383, e, in tempi meno recenti, guardando alla sistematica del codice penale, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, II, Torino, 1981, *passim*.

¹³¹ L'imputabilità come presupposto della colpevolezza, e quindi della sanzione, fonda anche la disciplina dell'illecito civile aquiliano: «non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi non aveva la capacità di intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso, a meno che lo stato di incapacità derivi da sua colpa» (art. 2046, c.c.). Il codice civile prevede, quindi, come non sia imputabile chi non è capace di intendere e di volere, giacché non rimproverabile: la circostanza per cui l'obbligo risarcitorio viene traslato su «chi era tenuto alla sorveglianza dell'incapace» non vale a mettere in discussione l'assunto. Essa deriva dalla esigenza di far ricadere il danno – e la correlata sanzione del risarcimento –

sicurezza, ritenendo evidentemente che il fatto di reato non ne sia fondamento causale, ma un dato storico *significativo* e addirittura *eventuale*, ma non certo indispensabile per disporre la misura, che in effetti mira a uno scopo preventivo e non alla punizione di un fatto commesso¹³².

Si sostiene poi che le misure di sicurezza sarebbero sanzioni punitive in quanto afflittive in misura pari alle sanzioni penali¹³³, ma, riportando le parole di un autorevole Studioso, tale afflittività non è concepita in funzione punitiva, ma è la conseguenza inevitabile di un provvedimento diretto ad altro scopo¹³⁴. Il destinatario della misura di sicurezza «può soffrire come un paziente soffre sotto un intervento chirurgico, ma nessuno può affermare che l'operazione ha lo scopo di recare sofferenza all'organismo del malato: la sofferenza è un semplice mezzo per arrivare alla guarigione»¹³⁵.

su soggetti che *comunque* sono titolari di una posizione di garanzia e quindi hanno maturato un qualche grado di paternità sul fatto, per effetto della violazione di un obbligo di controllo (art. 2047, c.c.). In questi termini – l'imputabilità come presupposto della colpevolezza e quindi elemento costitutivo dell'illecito –: GAZZONI, *Manuale*, cit., 725; TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 20^a, Padova, 1975, 210. Tesi, in particolare, sostenuta da coloro che propendono per la concezione "etica" della responsabilità aquiliana, fondata quindi sull'assunto "nessuna responsabilità senza colpa": tra i tanti, CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966; DE CUPIS, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1983, 464. Sulle affinità tra "atto" illecito civile e "atto" illecito penale, diffusamente GALLO M., *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014. *Contra*, propendendo verso una concezione "tecnicistica" della responsabilità civile aquiliana, fondata sull'assunto "nessuna responsabilità senza danno", ravvisa invece nella norma in discussione, una *ratio* di protezione dell'incapace sul quale l'ordinamento non intende addossare le conseguenze sanzionatorie della condotta, BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, 2^a, Milano, 2012, 658.

¹³² Considerazione ricavabile *de iure condito*: nulla esclude tuttavia che, partendo dalla qualificazione delle misure in esame come sanzionatorio-punitiva, se ne possa lamentare la contrarietà ai principi costituzionali di un simile assetto normativo: la questione, in questi termini, si sovrappone a quella che riguarda tutte le misure preventive, *lato sensu* intese, comprese le misure *ante delictum*, per le quali la giurisprudenza costituzionale, ma anche la dottrina quasi unanime hanno affermato, senza tentennamenti, la legittimità costituzionale, in quanto appunto aventi funzioni preventive.

¹³³ Tra i tanti, VENEZIANI (con il contributo di Cristillo), *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, II, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2014, 389; nonché, MANNA, *Corso*, cit., 631; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 871.

¹³⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 828; MAZZACUVA FR., *La materia penale*, cit., 1931, ricavandone la estraneità delle misure preventive ai canoni della riconoscibilità delle conseguenze giuridiche, in quanto misure alle quali è del tutto estranea l'idea di «motivabilità attraverso norme».. Questa è, come anticipato *supra* anche la prospettiva assunta ormai pacificamente dalla giurisprudenza convenzionale, che rifiuta di adottare un criterio discrezionale tra le misure fondate sul grado di afflittività della misura, a favore di un criterio fondato sulla funzione assolta, preventiva o punitiva.

¹³⁵ BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 861: «il carattere afflittivo delle misure è un elemento del tutto accidentale che, se può essere sentito come tale dal soggetto, non è però tale nell'intento del legislatore, nella causa che sta alla sua base».

Si afferma ancora la natura punitiva in quanto le misure di sicurezza sono applicate mediante un processo giurisdizionale¹³⁶, tuttavia trascurando il dato della *giurisdizionalizzazione della amministrazione*, dovuta a ragioni di garanzia costituzionale dei diritti soggettivi, oppure a ragioni di economia processuale o di connessione funzionale¹³⁷.

La conferma verso la tesi della natura preventiva e non punitiva delle misure di sicurezza si rinviene anche nella differente formulazione delle disposizioni costituzionali e codicistiche riferite alle pene e alle misure di sicurezza. Per le prime si usa il verbo «punire» (art. 25, co. 2, Cost; art. 1, c.p.), per le seconde il verbo «sottoporre» (art. 25, co. 3, Cost.; art. 199, c.p.), volendo evidentemente enfatizzare una alterità concettuale, che i sostenitori della tesi *punitiva* intendono superare, ma che, impressa nel dato costituzionale, fonda un differente statuto delle garanzie che connotano logicamente le due misure.

Tanto affermato, stante la parificazione puramente *concettuale*¹³⁸ delle misure preventive *lato sensu* intese, per come riflessa nella funzione preventiva e nella corrispondente struttura fondata sulla valutazione della attualità della pericolosità

¹³⁶ Così, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 871; VENEZIANI, *La punibilità*, cit., 389.

¹³⁷ Trattasi di una garanzia formale che non incide sulla loro natura giuridica: VASSALLI, *Misure di prevenzione*, cit., 1621, in riferimento al criterio della giurisdizione per decretare la natura della misura afferma: «Oggi ciò più non vale; o vale assai meno. Altre misure sono affidate alla giurisdizione, non già in ragione del loro collegamento con il reato, ma, come si è detto, in forza del loro contenuto restrittivo od afflittivo [...] quel criterio della giurisdizionalità, come distintivo dalle pene criminali, si affievolisce»; già così, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1981, 233; BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 856, che afferma come non di vera giurisdizione si tratti, ma di amministrazione del giudice; ID., *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in AA.VV., *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 14; recentemente, SPURI, *Della natura giuridica delle misure di sicurezza*, in CP, 2012, 3420.

¹³⁸ Il discorso effettuato – si badi – non intende disconoscere la circostanza che, *per come disciplinate dal e per come applicate secondo il codice penale*, alcune misure di sicurezza personali possano celare una autentica "truffa delle etichette". Situazione che si fa concreta, quanto al tipo di misure, guardando in particolare quelle di natura *custodiale* (colonia agricola, casa di lavoro), in quanto la loro esecuzione si attua mediante condizioni afflittive quasi del tutto assimilabili a quelle che connotano la esecuzione della pena propriamente detta, il che può far sorgere il rischio, se non anche il sospetto di una eterogenesi dei fini (sul punto, oltre a una pressoché concorde dottrina penalistica, di recente anche il filosofo del diritto, SANTORO, *Casa di lavoro e colonie agricole: un virus resistente alla civiltà giuridica?*, in LP, 9 dicembre 2020, 16-18); quanto ai presupposti applicativi, guardando alle – ormai superate, a ragione – misure applicate sulla base di *presunzioni di pericolosità sociale*, laddove, private del loro momento fondante – la valutazione di attualità di pericolosità sociale, rivolta al futuro – si trasformavano inevitabilmente – esattamente come la pena – in una risposta o reazione ulteriore al fatto commesso – rivolta quindi alla punizione del passato e parametrata alla gravità dell'illecito realizzato –, con ciò, pertanto, assumendo le sembianze di un inutile duplicato di repressione. Il tema della "truffa delle etichette" contenuta nel codice Rocco è ampiamente evidenziata, anche nella manualistica ricorrente: si veda, *ex multis*, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale*, cit., 835.

sociale, anche le misure di prevenzione *ante delictum* rivestono una funzione preventiva. In conclusione, le misure in esame – alla luce della struttura fondata sulla valutazione della attualità della pericolosità sociale – non possono qualificarsi, in senso ampio, come *sanzioni* e, in senso stretto, come *pene*¹³⁹. Posizione che trova fondamento, tuttavia, in una valutazione meramente *concettuale* della questione: essa lascia, almeno per il momento, ancora in disparte le riflessioni in ordine alla *deficitaria* normativa in materia e alla connessa *prassi applicativa* distorta. Trattati che incidono, senza dubbio, su una valutazione finale della questione in discussione.

8. Postilla. La funzione e il contenuto.

Il discorso sulla natura giuridica che abbiamo compiuto va completato tracciando le conclusioni in ordine alle ricadute applicative. Le misure, seguendo la logica del "doppio binario", alla quale abbiamo aderito, meritano di essere circondate da un determinato statuto garantistico a seconda che rivestano una *preminente* funzione preventiva o che rivestano una *preminente* funzione sanzionatorio-punitiva¹⁴⁰. Statuto

¹³⁹ Posizione non valevole, come anticipato, per la confisca di prevenzione, che svincolata dalla verifica della pericolosità sociale attuale del proposto, pecca del momento fondamentale che connota la prevenzione (*contra*, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, in *AP*, 2015, 249 ss., con nota critica di CIVELLO, *La sentenza "Spinelli" sulla confisca di prevenzione: resiste l'assimilazione alle misure di sicurezza ai fini della retroattività della nuova disciplina normativa*. In tale ottica, la confisca di prevenzione, secondo alcuni assume una funzione sanzionatoria (tra i tanti, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 189 ss.; MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *RIDPP*, 2015, 1277; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 179; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001; PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 342; MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, cit., 1027; le confische sono tutte sanzionatorie per CIVELLO, *La confisca nell'attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*, in *AP (web)*, 2019, 2, 14, secondo una opinione in via di diffusione, una *actio in rem*, ancorata a canoni civilistici (su tutti, VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione"*, cit., 885 ss.; in tale senso, prospettando una prevenzione *in rem*, FIANDACA, *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie. Atti del Convegno CNPDS (Milano, 27 novembre 2015)*, Milano, 2016, 21; in senso critico alla sistemazione para-civilistica, DELL'OSSO, *Sulla confisca di prevenzione come istituto di diritto privato: spunti critici*, in *DPP*, 2019, 995 ss.; MAUGERI, PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: fra istanze di tassatività e ragionevolezza se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *sistemapenale.it*, 24 novembre 2019, 54 ss. Il dibattito quindi esula dal tema del presente lavoro, incentrato sulle misure effettivamente preventive e quindi fondate sulla valutazione di attualità della pericolosità sociale: sia sufficiente affermare come ormai sia pacifico il superamento della funzione preventiva connotante anche la confisca, solo originariamente, a questo punto, di prevenzione.

¹⁴⁰ Per MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste*, cit., 70, «i due poli assiologici cui fare riferimento nei due binari della politica criminale» sono la *colpevolezza* – per la punizione –, la *proporzione* – per la

delle garanzie che fa leva, non tanto sul contenuto, quanto sulla logica del funzionamento della misura presa in considerazione.

Le misure sanzionatorie, che siano o meno limitative della libertà personale, siccome fondate sul rimprovero per il fatto commesso, implicano le garanzie connesse alla colpevolezza (l'irretroattività della legge sfavorevole rispetto al fatto, un grado "forte" di determinatezza della norma di condotta, la prevedibilità delle conseguenze giuridiche della scelta compiuta, il tutto sempre in ottica di autodeterminazione del destinatario al momento del fatto). Nessuno deve essere rimproverato – *rectius*, sanzionato – per un fatto non conosciuto o conoscibile al momento della scelta e di cui quindi non ha potuto valutare consciamente la convenienza o sconvenienza¹⁴¹.

Le misure preventive invece, che siano limitative della libertà personale o meno, non sono altrettanto fondate sull'idea di rimprovero per il fatto commesso e pertanto non necessitano di un identico statuto garantistico fondato sulla colpevolezza, autentico *ubi consistam* della sanzione. Una soluzione che estendesse alle misure preventive le garanzie previste per quelle sanzionatorie sarebbe sproporzionata in eccesso e pertanto irragionevole¹⁴². Le garanzie che invece si riconoscono alle misure preventive trovano fondamento nell'idea dello Stato di diritto¹⁴³, come complesso di principi e strutture

prevenzione –; in questi termini, FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *DPC, Riv. trim.*, 2014, 3-4, 167.

¹⁴¹ È infatti la colpevolezza, con i suoi riflessi sulla legalità, in particolare sulla determinatezza e sull'irretroattività, il principio caratterizzante la "punizione": in tale ottica, parla di «intima relazione tra punizione e colpevolezza», MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste*, cit., 34 ss. e 71 ss.; rileva il fondamento comune e la connessione tra i due principi citati, CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2ª, Torino, 2014, 59; VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 150; sul principio di legalità come specificazione del principio di colpevolezza, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 92, e ancora lo stesso Autore, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, II, Milano, 2007, 1308: «Nel diritto penale, invece, la norma penale si pone sempre e necessariamente in rapporto diretto con la volontà del soggetto agente e con la sua capacità di determinarsi nell'agire». Nella manualistica, in particolare, CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., 126, «il principio di colpevolezza presenta chiari collegamenti con il principio di legalità», in una ottica di beccariana memoria.

¹⁴² Rileva alcuni (dis)orientamenti della Corte EDU che estendono le garanzie personalistiche a misure non punitive come privi di reale fondamento argomentativo, nonché pericolosamente legittimanti misure preventive sproporzionate, MAZZACUVA FR., *La materia penale*, cit., 1915, 1916.

¹⁴³ «Stato di diritto è quello Stato in cui i cittadini sono soggetti di diritti soggettivi anche nei confronti dello Stato, il quale, organizzando il sistema della divisione dei poteri e della loro reciproca autonomia, garantisce l'esercizio e la tutela di tali diritti anche contro eventuali abusi da parte degli organi dello Stato»: autorevolmente, in questi termini, si esprime NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *AA.vv., Stato di diritto e misure di sicurezza*, cit., 163.

che mirano ad evitare qualsiasi abuso del potere pubblico nella limitazione dei diritti riconosciuti ai cittadini¹⁴⁴. Ragionevolezza delle scelte normative e applicative, proporzione tra mezzi utilizzati e scopi perseguiti e, in particolare, separazione tra soggetti titolari del potere normativo e soggetti titolari del potere applicativo. Garanzie che consistono quindi nella previsione e delimitazione del campo operativo del potere, – la base *legale* del potere – in uno alla applicazione giurisdizionale – la terzietà e imparzialità del soggetto applicatore –. Garanzie, quelle connesse allo Stato di diritto, che – si badi – non derivano dalla funzione rivestita dalla misura, ma che trovano fondamento nella incidenza del potere pubblico sulla sfera giuridica del destinatario. In tale prospettiva, occorre verificare quindi *se, in che termini e a quali condizioni* la limitazione di una libertà individuale per scopi preventivi sia ammissibile nel sistema costituzionale e convenzionale delle tutele nello Stato di diritto e, in particolare, a quali condizioni possano dirsi rispettate le richiamate garanzie sostanziali e processuali, *in primis* la legalità e la giurisdizionalità del potere preventivo¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Si tratta di assicurare la *preminence du droit*, per MAZZACUVA FR., *La materia penale*, cit., 1912; in ottica di graduazione dei principi, a ben vedere, si inserisce il richiamo alla "legalità preventiva", come differente dalla "legalità repressiva", di NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, cit., 470.

¹⁴⁵ Guardando all'incidenza della misura sulla sfera giuridica del destinatario, assumono una posizione centrale nella riflessione, le garanzie contenute nelle disposizioni costituzionali sulla libertà: la libertà personale (art. 13, Cost.), la libertà di circolazione (art. 16, Cost.), la libertà di iniziativa economica e il diritto di proprietà (artt. 41 e 42 Cost.) e in ambito CEDU, la privazione della libertà (5 CEDU), la limitazione della circolazione (art. 2 prot. 4 CEDU) e la tutela della proprietà (art. 1 prot. 1 CEDU).

SEZIONE SECONDA
LA MISURA. STATUTO, FATTISPECIE E CONTENUTO.

CAPITOLO I

STATUTO.

SOMMARIO: 1. Premessa. Dalla funzione al contenuto. – 2. Il fondamento costituzionale. Le misure preventive. – 3. Lo statuto delle garanzie. Il giudice. – 4. (segue). La base legale.

1. Premessa. Dalla funzione al contenuto.

La natura giuridica delle misure di prevenzione, come misure con funzione *preminentemente* preventiva e non sanzionatoria, – tenendo per il momento da parte, come anticipato in chiusura della precedente sezione, le considerazioni sulla deviante prassi applicativa – esclude che sia ad esse applicato lo statuto garantistico connesso alla punizione. Il principio di colpevolezza, con le sue ricadute sul principio di legalità in ottica di tutela della libertà di autodeterminazione dell'individuo al momento delle proprie scelte di azione, non trova in effetti fondamento logico nel funzionamento della prevenzione. Essa infatti non muove dal rimprovero per un fatto commesso dal destinatario della misura, di modo che estendere le garanzie connesse alla punizione anche alla prevenzione sarebbe irragionevole e in particolare controproducente per un efficiente funzionamento dello strumento in esame. Tale prospettiva non implica, tuttavia, che le misure preventive siano un campo libero dalle garanzie e cioè che il potere pubblico sia libero di incidere sulla sfera giuridica dei destinatari. In uno Stato di diritto, che riconosce i diritti inviolabili della persona, qualsiasi manifestazione del potere pubblico sulle libertà personali deve essere controllabile. In tale ottica, anche le misure preventive, essendo in varia misura limitative dei diritti inviolabili della persona, reclamano garanzie connesse all'essenza dello Stato di diritto. Tali sono, in particolare, la previa e precisa delimitazione del potere, la proporzione del mezzo utilizzato allo scopo perseguito, come antidoti contro *qualsiasi* arbitrio dell'autorità sulle libertà dell'individuo.

Nel presente capitolo ci occuperemo di verificare se siano ammissibili limitazioni dei diritti individuali in ottica preventiva; quale sia lo statuto di garanzie a tutela del cittadino, come ricavato sia dalla logica del funzionamento delle misure, sia dalla logica dello Stato di diritto. La prospettiva, come evidente dalle considerazioni appena fatte, si sposta quindi dall'analisi della *funzione* rivestita dalle misure preventive – più

utile, invero, ad escludere l'attrazione di quelle allo statuto della punizione – al contenuto delle misure preventive, guardando alla loro incidenza *qualitativa* e *quantitativa* sulla sfera dei diritti fondamentali del destinatario.

2. Il fondamento costituzionale. Le misure preventive.

Il dibattito sulla ammissibilità di una prevenzione *ante delictum* sconta un *intenzionale* ritardo, che deriva dalla plausibile sensazione di trovarsi al cospetto di misure ritenute utili, ma dal passato infelice e particolarmente espressive della concezione valoriale illiberale-fascista. Prospettiva che ci offre una lettura, tanto del silenzio mantenuto dal testo costituzionale¹⁴⁶ – che riconosce ovviamente la pena e le misure di sicurezza, mentre non fa alcun riferimento esplicito alle misure di prevenzione¹⁴⁷ –, quanto del disinteresse della dottrina – che si interessa di particolari profili della disciplina delle misure di prevenzione¹⁴⁸ – e del giudice costituzionale – il quale si sofferma esclusivamente sulle garanzie procedurali e non anche, con adeguato sforzo

¹⁴⁶ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 137, per il quale «il dibattito sarebbe stato evitato, mirando espressamente allo scopo di non riconoscerle (o forse di ignorarle, evitando i problemi)»; parla di «disinteresse, più o meno casuale», AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 509; rileva il disagio e il senso di imbarazzo per l'argomento da parte dei costituenti, in considerazione dell'uso altrettanto politico che ne fu fatto contro i fascisti, ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 22 ss.

¹⁴⁷ Il silenzio della Costituzione non veniva inteso come preclusivo del sistema preventivo e subito dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale le prime proposte governative sono orientate alla soluzione di questioni piuttosto procedurali, come in particolare quella del trasferimento della competenza applicativa dalla amministrazione al giudice per le misure limitative della libertà personale, dando per scontato implicitamente la legittimità costituzionale delle limitazioni preventive della libertà. Nella medesima posizione, anche la Cassazione, facente funzione di giudice delle leggi, secondo la quale «la Costituzione ha inteso non già abolire qualsiasi forma di limitazione della libertà personale, ma trasferire al potere giudiziario la funzione preventiva affidata alla polizia dagli artt. 164-180 del Testo Unico» (Cass., Sez. III, 22 aprile 1952, in *Giustizia penale*, 1952, II, 1002) e tuttavia non dichiara mai l'illegittimità della disciplina formale dell'ammonizione, sulla scorta della adesione alla tesi della natura programmatica delle norme costituzionali. Va registrata, tuttavia, la posizione isolata e ben presto superata dei giudici di merito, sulla ritenuta abrogazione implicita della disciplina per effetto della entrata in vigore della Costituzione. Per una ricostruzione del dibattito parlamentare che condusse alla approvazione della L. 27 dicembre 1956, n. 1423, si veda AMATO GIUL., *Potere di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, cit., 330 ss.

¹⁴⁸ Tra i tanti, ALIOTTA, *In tema di costituzionalità dei provvedimenti emessi dalle commissioni per l'ammonizione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, II, 405; SEVERINO M., *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro padano*, 1950, IV, 103; BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, ivi, 1951, IV, 271; MIGLIOLI, *Misure di p.s. e Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1951, II, 185; BARILE, *Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale*, in *Foro padano*, 1951, IV, 175; CUOMO, *Ammonizione, confino e libertà personale*, in *Foro penale*, 1951, II, 207. In tutti i contributi citati predomina il tema della qualificazione delle misure in esame come limitative della libertà personale o della libertà di movimento e delle garanzie procedurali connesse alla loro limitazione.

argomentativo, sulla ammissibilità *tout court* del sistema preventivo¹⁴⁹. La giurisprudenza costituzionale in effetti afferma, quasi apoditticamente e con una definizione che si ripete costantemente in tutte le decisioni in materia, l'esistenza di un principio di prevenzione e sicurezza sociale «per il quale l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema delle norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire»¹⁵⁰, ancorandone il riferimento costituzionale all'art. 13 Cost. o all'art. 16 Cost. quando si discute di questioni procedurali, come la competenza giurisdizionale o amministrativa, e all'art. 25, co. 3, Cost. quando piuttosto si discute di questioni sostanziali, come la determinatezza delle fattispecie preventive di pericolosità soggettiva.

Ci pare, tuttavia, fondamentale, per fondare una disciplina costituzionalmente ammissibile della prevenzione *ante delictum*, definire preliminarmente quale possa essere la copertura costituzionale, per poi ricavarne dalla stessa i caratteri fondanti.

Una lettura autorevole afferma che la prevenzione *ante delictum* non abbia copertura costituzionale (prospettiva tuttavia mai accolta dalla Corte costituzionale)¹⁵¹. Tale prospettiva considera il silenzio del Costituente come significativo di un ripudio della prevenzione *ante delictum*, intesa quale limitazione dei diritti individuali non consentita dalle garanzie costituzionali in tema di libertà personale (art. 13, Cost.) e libertà di movimento (art. 16, Cost.).

¹⁴⁹ La Consulta, sin dalle prime sentenze, affermando l'illegittimità costituzionale del profilo procedurale del rimpatrio obbligatorio con traduzione, nonché dell'ammonizione, in quanto sebbene limitative della libertà personale venivano applicate dall'autorità amministrativa, finiva implicitamente per superare positivamente il problema della legittimità *tout court* del sistema (per il rimpatrio, Corte cost. 2 del 1956; per l'ammonizione, Corte cost. 11 del 1956). In adesione all'indirizzo della Cassazione prima, della Corte costituzionale poi, in ordine alla legittimità *tout court*, GALLI G., *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 1, n. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423*, in *Giust. pen.*, 1964, 19 ss.; criticamente, AMATO GIUL., *Potere di polizia*, cit., 336, per il quale le citate sentenze segnarono di fatto il consolidamento delle misure di prevenzione nell'ordinamento repubblicano, offrendo il viatico per la nuova legislazione in materia (L. 1423 del 1956).

¹⁵⁰ *Ex multis*, Corte cost. 27 del 1959; 23 del 1964, con nota di NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 197 ss., e di ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, *ivi*, 1964, 938 ss.

¹⁵¹ In tale senso, tra i costituzionalisti, ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, cit., 32; AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 513; BARILE, *Diritto dell'uomo*, cit., 144; tra i penalisti, in particolare la tesi fu condivisa da BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum*, cit., 70; successivamente ripresa da PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 176.

Quanto alla prima, la Costituzione, affermando che «la libertà personale è inviolabile», sottopone le restrizioni della libertà personali, in uno alla riserva di giurisdizione, a una riserva di legge assoluta e, in particolare, *rinforzata*. La norma che ammette le limitazioni della libertà personale ha quindi una funzione *processuale* e *servente* quelle norme costituzionali che prevedono i fini per cui i diritti delle persone possono essere limitati¹⁵². In tale ottica, le limitazioni della libertà personale per la difesa sociale servono alla *punizione* dei fatti illeciti tramite la pena (art. 25, co. 2, Cost.) e alla *prevenzione* dei fatti illeciti mediante la misura di sicurezza (art. 25, co. 3, Cost.): *tertium non datur*¹⁵³. Si afferma, in tale ottica, che una lettura della disposizione che ammette restrizioni delle libertà personali (art. 13, co. 2, Cost.) come *vuota di fini* finirebbe per attribuire all'arbitrio del legislatore la restrizione della libertà personale, così svuotando la solenne affermazione dell'invulnerabilità della libertà personale prevista al primo comma del medesimo articolo («la libertà personale è inviolabile», art. 13, co. 1, Cost.). Viceversa la lettura proposta, facendo prevalere le istanze individuali sul rischio di abusi del potere pubblico, sarebbe in consonanza con il principio personalistico cui si ispira la Costituzione¹⁵⁴. Il richiamo espresso, tra le restrizioni consentite alla libertà personale, alla carcerazione preventiva, alla detenzione, alle ispezioni e alle perquisizioni confermerebbe la funzione *servente* della disposizione in esame al procedimento penale. Prospettiva, quella della natura *servente* dell'art. 13, co. 2, Cost., che avrebbe conferma anche nell'art. 5 CEDU, laddove si

¹⁵² ELIA, *Le misure di prevenzione*, cit., 950, «la natura strumentale emerge proprio dal carattere non autonomo della riserva di legge, prevista nel comma secondo, nel senso che i casi i modi delle restrizioni dipendono da finalità che in tanto non sono enunciate nel testo dell'art. 13 in quanto sono contenute in altre disposizioni della Costituzione [...] si tratterebbe di una riserva di legge dipendente o processuale». Posizione condivisa da GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 38; l'Autore, partendo dal rifiuto della logica del «vuoto dei fini», individua nella presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost un limite *negativo* ai fini che possono legittimare limitazioni della libertà personale dell'imputato. Il che implica l'inaffidabilità della «carcerazione preventiva» per scopi repressivi, dato che l'imputato non si considera mai colpevole *ante iudicium*. Per CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, 305, trattasi di tesi suggestiva, ma irrealistica, tanto è consolidata nella giurisprudenza costituzionale la soluzione opposta facente leva sulla natura non rinforzata della riserva di legge.

¹⁵³ In tal senso, chiaramente AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 513, «l'art. 13 viene caricato di un valore che non ha e rimane la sede ove si disciplinano le misure procedurali destinate a sfociare in provvedimenti definitivi che hanno altrove la loro disciplina [...] l'art. 25 si configura come la sede di tale disciplina e la fonte, perciò, di un potere coercitivo ai fini di difesa sociale, limitato, nei suoi strumenti, alle pene e alle misure di sicurezza»; nello stesso senso, BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum*, cit., 70; di recente, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 50.

¹⁵⁴ Lo evidenzia, di recente, BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in RIDPP, 2017, 512-513.

ammettono privazioni della libertà personale per fini tassativamente elencati nella in quella stessa disposizione¹⁵⁵, dando riprova che in uno Stato di diritto le limitazioni alle libertà personali non possano essere ammesse per qualsiasi scopo, purché siano osservate le garanzie formali di legge e di giurisdizione. La lettura proposta, in conclusione, non implica neppure un vuoto di tutela, in quanto la funzione di prevenzione speciale è comunque assicurata dalle misure di sicurezza¹⁵⁶. Guardando invece alla libertà di circolazione, il panorama delle opinioni si arricchisce ancora, tra coloro che affermano una concezione estesa di libertà personale e coloro che invece propendono per una ristretta. Per i primi, il *discrimen* tra limiti alla libertà personale e limiti alla libertà di circolazione è di fatto irrilevante, posto che in tale ottica tutte le misure preventive, importando una "degradazione giuridica" del proposto derivante da un giudizio di disvalore sulla persona, sono limitative della libertà personale e quindi inammissibili¹⁵⁷. Quando invece si aderisce a una concezione stretta della libertà personale come *libertà dagli arresti*¹⁵⁸, il risultato è il medesimo seppur pervenendovi

¹⁵⁵ «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: (a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; (c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; (d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolare di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione» (art. 5 CEDU).

¹⁵⁶ Così, AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 514.

¹⁵⁷ In questo senso, BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 52 ss. e 98 ss.; MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, cit., 689 ss.; PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 179; nella giurisprudenza costituzionale, elabora per la prima volta il concetto di "degradazione giuridica", Corte cost. 11 del 1956 (in riferimento all'ammonizione); successivamente, tra le varie, precisa il concetto, Corte cost. 210 del 1995: «per aversi restrizione della libertà personale di cui all'art. 13 Cost. [...] deve verificarsi una degradazione giuridica dell'individuo nel senso dell'avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'habeas corpus» (sulla concezione estensiva della libertà personale, non limitata alla coercizione fisica immediata, *ex multis*, Corte cost. 68 del 1964, 419 del 1994, 105 del 2001). Ancora più ampio il concetto di libertà personale quando esteso anche alla libertà morale: in tale senso, ci paiono orientati, BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 161; VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in AA.VV., *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, 1629 ss.

¹⁵⁸ Trattasi della concezione tradizionale della garanzia dell'habeas corpus di derivazione anglosassone: intende la libertà personale come libertà da indebite coercizioni fisiche, PACE, voce *Libertà personale*

tramite un percorso differente. Si tende in questa ottica a valorizzare l'inciso «in via generale» cui sono subordinate le limitazioni della libertà circolazione (art. 16, co. 1, Cost.), come riferite a una classe indeterminata di destinatari e con riferimento precipuo alle situazioni caratterizzanti un territorio, come per esempio in occasione di epidemie, tumulti, rivolte, e non a situazioni riferite a una singola e determinata persona¹⁵⁹.

Su un versante opposto, a dire il vero variegato nelle opinioni, si afferma il pieno fondamento costituzionale della prevenzione *ante delictum*.

A dire di una prima opinione, particolarmente invalsa tra i costituzionalisti (e ribadita anche dalla Corte costituzionale)¹⁶⁰, la prevenzione *ante delictum* gode di copertura costituzionale nell'art. 13, co. 2, Cost., quanto alle misure che limitano la libertà personale, e nell'art. 16 Cost., quanto alle misure che limitano la libertà di movimento. Si afferma che le limitazioni alla libertà personale possono ammettersi per qualsiasi fine, purchè siano rispettate riserva di giurisdizione e riserva di legge. La riserva di legge non sarebbe quindi *rinforzata*, cioè vincolata nel contenuto alla realizzazione di determinati fini indicati dalla Costituzione, ma si porrebbe come norma "vuota di fini", non ripetendo la disposizione in esame la formulazione che invece connota altre disposizioni costituzionali, come quella che consente limitazioni alla libertà di

(*dir. cost.*), in EDD, XXIV, Milano, 1974, 287 ss.; PALADIN, *Diritto costituzionale*, 3^a, Padova, 1998, 604; AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 345; nella giurisprudenza costituzionale, seppure con qualche oscillazione verso la concezione estensiva sopra esposta, tra le tante, Corte cost. 2 del 1956; 45 del 1960.

¹⁵⁹ In tale senso, GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, 107; GROSSI PIER., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 210; GALIZIA, *La libertà di circolazione e di soggiorno: dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in *La pubblica sicurezza*, a cura di Barile, Vicenza, 1967, 485; SEVERINO M., *Rimpatrio coattivo*, cit., 106; BARILE, *I diritti dell'uomo*, cit., 174; individuando i criteri discretivi tra limitazioni della libertà personale e limitazioni della libertà di circolazione, GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1969, 98: le prime si fondano sulla considerazione della persona, le seconde sulla considerazione del luogo, e in tale senso non ammettono che limitazioni in via generale. Tra i penalisti, aderisce alla posizione in esame, BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum*, cit., 68. Posizione non accolta dalla giurisprudenza costituzionale: tra le tante, Corte cost. 2 del 1956: «in alcuni commenti dell'art. 16 si è rilevata la frase "limitazioni che la legge pone in via generale", affacciando il dubbio che le limitazioni debbano riferirsi a situazioni di carattere generale, quali epidemie, pubbliche calamità e simili. Tale interpretazione, che pure era affiorata durante i lavori dell'Assemblea costituente, è infondata e fu perciò respinta; la frase deve intendersi nel senso che la legge debba essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie».

¹⁶⁰ Sulla giurisprudenza costituzionale in materia, (priva di tentennamenti in ordine alla ammissibilità *tout court*), con ampi riferimenti giurisprudenziali, DOLSO, *Le misure di prevenzione personali nell'ordinamento costituzionale*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 41 ss.; CELOTTO, *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, cit., 27 ss.

movimento, ammesse in effetti per soli motivi di sicurezza e sanità (art. 16, co. 1, Cost.), o quella che consente accertamenti e ispezioni domiciliari quali limitazioni alla libertà di domicilio per motivi di sanità e di incolumità pubblica (art. 14, co. 3, Cost.)¹⁶¹. Anche in tale prospettiva, la portata del concetto di "libertà personale" condiziona il richiamo alla libertà di circolazione. Coloro che considerano limitazioni alla libertà personale qualsiasi forma di "degradazione giuridica" non si interessano della libertà di circolazione, riportando sotto la copertura della prima tutte le misure preventive¹⁶². Coloro che invece sposano una concezione ristretta della nozione di "libertà personale" considerano ammissibili le misure limitative della sola libertà di circolazione, quale sarebbe il rimpatrio con foglio di via obbligatorio, partendo dalla considerazione che l'inciso «in via generale» avrebbe la funzione di rinforzare il carattere generale e astratto della legge che le autorizza. Esso invece non varrebbe ad escludere provvedimenti individualizzanti, come si ricaverebbe indirettamente dalla parte in cui fa comunque divieto di restrizioni alla libertà per motivi politici che chiaramente possono, infelicamente come la storia aveva dimostrato, essere indirizzati anche e soprattutto contro determinati individui¹⁶³.

Secondo una differente prospettiva, invece, la legittimità di un sistema di prevenzione *ante delictum* troverebbe fondamento in un principio *istituzionale* che precede la Costituzione – quasi un principio pregiuridico, si direbbe –, appartenendo «alla essenza logica dello Stato, alla sua giustificazione razionale, impedire la commissione dei reati, salvaguardare la vita, l'incolumità, i beni dei cittadini», o comunque in un principio *personalistico* in base al quale lo Stato ha il dovere costituzionale di tutelare i beni primari dei cittadini prima che siano offesi, escludendo che a tal fine sia

¹⁶¹ Lo rileva, in particolare, PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, cit., 302; sulla stessa linea, anche MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1985, 194.

¹⁶² BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 52 ss. e 98 ss.; ma anche MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio*, cit., 689 ss., criticando, in particolare, la riconduzione del rimpatrio alla "libertà di circolazione" e non alla "libertà personale", nonostante la degradazione giuridica che quella misura implichi sul destinatario.

¹⁶³ Così, *ex multis*, Corte cost. 2 del 1956; Corte cost. 68 del 1964; critico ELIA, *Le misure di prevenzione*, cit., 945; tentano di dettare qualche criterio discrezionale: tra "limitazioni indifferenziate" e "limitazioni riferite a determinate zone definite", VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in AA.VV., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1957, 368; tra "obblighi positivi" e "divieti", invece, MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *EDD*, VII, Milano, 1960, 14.

sufficiente la repressione e prevenzione *post delictum*¹⁶⁴. Il principio personalistico, in questa ottica, impone allo Stato di garantire il pieno esercizio dei diritti inviolabili, *anche* quelli delle potenziali vittime (art. 2, Cost.)¹⁶⁵. Assunto che si rafforza, anche alla luce delle spinte convenzionali in base alle quali lo Stato è tenuto a predisporre sistemi idonei a garantire una tutela anche preventiva alle vittime di reati, con particolare riferimento al contesto familiare¹⁶⁶.

Ci pare che tale prospettiva vada completata, andando ad indicare con maggiore chiarezza in quali riferimenti costituzionali il sistema della prevenzione *ante delictum* possa trovare copertura.

Affermare che la prevenzione sia un compito fondamentale dello Stato ancora non dice nulla sul modo e sulle condizioni in cui essa meriti di essere riconosciuta nel sistema personalistico costituzionale e convenzionale¹⁶⁷. In tale prospettiva si tenta, a dire il vero non senza incertezze e tentennamenti anche nella giurisprudenza

¹⁶⁴ In tale senso, sostenendone la "doverosità costituzionale", NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 634; espressamente in ID., *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, cit., 463: «prevenire il reato è un compito imprescindibile dello Stato, che si pone come un *prius* rispetto alla potestà punitiva».

¹⁶⁵ NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, cit., 462, «la funzione garantistica non si esplica solo nei confronti di chi ha violato o è indiziato di aver violato le norme penali, ma anche nei confronti delle vittime potenziali dei reati».

¹⁶⁶ In tema di obblighi positivi di tutela di persone preventivamente individuabili come potenziali vittime di aggressioni, Corte EDU, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, in *penalecontemporaneo.it*, con commento di CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, 13 marzo 2017. Sulla medesima questione, Corte EDU, 9 giugno 2009, Opuz c. Turchia; Grande Camera, 28 aprile 1998, Osman c. Regno Unito; Grande Camera, 10 maggio 2001, Z. e altri c. Regno Unito; critica tale approccio, quale strumento a giustificazione della prevenzione *ante delictum*, perchè trascurante la proporzione tra esigenze di tutela collettiva e libertà individuale, MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in *La giustizia penale preventiva*, cit., 39-40.

¹⁶⁷ Sulla genericità del richiamo al "principio personalistico": *ex multis*, PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 175; FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 111, per il quale non è che una *petitio principii*, dando per dimostrato ciò che invece dovrebbe costituire oggetto di dimostrazione»; AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 504, per il quale ogni potestà pubblica deve trovare un fondamento, sia pur generico, nel sistema costituzionale in cui viene esercitata, non essendo ammissibile legittimarla in astratto alla luce di una aprioristica nozione dello Stato e dei suoi compiti; CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di Fiandaca, Costantino, Milano, 1986, 138: «l'ammissibilità delle misure di prevenzione va commisurata non ad un potere generale di tipo *istituzionale*, ma alle singole e specifiche libertà su cui incidono: il contenuto delle misure di prevenzione va modellato e sagomato sulle garanzie che circondano quelle libertà [...] è una logica analitica che caratterizza la nostra come le altre costituzioni contemporanee, che vieta l'attribuzione alle pubbliche autorità di blocchi di potere indifferenziato e consente solo il conferimento di specifici poteri disegnati sulle contrapposte situazioni di libertà e diritti dei cittadini».

costituzionale¹⁶⁸, il recupero della copertura costituzionale alle misure di prevenzione *ante delictum* dal riferimento costituzionale alle misure di sicurezza¹⁶⁹.

Ci pare una prospettiva, quella della riconduzione di tutte le misure preventive sotto un medesimo "contenitore", concettualmente fondata¹⁷⁰, di cui abbiamo già discorso nella sezione precedente del presente lavoro guardando alla comune funzione preventiva, ma sulla quale occorre ritornare questa volta per ricavarne uno statuto di garanzie comune alle due misure e per desumerne le dovute conseguenze applicative, *de iure condito* ma anche in ottica *de iure condendo*.

Il fondamento della prevenzione speciale, non in quanto *accessoria* alla repressione *post delictum*, si rinviene nella disposizione costituzionale per cui «nessuno può essere sottoposto a *misure di sicurezza* se non nei casi previsti dalla legge» (art. 25, co. 3, Cost.). La Costituzione recepisce il sistema delle misure di sicurezza previsto dal codice penale in funzione di prevenzione speciale, ma nello stesso momento afferma che funzioni di prevenzione speciale siano realizzate anche dalla pena, che in effetti «deve tendere alla rieducazione del condannato» (art. 27, co. 3, Cost.). Tale prospettiva ci induce a porre una sicura premessa: la Costituzione riconosce "cittadinanza" alla funzione di prevenzione speciale, sia come componente della pena – quale misura sanzionatoria – sia come componente delle misure di sicurezza – quale misura preventiva. Partendo dalla differenziazione tra misure sanzionatorie e misure preventive, alle seconde rispondono tutte quelle misure che, a prescindere dal rapporto

¹⁶⁸ Sul punto, ELIA, *Misure di prevenzione*, cit., 940

¹⁶⁹ In tale prospettiva, superando una posizione più radicale, sostenuta in lavori precedenti, AMATO GIUL., *Potere di polizia*, cit., 346, nel senso che «unica e obbligata via d'uscita [è] quella di includere le misure preventive tra le misure di sicurezza»; nello stesso senso, BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 226; in tale senso, pare orientarsi, partendo da una critica a Corte cost. 291 del 2013 – che evidenziava la differenza tra misure di prevenzione e misure di sicurezza, nonostante ne affermasse la comune finalità – PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 642: «posto che misure di sicurezza e misure di prevenzione hanno una comune finalità, che cosa giustifica mantenere due categorie distinte per diversità di struttura, campo e modalità di applicazione, livello di garanzie? [...] il riconoscimento costituzionale di misure di sicurezza, accanto alla pena, nella norma dedicata al principio penalistico di legalità, può essere letto come criterio, ad un tempo, di legittimazione e di delimitazione garantista di misure, diverse dalla pena (cioè dalla sanzione per un reato colpevolmente commesso) ma comportanti una degradazione giuridica valutabile come restrizione della libertà personale».

¹⁷⁰ Sull'identità concettuale, NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633-634; BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, cit., 227; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 903; BETTIOL, *Aspetti etico politici delle misure di sicurezza*, in *Jus*, 1941, 557. Anche da un punto di vista lessicale, (misure di) "prevenzione" e (misure di) "sicurezza" non sono termini sconnessi: la "prevenzione" serve a garantire "sicurezza", i due termini cioè guardano allo stesso risultato e sono cioè interscambiabili.

temporale con il commesso reato, sono dirette alla realizzazione di una funzione *preminente* di prevenzione speciale, come neutralizzazione o risocializzazione del destinatario per evitare che incorra in occasioni propizie al fatto illecito. In tale prospettiva, non ha alcun fondamento concettuale una differenziazione tra misure di sicurezza, per come disciplinate nel codice penale Rocco e misure di prevenzione *ante delictum*, posto che in funzione della prevenzione speciale, tutte le misure sono logicamente *ante delictum* e tutte trovano fondamento nella pericolosità sociale, intesa come pericolo di un evento temuto. Il presupposto del commesso fatto illecito è mera premessa storica per realizzare esigenze di garanzia e per connotare con maggiore precisione il giudizio di pericolosità sociale, ma anche tale prospettiva non pare estranea alla prassi applicativa delle misure di prevenzione, disposte sovente nei confronti di destinatari che vantano un corposo curriculum criminale.

Ci pare che riportare le misure di prevenzione *ante delictum* sotto il riferimento costituzionale alle "misure di sicurezza" sia prospettiva avvalorata anche dalla riconduzione di una funzione di prevenzione speciale nella pena, di modo che una prevenzione speciale realizzata ancora *post delictum* tramite le misure di sicurezza codicistiche non avrebbe alcuno spazio di autonomia nel processo penale¹⁷¹. Una conferma di quanto si va affermando deriva dalla prassi applicativa, laddove il giudice che condanna, difficilmente applica anche una misura di sicurezza¹⁷², evidentemente ritenendo che la pena possa da sola assolvere alle funzioni preventive e non sia necessario disporre anche una misura preventiva, pervenendo altrimenti alla assurda conclusione che gli effetti della pena che sta disponendo siano da considerarsi fallimentari già in partenza (anche considerando che la esecuzione della pena detentiva precede quella della misura preventiva) (art. 211, co. 1, c.p.).

¹⁷¹ In tale senso, AMATO GIUL., *Potere di polizia*, cit. 346: «in un sistema in cui connotazione retributiva e fine rieducativo si affiancano nella stessa pena, anche questa risultata orientata alla attenuazione della pericolosità futura, diviene sempre più fragile il confine tracciato nel 1931 tra pene e misure di sicurezza» e «su questa premessa, per misure di sicurezza potrebbero intendersi, in realtà, piuttosto le misure di prevenzione che quelle previste dal Codice del 1931 ed in tale modo risulterebbe ravvisato quel fondamento del potere di prevenzione che non possono dare, in modo persuasivo, nè l'art. 13 nè l'art. 16» (corsivo nostro); *contra*, FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., 112, per il quale il problema del confine tra pene e misure di sicurezza esiste, ma va risolto nella prospettiva penalistica e non interferisce con la questione della ammissibilità delle misure di prevenzione, fuori dalla prospettiva penalistica.

¹⁷² Sulla tendenza del giudice di cognizione alla non applicazione delle misure di sicurezza personali, VENEZIANI, *La punibilità*, cit., 387.

Ci pare ancora che, alla luce della collocazione costituzionalmente orientata della funzione preventiva all'interno della pena, una variazione concettuale in senso estensivo della espressione "misura di sicurezza", volta a ricondurvi anche le misure di prevenzione *ante delictum*, non possa seriamente trovare ostacolo nella strutturazione codicistica delle prima, in quanto ancorate al commesso fatto illecito, posto che una tale ottica – seppure indubbiamente storicamente fondata – finirebbe per imporre una inversione logico-interpretativa che non risponde alla struttura della gerarchia delle fonti, in base alla quale è legge ordinaria che si interpreta alla luce della Costituzione e non, chiaramente, viceversa.

La lettura proposta, che ancora le misure di prevenzione *ante delictum* alle misure di sicurezza, ci pare, in conclusione: *superare* le fondate critiche alla tesi che ravvisa un fondamento costituzionale della prevenzione *ante delictum* in un generico principio personalistico o in un altrettanto generico principio istituzionalistico; *confermare* nella sostanza anche quella lettura che intende *rinforzata* la riserva di legge prevista per le limitazioni alla libertà personale, individuando i fini della limitazione in una funzione di prevenzione speciale costituzionalmente prevista (art. 25, co. 3, Cost.); *offrire* a tutte le misure preventive, in quanto espressione di un medesimo potere pubblico preventivo, un identico statuto di garanzie, evitandone la frammentazione delle garanzie che derivava dalla riconduzione di alcune misure alla libertà personale, di altre alla libertà di movimento.

La conferma della fondatezza della prospettiva assunta ci perviene anche dalle corti supreme dei diritti. La Corte costituzionale, seppure con qualche incertezza dovuta a un costante ma comprensibile *horror vacui* (anche in considerazione delle ricorrenti emergenze criminali), ha ricondotto le misure di prevenzione in esame alle misure di sicurezza quando ha trattato questioni attinenti alla determinatezza delle fattispecie preventive. Viceversa, il giudice delle leggi non ha potuto confermare la connessione in esame quando ha trattato questioni attinenti alle garanzie procedurali, altrimenti dovendo dichiarare incostituzionale la disciplina che affida il rimpatrio al questore e non al giudice come invece una lettura sistematica della disciplina costituzionale delle misure di sicurezza avrebbe imposto¹⁷³. Nel senso della sostanziale unificazione concettuale, infine, si muove anche la Corte EDU che qualifica tanto le misure

¹⁷³ Rileva il retro pensiero della Corte, ELIA, *Misure di prevenzione*, cit., 940.

preventive *ante delictum* quanto le misure di sicurezza come misure sostanzialmente coincidenti, con funzione preventiva e quindi coperte dalle garanzie della prevenzione, corrispondenti alla base legale e alla proporzione, non anche da quelle connesse alla punizione¹⁷⁴.

3. Lo statuto delle garanzie. Il giudice.

La collocazione costituzionale (e convenzionale) delle misure di prevenzione *ante delictum* nelle misure di sicurezza ci impone di definire quale sia la portata applicativa in punto di garanzie che ne deriva, tanto dal lato delle garanzie formali, quanto dal lato delle garanzie sostanziali.

Partendo dalle prime, va premesso che le misure preventive consistono in provvedimenti individuali con funzione di prevenzione speciale. Trovando fondamento in un giudizio sulla pericolosità sociale di un individuo – quale probabilità di commissione di un reato (art. 203, c.p.) – il potere di prevenzione deve *sempre* osservare la riserva di giurisdizione, in considerazione del contenuto, non tanto e non solo della misura, quanto anche del giudizio che presiede alla sua applicazione. Ci pare che alla medesima conclusione sia possibile pervenire tramite entrambi i percorsi argomentativi, e cioè tanto partendo da una concezione estensiva della "libertà personale", quanto dalla natura del giudizio preventivo come degradante della sfera giuridica del destinatario.

Quanto al primo, ci pare preferibile una concezione estensiva della libertà personale¹⁷⁵ – intesa come una libertà da indebite ingerenze del potere pubblico sulla persona, che si assume limitata da prescrizioni che determinano direttamente o indirettamente un

¹⁷⁴ La Corte EDU, come approfondiremo nella trattazione delle garanzie, qualifica le misure come estranee alla *materia penale*, ossia alla punizione, e le riconduce alla limitazione della libertà di circolazione (art. 2 prot. 4, CEDU) e raramente alla privazione della libertà personale (art. 5, CEDU), quando incidono su beni personali, e alla limitazione del diritto di proprietà, quando incidenti su beni patrimoniali (art. 1 prot. 1, CEDU). Tra le tante, Corte EDU, 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia; 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia; 8 ottobre 2013, Monno c. Italia; Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

¹⁷⁵ Nella prospettiva di un concetto esteso di libertà personale, CONSULICH, *Le sanzioni senza precetto*, cit., 22; CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle misure di polizia*, in *AP (web)*, 2019, 2, 21, anche dal rilievo che l'ancoraggio all'art. 13, co. 2, Cost. sia stato affermato senza alcuna distinzione per tutte le misure personali dalla Corte cost. n. 24 del 2019.

assoggettamento della persona all'altrui potere – rispetto a una concezione ristretta di libertà come *habeas corpus*. Vero è che la *libertà dagli arresti* risponde alla tradizione costituzionale anglosassone, dalla quale tutte le carte costituzionali derivano¹⁷⁶, ma la Carta costituzionale italiana pare invece propendere per una *considerazione unitaria* del fenomeno persona, con la previsione in caso di limitazione di un identico statuto di garanzie. Uno statuto unitario della libertà personale – come libertà della persona (13, Cost.), libertà della persona nel domicilio (14, Cost.)¹⁷⁷, libertà della persona nelle comunicazioni (15, Cost.)¹⁷⁸ – non ammette che limitazioni, *direttamente* rivolte *alla* e fondate *sulla* persona, siano qualificate come limitazioni della libertà di circolazione e siano quindi sottoposte irragionevolmente a garanzie inferiori. Sarebbe in effetti irragionevole che la Costituzione abbia previsto la riserva di giurisdizione per le intercettazioni telefoniche, o per le ispezioni o perquisizioni personali, e poi abbia lasciato alla mera riserva di legge provvedimenti che limitano le scelte di azione dell'individuo dovute a particolari condizioni, non del luogo, ma della persona che sia destinataria del provvedimento. In tale prospettiva si comprende la lettura estensiva del concetto di libertà personale, richiamata dalla Corte costituzionale, seppure senza troppi proclami, quando fa riferimento alla «mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in *ogni* evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere [...] quale indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (Corte cost. 105 del 2001), oppure alla «degradazione giuridica dell'individuo nel senso dell'avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'*habeas corpus*» (Corte cost. 210 del 1995) o ancora alla «menomazione della libertà morale, quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere» (Corte cost. 30 del 1962). Ci pare in effetti che la nota

¹⁷⁶ *Ex multis*, cfr. art. 39 della Magna Charta di Giovanni Senzatterra (1215); art. 29 della Magna Charta di Enrico III (1225); art. 5 della Petition of Right (1628); art. 8 dello Star Chamber abolition Act (1641); Bill of Rights (1689); poi nella tradizione europea, cfr. art. 7, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789).

¹⁷⁷ Parla di libertà domiciliare come «proiezione spaziale della libertà personale», denotando il legame strettissimo con la persona, BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, 1966, 147.

¹⁷⁸ La libertà domiciliare e la libertà di comunicazione sono proiezioni della libertà personale, per BARILE, CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *EDD*, X, Milano, 1962, 744, «una garantendo alla persona un certo ambito spaziale, l'altra garantendo una delle forme più dirette ed immediate di collegamento della persona con il mondo esterno».

comune delle definizioni date sia rinvenibile nella concezione della libertà personale come libertà *dall'assoggettamento* all'altrui potere. Assoggettamento che deriva dalla applicazione di misure che riguardano (e si fondano) *direttamente* la (sulla) persona, esposta a una qualche forma di *degradazione* giuridico-sociale, in quanto destinataria di un giudizio di *disvalore* che la Costituzione vuole sia affidato a un giudice, quale, in un sistema fondato sulla separazione dei poteri, garanzia di terzietà e imparzialità. In tale ottica la libertà di circolazione trova una razionale sistemazione *fuori* dallo statuto costituzionale delle libertà personali e implica una garanzia limitata alla riserva di legge, dato che le misure restrittive della stessa si giustificano in considerazione di una particolare condizione del luogo, mentre non riguardano *direttamente* la persona¹⁷⁹. Il destinatario indiretto della misura, in altri termini, vede limitata la libertà di circolazione, in ragione di una particolare esigenza di sicurezza o di sanità che viene in rilievo osservando un determinato territorio, e non come effetto di un giudizio di disvalore sulle sue condotte. Tanto basta per evitare che la limitazione della libertà di circolazione non sia compito del potere giudiziale, potendo essere disposta dalle amministrazioni pubbliche in funzione di governo del territorio. In questa prospettiva, la lettura estensiva del concetto di libertà personale, si iscrive anche il codice di procedura penale, quando, sotto la rubrica «limitazioni della *libertà della persona*», dispone che «le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo» (art. 272, c.p.p.)¹⁸⁰. Titolo che contiene, insieme alle misure custodiali, privative indubbiamente della libertà personale *stricto sensu* intesa, anche misure che non incidono sull'*habeas corpus*, come le coercitive non custodiali, fino anche alle misure interdittive, tutte disposte dal «giudice che procede» (art. 279, c.p.p.) e ciò in virtù del fatto che il procedimento cautelare implica un giudizio di disvalore sulla persona imputata di un delitto¹⁸¹.

¹⁷⁹ Chiaramente, GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, cit., 98.

¹⁸⁰ Rilevano il punto: ZACCHÈ, *Misure cautelari*, in BUZZELLI, CASIRAGHI, CASSIBBA, MANCUSO, UBERTIS, ZACCHÈ, *Sistema di procedura penale. Persone, strumenti, atti*, a cura di Ubertis, Milano, 2020, 321; TONINI, *Manuale di procedura penale*, 20^a, Milano, 2019, 437; CORSO, *Le misure cautelari*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, GALANTINI, FILIPPI, GARUTI, MAZZA, VARRASO, VIGONI, *Procedura penale*, 7^a, Torino, 2020, 378.

¹⁸¹ Posizione confermata anche dalla giurisprudenza costituzionale, riconducendo la questione di legittimità in ordine a misure non coercitive, come il divieto di espatrio, alle garanzie di cui all'art. 13, Cost. (Corte cost. 109 del 1994).

Tuttavia, alla estensione della riserva di giurisdizione per qualsiasi misura preventiva, pare possibile pervenire anche tramite un secondo percorso argomentativo, che prescinde dalla adesione a una concezione estesa di "libertà personale". Il giudizio di prevenzione si fonda, seppure in una prospettiva *ante delictum* e non *post delictum* e nonostante sia fondato sulla pericolosità sociale e non sulla responsabilità, su di una valutazione che si muove comunque nel campo delle condotte che anticipano o preludono alla commissione di delitti, apprezzandosi quindi comportamenti che circondano quelle sicuramente intrise di disvalore sociale. In tale senso, affermare una persona come pericolosa per la sicurezza pubblica importa una degradazione morale e sociale del destinatario della misura, che vale a determinare uno *stigma penale*, confinante, se non coincidente, con quello derivante dal giudizio di responsabilità¹⁸². Il carattere *stigmatizzante* del giudizio di prevenzione impone quindi che esso sia affidato alla competenza del giudice e non anche dalla pubblica amministrazione. Il primo assicura in effetti quella terzietà e imparzialità di azione – che deriva dall'essere soggetto *soltanto* alla legge (art. 101, co. 2, Cost.) –, che la seconda, in quanto espressione del potere esecutivo – interessato alla realizzazione dello scopo politico, la sicurezza pubblica – non può garantire. Tale prospettiva risponde anche a una corretta impostazione della logica della separazione dei poteri, basata sulla logica del *check and balance*. Nel contesto istituzionale attuale, anche per effetto di un sistema elettorale tendenzialmente maggioritario, il potere esecutivo *governa* di fatto, non solo la pubblica amministrazione, ma anche il potere legislativo, in via eccezionale, mediante la decretazione di urgenza e la decretazione delegata, in via ordinaria, determinando il calendario dei lavori parlamentari tramite la maggioranza assembleare di cui dispone *quasi* liberamente. In tale prospettiva, la separazione dei poteri si assicura tramite la divisione dei compiti tra coloro che formano il dato normativo, interessati allo scopo pubblico, e coloro che sono chiamati a darvi attuazione, interessati alla corretta applicazione del diritto. Il potere di prevenzione *ante delictum*,

¹⁸² La degradazione del destinatario, come effetto della applicazione di una misura preventiva, viene affrontata in ESPOSITO, *Libertà di esercizio del potere spirituale*, in *Giur. cost.*, 1958, 1172; GROSSI PIER., *Problematica della buona condotta nell'ordinamento italiano*, in *Archivio giuridico*, 1959, 116; AMATO GIUL., *Potere di polizia*, cit., 345; sul giudizio di disvalore oggettivo nelle misure preventive, NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2ª, Padova, 1982, 18.

nonostante si sostanzzi tramite attività sostanzialmente amministrativa, impone che, a tutela dei diritti fondamentali, esso sia sempre *gestito* dal potere giudiziario.

Prospettiva, quella che estende la riserva di giurisdizione a tutte le misure preventive, che trova conferma anche nel dato normativo-sistematico. Ricondotto infatti sotto la copertura costituzionale riservata alle misure di sicurezza (art. 25, co. 3, Cost.), il potere preventivo *ante delictum* si fa partecipe delle garanzie contenute nel medesimo articolo. Il riferimento va in particolare alla garanzia del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, co. 1, Cost.), imponendo implicitamente sempre che sia il giudice ad essere competente alla applicazione delle misure ivi contemplate¹⁸³. La posizione assunta, tanto per fare un esempio, rende evidente come non sia conforme alla prospettiva costituzionale la misura del rimpatrio con foglio di via obbligatorio in quanto applicata non dal giudice ma dal questore, nonostante consista in una degradazione giuridica del destinatario e sia disposta in esito a un giudizio di disvalore sulla persona.

4. (segue). La base legale.

La riconduzione delle misure preventive *ante delictum* al fondamento costituzionale delle misure di sicurezza ci immette nella prospettiva del riconoscimento di un *unico* potere preventivo, del quale occorre tentare ora di definire lo statuto costituzionale sul piano delle garanzie sostanziali.

Ci pare, a tal proposito, che la *ratio* e la portata delle garanzie sostanziali riconosciute al potere preventivo possano essere chiaramente definiti *per differentiam* rispetto allo statuto delle garanzie sostanziali riconosciute al potere punitivo¹⁸⁴. Ci pare, in altri termini, che la Costituzione abbia disposto un doppio presidio di garanzie sostanziali, uno "avanzato" – che possiamo definire *penalistico* per essere legato alla concezione

¹⁸³ ELIA, *Misure di prevenzione*, cit., 940.

¹⁸⁴ Il tema della graduazione delle garanzie *per differentiam* dalla "materia penale" in senso stretto è, con vari accenti, presente nella dottrina italiana: si veda, su tutti, MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste*, cit., 72-73, sulle "geometrie variabili della materia penale" in base alla *ratio* di garanzia del principio volta per volta preso in considerazione; nonchè MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 238-250; in particolare guardando alla prevenzione *ante delictum*, CONSULICH, *Le sanzioni senza precetto*, cit., 16: «si tratta di una disciplina in sé conchiusa, in cui le garanzie non possono essere pedissequamente importate dal sistema penale, ma devono essere autonomamente forgiate a partire dai diritti che vengono incisi dalla applicazione delle misure *ante delictum*».

della punizione – e uno "basico" – che possiamo definire *costituzionalistico* per essere legato alla concezione della tutela dei diritti fondamentali nello Stato di diritto. Il primo, riconosciuto alle misure punitive, muove dalla concezione del rimprovero e si fonda sul principio di colpevolezza, mirando a garantire sotto vari aspetti che il cittadino possa effettuare libere e consapevoli scelte di azione¹⁸⁵. La libertà di autodeterminazione fonda in effetti il presidio della irretroattività, consentendo al cittadino di autodeterminarsi sulla base di un assetto normativo esistente e valutabile al momento della condotta¹⁸⁶, e condiziona la portata del presidio della determinatezza, considerato che solo un assetto normativo chiaramente delineato consente al cittadino di prevedere le conseguenze giuridiche del proprio agire consapevole¹⁸⁷. Il secondo,

¹⁸⁵ Sulla connessione tra colpevolezza e libertà di autodeterminazione del cittadino, ci pare fondamentale il lascito di Corte cost. 364 del 1988; nel dettare il fondamento del principio costituzionale di colpevolezza, la Corte afferma: «Basilari norme costituzionali relative alla materia penale, mentre tendono a garantire al cittadino, ed in genere ai c.d. destinatari delle norme penali, la sicurezza giuridica di non esser puniti ove vengano realizzati comportamenti penalmente irrilevanti, svelano la funzione d'orientamento culturale e di determinazione psicologica operata dalle leggi penali [...] i principi di tassatività e d'irretroattività delle norme penali incriminatrici, nell'aggiungere altri contenuti al sistema delle fonti delle norme penali, evidenziano che il legislatore costituzionale intende garantire i cittadini, attraverso la "possibilità" di conoscenza delle stesse norme, la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione [...] va qui, subito, precisato che le garanzie di cui agli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma, Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali. Queste ultime possono essere conosciute solo allorché si rendano "riconoscibili" [...] è stato osservato e ribadito, esattamente, che un precetto penale ha valore, come regolatore della condotta, non per quello che è ma per quel che appare ai consociati. E la conformità dell'apparenza all'effettivo contenuto della norma penale dev'essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell'effettivo contenuto precettivo delle norme. Oltre alle condizioni relative al rapporto soggetto-fatto, esiste, pertanto, un altro "presupposto" della responsabilità penale, costituito, appunto, dalla "riconoscibilità" dell'effettivo contenuto precettivo della norma. L'oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto, nella quale venga a trovarsi "chiunque" (non soltanto il singolo soggetto, particolarmente considerato) non può gravare sul cittadino e costituisce, dunque, un altro limite della personale responsabilità penale». ; in dottrina, riconosce il fondamento del *nullum crimen sine lege* nella "sicurezza giuridica" di libere scelte di azione, CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 47 ss.; ID., *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, 4^a, a cura di Insolera, Mazzacupa N., Pavarini, Zanotti, Torino, 2012, 256-258; VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali* (Atti del Convegno AIPDP, 7-8 novembre 2014), Napoli, 2016, 221 ss.

¹⁸⁶ Connette il principio di irretroattività alla libertà di autodeterminazione, CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 256: «[come in relazione al principio di tassatività] risalta la dimensione dell'affidamento del cittadino nei confronti della *lex scripta*, che per avere un valore di orientamento delle scelte del cittadino stesso deve essere dotata del carattere della immodificabilità (quantomeno *in peius*): la *ratio* è dunque di certezza [...] certezza del diritto che permette al cittadino di confidare sulla legge in vigore al momento in cui egli vuole agire, nella consapevolezza della liceità o illiceità del proprio comportamento».

¹⁸⁷ Ravvisa la *ratio* del principio di determinatezza nella libertà di autodeterminazione, ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in *Introduzione al sistema penale*, cit., 226-228; COCCO, *La legge penale*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, I, 2^a, diretto da Cocco, Ambrosetti,

quello costituzionalistico, riconosciuto per qualsiasi misura limitativa dei diritti fondamentali, che sia punitiva o preventiva, si basa sulla concezione dello Stato di diritto, per cui il potere non è *legibus solutus*, quindi arbitrariamente esercitato, ma deve essere attribuito e delimitato dalla legge affinché possa essere controllabile e verificabile dal destinatario¹⁸⁸.

Ricapitolando, è quindi la punizione che giustifica il richiamo al principio di colpevolezza e condiziona il contenuto delle garanzie che presiedono alla formulazione della base legale del potere, nella comune *ratio* della libertà di autodeterminazione del destinatario al momento della condotta (irretroattività e determinatezza, come prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle scelte al momento della condotta, in quanto proiezioni della colpevolezza). La prevenzione

Milano, 2019, 87; nonché PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 53, per il quale la determinatezza ha assunto nel tempo, quale unica funzione, quella di assicurare la conoscibilità della norma penale da parte del suo destinatario. Particolarmente invalsa tale concezione della determinatezza nella giurisprudenza sovranazionale, laddove essendo irrilevante il fondamento democratico costituzionale, assume rilievo preminente quello liberale individualistico: si veda, tra le tante, affermazioni del principio, sulla norma penale, Corte EDU, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia: «la Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale»; sulle norme preventive, Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia: «La Corte ritiene pertanto che la legislazione vigente al momento pertinente (articolo 1 della Legge del 1956) non indicasse con sufficiente chiarezza la portata o la modalità di esercizio della ampissima discrezionalità conferita ai tribunali interni, e non fosse pertanto formulata con sufficiente precisione in modo da fornire una protezione contro le ingerenze arbitrarie e consentire al ricorrente di regolare la propria condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l'applicazione di misure di prevenzione; sulle norme di esecuzione penale, Corte EDU, Grande Camera, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada: «*It follows that offences and the relevant penalties must be clearly defined by law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision, if need be with the assistance of the courts' interpretation of it and after taking appropriate legal advice, what acts and omissions will make him criminally liable and what penalty he faces on that account*»; nella giurisprudenza eurounitaria, tra le tante, CGUE, 5 dicembre 2017, MAS: la prevedibilità è soddisfatta «quando il cittadino possa conoscere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'ausilio della interpretazione giudiziale e se del caso con l'ausilio di esperti, quali azioni o omissioni comportino la sua responsabilità penale e in quali pene incorrerà».

¹⁸⁸ BIN R., *Lo Stato di diritto*, 2^a, Bologna, 2017, 17-18: «il principio di divisione dei poteri viene adottato con particolare rigore come metodo per frenare il potere e obbligare ogni organo ad agire ricercando l'assenso dell'altro» e «la ripartizione delle funzioni comporta anzitutto che le attività dello Stato vengano rigorosamente enumerate e delimitate nel contenuto»; in particolare «le regole generali e astratte poste dalla legge conferiscono quindi l'autorità agli altri poteri e ne definiscono i limiti, apportando prevedibilità e razionalità al loro comportamento»; «la divisione dei poteri perciò tutela la libertà dei cittadini non solo perché vieta la pericolosa concentrazione del potere nelle mani di pochi, ma anche perché l'intero sistema è progettato per limitare la somma complessiva dei poteri degli apparati pubblici» e «il potere è legittimo soltanto quando sia regolato e limitato da regole giuridiche».

invece, in quanto non fondata sul rimprovero per il fatto commesso, rimane estranea al presidio *penalistico*, di modo che non avrebbe senso estendere alla base legale un presidio come la colpevolezza o attribuirvi la portata di *quella* determinatezza riconosciuta in funzione di garanzia connessa alla libertà di autodeterminazione.

In tale prospettiva, occorre tener distinte "legalità punitiva", comprensiva tanto del presidio costituzionalistico che del presidio penalistico, e "legalità preventiva"¹⁸⁹, invece comprensiva solo del presidio costituzionalistico, intesa come una legalità non minore ma *diversa*, in quanto fondata su una logica differente ma non per ciò di portata garantistica inferiore¹⁹⁰. La conferma di quanto si va affermando, l'esistenza di un doppio presidio di garanzie che deriva da una differente logica che giustifica il potere, si ricava dalla differente formulazione delle norme costituzionali che disciplinano ora il potere preventivo e ora il potere punitivo. Quanto al potere punitivo si prevede che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» (art. 25, co. 2, Cost.), quanto al potere preventivo, che «nessuno può essere sottoposto alle misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge» (art. 25, co. 3, Cost.). La disposizione riferita al potere punitivo fa perno sul presidio della irretroattività (presidio *logico* per alcuni Autori), pur chiaramente non disconoscendo le garanzie della riserva di legge e della tassatività; la disposizione riferita al potere preventivo invece riconosce la garanzia della riserva di legge e della tassatività, mentre non contiene alcun riferimento alla irretroattività (che qui sarebbe invece presidio illogico)¹⁹¹. Quanto affermato trova una seconda conferma nel dato convenzionale,

¹⁸⁹ NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, cit., 470, «La legalità repressiva non è la stessa cosa della legalità preventiva. La prima tende a garantire l'individuo contro l'arbitrio di una sanzione punitiva non prevista specificamente dalla legge per quel caso; la seconda tende a garantire l'individuo, da un lato, che la misura di prevenzione deve essere espressamente contemplata dalla legge; e dall'altro che la misura di prevenzione può essere irrogata solo in base all'accertamento di situazioni soggettive di pericolosità, i cui indici devono essere previsti tassativamente dalla legge».

¹⁹⁰ Parla di «diverso rigore», Corte cost. 23 del 1964: dato che non si deve descrivere un fatto, ma indici di pericolosità, «discende, pertanto, dalla natura delle dette misure che nella descrizione delle fattispecie il legislatore debba normalmente procedere con *criteri diversi* da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa far riferimento anche a elementi presuntivi, corrispondenti però sempre a comportamenti obiettivamente identificabili. Il che non vuol dire *minor rigore*, ma *diverso rigore* nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione, rispetto alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene» (corsivi nostri). Principio confermato, in sostanza, anche in Corte cost. 177 del 1980.

¹⁹¹ Critico in ordine alla differente formulazione delle norme costituzionali, con particolare riferimento al principio di irretroattività, SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 50, paventando il rischio di una applicazione retroattiva di misure comunque limitative della libertà il pericolo di abuso dei pubblici poteri.

laddove in riferimento alla materia punitiva si afferma che «nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che al momento in cui fu commessa non costituisse reato secondo il diritto interno o internazionale [...]» (art. 7 CEDU), mentre in riferimento alla materia preventiva, si afferma – per esempio con riferimento alle misure preventive personali – che la libertà di circolazione «non può essere soggetta ad altre restrizioni che non siano quelle [...] previste dalla legge» (art. 2, prot. 4, CEDU). La medesima differenza si ricava ancora nella legge ordinaria. Con riferimento alle pene, e quindi alla materia punitiva, il codice penale adotta il criterio del *tempus regit factum*, tenendo conto pertanto della libertà di autodeterminazione dell'individuo al momento del fatto (art. 2, c.p.), mentre con riferimento alle misure di sicurezza, e quindi alla materia preventiva, adotta il criterio del *tempus regit actum*, irrilevante essendo quindi il momento in cui il destinatario della misura ha tenuto un determinato comportamento (art. 200, c.p.)¹⁹². Il mancato riferimento esplicito al presidio della irretroattività – intorno al quale invece ruota lo statuto garantistico del

¹⁹² Sul punto, la disposizione che disciplina la successione di leggi nel tempo in materia di misure di sicurezza viene variamente interpretata: ferma la irretroattività in riferimento al fatto di reato, quale presupposto applicativo della misura di sicurezza – nel senso che non è retroattivamente applicabile una misura di sicurezza sulla base di un fatto che al momento in cui fu realizzato non costituiva reato (*contra*, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 239, 240) – si afferma che il *tempus regit actum* si riferisca alle misure e alle modalità esecutive, di modo che potrebbero essere applicate misure di sicurezza non previste al momento del fatto o non previste per un dato reato al momento del fatto ma vigenti al momento della applicazione, o eseguire misure di sicurezza già in vigore e previste come conseguenza di un fatto di reato al momento del fatto ma successivamente modificate quanto al regime esecutivo (NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 651; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 832; CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 109; ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 640; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 266); a dire di una lettura più garantista, anche autorevolmente sostenuta, il *tempus regit actum* si riferisce alle sole modalità esecutive della misura, ammettendo che si applichi retroattivamente al fatto una modalità esecutiva più gravosa della misura di sicurezza, purchè questa fosse già prevista quale conseguenza del reato al momento del fatto (PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *EDD*, XXIII, Milano, 1973, 1067; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 873; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale*, cit., 120; PELISSERO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 762); nel senso che il principio di irretroattività debba operare anche in caso di modifiche *in peius* delle modalità esecutive delle misure, MANNA, *Corso*, cit., 633. Ci pare condivisibile, alla luce di quanto sostenuto nel presente lavoro, la tesi di coloro che confinano l'estensione del principio di irretroattività al presupposto del fatto di reato, lasciando applicabile il *tempus regit actum* alla misura e alle sue modalità esecutive. Conclusione che – in questo lavoro – non si fa derivare dalla qualificazione delle misure di sicurezza come sanzioni – esclusa nella precedente sezione – ma deriva dalla intenzione di porre alla base delle fattispecie preventive fatti penalmente rilevanti e *accertati* dal giudice penale nel corso del processo penale. Viceversa, la misura e le sue modalità esecutive sono espressione di un potere preventivo che, in uno Stato di diritto, richiede che sia previamente delimitato al momento della decisione e non al momento del fatto, essendo estranei alla logica della misura preventiva tutte le garanzie che derivano dal "rimprovero per il fatto" e che ruotano quindi intorno alla libertà di autodeterminazione del consociato al momento della scelta di azione. Il tema sarà approfondito nel capitolo successivo.

potere punitivo – ci pare indice della mancata estensione alle misure preventive di tutte quelle garanzie che, come appunto la irretroattività, trovano fondamento nella libertà di autodeterminazione del destinatario¹⁹³.

Il punto di vista espresso, oltre che nel dato normativo, trova una conferma nella differente struttura, funzione e destinatari della norma preventiva e della norma punitiva¹⁹⁴. La norma punitiva sanziona la violazione della norma di condotta, si pone come norma che mira ad orientare le scelte del cittadino, cosicché essa deve necessariamente *precedere* la condotta del destinatario e deve essere necessariamente *determinata* per essere *conoscibile* e le sue conseguenze *prevedibili* al consociato nel momento in cui decide di agire e porsi contro l'ordinamento. La norma preventiva invece non sanziona la violazione di una norma di condotta, di modo che non si pone lo scopo di orientare il comportamento del consociato oppure di attuare una funzione di contropinta morale, ma mira alla definizione delle forme e dei limiti del potere preventivo quale manifestazione di un potere pubblico che non sia lasciato all'arbitrio del giudice. Conferma di quanto si va affermando, la norma preventiva come non diretta a conformare le azioni del cittadino, si ricava dalla circostanza per cui le misure preventive – in specie le misure di sicurezza – si applicano *anche* ai non imputabili rispetto ai quali sarebbe inutile presupporre che la norma sia conoscibile al momento

¹⁹³ In senso contrario, PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, cit., 1066, 1067: partendo dal rifiuto di una concezione imperativistica della norma, si sostiene che il *tempus regit factum* (art. 2, c.p.) disciplini la successione di tutte leggi penali nel tempo, in rapporto alla integrazione della fattispecie, mentre il *tempus regit actum* (art. 200, c.p.) disciplini il medesimo fenomeno ma in riferimento alla fase della esecuzione, tanto delle pene quanto delle misure di sicurezza. Sia consentito porre alcuni rilievi critici alla autorevole tesi appena esposta. Le misure preventive, non essendo sanzioni punitive, non implicano un'esigenza di previa conoscibilità delle conseguenze giuridiche del fatto (così, altrettanto autorevolmente NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 651). La differenza concettuale trova conferma nel dato letterale tanto nella formulazione costituzionale, – come affermato nel testo – quanto nella struttura del codice, laddove il legislatore, tanto nella parte riservata alle pene, quanto in quella riservata alle misure preventive, detta prima i principi riferiti alla formulazione della norma (art.1; art. 199, c.p.), poi quelli che regolano la dinamica temporale (art. 2; art. 200, c.p.). La legge ha voluto sottoporre le pene al *tempus regit factum*, per esigenze di svariato tipo, quali la prevenzione generale, come la struttura imperativistica della norma, e le misure preventive al *tempus regit actum*, essendo volte a soddisfare una esigenza attuale di pericolosità sociale che richiede di essere fronteggiata con gli strumenti più idonei al momento della sua applicazione. Sia consentito infine una annotazione ulteriore: se l'art. 200 c.p. non servisse che a confermare il *tempus regit actum* per la fase esecutiva di qualsiasi sanzione, allora delle due l'una: o il richiamo espresso in materia di misure di sicurezza sarebbe inutilmente previsto in quanto espressione di un principio generale che regola tutta l'esecuzione penale, o qualora fosse necessario, sarebbe stato illogicamente previsto espressamente solo per le misure di sicurezza e non anche per le pene.

¹⁹⁴ PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1955, 102; si tratta di "norme garanzia" e non di "norme comando" per NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, cit., 17.

della condotta. In effetti la conoscibilità al momento del fatto si connette alla concezione della rimproverabilità del cittadino che, nonostante avesse la possibilità di conformarsi al precetto, non lo ha fatto, accettando il rimprovero e le conseguenze giuridiche sfavorevoli derivanti da una scelta contraria alla posizione assunta dall'ordinamento. Tuttavia nel campo della prevenzione, i comportamenti del cittadino non sono valutati conformi o contrari all'ordinamento, ma indici o meno di una pericolosità sociale che necessita di essere controllata per essere eliminata o quantomeno attenuata a tutela della collettività.

Ci si muove quindi nel campo della "legalità amministrativa", o "legalità preventiva" che dir si voglia. Questa consiste nella previa delimitazione del potere preventivo, come predefinizione della portata del potere restrittivo della sfera giuridica dei destinatari e delle condizioni o presupposti al verificarsi delle quali esso può essere attivato. In tale prospettiva, quel che si intende assicurare non è la libertà di autodeterminazione del destinatario della misura, quanto il presidio basilare-costituzionalistico delle libertà individuali, consistente nella concezione per cui qualsiasi manifestazione del potere pubblico, *a fortiori* se restrittivo della sfera giuridica del consociato, deve essere controllabile e giustiziabile, deve evitare applicazioni arbitrarie, deve essere prevedibile al momento della applicazione nei suoi esiti conclusivi e consentire eventualmente l'esercizio delle facoltà difensive. Scopi della legalità preventiva, o amministrativa che dir si voglia, che nel disegno costituzionale e convenzionale si realizzano tramite le garanzie della riserva di legge e della tassatività. Delle garanzie menzionate occorre adesso pertanto offrire una lettura conforme alla logica di funzionamento dello Stato di diritto.

Ci pare, tuttavia, che la riflessione sullo statuto costituzionale delle misure preventive sia stata notevolmente condizionata da una visione "monistica" delle garanzie che assistono la limitazione dei diritti fondamentali. Si tende in effetti a considerare in chiave critica la portata delle garanzie in esame come *minus* rispetto alle garanzie riconosciute alla materia punitiva, dimenticando invece come i due statuti, pur risolvendosi in alcuni casi nel riconoscimento di garanzie dal medesimo *nomen*, assolvono a funzioni diverse e pertanto si riempiono necessariamente di contenuti

differenti per qualità e non per quantità¹⁹⁵. In tale ottica, le garanzie che trovano un fondamento costituzionale-democratico non subiscono alcuna *conformazione* (la riserva di legge), mentre le garanzie che sono in tutto o in parte fondate sulla libertà di autodeterminazione, o sono del tutto estranee al campo della prevenzione (la colpevolezza, l'irretroattività rispetto al fatto), oppure ne risultano notevolmente *conformate* (la tassatività-determinatezza).

La riserva di legge, intesa come una riserva di competenza della legge nel definire i presupposti del potere, mira ad assicurare che la scelta in ordine alle limitazioni dei diritti fondamentali dei cittadini sia compito del Parlamento in cui risiede per rappresentazione la volontà popolare¹⁹⁶. Essa in effetti garantisce, non tanto la libertà di autodeterminazione del cittadino, quanto la separazione dei poteri, secondo una logica democratico-rappresentativa. Trattasi quindi di una garanzia che non risente affatto quanto al proprio contenuto della differente prospettiva in cui ci si pone, che si guardi indifferentemente alla "punizione" o alla "prevenzione".

La tassatività-determinatezza, intesa come precisa delimitazione dei presupposti per attivare il potere pubblico, muove invece da un doppio fondamento che ne condiziona la portata applicativa¹⁹⁷. Un fondamento liberale-individuale nella garanzia della

¹⁹⁵ Nella prospettiva di una tassatività *elastica*: nella manualistica, CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, cit., 607; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 873; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 829, 830; PELISSERO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 761; prima ancora, NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali*, cit., 169-170; nella giurisprudenza costituzionale, in relazione alle misure di sicurezza, in tale senso, Corte cost. 139 del 1982: «la legittimità in via di principio, nel campo delle misure di sicurezza, di tecniche normative di tipizzazione di fattispecie di pericolosità cui collegare l'applicazione di determinate misure», sottolineando «l'esigenza di una determinazione legale sufficientemente precisa dei presupposti delle misure di sicurezza derivante dalla affermazione costituzionale del principio di legalità [...] rientra dunque nella responsabilità del legislatore anche determinare se e quali spazi e criteri d'orientamento sia opportuno lasciare alla discrezionalità o all'apprezzamento tecnico del giudice, in vista dell'adeguamento finalistico delle misure alle situazioni individuali».

¹⁹⁶ Sul fondamento storico e non logico della riserva di legge, come derivante da un particolare assetto delle fonti del diritto, e non tanto del rapporto tra autorità e individuo, PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 51. Tanto che il corollario della riserva di legge non si riconosce in ordinamenti diversi da quello continentale, eppure le garanzie del cittadino non risultano attenuate, anzi spesso i sistemi in cui la giurisprudenza assume il ruolo di fonte del diritto, in uno alla predisposizione di meccanismi che assicurino la stabilità dei precedenti, offrono un sicurezza giuridica sconosciuta ai sistemi imperniati sulla centralità della legge: sulla crisi della legge, PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale*, cit., 1279 ss.

¹⁹⁷ Sul doppio fondamento della determinatezza, *ex multis*, COCCO, *La legge penale*, cit., 92; nonché PALAZZO, *Legalità e determinatezza*, cit., 53, 73: l'Autore, tuttavia, avverte un mutamento della garanzia in esame, che va perdendo la componente "politico istituzionale" a favore della componente "universalistica" o "personalistica", connessa alla conoscibilità della norma penale. Conferma della trasformazione in atto: Corte cost. 24 del 2019: «le norme di diritto penale sostanziale devono quindi

libertà di autodeterminazione, dal momento che la tassatività-determinatezza tende, mediante la formulazione precisa della norma, ad assicurare che il cittadino possa conoscere al momento della scelta quali condotte sono ammesse e quali vietate e prevederne consapevolmente le conseguenze sfavorevoli. Un fondamento democratico-costituzionale consistente nella garanzia della separazione dei poteri, dal momento che una formulazione precisa e non generica evita l'*arbitrium iudicis*, quale esercizio incontrollabile e imprevedibile del potere. In questi termini, nella prospettiva del potere punitivo la tassatività-determinatezza assolve a una funzione di contrasto di possibili arbitri del potere giudiziario al momento di applicazione della norma penale, ma anche alla funzione di assicurare al cittadino la previa *conoscibilità* del dato normativo e la *prevedibilità* delle conseguenze al momento della condotta. Viceversa, nella prospettiva del potere preventivo la tassatività-determinatezza abbandona il fondamento liberale-individuale per conservare il fondamento democratico-costituzionale, limitandosi a realizzare una esigenza di previa delimitazione delle possibili ingerenze del potere pubblico nella sfera giuridica del privato. Seguendo tale percorso argomentativo, non ci pare invece pertinente quella lettura che afferma la insufficiente determinatezza delle fattispecie preventive muovendo da una esigenza di conoscibilità delle condotte o prevedibilità delle conseguenze *al momento della scelta* del destinatario delle misure preventive¹⁹⁸, invece che – come pure possibile stante la normativa attuale – da una carente delimitazione del potere nell'ottica di protezione del cittadino contro ingerenze arbitrarie da parte dell'autorità pubblica¹⁹⁹. Ci pare pertanto equivoca la prospettiva in cui si muove anche la Corte EDU, quando per un verso afferma la natura preventiva delle misure *ante delictum* e poi afferma la indeterminatezza della fattispecie preventiva in punto di imprevedibilità delle

essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice».

¹⁹⁸ Posizione alquanto diffusa, tanto in dottrina che in giurisprudenza: *ex multis*, autorevolmente, VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, cit., 1362, in adesione alla giurisprudenza convenzionale che richiede requisiti minimi di prevedibilità delle conseguenze giuridiche per consentire al destinatario di orientare i propri comportamenti, anche quando si muova nel campo delle misure preventive.

¹⁹⁹ Così, MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, cit., 1020-1021; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, cit., 266: l'Autore, tuttavia, puntualizza come occorra prima verificare se le misure specificamente prese in esame siano autenticamente preventive oppure nascondano una "truffa delle etichette".

conseguenze giuridiche per il destinatario *al momento della condotta*²⁰⁰. Le misure *ante delictum*, o sono punitive e pertanto reclamano le garanzie connesse logicamente alla punizione, come la determinatezza in ottica di libertà di autodeterminazione al momento della condotta, oppure sono preventive e pertanto pare contraddittorio affermare che la norma preventiva «non fosse formulata con sufficiente precisione in modo da [...] consentire al ricorrente di regolare la propria condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l'applicazione di misure di prevenzione»²⁰¹. Tale prospettiva trova conferma, come anticipato nella premessa alle presenti riflessioni, nella peculiare formulazione dello statuto convenzionale della punizione: quanto alla materia punitiva, lo statuto muove dalla irretroattività della qualificazione della condotta come reato rispetto al momento del fatto per riconoscere la garanzia della colpevolezza, nella declinazione della prevedibilità per il cittadino delle conseguenze giuridiche al momento della condotta (art. 7 CEDU), secondo una ricostruzione che, peraltro, non è estranea alla giurisprudenza costituzionale nazionale²⁰². Viceversa, quando ci si riferisce allo statuto delle limitazioni dei diritti fondamentali, come derivanti non dalla punizione, ma dalla prevenzione – come per la libertà di circolazione – la CEDU ammette limitazioni purchè «*in accordance with law*», cioè in presenza di una base legale e senza fare alcun riferimento alla garanzia dell'irretroattività (art. 2 prot. 4 CEDU)²⁰³.

In tale ottica, evitando quindi di traslare erroneamente alle misure non punitive una giurisprudenza formatasi sulla "materia penale", la qualità della base legale, quale fondamento giustificativo del potere pubblico, si realizza in funzione della concezione dello Stato di diritto e non anche della libertà di autodeterminazione. Essa si declina certo nella accessibilità del diritto e nella prevedibilità delle conseguenze giuridiche,

²⁰⁰ Nel senso criticato, con riferimento all'art. 5 CEDU (privazione della libertà personale), Corte EDU, 17 dicembre 2009, M. c. Germania; con riferimento all'art. 1 prot. 1 CEDU (limitazione del diritto di proprietà), Corte EDU, 5 febbraio 2009, Sun c. Russia; 20 settembre 2011, Oao Neftyanaya c. Russia; con riferimento all'art. 2 prot. 4 CEDU (limitazione della libertà di circolazione), Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

²⁰¹ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso, §118.

²⁰² Sulla intima connessione tra legalità e colpevolezza: in particolare, Corte cost. 364 del 1988.

²⁰³ Si veda, in questo senso, anche MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, cit., 1021: «è, però, l'idea dello Stato di diritto (o *prééminence du droit*, sempre nel lessico dei giudici di Strasburgo) ad imporre che qualsiasi provvedimento limitativo di determinati diritti fondamentali – libertà personale, ma anche proprietà privata e di movimento – indipendentemente dalla dimensione teleologica, abbia una sufficiente base legale al momento (non dell'azione dell'individuo), bensì della sua applicazione».

ma non al momento del fatto (come mostra di ritenere la Corte EDU), ma *al momento della loro applicazione*, impedendo che una genericità del dato normativo consenta l'arbitrio del potere giudiziario in sede applicativa. La determinatezza della portata del potere preventivo in tale ottica realizza lo Stato di diritto, impedendo limitazioni arbitrarie e discriminatorie dei diritti fondamentali del cittadino, consentendo la controllabilità delle decisioni ed eventualmente la loro sindacabilità²⁰⁴. In tale prospettiva le norme che descrivono i presupposti della prevenzione *ante delictum* sono quindi "norme senza precetto". Esse non tendono cioè a conformare il comportamento di un individuo ma servono alla delimitazione del potere autoritativo, in quanto restrittivo della sfera giuridica della persona. Esse devono pertanto essere sì determinate, non in ottica di autodeterminazione del destinatario, bensì in ottica della *previa* definizione dei termini del rapporto tra autorità e individuo, e cioè del confine entro il quale il potere pubblico può ingerirsi nella sfera delle libertà individuali senza scadere nell'arbitrio ingiustificato.

La prospettiva della legalità *preventiva*, quindi consistente nella delimitazione dei criteri e dei limiti di esercizio del potere preventivo, consente di delineare un modello di formulazione delle fattispecie preventive che sia in uno efficace ma anche costituzionalmente e convenzionalmente *tollerabile*. Ci pare invece che una prospettiva che tenda a riportare la "legalità preventiva" nella "legalità punitiva" – e che miri quindi a costruire fattispecie preventive come se fossero fattispecie incriminatrici - sia vana in considerazione del fatto che «*trattandosi di constatare qualità indizianti una futura recidiva [...] una fattispecie, premessa di un giudizio*

²⁰⁴ Tale prospettiva riaffiora, tuttavia, seppure soltanto in alcuni passaggi della Corte EDU De Tommaso: «117. La Corte osserva che, nonostante il fatto che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, *l'applicazione di tali misure resta legata a un'analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali*, dato che né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le “prove fattuali” o le specifiche tipologie di comportamento *di cui si deve tener conto* al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione [...] La Corte ritiene pertanto che la legislazione vigente al momento pertinente (articolo 1 della Legge del 1956) non indicasse con sufficiente chiarezza la portata o la modalità di esercizio della ampissima discrezionalità conferita ai tribunali interni [...]» (*corsivi nostri*: la Corte, nei passaggi riportati si interessa dell'effetto che la genericità dei presupposti avrebbe determinato in punto di eccessiva discrezionalità lasciata al tribunale, quasi scadente nell'*arbitrium iudicis*).

prognostico di probabilità, non può avere la stessa certezza di una fattispecie, premessa di un giudizio di responsabilità»²⁰⁵.

In tale ottica, considerato che il giudizio di prevenzione si fonda su una ineliminabile base di incertezza connessa alla *valutazione* della pericolosità sociale e non a un *accertamento* di responsabilità per un fatto commesso, la formulazione di una fattispecie costituzionalmente conforme ai principi costituzionali e convenzionali pare possibile solo insistendo su di una chiara definizione della *fase statica* del giudizio di prevenzione. Il dato normativo, quindi, deve essere formulato in modo che sia possibile comprendere quali siano i presupposti al verificarsi dei quali il potere preventivo può essere attivato. In tale ottica si ha una fattispecie preventiva determinata quando dalla lettura della norma sia possibile, anche mediante il ricorso a massime di esperienza, ricavare i presupposti di attivazione del potere di prevenzione e i suoi limiti di esercizio. Determinatezza che non impone una fattispecie preventiva che descriva tutti i comportamenti che possono costituire indice di una pericolosità sociale e quindi porsi come base per applicare una misura preventiva, ma che consenta di *desumere* i comportamenti indizianti tramite un esatto riferimento ai delitti da prevenire, quindi tramite una chiara e *ab origine* definita base di partenza del giudizio di prevenzione. Le fattispecie devono, in definitiva, prevedere, quale termine di riferimento, il richiamo al o ai delitti che si intendono prevenire e quindi ruotare intorno a un quadro indiziante una pericolosità sociale *specificata*, come constatata sulla base di comportamenti penalmente rilevanti, posti alla base di un giudizio che si

²⁰⁵ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 830. In tale senso, evidenzia una differenza tra "legalità preventiva" e "legalità punitiva", con particolare riferimento all'attività di riempimento giurisprudenziale, Corte cost. 24/2019: «In materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008), ribadendo recentemente, in termini assai netti, come nessuna interpretazione possa «surrogarsi integralmente alla *praevia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione» (sentenza n. 364 del 1988)» (sentenza n. 115 del 2018); e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è *indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»* (sentenza n. 115 del 2018). Tuttavia, allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione» (corsivi nostri).

risolva in una valutazione di attualità del pericolo. Giudizio che «dovrà essere compiuto in concreto attraverso un processo di integrazione degli indici legislativi con *criteri di prognosi validi secondo i dati della scienza e dell'esperienza* [...]». In tale prospettiva «la certezza deve essere nelle premesse, negli indici e nelle *garanzie di univocità* di un giudizio finalisticamente orientato a collegare il presente al futuribile, nell'ambito di un'evoluzione criminologicamente rilevante»²⁰⁶. In conclusione, la determinatezza della fattispecie nella prevenzione si traduce nella esigenza di *determinazione delle modalità di attivazione* di esercizio del potere preventivo per garantirne la controllabilità e la sindacabilità democratica (art. 101, Cost.) e processuale (art. 24 Cost) del potere esercitato. La prospettiva delineata consente peraltro di dare una collocazione sistematicamente razionale alla posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale, secondo la quale una fattispecie preventiva si considera determinata se «la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente *dedursi* un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire [...] si deve ancora osservare che le condotte presupposte per l'applicazione delle misure di prevenzione, poiché si tratta di prevenire reati, non possono non involgere il riferimento, esplicito o implicito, al o ai reati o alle categorie di reati della cui prevenzione si tratta, *talché la descrizione della o delle condotte considerate acquista tanto maggiore determinatezza in quanto consenta di dedurre dal loro verificarsi nel caso concreto la ragionevole previsione (del pericolo) che quei reati potrebbero venire consumati ad opera di quei soggetti*»²⁰⁷. Dalle considerazioni appena riportate, ci pare comprensibile, nell'ottica del giudice costituzionale, la *indeterminatezza* della fattispecie sui proclivi a delinquere, così come la *determinatezza* di quella fondata sugli atti preparatori obiettivamente rilevanti e diretti a commettere un delitto contro la personalità dello Stato. Quanto ai primi, la base normativa, non definendo la classe di delitti la cui realizzazione si intende prevenire, rende *per relationem* altrettanto indeterminate le classi di comportamenti al verificarsi dei quali sussiste un indizio di pericolosità sociale e pertanto il potere di prevenzione può essere attivato. Quanto ai secondi, il riferimento alla classe dei delitti la cui realizzazione si intende prevenire, in uno alla

²⁰⁶ NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633.

²⁰⁷ Corte cost. 177 del 1980.

(supposta) rilevanza circoscritta agli atti preparatori obiettivamente rilevanti e univoci, consente di individuare *per relationem* i presupposti in base ai quali considerare esistente un indizio di pericolosità sociale, utile ad attivare il potere preventivo in limitazione dei diritti fondamentali.

Giunti a questo punto del discorso, le riflessioni in ordine al contenuto *ideale* della determinatezza preventiva debbono fare spazio alla verifica *in concreto* della determinatezza delle fattispecie preventive di pericolosità previste dal codice antimafia. Dalla considerazione della prospettiva ideale in uno ai rilievi critici in ordine alla difettosa formulazione delle fattispecie di diritto positivo che si esporranno – in parte anche anticipati nella sezione precedente – saranno tratti alcuni spunti per una proposta di fattispecie preventiva che sia costituzionalmente tollerabile.

CAPITOLO II

FATTISPECIE.

SOMMARIO: 1. Un modello di fattispecie preventive. – 2. Il giudizio di prevenzione. – 3. La formulazione della fattispecie. La tassativizzazione sostanziale. – 3.1. Fattispecie indeterminate e spazi per un riempimento ermeneutico. Limiti. – 4. Il presupposto del fatto penalmente rilevante. La tassativizzazione processuale. – 4.1 Il *deficit* di determinatezza preventiva nelle fattispecie previste dal codice antimafia. Le fattispecie di pericolosità generica (il primo modello). – 4.2. (segue). Le fattispecie indiziarie (il secondo modello). – 4.3 (segue). Le fattispecie fondate sugli atti preparatori (il terzo modello). – 5. La fase valutativa. La pericolosità sociale criminale e specifica. – 6. Le fattispecie fondate sul reato commesso (il quarto modello). – 7. Misure di prevenzione e misure di sicurezza. Conclusioni.

1. Un modello di fattispecie preventive.

La definizione della determinatezza preventiva può efficacemente essere compendiata nella espressione riportata in uno scritto di un autorevole Studioso: «la certezza deve essere nelle *premesse*, negli *indici* e nelle *garanzie di univocità* di un giudizio finalisticamente orientato a collegare il presente al *futuribile*, nell'ambito di *un'evoluzione criminologicamente rilevante*»²⁰⁸. I punti di riferimento nella descrizione della fattispecie sono quindi individuabili nella certezza della base constatativa e nella prevedibilità dell'esito della valutazione di pericolosità, rivolta al futuro e quindi incerta, ma controllabile in quanto sviluppata ricorrendo a massime esperienziali *criminologicamente fondate*.

Muovendo dalla felice espressione riportata, occorre quindi verificare se il dato normativo – le fattispecie di pericolosità previste dal codice antimafia – sia costruito secondo parametri descrittivi costituzionalmente tollerabili, in modo eventualmente da evidenziarne le lacune e proporre una rilettura in chiave interpretativa o normativa. Delle fattispecie di pericolosità del codice antimafia, suddivise per modelli di formulazione normativa, abbiamo discusso nella prima sezione del presente lavoro, quando ci siamo interessati alla definizione del complessivo quadro normativo della prevenzione *ante delictum* allo scopo di indagarne la natura giuridica. Viceversa, nella presente sede, le formulazioni normative sono analizzate una seconda volta, ancora

²⁰⁸ NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633.

per modelli descrittivi delle fattispecie, ma solo allo scopo di evidenziarne eventuali rilievi critici che occorre, quindi, in qualche modo superare per aversi una prevenzione *ante delictum* conforme ai principi costituzionali e convenzionali di riferimento.

La costruzione che ci pare preferibile, quale modello che sarebbe necessario attuare per via interpretativa, laddove la *littera legis* lo consenta, o per via normativa, laddove invece sia impossibile al giudice operarne una variazione interpretativa compatibile, implica a) la definizione del delitto o di una ristretta classe di delitti la cui realizzazione si intende prevenire; b) il fatto o i fatti storici penalmente rilevanti accertati dal giudice penale; c) la valutazione di pericolosità sociale attuale e specifica sulla base di indici comportamentali ricavabili *per relationem* secondo l'*id quod plerumque accidit* dal fenomeno delittuoso *specificamente* considerato.

In tale ottica vedremo come la riconduzione del proposto alla categoria delittuosa circoscriva il giudizio di pericolosità nella direzione di una valutazione orientata a uno scopo ben determinato e per tale via condiziona anche il contenuto della misura, come sarà meglio evidenziato nel capitolo successivo.

2. Il giudizio di prevenzione.

Il quadro in cui calare le coordinate appena menzionate ci pare essere esattamente compendiato nella giurisprudenza della Corte di cassazione²⁰⁹, i cui sforzi interpretativi, seppure non sufficienti per sanare tutti i *deficit* della normativa in esame²¹⁰, ci offrono una base di riflessione sulla quale innestare il discorso che tenteremo di realizzare in questa parte del lavoro.

²⁰⁹ *Ex multis*, tra i *leading cases*, Cass., 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale, in *DeJure*; 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro, *ivi*; 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini, *ivi*; 11 febbraio 2014, n. 23641, Mondini, *ivi*.

²¹⁰ Ricostruisce le tappe dello sforzo giurisprudenziale per una tassativizzazione del giudizio di prevenzione, BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2018; espone i risultati di un innegabile sforzo interpretativo volto all'adeguamento della normazione al dato costituzionale e convenzionale, MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *RIDPP*, 2017, 499-500; nonché, con rilievi critici, in considerazione della persistenza di problemi che sono evidentemente non emendabili per via interpretativa, sia consentito il rinvio a LASALVIA, *Le misure e il giudizio di prevenzione. La lettura in action della Corte di cassazione*, in *Dal diritto vigente al diritto vivente*, a cura di Manna, Roma, 2018, 255 ss.

Il giudizio di prevenzione, nella lettura offerta della giurisprudenza nazionale, «richiede una complessa operazione preliminare di inquadramento del soggetto in virtù dell'apprezzamento di fatti in una delle categorie criminologiche tipizzanti di rango legislativo» e «solo a seguito di una prima fase "constatativa" (ossia di apprezzamento di fatti idonei ad iscrivere il soggetto in una delle categorie criminologiche tipizzate) può seguire la fase "prognostica" in senso stretto (ossia la valutazione delle probabili, future condotte, in chiave di offesa ai beni tutelati), logicamente influenzata dai risultati della prima [...] Nessuna misura di prevenzione (sia essa personale o patrimoniale) può essere, dunque, applicata lì dove manchi una congrua ricostruzione di "fatti" idonei a determinare l'inquadramento (attuale o pregresso) del soggetto proposto in una delle "categorie specifiche" di pericolosità espressamente "tipizzate" dal legislatore». In altri termini, «affermare la "attualità" della pericolosità sociale di un individuo (in un dato momento storico) è operazione complessa che nel giudizio di prevenzione non si basa esclusivamente sulla ordinaria "prognosi di probabile e concreta reiterabilità" di qualsivoglia condotta illecita [...] ma implica il precedente inquadramento del soggetto in una delle categorie criminologiche tipizzate dal legislatore, sicché la espressione della prognosi negativa deriva dalla constatazione di una specifica inclinazione mostrata dal soggetto (dedizione abituale a traffici delittuosi, finanziamento sistematico dei bisogni di vita almeno in parte con i proventi di attività delittuose, condotte lesive della integrità fisica o morale dei minori o della sanità, sicurezza o tranquillità pubblica, indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose e altre ipotesi tipiche, [...]) cui non siano seguiti segni indicativi di un tangibile ravvedimento o dissociazione». In tale ottica, «parlare di pericolosità sociale come caratteristica fondante del giudizio di prevenzione se da un lato è esatto, in quanto si intercetta il valore sistemico della misura di prevenzione, che è strumento giuridico di contenimento e potenziale neutralizzazione della pericolosità; dall'altro può essere fuorviante lì dove tale nozione venga intesa in senso del tutto generico, senza tener conto della selezione normativa delle specifiche "categorie" di pericolosità. Le indicazioni del legislatore sono infatti da ritenersi tipizzanti e determinano la esclusione dal settore in esame di quelle condotte che, pur potendo inquadarsi come manifestazione di pericolosità soggettiva, risultino estranee al "perimetro descrittivo" [delle fattispecie descritte nel codice antimafia]».

L'iscrizione del destinatario in una delle fattispecie previste dalla legge condiziona inevitabilmente «la prognosi di pericolosità [che] segue gli esiti (positivi o negativi) di tale preliminare inquadramento e pertanto si manifesta in forme, costituzionalmente compatibili, che riducono la discrezionalità del giudice agli ordinari compiti di interpretazione del valore degli elementi di prova e di manifestazione di un giudizio prognostico che da quelle risultanze probatorie è oggettivamente influenzato [come accade, a ben vedere, nel sistema cautelare penale]». In conclusione, nella riflessione della Corte di cassazione, la descrizione della fattispecie preventiva «ha il medesimo valore che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice, ossia esprime la previa selezione e connotazione, con fonte primaria, dei parametri fattuali rilevanti»²¹¹. Tramite le coordinate ora espresse, la giurisprudenza «ha fissato regole sue proprie, elaborando un tendenzialmente rigido modello tipico di decisione ovvero un trend tipizzante l'itinerario valutativo» allo scopo «di regolare i margini del ragionamento giudiziale» – altrimenti arbitrario e rimesso alle valutazioni del giudice del caso concreto, in assenza di riferimenti normativi univoci – e di determinare «una progressiva equiparazione procedimentale tra misure cautelari e misure preventive»²¹² – nella fissazione di un più *saldo* momento cognitivo sul quale fondare la valutazione di attualità della pericolosità sociale²¹³.

3. La formulazione della fattispecie. La tassativizzazione sostanziale.

Il primo tassello della fattispecie preventiva consiste nella definizione del delitto o di una classe *omogenea*, comunque circoscritta, di delitti la cui realizzazione si intende prevenire²¹⁴. Essa vale a fissare il *termine di riferimento finale* della fattispecie – lo

²¹¹ *Ex multis*, Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), n. 349, Bosco, in *DeJure*.

²¹² IASEVOLI, *Presupposti, sequenze e forme delle misure preventive personali*, cit., 640.

²¹³ Propone la elaborazione di uno statuto unitario della pericolosità sociale, capace di rendere omogenei i processi decisionali, MAGI, *Sul recupero di tassatività*, cit., 503-504.

²¹⁴ Il tema della definizione di *quali* delitti giustificano il ricorso alla prevenzione *ante delictum* è altrettanto discusso e si inserisce nel quadro delle riflessioni in ordine al canone di ragionevolezza e proporzionalità della scelta di discrezionalità politico normativa. Ci pare, in consonanza alle letture che invocano una applicazione forte del canone in esame, che la proporzionalità della scelta sia assicurata nei limiti in cui la limitazione della libertà personale sia funzionale alla tutela, seppure preventiva, di beni giuridici di natura, almeno, personale, con esclusione pertanto della tutela preventiva *ante delictum* verso delitti offensivi di beni patrimoniali: si interrogano sulla proporzionalità delle scelte di politica preventiva, in particolare, PELISSERO, *La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale*.

scopo cioè cui tende la limitazione dei diritti del destinatario – ma anche il *termine di riferimento intermedio* della fattispecie – cioè le condotte penalmente rilevanti per la riconduzione della vicenda in una delle categorie criminologiche prevista dalla legge – e contribuisce a circoscrivere i comportamenti indizianti la attualità della pericolosità sociale del proposto.

Una formulazione della disposizione che non descriva in modo chiaro il termine in esame, sia nel senso di darne una definizione apparente, sia nel senso di darne una eccessivamente ampia, si pone in contrasto con il principio di determinatezza *preventiva*, quale garanzia per il cittadino contro indebite espressioni del potere pubblico nella sfera personale, lasciando in effetti al giudice uno spazio di incontrollabile discrezionalità. Il confronto con il dato normativo – le fattispecie di pericolosità descritte nel codice antimafia – non consente, tuttavia, un discorso univoco, essendo differenti le tecniche di formulazione normativa e pertanto diversi i rilievi critici, così come le riflessioni scientifiche e i percorsi interpretativi seguiti.

Partendo dal primo modello di formulazione, quello che comunemente si riferisce ai *pericolosi generici*, i termini di riferimento sono la "dedizione a traffici delittuosi" (art. 1, lett. a), cod. ant.), il "vivere con i proventi di attività delittuose" (art. 1, lett. b), cod. ant.), la "dedizione alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica" (art. 1, lett. c), cod. ant.).

Le fattispecie riferite ai "traffici delittuosi" e ai "proventi da attività delittuose" scontano una formulazione evidentemente troppo ampia, circostanza che ha stimolato decisi rilievi critici in dottrina e un rilevante sforzo tassativizzante ad opera della giurisprudenza nazionale, anche ma non solo in esito alla sentenza di condanna *De Tommaso* della Corte EDU²¹⁵. La Corte di Strasburgo aveva ritenuto come le

Misure di prevenzione, in DPC, Riv. trim., 2020, 3, 375; MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, cit., 40-42.

²¹⁵ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, con note a commento di VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina delle misure di prevenzione personali*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2017; MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, ivi, 6 marzo 2017; MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, ivi, 26 aprile 2017; ID., *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia*, in QG, 3 marzo 2017; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in DPP, 2017, 1039 ss.; FATTORE, *Così lontani, così vicini. Il diritto penale e le misure di prevenzione*.

disposizioni in esame non soddisfino gli standard qualitativi – in termini di precisione, determinatezza e prevedibilità – che deve possedere ogni norma che costituisca la base legale di una limitazione dei diritti della persona riconosciuti dalla CEDU o dai suoi Protocolli. Il giudice convenzionale ha statuito infatti che «né la legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le prove fattuali o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione [e che] la legge in questione non contenesse disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società»²¹⁶, e che le disposizioni censurate «non indicasse[ro] con sufficiente chiarezza la portata o la modalità di esercizio della ampissima discrezionalità conferita ai tribunali interni, e non fosse[ro] pertanto formulate con sufficiente precisione in modo da fornire una protezione contro le ingerenze arbitrarie»²¹⁷. Viceversa, la giurisprudenza nazionale ha tentato per via interpretativa di colmare il *deficit* normativo, circoscrivendo con maggiore chiarezza i termini di riferimento pocanzi menzionati. Il termine "delittuoso" sia in quanto accostato ai "traffici" che alle "attività", – afferma la giurisprudenza di legittimità – non può che riferirsi ai delitti e non a qualsiasi illecito²¹⁸ – escludendo per esempio che possa ricondurvisi lo *status* di evasore fiscale, per violazione di adempimenti tributari²¹⁹. Il termine "abitualità" o "abituamente dedito" indica che le condotte delittuose devono essere continuative nel tempo, non episodiche, e connotare un significativo intervallo di tempo della vita del

Osservazioni su Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *DPC*, 2017, 4, 83 ss.; nonché volendo LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci "europee" e ombre "nazionali" su una sentenza storica?*, in *AP*, 2017, 339 ss.; per la ricostruzione del dibattito giurisprudenziale in ordine all'adeguamento alla *De Tommaso*, sia altresì consentito il rinvio a LASALVIA, *Le misure di prevenzione personali. Il dialogo tra Corti, senza un legislatore*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra corti*, a cura di Giunchedi, Pisa, 2018, 561 ss., nonché ID., *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *AP (web)*, 2017, 2, 1 ss.

²¹⁶ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, § 117.

²¹⁷ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, § 118.

²¹⁸ Cass., 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini, in *DeJure*; 23 marzo 2012, n. 16348, Crea, *ivi*.

²¹⁹ Cass., 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro, in *DeJure*; 6 dicembre 2016 (dep. 9 febbraio 2017), n. 6067, Malara, *ivi*: «il mero status di evasore fiscale non è sufficiente [a ricondurre il proposto nella fattispecie di pericolosità di cui all'art. 1], posto che il fenomeno della sottrazione agli adempimenti tributari (e contributivi), è indubbiamente illecito in tutte le sue forme, ma dà però adito a diverse risposte da parte dell'ordinamento: a sanzioni di carattere amministrativo, ed anche a sanzioni penali, ma distinguendosi ipotesi contravvenzionali e ipotesi delittuose. Solo queste ultime soddisfano i requisiti posti dagli artt. 1 e 4 del codice delle misure di prevenzione».

proposto²²⁰, devono indentificarsi in un iter esistenziale, connotando lo stile di vita del proposto²²¹ e, ancora, devono indicare una ripetuta dedizione a determinate condotte delittuose²²², e definizioni di questo tenore. Il termine "provento" implica che il reddito illecito sia proveniente da un delitto commesso che, in astratto, sia idoneo a produrre profitti e che in concreto la ricchezza sia stata prodotta dalla condotta delittuosa in esame²²³. Infine, il termine "traffici" che, secondo una lettura estensiva, include «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]»²²⁴, per una tesi restrittiva, che fa leva sul significato del termine nel linguaggio comune, si riferisce al solo «commercio illecito di beni tanto materiali [...] quanto immateriali [...] o addirittura concernente esseri viventi (umani [...] ed animali [...]), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite [...], ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento»²²⁵.

Ci pare tuttavia che, nonostante lo sforzo tassativizzante della giurisprudenza – evidentemente consapevole di avere a che fare con una normativa eccessivamente ampia e pertanto indeterminata sotto il profilo della circoscrizione del potere preventivo –, i termini normativi in esame non offrono ancora un quadro di riferimento idoneo a fondare una fattispecie che sia costituzionalmente tollerabile. Il termine normativo di riferimento ai delitti è tanto fondamentale in quanto consente *a monte* di circoscrivere i confini del potere giudiziario, definendo *per relationem* non soltanto i comportamenti fattuali sulla base dei quali ricondurre il proposto alla fattispecie – fase constatativa –, ma anche influenzando il campo del giudizio di pericolosità – fase valutativa. Il riferimento a generici "traffici delittuosi", pur se con ovvia esclusione letterale di quanto non corrisponda a un delitto, rimane eccessivamente ampio, riferendosi nella lettura estensiva a qualsiasi attività delittuosa che importi un

²²⁰ Cass., 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini, in *DeJure*.

²²¹ Cass., 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale, in *DeJure*.

²²² Cass., 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro, in *DeJure*.

²²³ Cass., 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini, in *DeJure*; 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro, *ivi*: la prima in riferimento al delitto di corruzione, la seconda in riferimento ai delitti tributari, statuiscono come, ferma la astratta potenzialità della attività delittuosa alla produzione di reddito illecito, «non si può prescindere dalla verifica, a carico del corruttore, della effettiva derivazione di profitti illeciti dal reato commesso».

²²⁴ Cass., 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale, in *DeJure*.

²²⁵ Cass., 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro, in *DeJure*.

arricchimento illecito, ma anche nella lettura restrittiva, a qualsiasi commercio illecito²²⁶. In effetti, considerato che tutti o quasi i delitti possono comportare un illecito arricchimento e che i comportamenti delittuosi con fini di profitto sono in astratto innumerevoli, si comprende come tanto il testo normativo quanto lo sforzo interpretativo siano incapaci di circoscrivere *a monte* il potere preventivo²²⁷, laddove sarebbe invece risolutivo della problematica in discussione solo una costruzione della fattispecie che miri alla prevenzione di un determinato delitto o comunque di una classe omogenea, ma ben circoscritta, di delitti.

Anche la fattispecie riferita ai "reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica" sconta il medesimo *deficit*, se solo si considera, per un verso, il riferimento al reato e non al delitto, per un altro, l'ampiezza che connota espressioni come "tranquillità pubblica", "sicurezza", dal momento che sarebbe arduo trovare un reato che non metta anche solo in pericolo interessi di quel tipo²²⁸. Ci pare sufficiente, a conferma di tale assunto,

²²⁶ Tanti denunciano come la ampiezza contenutistica dei termini normativi abbia consentito una impressionante espansione per via interpretativa dei potenziali destinatari della prevenzione *ante delictum* (e in particolare ai "colletti bianchi", come evasori, corruttori, bancarottieri e così via): in questi termini, CATENACCI, *Le misure personali di prevenzione tra "critica" e "progetto"*, cit., 527; PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in RIDPP, 2017, 451, per il quale sono diventate «nell'applicazione giurisprudenziale figure onnivore capace di espandersi al di fuori dell'originaria cerchia criminologicamente connotata dei soggetti a marginalità sociale, così da essere applicata alla criminalità dei colletti bianchi»; CONSULICH, *Misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, cit., 598; GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 14 febbraio 2020; SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., 436, il quale li definisce come «strumenti deputati a far sì che nuove norme vengano calate dentro vecchie disposizioni»; volendo, MANNA, LASALVIA, *"Le pene senza delitto"*, cit., 10.

²²⁷ In senso favorevole a questa ampia formulazione, MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 124, il quale, a tale proposito, parla di "modernizzazione delle misure di prevenzione" «perchè si allontanano dall'area del mero intervento nei confronti del disagio sociale e sono ricondotte verso un'attività preventiva nei confronti di forme di criminalità dei c.d. colletti bianchi» (posizione espressa già in precedenza, in *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in AA.VV., *La giustizia penale preventiva*, cit., 145 ss.; nonché in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Profili generali*, in *Giur. it.*, 2015, 1530. In tale senso, si veda, tra le prime applicazioni all'evasore fiscale, Trib. Chieti, decr. 12 luglio 2013, in *penalecontemporaneo.it*, 3 settembre 2012, con nota conforme di RAPINO, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all'evasore socialmente pericoloso*, 26 marzo 2013; oppure, con riferimento alle recenti espansioni, Trib. Milano, decr. 16 febbraio 2016, n. 32, in *penalecontemporaneo.it*, con nota di ZUFFADA, *Il Tribunale di Milano individua una nuova figura di "colletto bianco pericoloso": il falso professionista (nella specie, un falso avvocato). Un ulteriore passo in avanti delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità di profitto*, 27 giugno 2016.

²²⁸ Vedi ancora PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., 453: «termini come sicurezza, tranquillità pubblica, sanità (che dovrebbero essere oggetto di condotte di lesione o anche

considerare come la Consulta, ai fini della applicazione delle misure in esame, definisca la "sicurezza" come «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto possibile, il pacifico esercizio dei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza»²²⁹.

Riflessioni, quelle che per il momento rivolte alle classi dei *pericolosi generici*, che tuttavia non sono replicabili per le fattispecie dei *pericolosi qualificati*. Queste ultime, siccome riferite a determinate ipotesi delittuose – le associazioni mafiose, i maltrattamenti, delitti in materia di armi o esplosivi, delitti di terrorismo, delitti *lato sensu* di corruzione, e così via –, sono, sotto il profilo appena esaminato, perfettamente aderenti al modello di formulazione qui proposto. Tuttavia, alcune di esse (come quelle fondate su indizi di avere commesso un determinato delitto), ma non tutte, se ne allontanano in modo ancor più evidente in punto di previa e chiara definizione delle modalità di accertamento delle condotte penalmente rilevanti *imputate* al destinatario, poste a base della fase constatativa del giudizio, ossia di previo inquadramento in una delle fattispecie di pericolosità previste dalla legge.

3.1. Fattispecie indeterminate e riempimento ermeneutico. Limiti.

Prima di passare alla verifica del secondo tassello della fattispecie preventiva, ci pare interessante – anche alla luce della recente pronuncia della Corte costituzionale sulla fattispecie riferita a coloro che sono "dediti ai traffici delittuosi" (art. 1, lett. a), cod. ant.) e a coloro che "vivono con i proventi di attività delittuose" (art. 1, lett. b), cod.

solo di messa in pericolo) lasciano ampi margini di intervento creativo al potere giudiziario e ad una discrezionalità ai limiti dell'arbitrio».

²²⁹ Corte cost. 2 del 1956; la formulazione è talmente ampia che talvolta vi si riconduce la attività di prostituzione, se svolta in modo ostentato, per strada, in zone abitate e in orario serale «mediante adescamento indiscriminato con conseguente possibilità di incontri sessuali con minorenni di indiscutibile rilievo penale e col rischio di perpetrazione del reato di atti osceni in luogo pubblico»: riporta il dibattito, in chiave critica dell'orientamento dei giudici amministrativi, MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 74-77.

ant.)²³⁰ – comprendere quale efficacia possa essere attribuita al contributo tassativizzante della giurisprudenza nazionale²³¹.

²³⁰ Corte cost. 24 del 2019, in *Giur. cost.*, 2019, 322 ss., con note critiche di PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, e MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*; si veda anche, ancora in chiave critica, MAZZACUVA FR., *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in RIDPP, 2019, 987 ss.; MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in DPP, 2020, 107 ss.; ID., *I chiaroscuri della legalità nelle sentenze costituzionali post De Tommaso*, in *Legalità e diritto penale dell'economia. Scritti in onore di Alessio Lanzi*, a cura di Cadoppi, Veneziani, Aldrovandi, Putinati, Roma, 2020, 136 ss.; PELISSERO, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2019, 1148 ss.; ID., *Le misure di prevenzione*, in *DisCrimen*, 13 febbraio 2020, 12 ss.; DE LIA, *Misure di prevenzione e pericolosità generica: morte e trasfigurazione di un microsistema. Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019*, in LP, 15 luglio 2019; CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale*, cit., 1 ss.; con particolare attenzione alle ricadute applicative, BASILE F., MARIANI, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abituamente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in *DisCrimen*, 10 giugno 2019. Sia sufficiente, per quanto interessa il presente lavoro, ricordare che la Consulta con la decisione in esame ha espunto dall'ordinamento la fattispecie riferita ai soggetti abituamente dediti a traffici delittuosi (art. 1, lett. a), cod. ant.), mentre ha salvato la fattispecie riferita ai soggetti che vivono dei proventi da attività delittuose (art. 1, lett. b), cod. ant.), in quanto l'opera di tassativizzazione giurisprudenziale sarebbe riuscita a colmare il deficit del dato normativo della seconda, ma non della prima, persistendo ancora diverse letture del concetto di traffici delittuosi. Riportando i passaggi significativi della sentenza, con riferimento alla fattispecie salvata, e prevista dall'art. 1, lett. b), cod. ant. «la locuzione "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" è oggi suscettibile, infatti, di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli "titoli" di reato, quanto di specifiche "categorie" di reato. Tale interpretazione della fattispecie permette di ritenere soddisfatta l'esigenza – sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l'attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte – di individuazione dei «tipi di comportamento» («types of behaviour») assunti a presupposto della misura. Le «categorie di delitto» che possono essere assunte a presupposto della misura sono in effetti suscettibili di trovare concretizzazione nel caso di specie esaminato dal giudice in virtù del triplice requisito – da provarsi sulla base di precisi «elementi di fatto», di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione (art. 13, secondo comma, Cost.) – per cui deve trattarsi di a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca – l'unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito»; viceversa, con riferimento alla fattispecie espunta, prevista dall'art. 1, lett. a) cod. ant., essa «appare invece affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza de Tommaso. Alla giurisprudenza, infatti, non è stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l'interessato, il disposto normativo in esame. Invero, come poc'anzi evidenziato, sul punto convivono tutt'oggi due contrapposti indirizzi interpretativi, che definiscono in modo differente il concetto di «traffici delittuosi». Da un lato, ad esempio, la sentenza della Corte di cassazione, n. 11846 del 2018, fa riferimento a «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]», ricomprendendovi anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l'approffittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili». Dall'altro, e sempre a guisa d'esempio, la pronuncia della Corte di cassazione, n. 53003 del 2017, si riferisce al «commercio illecito di beni tanto materiali [...] quanto immateriali [...] o addirittura concernente esseri viventi (umani [...] ed animali [...]), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite [...], ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento», osservando ulteriormente che

Nel campo della prevenzione *ante delictum*, infatti, la giurisprudenza nazionale ha tentato di colmare *deficit* normativi laddove la previsione contenesse "spunti tassativizzanti", cioè idonei ad essere riempiti da una lettura chiarificante e consolidata della norma. *Modus operandi*, quello del riempimento ermeneutico, avallato dalla giurisprudenza costituzionale, tanto che sarebbe consentito al giudice non solo di «scrutare nelle eventuali zone d'ombra individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» ma anche riempire «disposizioni legislative caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione»²³².

La posizione riportata non ci convince nella misura in cui, in un sistema di *civil law* – dentro o fuori la materia penale non rileva per la questione in esame –, la giurisprudenza non si sostituisce al legislatore ma ne *continua* lo sforzo verso la formazione della norma giuridica. In altri termini, la giurisprudenza contribuisce a *chiarire* i termini normativi laddove essi, pur previsti dalla disposizione, risultino in qualche punto oscuri ma non si considera abilitata a riempire spazi vuoti o assolutamente indeterminati²³³. La garanzia della base legale richiesta per la

«nel senso comune della lingua italiana [...] trafficare significa in primo luogo commerciare, poi anche darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile, e infine, in ambito marinairesco, maneggiare, ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento».

²³¹ Sui caratteri peculiari della interpretazione tassativizzante, quale *species* del *genus* interpretazione costituzionalmente conforme, PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, cit., 145: «mentre di regola il parametro costituzionale di conformità è un parametro contenutistico, cioè un determinato valore costituzionale capace di orientare appunto contenutisticamente il significato normativo di una disposizione, nel nostro caso [...] il parametro di conformità costituzionale è dato dalla determinatezza, cioè non già da un valore contenutistico bensì da un principio di formulazione della legge penale, di qualunque contenuto essa sia»; di qui l'Autore ammonisce: «così stando le cose, ne viene in primo luogo che l'interpretazione tassativizzante, mentre orienta il giudice a conferire un contenuto determinato alla norma, rimane relativamente indifferente a quale debba essere il contenuto». Il rischio di supplenza giudiziaria, in altri termini, è assai probabile in tale contesto.

²³² Così, Corte cost. 24 del 2019; critico, MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione*, cit., 109-110.

²³³ «Se è consentito esprimersi con una metafora, potremmo dire che la Cassazione ha preso le parole della legge, contenute negli artt. 1 e 4, e le ha spremute come un limone [...] facendone probabilmente uscire molta più polpa e molto più succo di quanto fosse nelle stesse originarie intenzioni del legislatore, il che potrebbe anche indurci a chiederci (ma la risposta ci porterebbe molto lontano) se la giurisprudenza possa davvero rendere tassativo, con la sua interpretazione, ciò che il legislatore, con le sue leggi, ha lasciato generico e vago, senza con ciò compiere un'indebita invasione di campo»: in questo senso, BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione*, cit., 8; AMARELLI, *Misure di prevenzione e determinatezza*, in *Treccani. Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019, 107; critica una invasione di campo del giudiziario nello spazio riservato legge,

limitazione di diritti fondamentali, corrispondente alla garanzia della delimitazione delle interferenze del potere pubblico nella sfera privata, implica che sia chiaramente delimitato dalla *legge* cosa può o non può fare il potere pubblico, mentre una fattispecie che mira alla prevenzione di qualsiasi delitto, o *traffico o attività di delittuosa* che dir si voglia, oppure qualsiasi *reato che metta in pericolo la tranquillità pubblica*, equivale di fatto a una *non-fattispecie*, nel senso della incapacità di delimitare il potere quando la previsione sia tanto ampia da essere astrattamente idonea a ricomprendere qualsiasi manifestazione di devianza criminale, rendendo di fatto il potere *legibus solutus*.

Tuttavia, sul punto, si potrebbe replicare che la scelta di politica del diritto sia nel senso di prevenire qualsiasi devianza criminale, di modo che la fattispecie preventiva debba pertanto necessariamente essere formulata in termini quanto maggiormente ampi possibili. Prospettiva, quella appena delineata, che a nostro parere sarebbe in contrasto con una idea di ragionevolezza e proporzione delle scelte di politica del diritto²³⁴. In effetti in ottica di bilanciamento tra fini e mezzi, e in particolare tra il perseguimento del fine pubblico preventivo e valori individuali sacrificati, la limitazione di diritti fondamentali, come effetto di una forte anticipazione della tutela di beni giuridici rilevanti, si giustifica solo nella misura in cui i beni individuali o collettivi in pericolo godano di una rilevanza tanto forte da ammettere il sacrificio di porzioni di libertà personale per effetto di una prognosi di pericolosità, cioè di un evento soltanto temuto sulla base di indici di mera probabilità. Ciò implica, per un verso, una chiara delimitazione del potere preventivo – e non fattispecie preventive tanto ampie come quelle sopra menzionate – per un altro, un potere preventivo che miri a contrastare soltanto gravi pericoli di offesa a beni giuridici chiaramente definiti e primari nella scala dei valori di un gruppo sociale, storicamente determinato.

PISANI, *Misure di prevenzione e "pericolosità generica"*, cit., 328; ammette che una limitata carenza di precisione possa essere sanata da successive interpretazioni, ma non quando la disposizione sia un «guscio vuoto», GRASSO, *Le misure di prevenzione*, cit., 12.

²³⁴ Su questa linea PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., 459, per il quale la legittimità del potere preventivo è condizionata a una «verifica stringente della stretta connessione tra tipologia dei destinatari, contenuto delle misure e finalità dalle stesse perseguite» sotto un profilo di proporzione e necessità della prevenzione; proponendo la valorizzazione del canone del "minimo mezzo", della ragionevolezza e della proporzione dell'intervento preventivo, MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, cit., 1029.

4. Il presupposto del fatto penalmente rilevante. La tassativizzazione processuale.

Il secondo tassello della fattispecie preventiva consiste nella *constatazione* di fatti penalmente rilevanti commessi dal proposto e accertati dal giudice penale.

Ci pare che il presupposto dell'accertamento in ambito penale di condotte penalmente rilevanti sia fondamentale nella economia di una fattispecie preventiva costituzionalmente tollerabile. Esso, riconducendo il proposto in un ambito criminale esattamente determinato, consente di orientare il giudizio di prevenzione *stricto sensu* inteso, circoscrivendo in un ambito di accettabile discrezionalità del giudice la valutazione di attualità della pericolosità sociale. Si intende, in altri termini, affermare che la *constatazione* di condotte realizzate in passato dal proposto – e, si badi, accertate nella *sede naturale* del processo penale in quanto fatti penalmente rilevanti – consente di tassativizzare la fase della prognosi di pericolosità sociale, come ampiamente anticipato, affetta altrimenti da una insuperabile indeterminatezza²³⁵.

Il requisito in esame implica in effetti due spinte tassativizzanti. Da un lato, la trasformazione di quella che sarebbe altrimenti una pericolosità "generica" in una pericolosità "specificata" e "mirata", intesa come rischio del verificarsi in futuro di una *determinata* classe di delitti, e cioè di delitti della stessa specie di quelli che il proposto ha commesso nel passato²³⁶. Da un altro, la tassativizzazione del contenuto della misura preventiva: siccome fondata sulla constatazione di una data inclinazione delittuosa, derivante dall'accertamento di fatti penalmente rilevanti del passato e dalla valutazione di attualità di una pericolosità sociale che è razionalmente condizionata dai risultati della prima, la misura applicata deve contenere quelle prescrizioni che

²³⁵ Dello stesso avviso, PALAZZO, *Per un ripensamento*, cit., 147; riscontra nella prassi applicativa un appiattimento sulla fase constatativa, a danno del momento fondante la misura preventiva – la valutazione della attualità della pericolosità sociale – con il rischio di utilizzazione della prevenzione *ante delictum* in chiave sanzionatoria del sospetto, MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, cit., 1022; nello stesso senso, DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *AP (web)*, 2017, 1, 19.

²³⁶ *Ex multis*, Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), n. 349, Bosco, in *DeJure*: «il precedente inquadramento del soggetto in una delle categorie criminologiche tipizzate dal legislatore [incide sulla] espressione della prognosi negativa [che risulta condizionata] dalla constatazione di una specifica inclinazione mostrata dal soggetto» e, ancora, «la prognosi di pericolosità, infatti, segue gli esiti (positivi o negativi) di tale preliminare inquadramento e pertanto si manifesta in forme, costituzionalmente compatibili, che riducono la discrezionalità del giudice agli ordinari compiti di interpretazione del valore degli elementi di prova e di manifestazione di un giudizio prognostico che da 'quelle' risultanze probatorie è oggettivamente influenzato».

siano logicamente funzionali ad impedire che il proposto possa ricadere nel delitto *constatato* e la cui nuova realizzazione si considera quindi probabile in futuro²³⁷.

Tale impostazione, tuttavia, impone, di chiarire *come* e *tramite quali* fonti di conoscenza il giudice della prevenzione possa *constatare* i fatti penalmente rilevanti commessi dal proposto. Si potrebbe affermare – come in effetti afferma ormai costantemente la giurisprudenza – che il giudice della prevenzione possa ricostruire i fatti penalmente rilevanti tanto dalle sentenze pronunciate in sede di giudizio penale quanto *in via autonoma* sulla base quindi di una propria valutazione incidentale, seppure non in contraddizione con gli esiti del giudizio penale²³⁸. Nella prospettiva in ultimo indicata il giudice della prevenzione sulla base di evidenze probatorie, evidentemente provenienti da un procedimento penale e in qualsiasi fase acquisite²³⁹,

²³⁷ Si veda nella prassi applicativa i casi riportati da RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza "De Tommaso v. Italia" (e confermata dalle Sezioni Unite "Paternò")*, in *DPC*, 2017, 10, 129 ss.: nelle vicende riportate si dava atto della applicazione della sorveglianza speciale nei confronti di individui che, condannati per delitti di violenza domestica e terminata la esecuzione della pena detentiva, mantenevano inalterata una evidente propensione alla recidiva, che si tentava dunque di limitare mediante imposizione di prescrizioni "mirate" in quanto dirette ad assicurare la distanza tra vittime e persecutori.

²³⁸ *Ex multis*, Cass., 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale, in *DeJure*: «il giudice della prevenzione, in assenza di giudicato penale, può ricostruire in via autonoma la rilevanza penale di condotte emerse durante l'istruttoria»; si veda anche Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), n. 349, Bosco, *ivi*: «il giudice della prevenzione – come ogni soggetto giudicante cui viene attribuito un potere ricostruttivo – valuta, in fase constatativa ed ai suoi propri fini, come commessi dal soggetto alcuni dei delitti idonei a connotarne la condizione». Il tutto con il solo limite costituito dal principio di non contraddizione dell'ordinamento: «la negazione penale irrevocabile di un determinato fatto impedisce di ritenerlo esistente e quindi di assumerlo come elemento iniziale del giudizio di pericolosità sociale»; posizione chiaramente espressa anche in Cass., 6 giugno 2019, n. 31549, *ivi*: in considerazione della autonomia dei procedimenti, e quindi anche della diversa "grammatica probatoria", il giudice della prevenzione dispone del potere di accertare in autonomia il fatto penalmente rilevante, anche quando sia stato oggetto di un giudizio penale conclusosi con sentenza di proscioglimento, e anche di assoluzione ai sensi dell'art. 530, co. 2, c.p.p.. Si parla, a tale proposito, del giudizio di prevenzione come «strumento di verifica giurisdizionale incidentale – ma necessaria – di comportamenti illeciti già realizzati in chiave di esame soggettivo di connotati di pericolosità reiterativa», MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali*, cit., 503; in senso critico, proprio sull'accertamento autonomo fondato su una diversa e meno garantita "grammatica probatoria", PALAZZO, *Per un ripensamento*, cit., 149, «sanzioni conseguenti a un accertamento pieno o semipieno di reati pregressi»; MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum*, cit., 111, «misure post delictum a prova contratta»; CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale*, cit., 16; e, condivisibilmente, fa notare PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in *DPP*, 2019, 1539, «se i delicta previa non sono accertati (definitivamente) in giudizio, si tratta di una finzione ipocrita».

²³⁹ La autonomia tra i procedimenti, effetto del diverso oggetto di giudizio e della diversa funzione cui assolvono, si traduce in concreto in una diversa "grammatica probatoria" nell'accertamento dei fatti e nella valutazione del materiale probatorio: sul punto, FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione: profili problematici*, in AA.VV., *La giustizia penale preventiva*, cit., 235; CASSANO M., *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 176; in particolare sul materiale probatorio raccolto nel procedimento penale e rivalutato dal giudice della prevenzione, SILVESTRI, *La traslazione e l'utilizzazione degli atti*, *ivi*, 197; la valutazione probatoria

sarebbe ammesso a valutare quelle circostanze fattuali come sufficienti per ritenere accertato un reato, quale dato storico di partenza per la successiva valutazione di attualità della pericolosità sociale. La mancanza delle garanzie del processo penale sarebbe inconferente, dal momento che il giudice della prevenzione non accerta il fatto penalmente rilevante per affermare il proposto come colpevole o non colpevole, e quindi per *punire*, ma per valutare il proposto come pericoloso o non pericoloso²⁴⁰. Tale scopo, non implicando un giudizio di responsabilità e di condanna alla pena, escluderebbe quindi il riconoscimento delle garanzie processuali del processo penale, come il "contraddittorio per la formazione della prova", lo standard probatorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", la "presunzione di innocenza".

Ci pare che tale impostazione non sia condivisibile e che la *constatazione* dei fatti penalmente rilevanti come base e presupposto per la valutazione di attualità della pericolosità sociale debba essere fondata sulle sole sentenze emesse in esito a un giudizio penale e ciò per una ragione fondamentale. La fase constatativa deve assicurare *tutta* la determinatezza del giudizio di prevenzione, che *naturaliter* difetta nella fase valutativa, strutturalmente e funzionalmente non edificabile su elementi altrettanto obiettivamente verificabili, quindi giurisdizionalmente accertabili mediante prove. In tale ottica il giudizio penale si pone come la *sede naturale* del giudizio di accertamento del fatto che deve essere penalmente rilevante in quanto condiziona e orienta una valutazione di pericolosità che deve essere criminale e non riferita a

è del tutto svincolata dai criteri valutativi che operano per il dibattimento, di modo che non esistono limiti probatori, salvo il divieto di prove illegali, IASEVOLI, *Presupposti*, cit., 657-659; in giurisprudenza, fa il punto, Cass., Sez. Un., 25 marzo 2010, n. 13249, Cagnazzo, in *DeJure*: «il vero tratto distintivo che qualifica l'autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale, va intravisto nella diversa "grammatica probatoria" che deve sostenere i rispettivi giudizi [...] una diversità, però, che proprio in quanto riferita esclusivamente al "modo di essere" degli apprezzamenti del merito, non incide affatto sulla legittimità delle acquisizioni, a prescindere, evidentemente, dalla sede in cui le stesse siano operate. La prova inutilizzabile, ad esempio perché estorta, e acquisita, dunque, in violazione dell'art. 188 del codice di rito, non può proiettarsi sul terreno della prevenzione, al pari di qualsiasi altra ipotesi di prova "illegale" in quanto assunta in contrasto con i divieti di legge» (in riferimento qui alle intercettazioni inutilizzabili, in quanto acquisite in violazione delle modalità stabilite dalla legge processuale).

²⁴⁰ Ciò varrebbe ad allontanare il rischio di un *bis in idem* in quanto «il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione, in altre parole, non viene ritenuto "colpevole" o "non colpevole" in ordine alla realizzazione di un fatto specifico, ma viene ritenuto "pericoloso" o "non pericoloso" in rapporto al suo precedente agire (per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza) elevato ad indice rivelatore della possibilità di compiere future condotte perturbatrici [...]», così, per esempio, in Cass. 11 febbraio 2014, n. 23641, Mondini, in *DeJure*; critico sul punto, BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione*, cit., 15; DE LIA, *La sconfinata giovinezza*, cit., 22-27.

qualsiasi devianza sociale. La qualificazione del fatto come reato – da cui derivano numerose conseguenze sfavorevoli per il reo, al di là della dichiarazione di responsabilità²⁴¹ – deve essere compiuta nel giudizio penale, dal momento che solo in quella sede si assicura un accertamento dotato di massima certezza processuale e in quanto garantito dalla massima garanzia per la persona coinvolta, il contraddittorio per la formazione della prova. Che in un momento successivo all'accertamento in sede penale, il fatto penalmente rilevante possa essere rivalutato sotto un diverso profilo non è in discussione in quanto esso rilevi come dato storico della valutazione e in ciò riteniamo consista il compito del giudice della prevenzione, il quale si muove in un contesto procedimentale strutturalmente estraneo all'attività giurisdizionale di accertamento di fatti – e quindi alle garanzie connesse –, e *a fortiori* all'accertamento di fatti penalmente rilevanti. In tale ottica, il giudice della prevenzione dovrebbe quindi *constatare* i fatti penalmente rilevanti già accertati in sede penale e in particolare dovrebbe perciò fare riferimento alle sentenze che ne racchiudano un accertamento, quantomeno in senso sostanziale. Si intende affermare, in altri termini, come il giudice della prevenzione debba porre alla base della valutazione di attualità della pericolosità sociale comunque un accertamento del fatto penalmente rilevante, essendo tuttavia irrilevante che il giudice penale abbia applicato la pena. In questa sede, in effetti, il fatto penalmente rilevante *emerge* come indice rivelatore di una determinata propensione alla ricaduta nel delitto, che non viene smentita dalla circostanza che il processo penale si sia concluso con sentenze dibattimentali di proscioglimento nel rito – di intervenuta prescrizione, ad esempio – laddove il giudice penale abbia affermato *in sostanza* la responsabilità del proposto nel rispetto delle regole proprie del processo penale. In tale ottica, il presupposto della constatazione di fatti penalmente rilevanti è requisito sostanziale della fattispecie preventiva, giacchè contribuisce alla determinatezza della fattispecie e complessivamente del giudizio di prevenzione. Eppure, secondo autorevoli opinioni, il requisito in esame – il presupposto dell'accertamento del fatto penalmente rilevante – non avrebbe natura sostanziale ma processuale. Posizione assunta dalla Corte costituzionale, laddove nella recente

²⁴¹ Effetti sfavorevoli che derivano in automatico dalla applicazione di una misura di prevenzione, come mera conseguenza della attribuzione di un fatto penalmente rilevante sulla base di un accertamento, a dir poco, sommario. Si veda per esempio gli effetti pregiudizievoli di cui agli artt. 66 e ss., cod. ant., come decadenze, revocche di licenze, concessioni, e così via.

pronuncia in materia afferma come le modalità di accertamento (il *quomodo* della prova) siano inconferenti in relazione alla costruzione della fattispecie in modo conforme alla garanzia della determinatezza, attenendo invece alle sole modalità di accertamento probatorio in giudizio²⁴².

Ci pare invece che la valutazione di fatti, le fonti di conoscenza, lo standard probatorio, incidano sulla determinatezza del dato normativo. Nell'ottica della determinatezza, tanto come esatta delimitazione delle possibili interferenze del potere pubblico nella sfera individuale, quanto anche come prevedibile esito della attivazione del potere preventivo, una cosa è che si attivi il potere preventivo a prescindere da un accertamento di fatti commessi in precedenza, come per esempio si ha nelle fattispecie fondate su atti preparatori di un delitto, una cosa è che si attivi una volta riscontrato un fatto o una classe di fatti penalmente rilevanti commessi nel passato, come per esempio nelle fattispecie dei pericolosi generici, una cosa ancora differente è che si attivi sulla base di indizi semplici o gravi oppure ancora di sospetti, come previsto nelle fattispecie dei pericolosi qualificati in quanto indiziati di un determinato delitto. Il risultato, in termini di determinatezza, ci pare evidentemente non identico. In tale senso, si pone anche una precedente e consolidata giurisprudenza costituzionale che non aveva mai scisso la valutazione di determinatezza delle fattispecie preventive dal riferimento a «presupposti di fatto previsti dalla legge e, perciò, passibili di accertamento giudiziale». In tale ottica, il giudice costituzionale avvertiva come «decisivo è che [...] la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui *accertamento nel caso concreto* possa fondatamente dedursi un giudizio

²⁴² Corte cost. 24 del 2019, §12.1: «occorre subito eliminare ogni equivoca sovrapposizione tra il concetto di tassatività sostanziale, relativa al *thema probandum*, e quello di cosiddetta tassatività processuale, concernente il *quomodo* della prova. Mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità al metro dei parametri già sopra richiamati, inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto a un “giusto processo” ai sensi, assieme, dell'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU – i quali, seppur di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione, non vengono in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità ora in esame. Non sono, dunque, conferenti in questa sede i pur significativi sforzi della giurisprudenza – nella perdurante e totale assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione – di selezionare le tipologie di evidenze (genericamente indicate nelle disposizioni in questione quali «elementi di fatto») suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle “fattispecie di pericolosità generica”»; posizione fortemente criticata anche da MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum*, cit., 111-113.

prognostico [e che] le condotte presupposte per l'applicazione di misure di prevenzione, poiché si tratta di prevenire reati, non possono non involgere il riferimento, esplicito o implicito, al o ai reati della cui prevenzione si tratta»²⁴³. Nello stesso senso, anche la Corte EDU nella decisione De Tommaso sanzionava il difetto di determinatezza della normativa nazionale affermando che «*the imposition of such measures remanis linked to a prospective analysis by domestic courts, seeing that neither the Act nor the Constitutional Court have clearly identified the "factual evidence" or the specific types of behaviour [...]*»²⁴⁴.

4.1 Il deficit di determinatezza preventiva nelle fattispecie previste dal codice antimafia. Le fattispecie di pericolosità generica (il primo modello).

Il requisito in esame, presupposto per la valutazione di pericolosità, consente di evitare quelle pericolose sovrapposizioni nella formulazione della fattispecie, invece costantemente presenti nel dato normativo e nella prassi applicativa. In primo luogo, la constatazione di fatti penalmente rilevanti commessi *in passato* dal proposto non deve sovrapporsi con la valutazione di quei comportamenti *attuali* che secondo *l'id quod plerumque accidit* esprimono un concreto rischio di ricaduta nel delitto. In secondo luogo, i fatti penalmente rilevanti che connotano il *passato* criminale non devono confondersi con il delitto o i delitti la cui realizzazione si intende prevenire nel *futuro*. Entrambi i *caveat* riportati sono invece disattesi nelle fattispecie preventive previste dal codice antimafia, nelle quali la mancanza del presupposto in esame implica una eccessiva indeterminatezza del giudizio e in alcune ipotesi favorisce un uso improprio delle misure preventive come "pene del sospetto", ossia come misure sanzionatorio-punitive per fatti commessi e non provati.

Partendo dalle fattispecie dei "pericolosi generici", la loro formulazione normativa presenta "spunti tassativizzanti" nella parte in cui si riferisce a coloro che «debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, dediti abitualmente» o espressioni di simile tenore. Una lettura giurisprudenziale ormai consolidata li ha apprezzabilmente valorizzati nella prospettiva di superare un *deficit* di determinatezza normativa

²⁴³ Su tutte, ripercorre la lettura indicata nel testo, Corte cost. 177 del 1980.

²⁴⁴ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, §117.

evidente. In tale ottica, per esempio, «parlare di traffici delittuosi o di proventi da attività delittuose in senso non generico, significa che [...] il legislatore ha inteso prendere in esame la condizione di un soggetto che – seppur con valutazione incidentale operata dal giudice della prevenzione – ha, in precedenza, commesso dei delitti consistenti in attività di intermediazione in vendita di beni vietati (traffici delittuosi) o genericamente produttivi di reddito (provento da attività delittuose)»²⁴⁵. Ci pare che lo sforzo giurisprudenziale sia apprezzabile nella parte in cui colloca quale presupposto della valutazione di pericolosità sociale fatti penalmente rilevanti della stessa specie di quelli che si intendono prevenire, meno nella parte in cui ammette che il giudice della prevenzione possa *accertarne* la commissione anche incidentalmente e quindi a prescindere da un accertamento operato dal giudice penale. Eppure, sebbene non pienamente, il dato normativo che descrive le fattispecie dei "pericolosi generici", unitamente alla lettura tassativizzante offertane dalla giurisprudenza, pare avvicinarsi, quanto al profilo ora esaminato, a un modello di fattispecie preventiva costituzionalmente tollerabile. Le fattispecie dei "pericolosi qualificati" invece riflettono, salvo qualche eccezione sulla quale ritorneremo, tutti i *deficit* connessi alla mancanza del presupposto del fatto penalmente rilevante accertato dal giudice penale. Stante tuttavia le diverse tecniche di formulazione – indiziati di aver commesso un determinato delitto, atti preparatori obiettivamente rilevanti di un determinato delitto, e così via –, occorre analizzare partitamente ciascuna di queste. Il tratto comune si rinviene, comunque, nella assenza di un qualsiasi "spunto tassativizzante" dal quale si possa trarre il presupposto del previo accertamento di un fatto penalmente rilevante, cosicché non è possibile ravvisare alcuno spazio per ricavare qualcosa che nel dato normativo non c'è e che neppure si può cavare dalle equivoche espressioni presenti nel testo²⁴⁶.

²⁴⁵ Passaggio tratto da Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), n. 349, Bosco, in *DeJure*.

²⁴⁶ Sia consentito il rinvio alla nostra precedente riflessione sulla differenza del modello di fattispecie preventive in relazione al tentativo di tassativizzazione del giudizio di prevenzione, LASALVIA, *La prevenzione insostenibile. Scenari post De Tommaso*, in *AP (web)*, 2017, 2, 24-35.

4.2 (segue). Le fattispecie indiziarie (il secondo modello).

Le fattispecie modellate sulla formula dell'indizio di commissione di un determinato delitto sono assai distanti dal modello qui proposto per la mancanza di un riferimento al previo accertamento di un fatto penalmente rilevante commesso in passato dal proposto. Il dato normativo si fonda invece su un indizio di commissione di un delitto, che il proposto avrebbe commesso in passato, ma che vive ancora un "presente processuale incerto"²⁴⁷. Il delitto indiziato non è accertato nella sede naturale del giudizio penale e tuttavia pende sulla posizione processuale del proposto sulla base di indizi semplici e quindi inidonei a consentire un provvedimento cautelare per la cui adozione sarebbe necessario almeno che essi siano «gravi» secondo la lettera del codice di rito (art. 273, co. 1, c.p.p.).

Ciò implica una sovrapposizione tra passato e futuro, tra reato commesso ma non debitamente accertato e condotte da prevenire, e, quindi, tra fase constatativa e fase valutativa del giudizio di prevenzione²⁴⁸.

Questo, in termini applicativi, implica due effetti negativi: la indeterminatezza del giudizio di prevenzione, lo snaturamento della funzione preventiva.

Quanto al primo, se il fatto penalmente rilevante quale presupposto della valutazione di pericolosità sociale si declina in termini non di certezza processuale ma di indizio semplice, seppure sulla base di circostanze fattuali, la fase valutativa, già strutturalmente incerta in quanto rivolta al futuro, diviene un vero "salto nel vuoto"

²⁴⁷ In questi termini, autorevolmente, CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale*, cit., 54, «non serve, infatti, la certezza razionale necessaria per la condanna [...], né l'elevata probabilità propria delle misure cautelari personali, e neppure una prevalenza probabilistica dell'ipotesi di accusa misurata sul canone civilistico del "più probabile che no" [...] bastano indizi di sussistenza dell'illecito»; sia consentito riportare un passaggio tratto da LASALVIA, *La prevenzione insostenibile*, cit., 25: «Le fattispecie di pericolosità qualificata, invece, sono ancorate a un indizio di commissione di un delitto, ossia a una condotta che si colloca nel passato, ma solo da un punto di vista storico e fattuale e che invece vive un presente processuale incerto, dato dalla mancanza di prove o indizi qualificati utili a pervenire a una sentenza di condanna in sede penale. Ciò, per un verso, ravviva il sospetto che sia applicata una misura di prevenzione per reprimere ciò che in sede penale non si è riuscito a dimostrare. Per un altro, rende che il giudizio di pericolosità un "salto nel vuoto", partendo da una "base molle", che si traduce in una assenza di un presupposto storico di partenza, ossia di un fatto che non è stato mai accertato e che è invece risulta dichiarato sulla base di indizi semplici, e quindi sul vuoto processuale».

²⁴⁸ Questo, in fin dei conti, fu alla base della dichiarazione di illegittimità costituzionale della fattispecie dei proclivi a delinquere (C. cost. 177 del 1980): la coincidenza tra passato e futuro, tra fase constatativa e fase valutativa, fattispecie presupposto e giudizio di pericolosità, di modo che la fattispecie dei proclivi a delinquere è come se "girasse su se stessa".

partendo da una base fattuale inconsistente²⁴⁹. La fattispecie preventiva, privata del solido ancoraggio a un fatto penalmente rilevante accertato, lascia al giudice uno spazio di incontrollabilità discrezionalità, in altri termini, un potere preventivo indeterminato e perciò non conforme a un modello costituzionalmente tollerabile di prevenzione. Il fatto che il dato normativo delle fattispecie di pericolosità qualificata descriva esattamente il delitto o i delitti che si intendono prevenire è condizione necessaria ma non sufficiente perché il giudizio di prevenzione possa considerarsi determinato e quindi controllabile. In ciò si apprezza – ora con maggiore nettezza – la natura *sostanziale* del requisito in esame, così come il contributo che esso garantisce alla complessiva valutazione di determinatezza delle fattispecie preventive.

Quanto al secondo effetto, la mancanza di un accertamento del fatto penalmente rilevante, rimpiazzata da semplici indizi, implica il rischio che il potere preventivo sia utilizzato quale sostitutivo di un potere punitivo che non riesce ad essere esercitato per mancanza delle prove necessarie per accertare il fatto e condannare il proposto²⁵⁰. Il problema è ampiamente e autorevolmente denunciato da quella dottrina che tradizionalmente definisce le misure preventive come "pene del sospetto" operanti secondo il meccanismo della "gerarchia degli indizi" e che la recente tendenza di politica criminale in chiave securitaria va concretamente enfatizzando.

Il tema qui esposto è particolarmente avvertito quando ci si approccia alla fattispecie di «coloro che sono indiziati di appartenere alle associazioni mafiose» (art. 4, lett. a), cod. ant.). Qui, in considerazione della peculiare fattispecie incriminatrice (come di un

²⁴⁹ In questi termini, CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, cit., 600 : «è davvero arduo ricavare una prognosi criminale ragionevole da una base di giudizio così rarefatta [...] da siffatta prospettiva si può chiaramente apprezzare la ragione delle critiche mosse a queste fattispecie, accusate dalla dottrina di fungere da surrogato rispetto a un'incriminazione, di cui si abbia solo un mero indizio e non si disponga, dunque, di prove sufficienti»; critico anche PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 641, «se la stessa base della prognosi di pericolosità è costruita in chiave indiziaria (per così dire trasfigurata in fattispecie di sospetto) la tipicità della fattispecie si dissolve, in una sorta di regresso *ad infinitum*»; nello stesso senso, anche PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., 457.

²⁵⁰ Si veda, in proposito, CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015, 5: «un enunciato del tipo: "sono limitate le libertà di chiunque sia indiziato del reato x o y", non è altro che una norma che sottintende un fatto illecito senza esigerne l'accertamento, sanzionando non la condotta criminosa, ma la mera sua apparenza». Perciò auspica che siano eliminate, dato che nella prassi, «sono alla base della progressiva degenerazione delle misure personali in veri e propri strumenti di repressione alternativi al diritto e al processo penale», CATENACCI, *Le misure personali di prevenzione fra "critica" e "progetto"*, cit., 532, posizione che si deve ovviamente condividere.

altrettanto peculiare contesto criminologico rappresentato della criminalità organizzata), si assiste a un tendenziale appiattimento della fase valutativa della attualità della pericolosità sociale sulla fase constatativa della appartenenza del proposto alla associazione mafiosa. Nella prassi applicativa, in effetti, la fase valutativa si dissolve, in un primo momento in quanto considerata come non richiesta dal dato normativo²⁵¹, successivamente in quanto presunta *iuris tantum* in adesione alla logica del *semel mafioso, semper mafioso*. Lettura, quella da ultimo evidenziata, fondata sulle massime di esperienza ricavate dal contesto mafioso – laddove i rapporti sono tendenzialmente duraturi, se non indissolubili, e non episodici e occasionali – ma anche sulla – corrispondente a quanto detto – struttura del delitto associativo quale reato permanente²⁵². La partecipazione, seppure indiziata, appartiene al passato ma anche al presente e al futuro del proposto, salvo rarissime dissociazione o disgregazione del sodalizio²⁵³. Nella fattispecie in esame si verifica evidentemente

²⁵¹ Lettura superata sulla base di numerosi rilievi strutturali e normativi: per un verso, la prevenzione si fonda sul giudizio di pericolosità, di modo che senza la valutazione di attualità della stessa non avrebbe senso la fase constatativa dell'accertamento degli indizi di appartenenza; per un altro, l'accertamento di pericolosità sociale attuale è comunque previsto dalla legge per tutte le fattispecie di pericolosità, senza distinzioni alcuna tra le fattispecie e senza eccezioni di sorta (art. 6, cod. ant.).

²⁵² Il contrasto è risolto da Cass., Sez. Un., 30 novembre 2017 (dep. 4 gennaio 2018), n. 111, Gattuso, in *DeJure*: in breve, 1. l'attualità della pericolosità sociale va accertata e motivata qualsiasi sia la fattispecie di pericolosità in rilievo, anche a quella riferita agli indiziati di appartenere alle associazioni mafiose; 2. il giudice della prevenzione può ricorrere a presunzioni semplici, fondate su massime esperienziali derivanti dal contesto mafioso delle quali deve dare atto in motivazione; 3. la presunzione semplice si deve basare sulla stabilità del gruppo, unitamente a indici rivelatori della valenza della massima nel caso concreto, come il tipo di apporto del proposto al sodalizio e la posizione in esso rivestita; 4. la presunzione semplice fondata sulla stabilità del gruppo opera verso il proposto indiziato di partecipazione; la parallela presunzione semplice fondata sulla stabilità del contributo non opera invece verso il proposto indiziato di concorso esterno, stante la mancanza di una massima di esperienza assoluta in tale senso. Indirizzo prevalentemente confermato giurisprudenza successiva: *ex multis*, Cass., 14 gennaio 2020, n. 8541, Capizzi, in *DeJure*; 15 marzo 2018, n. 30130, Licciardello, *ivi*; 9 febbraio 2018, n. 24585, Papalia, *ivi*.

²⁵³ Evidenzia la peculiarità del delitto associativo, PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., 454: «queste figure [le fattispecie indiziarie di un determinato delitto] mantengono a mio avviso una loro plausibilità rispetto all'indiziato di appartenere a una struttura associativa» dato che la appartenenza alla associazione connota passato, presente e futuro della vita del proposto; con riferimento in generale alle criminalità che si caratterizzano per continuità e protrazione nel tempo, BARTOLI, *Contro la "normalizzazione delle deroghe": alcune proposte garantiste*, in *DPP*, 2020, 158, «la mancanza di un fatto accertato può essere sopperita soltanto dalla durata dell'illecito e dalla sua continuità risultando necessari e sufficienti come indici di pericolosità collegamenti con un certo ambiente che perdura» e in tale ottica lo strumento preventivo si fa, secondo l'Autore da ultimo richiamato, tollerabile quando riferito «a una criminalità che consente di basarsi su indici ulteriori rispetto ai meri precedenti, indici ulteriori che possono essere ricavati solo in presenza di una criminalità che si caratterizza per una certa continuità e protrazione nel tempo»: in questi termini, BARTOLI, *La "galassia afflittiva": studio, fondamento, legittimità. Studio per un affresco*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, cit., 102.

quella confusione di piani tra passato e futuro, tra condotte realizzate e condotte la cui realizzazione si intende prevenire, tra fase constativa del passato e fase valutativa del futuro. Di qui il passo verso lo snaturamento della funzione preventiva è breve, se non inesistente, e per ciò che il modello dell'indizio è del tutto incompatibile con un modello costituzionalmente tollerabile.

Una soluzione ammissibile, nel quadro del modello che qui si va proponendo, pur tenendo conto della natura peculiare del delitto associativo – e in particolare del delitto associativo di stampo mafioso – sarebbe quella di collocare alla base del giudizio di prevenzione fatti penalmente rilevanti *accertati* dal giudice penale: non qualsiasi fatto – *a fortiori* per quanto sopra evidenziato la partecipazione al sodalizio –, ma quei fatti qualificabili come delitti-fine della associazione criminale o che comunque siano in senso lato *criminologicamente* espressivi di un accostamento, seppure provato solo episodicamente, del proposto al sodalizio.

4.3 (segue). Le fattispecie fondate sugli atti preparatori (il terzo modello).

Rilievi critici possono essere formulati anche con riferimento alle fattispecie fondate sul modello degli «atti preparatori, obiettivamente rilevanti» diretti alla commissione di un determinato delitto.

Il dato normativo ci pare essere deficitario in due direzioni: la difficile delimitazione delle condotte espressive del pericolo sociale, la struttura incompleta della fattispecie preventiva con riferimento alla fase constativa. Quanto alla prima direzione, si intende fare riferimento alla difficoltà di circoscrivere il novero delle condotte che possono qualificarsi come "preparatorie" per la commissione di determinati delitti, tendenzialmente "di attentato" o comunque implicanti una forte anticipazione della tutela penale²⁵⁴. Di tale rilievo critico abbiamo discusso in precedenza: sia sufficiente evidenziare come la forte anticipazione della tutela penale, e quindi la rilevante lontananza dalla condotta penalmente rilevante, rende obiettivamente impossibile

²⁵⁴ Sulla difficoltà di individuare il significato delle condotte preparatorie in esame partendo dalla distinzione con le condotte che qualificano delitti di attentato, si esprimeva BRICOLA, *Politica criminale*, cit., 269.

indicare quali condotte possano qualificarsi quali indici di una pericolosità sociale attuale che possa dirsi fondata su fatti e non sospetti²⁵⁵.

Quanto alla seconda direzione (e si tratta, a nostro parere, del profilo di maggiore interesse), la struttura del modello in esame è carente del presupposto fondamentale sul quale fondare il giudizio di prevenzione. La fase constatativa è in effetti inesistente, dato che il dato normativo non contiene alcun riferimento al fatto penalmente rilevante commesso in precedenza dal proposto e il riferimento ad "atti preparatori obiettivamente rilevanti" non milita certo in quella direzione. Il modello in esame descrive solo una condotta *in essere* proiettata verso la commissione di un delitto. La fattispecie preventiva è quindi tutta protesa in avanti, mancando di un riferimento al passato del proposto, di modo che il giudizio di prevenzione difetta di indici penalmente rilevanti di una pericolosità sociale manifestata in passato e di cui occorre ora verificarne le condizioni attuali per applicare la misura preventiva.

La soluzione ammissibile, volendo rimanere ancorati alle coordinate tracciate nel presente lavoro, non guarda tuttavia a una prospettiva *de iure condendo*. La problematica della prevenzione di quei delitti che non possiamo attendere siano portati a compimento, in quanto implicano una offesa irreversibile a beni giuridici di fondamentale rilevanza per il vivere comune, trova già risposta adeguata (e volendo efficace) nella forte anticipazione della tutela penale che già *de iure condito* caratterizza la legislazione penale in materia terroristica²⁵⁶.

²⁵⁵ Il rischio sarebbe quello di un regresso all'infinito, come evidenzia, con estrema chiarezza esemplificativa, BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, cit., 507-508: «Pensiamo ad esempio all'art. 270-*quater* c.p., ovvero all'arruolamento con finalità di terrorismo. Non può negarsi che rispetto all'evento temuto ci sia un significativo anticipo di tutela. Si è correttamente parlato in dottrina di incriminazione di atti preparatori [...] Poniamo mente però al fatto che la nostra giurisprudenza ha ritenuto la struttura dell'art. 270-*quater* compatibile con lo schema del tentativo, e dunque penalmente rilevanti gli atti idonei e univoci a commettere gli atti preparatori. Venendo alle misure di prevenzione, la sorveglianza speciale [...] si applica anche a chi compia atti preparatori alla commissione di reati con finalità di terrorismo. E dunque anche a chi compia atti preparatori agli atti esecutivi degli atti preparatori incriminati all'art. 270-*quater*. Diciamo all'imam un po' radicale che si accinga a pregare in moschea»; sulla stessa linea, afferma che così arretrata, la prevenzione pare riferita a sospettati di essere tipi di autore, PELISSERO, *La legislazione penale antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, in RIDPP, 2020, 756-758; parla tale proposito di logica di «prevenzione preventiva», BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in DPC, 2017, 3, 235.

²⁵⁶ Sulla sovrapposizione di strumenti preventivi e repressivi in materia di lotta al terrorismo, PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., 463: «la funzione effettivamente preventiva sembra essere oggi svolta non dal sistema delle misure di prevenzione, ma dalle norme penali, che incriminano condotte collaterali al fenomeno associativo, prescindendo da qualsiasi collegamento con l'associazione o con cellule terroristiche o eversive, perchè queste fattispecie

5. La fase valutativa. La pericolosità sociale criminale e specifica.

Le analisi condotte sul modello dell'"indizio" e sul modello degli "atti preparatori" hanno evidenziato un grave difetto di determinatezza del giudizio di prevenzione.

Come abbiamo tentato di dimostrare la determinatezza del giudizio di prevenzione – *rectius* di scelta di attivazione del potere preventivo – fa perno sulla fase *constatativa* – sede in cui si prende atto di condotte penalmente rilevanti, espressive di una determinata inclinazione criminale del proposto – e tende verso la fase *valutativa* – sede di esercizio della discrezionalità giudiziale – naturalmente incerta nel suo esito, ma che si va tassativizzando sulla base della previa conoscenza di dati fattuali sulla base dei quali il giudice valuta e quindi gestisce il pericolo²⁵⁷. La fase *constatativa* invece, se costruita in termini di *relativa* certezza fattuale – come in precedenza esposto – circoscrive il contenuto della fase valutativa, dal momento che la pericolosità sociale in esame non è generica, e cioè riferita al pericolo che il proposto realizzi una qualsiasi condotta illecita, ma è logicamente condizionata dalla constatazione di un accertato trascorso criminale del proposto e cioè dalla specifica inclinazione delittuosa da questi mostrata in passato²⁵⁸. In tale ottica occorre concludere che un concetto di

consentono di attivare nel procedimento penale gli strumenti cautelari e probatori previsti dal sistema». L'Autore fa riferimento alle fattispecie incriminatrici, di recente introduzione nell'armamentario repressivo, che puniscono condotte di assistenza *lato sensu* intesa al terrorismo, quali i delitti di assistenza agli associati (art. 270-ter, c.p.); arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-quater, c.p.); organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo (art. 270-quater1, c.p.); addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270-quinquies, c.p.); finanziamento di condotte con finalità di terrorismo (art. 270-sexies, c.p.).

²⁵⁷ Una soluzione contraria, che invece pretendesse per il giudizio di pericolosità sociale il medesimo grado di certezza che si richiede per l'accertamento della responsabilità penale, sarebbe «impossibile», ammoniva decenni or sono, NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 635; sulla stessa linea, PALAZZO, *Per un ripensamento*, cit., 147: «il giudizio di pericolosità accerta un dato incerto per definizione perché futuro, cioè la probabile commissione di fatti criminosi di là da venire. È dunque del tutto logico che lo standard di certezza accertativa del giudizio di responsabilità e di quello di pericolosità non può che essere radicalmente diverso [...] dunque l'opera di tassativizzazione della fattispecie di pericolosità riguarderà necessariamente non tanto il giudizio prognostico quanto piuttosto gli indici fattuali, i dati sintomatici che ne costituiscono la base» e cioè la fase *constatativa*.

²⁵⁸ In questi termini, la fattispecie preventiva si pone come veicolo della prognosi di una futura condotta del soggetto e, strutturalmente, come «fattispecie di pericolo *sui generis*, riferite non già alla probabilità di verificazione di eventi naturalistici, bensì alla propensione del prevenuto alla commissione di futuri reati» (in questi termini, CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, cit., 600). In termini critici, MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale*, in RIDPP, 2017, 547; FURFARO, *Per una definizione normativa di pericolosità sociale nel Codice delle misure di prevenzione*, in AP, 2017, 1067 ss.: entrambi gli Autori in ultimo menzionati lamentano, comunque, un vuoto di nozione e di criteri di

pericolosità sociale in ambito di prevenzione *ante delictum* che possa contribuire alla determinatezza della fattispecie debba primariamente essere inteso diretto alla prevenzione di comportamenti penalmente rilevanti e non di qualsiasi devianza²⁵⁹. La rilevanza dei beni sacrificati – i diritti fondamentali della persona – non ammette in ottica di proporzione e ragionevolezza una estensione indiscriminata della nozione e anzi impone che essa debba essere letta nella accezione normativa prevista in ambito cautelare, quale «concreto e attuale pericolo che questi [imputato o indagato] commetta [...] delitti della stessa specie di quelli per cui si procede» (art. 274, lett. c), c.p.p.)²⁶⁰ più che alla definizione codicistica riferita genericamente ai «nuovi fatti preveduti dalla legge come reati» (art. 203, c.p.)²⁶¹. In tale ottica il giudice valuta il pericolo solo sulla base di elementi fattuali che militino, secondo l'*id quod plerumque accidit*, verso il pericolo di commissione di una *specific*a classe delittuosa. Nei termini appena tracciati, la fattispecie preventiva si pone strutturalmente come una fattispecie di pericolo *sui generis* e come qualsiasi giudizio sul pericolo gode di una base fattuale di partenza – la fattispecie preventiva – e un metro di valutazione – le massime

accertamento della pericolosità sociale in ambito preventivo, escludendo che siano estendibili criteri e nozioni utilizzate per le misure di sicurezza in quanto queste ultime fondate su un fatto di reato. Si tratta di una posizione condivisibile a "carte ferme", ma che invece perde fondamento alla luce del modello proposto in questo lavoro, fondato sull'accertamento di uno o più fatti penalmente rilevanti sulla base dei quali avviare la valutazione prognostica.

²⁵⁹ Posizione ormai consolidata anche in giurisprudenza nel segno di uno "statuto unitario della pericolosità sociale" nell'ordinamento, intesa come rischio di una probabile ricaduta nel delitto: in questo senso, NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 652. La posizione contraria, che qualifica la pericolosità sociale come rischio di commissione in futuro di una qualsiasi condotta deviante, si porrebbe in evidente contrasto con il principio di determinatezza in quanto incapace di circoscrivere entro limiti ragionevoli la nozione e i criteri di valutazione giudiziale, e contro il principio di proporzione, consentendo la limitazione di diritti fondamentali per fronteggiare il pericolo di fatti che siccome penalmente neutri sono incapaci di attingere quel minimo livello di gravità e allarme sociale da meritare l'incriminazione.

²⁶⁰ Cfr. art. 274, lett. c) c.p.p.; sul punto, FURFARO, *Per una definizione normativa*, cit., 1081, ritenendo che il *deficit* di determinatezza sia superabile solo mediante una compiuta definizione di un percorso valutativo della pericolosità per la sicurezza pubblica, propone la riscrittura dell'art. 6, cod. ant. nei seguenti termini: «Alle persone indicate nell'art. 4 [fattispecie di pericolosità soggettiva], quando, per le specifiche modalità dei fatti considerati da tale norma e per la personalità di esse, desunta dai precedenti penali e da comportamenti o atti concreti diversi da quelli considerati nel citato articolo 4, risultano pericolose per la sicurezza pubblica, può essere applicata, nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza».

²⁶¹ Nello stesso senso, in sostanza, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., 435-438: l'Autore propone in effetti di ri-costruire le fattispecie preventive intorno a una determinata pericolosità, intesa come probabilità di un evento offensivo di un determinato interesse protetto. Questo consentirebbe di inquadrare un "tipo di autore", di circoscrivere la gamma di comportamenti indici di quella pericolosità determinata e di predisporre misure in relazione a quella adeguate e quindi proporzionate. a neutralizzare quella determinata pericolosità.

esperienziali ricavabili dalla osservazione del fenomeno criminale di cui si fa portatore il proposto sulla base del suo passato criminale, rivitalizzato dai comportamenti successivi e comunque attuali al momento della decisione del giudice²⁶².

6. Le fattispecie fondate sul reato commesso (il quarto modello).

Concludendo sulla descrizione di un modello di fattispecie conforme alla determinatezza preventiva, occorre tuttavia constatare come l'ordinamento contempra alcune fattispecie preventive che possono considerarsi, almeno *de iure condito*, costituzionalmente tollerabili.

La prima fa riferimento a «coloro che *abbiano fatto parte* di associazioni politiche disciolte ai sensi della [Legge Scelba], e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento *successivo*, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente» (art. 4, lett. e), cod. ant.).

Il modello in esame autorizza una lettura tassativizzante della fattispecie, in quanto il dato normativo consente un "frazionamento temporale" del giudizio di prevenzione. La fase constatativa implica che sia *accertata* la appartenenza del proposto in passato a una associazione politica vietata dalla legge penale – «associazione o un movimento persegue finalità antidemocratiche proprie del partito fascista, esaltando, minacciando o usando la violenza quale metodo di lotta politico o propugnando la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione o denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza o svolgendo propaganda razzista, ovvero rivolge la sua attività alla esaltazione di esponenti, principii, fatti e metodi propri del predetto partito o compie manifestazioni esteriori di carattere fascista» (art. 1,

²⁶² Critico CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, cit., 601-602: l'Autore sostiene che, siccome priva di riferimenti scientifici, la valutazione di attualità della pericolosità sociale finisca comunque per essere di fatto affidata all'intuito del giudice. Ci pare, tuttavia, che la critica riportata possa sdrammatizzarsi. Tutto il sistema penale si fonda in parte su valutazioni ipotetiche (reati di pericolo, delitto tentato) e in alcuni casi orientate alla previsione di condotte future (misure cautelari, sospensione condizionale della pena, istituti attinenti alla esecuzione della pena) ma nessuno ha mai messo in discussione la sostenibilità di essi per il funzionamento del sistema complessivamente considerato. In tale ottica la garanzia del buon funzionamento del sistema è rafforzata dall'obbligo di motivazione della decisione – intesa quale garanzia consistente nella esposizione di un procedere *razionale* verso la scelta – e dall'impugnabilità del provvedimento – intesa quale garanzia consistente nel controllo della scelta effettuata da parte di un giudice differente – così come dal contraddittorio sulla decisione – intesa come garanzia di formazione della scelta in esito a un ragionare comune tra il giudice e le parti–.

L. 20 giugno 1952, n. 645)²⁶³ – quale condotta penalmente rilevante. La fase valutativa implica invece che sia valutato un comportamento *successivo* alla previa appartenenza alla associazione politica vietata e che consiste nello svolgimento di attività *analog*a a quella precedente e diretta alla riorganizzazione delle associazioni vietate ma non avente ancora i requisiti di punibilità indicati dalla legge²⁶⁴.

In tale ottica il comportamento valutabile non è quindi indeterminato ma si riempie di contenuto secondo massime di esperienze connesse al fenomeno associativo criminale in esame. Comportamento che, seppure ancora penalmente irrilevante, consente di ritenere probabile che il destinatario, se non controllato, possa partecipare alla o ricostituire una associazione vietata, e cioè in altri termini ricadere nel delitto associativo della medesima specie, già in precedenza realizzato²⁶⁵.

La seconda fa riferimento a «coloro che *siano stati condannati* per uno dei delitti [in tema di armi da guerra] quando debba ritenersi, per il loro comportamento *successivo*, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie con fine [terroristico]» (art. 4, lett. g), cod. ant.).

Il dato normativo qui in esame coincide esattamente con il modello di fattispecie preventiva costituzionalmente tollerabile proposto nel presente lavoro²⁶⁶. Il richiamo

²⁶³ La ricostituzione della associazione vietata è sanzionata nella disposizione successiva, che recita: «*Chiunque promuove, organizza o dirige le associazioni, i movimenti o i gruppi indicati nell'articolo 1, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni e con la multa da un milione a dieci milioni di lire. Chiunque partecipa a tali associazioni, movimenti o gruppi è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da cinquecentomila a cinque milioni di lire*» (art. 2, co. 1, 2, della legge citata).

²⁶⁴ Fattispecie che serve a inquadrare quelle classiche attività prodromiche alla costituzione di una associazione, che tuttavia non abbia ancora i requisiti strutturali per attuare il proprio programma (attività di propaganda, prime fasi di reclutamento e così via): in tale senso, condivisibile, GALLO E., voce *Le misure di prevenzione*, cit., 16.

²⁶⁵ Non sfugge come, anche nel settore in esame (come in quello della lotta al terrorismo), lo strumento preventivo tenda a sovrapporsi allo strumento repressivo. Questo in particolare si verifica allorché le condotte preparatorie alla ricostituzione della associazione vietata consistano in manifestazioni di apologia del fascismo, anche esse punite dalla legge sopra citata nei termini che seguono: «*chiunque fa propaganda per la costituzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo avente le caratteristiche e perseguita le finalità indicate nell'articolo 1 è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da lire duecentomila a lire cinquecentomila. Alla stessa pena di cui al primo comma soggiace chi pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo, oppure le sue finalità antidemocratiche [...]*» (art. 4, della legge citata). Ciò, tuttavia, non ci pare problematico nella misura in cui lo strumento preventivo sia comunque utilizzato nel rispetto di un modello che sia costituzionalmente tollerabile e cioè collochi quale presupposto di attivazione del potere preventivo un fatto penalmente rilevante accertato e della stessa specie di quello che si intende prevenire.

²⁶⁶ In termini più benevoli verso questo modello, così come verso quello analizzato in precedenza, anche PALAZZO, *Per un ripensamento*, cit., 138, che definisce queste fattispecie come «meno oscure e più lontane dal paradigma indiziario»; ne evidenzia, tuttavia, la sovrapposizione con le misure di sicurezza, MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose*, cit., 115.

espresso alla previa condanna per un determinato delitto definisce compiutamente la fase constatativa, contribuendo alla definizione di una fase valutativa che il dato normativo si occupa di circoscrivere, mediante il riferimento alla valutazione di comportamenti che siano *successivi* alla realizzazione del fatto passato e che siano espressivi di una pericolosità sociale *specificata*. La fattispecie offre al giudice della prevenzione un percorso valutativo secondo una definita scansione temporale. Si prende atto del *passato* del proposto – la commissione di un delitto in materia di armi da guerra –, se ne accerta il *presente* – la realizzazione di comportamenti espressivi della medesima pericolosità sociale già rivelata dal fatto penalmente rilevante commesso – e, infine, si valuta il *futuro* sulla base dei comportamenti attuali, nella misura in cui essi, al momento della decisione, siano espressivi di una propensione alla commissione in futuro dello stesso delitto, per di più nei limiti in cui il delitto possa essere commesso per fini di sovversione dell'ordinamento.

Una terza ipotesi, a dire il vero, si rinveniva anche nel testo unico stupefacenti (art. 75-bis, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309). Il questore può applicare una misura di prevenzione personale quando «in relazione alle modalità od alle circostanze dell'uso, dalla condotta di [detenzione di sostanze stupefacenti per uso personale] possa derivare pericolo per la sicurezza pubblica» e nei confronti di colui che «risulti *già condannato*, anche non definitivamente, per reati contro la persona, contro il patrimonio o per quelli previsti dalle disposizioni del presente testo unico o dalle norme sulla circolazione stradale»²⁶⁷.

²⁶⁷ Art. 75-bis, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica): disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima per difetto di omogeneità tra decreto legge e legge di conversione (art. 77, co. 2, Cost.; si veda sul punto, Corte cost. 32 del 2014) da Corte cost. 94 del 2016: «la palese estraneità delle disposizioni censurate, del tutto svincolate da finalità di recupero del tossicodipendente, ma piuttosto orientate a finalità di prevenzione di pericoli per la sicurezza pubblica, e aggiunte in sede di conversione, rispetto ai contenuti e alle finalità del D.L. 30 dicembre 2005, n. 272 (Misure urgenti per garantire la sicurezza ed i finanziamenti per le prossime Olimpiadi invernali, nonché la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno. Disposizioni per favorire il recupero di tossicodipendenti recidivi e modifiche al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309) rende evidente la violazione del menzionato parametro costituzionale per difetto del necessario requisito dell'omogeneità, mancando qualsivoglia nesso funzionale tra le disposizioni stesse». Prima della dichiarazione di incostituzionalità, aveva criticato la formulazione troppo ampia della fattispecie, auspicandone una lettura il più possibile restrittiva, MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Fraseario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza*, in *La legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, 121 ss.

Passato, presente e futuro nel giudizio di prevenzione sono esattamente delineati nella fattispecie preventiva in esame: la fase constatativa, la previa condanna per un reato indice rivelatore di una specifica propensione; la fase valutativa, la presente condotta di detenzione per uso personale, idonea a rafforzare e a rendere concreto il rischio di una futura ricaduta nei delitti precedentemente commessi.

7. Misure di prevenzione e misure di sicurezza. Conclusioni.

Il modello proposto in questo lavoro – la fattispecie di pericolosità sociale alla cui base si colloca il fatto penalmente rilevante accertato dal giudice penale – implica evidentemente una sovrapposizione *strutturale* tra misure di prevenzione e misure di sicurezza. Della relazione in esame abbiamo discusso in precedenza in riferimento alla funzione e alla copertura costituzionale, mentre la nostra riflessione muove ora verso la comune struttura e quindi i comuni presupposti applicativi delle misure preventive *lato sensu* intese.

Ci pare, tuttavia, preliminare evidenziare come la relazione in esame si intenda tracciata in termini di *sovrapposizione*, non di mero *avvicinamento* delle misure di prevenzione alle misure di sicurezza. Prospettiva, quella in ultimo richiamata, che prende atto della lettura giurisprudenziale tassativizzante sulle fattispecie dei "pericolosi generici", nella misura in cui essa colloca alla base del giudizio di prevenzione fatti penalmente rilevanti (anche) accertati incidentalmente dal giudice della prevenzione e non necessariamente dal giudice penale²⁶⁸. In tale ottica si ha un tendenziale riallineamento dei presupposti applicativi delle misure preventive²⁶⁹, che tuttavia restano distinte tra loro, come recentemente rimarca la giurisprudenza: «mentre le misure di sicurezza, ontologicamente, seguono il giudicato sul reato specifico cui sono correlate, le misure di prevenzione [...] possono precederlo se ed in

²⁶⁸ In tale ottica, MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali*, cit., 503: «dalla usuale – e sovente erronea, se si guarda alla dimensione *in action* – considerazione delle misure di prevenzione come misure *ante delictum* prive di reale base cognitiva, alla presa d'atto della natura di misure *ante nova delicta*, con apprezzamento di risultanze obiettive – pur autonomo ma non in contraddizione con gli esiti del giudizio penale –».

²⁶⁹ PALAZZO, *Per un ripensamento*, cit., 149: le misure di prevenzione finiscono per assumere «la fisionomia di misure di sicurezza largamente generalizzate»; nello stesso senso, MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, cit., 1024; distinta la posizione di PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., 468 che precisa trattarsi di «improprie misure di sicurezza» solo se il fatto penalmente rilevante non sia accertato nel processo penale.

quanto il giudice della prevenzione, come ogni soggetto giudicante cui viene attribuito un potere ricostruttivo, valuti, in fase constatativa ed ai suoi propri fini, come commessi dal soggetto alcuni dei delitti idonei a connotarne la condizione»²⁷⁰.

Ancora in chiave preliminare alle nostre riflessioni, occorre osservare come della relazione tra misure di sicurezza e misure di prevenzione si discuta anche in ottica *de iure condendo*, nella misura in cui attenti Studiosi della materia considerano come unico strumento per un possibile allineamento della prevenzione *ante delictum* al dato costituzionale la trasformazione di tutte le misure di prevenzione in misure di sicurezza, con tutte le garanzie anche procedurali che ne derivano²⁷¹.

La prospettiva ci trova parzialmente concordi, dal momento che il modello di fattispecie preventiva proposto in questo lavoro auspica in effetti una sovrapposizione strutturale quanto ai presupposti applicativi delle misure di prevenzione con quelli previsti dal codice penale per le misure di sicurezza e quindi la collocazione del fatto penalmente rilevante accertato dal giudice penale alla base del giudizio di prevenzione, di modo che anche secondo il modello qui proposto le misure di prevenzione possono dirsi *post delictum*.

Ci pare, tuttavia, meno convincente la parte procedimentale della prospettiva *de iure condendo* in esame laddove si vorrebbe che la trasformazione delle misure di prevenzione in misure di sicurezza implicasse il ritorno delle prime nel processo penale, con applicazione di tutte le connesse garanzie.

Ci sia consentito qualche rilievo critico. Nella prospettiva *de iure condendo* in esame la trasformazione implica di fatto la eliminazione concettuale delle misure di prevenzione, finendo per non considerare debitamente la posizione che nella prassi esse rivestono per la tenuta del sistema e alla quale le misure di sicurezza applicate nel

²⁷⁰ Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), n. 349, Bosco, in *DeJure*; vi è stato anche chi ha sostenuto come la collocazione di un reato o di un complesso di reati accertati alla base del giudizio di prevenzione abbia implicato la trasformazione della misura *ante delictum* in una misura *post delictum*, ma in funzione punitiva, o in altri termini «pene, di cui si enfatizza la funzione preventiva»: GRASSO, *Le misure di prevenzione*, cit., 15.

²⁷¹ MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., 212: «appare necessaria una loro trasformazione in misure di sicurezza, e cioè *post* e non già *ante*, o *praeter delictum*, perché solo in tal modo esse, presupponendo non solo la pericolosità sociale, ma anche la commissione di un fatto di reato, evitano lo scivolamento verso le pene del sospetto [...] non ci sarebbe più bisogno anche della conservazione di un processo ad hoc per le misure di prevenzione, in quanto queste nuove misure di sicurezza [...] potrebbero beneficiare del normale processo penale, con tutte le garanzie derivanti dallo stesso»; sulla stessa linea, PETRINI, *Le misure di prevenzione personali*, cit., 1539.

procedimento penale non riescono ad assolvere. In effetti la scarsa applicazione delle misure di sicurezza personali in sede di procedimento penale, insieme alle ipotesi in cui il bisogno di controllo della pericolosità sociale o sia sorto successivamente, o sia rimasto inalterato quando il procedimento penale sia ormai esaurito, rappresenta una delle cause principali del ricorso alla prevenzione *ante delictum*, come dimostra la prassi applicativa. Con un tale stato delle cose occorre comunque confrontarsi, in considerazione del fatto che il diritto deve dare risposte ai bisogni del gruppo sociale e le misure di sicurezza si rivelano – nelle forme in cui sono attualmente previste dal sistema – inutilizzate, e forse del tutto inutilizzabili in alcune ipotesi, e ciò per i motivi che seguono.

1. Il processo penale, mentre rappresenta la *sede naturale* dell'accertamento dei fatti, è *terra straniera* della valutazione della pericolosità sociale, e ciò si pone a fondamento della scarsa applicazione delle misure di sicurezza, disposte in esito a un controllo che il giudice penale tende ad evitare, salvo quando sia indifferibile l'esigenza di controllare nelle more del processo la persona pericolosa applicando una misura cautelare personale (art. 274, lett. c), c.p.p.).

Conferma di quanto si va affermando si rinviene nella struttura del codice di rito, laddove possiamo facilmente verificare come nel processo penale sia inevitabile che «il giudicante attribuisca un significato preponderante alla verifica che il fatto sussista, che l'imputato lo abbia commesso, che difettino cause di giustificazione, che sussista la colpevolezza e quindi l'imputabilità». Ciò si riflette «anche nella fase istruttoria [come anche nella] la fase preparatoria della decisione, quella nel corso della quale si accumulano gli elementi conoscitivi per consentire al giudicante di procedere fondatamente, è altrettanto focalizzata sulla prima questione: quella della responsabilità», così come nella «regolazione dei singoli mezzi di prova, essi pure sembrano concepiti in via prioritaria per la conoscenza del fatto»²⁷².

²⁷² MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 69-71; in questi termini, volendo, LASALVIA, *La prevenzione insostenibile*, cit., 30. Che la valutazione di pericolosità sociale, e quindi la applicazione di misure di sicurezza personale, sia *ospite* nel processo penale, mirante all'accertamento della responsabilità dell'imputato per la commissione di un fatto, si ricava da una lettura di varie disposizioni processuali che rimarcano come il tema della misura di sicurezza sia del tutto eventuale, accessorio, secondario nel processo penale. In tale senso: 1) l'art. 187, c.p.p. definisce l'oggetto della prova in ordine di rilevanza per il fine del giudizio e quindi vi inserisce i fatti oggetto di imputazione, poi la punibilità, poi la determinazione della pena e – solo in chiusura – la determinazione

Il giudizio penale, come in precedenza accennato, è giudizio di accertamento della responsabilità per il fatto e ciò, insieme alla tutela dei diritti fondamentali che vi sono messi in discussione, offre *logico* fondamento alle garanzie procedurali che lo circondano, in particolare il contraddittorio per la formazione della prova e un alto standard probatorio inteso come certezza processuale. Il giudizio di pericolosità sociale, invece, non mira a un accertamento di un fatto, ma alla valutazione o previsione di un probabile rischio di commissione di fatti penalmente rilevanti in futuro e ciò evidenzia come siano non pertinenti garanzie che sono logicamente connesse a un accertamento per la responsabilità, come determinati modi di acquisizione delle prove o uno standard probatorio tendente alla certezza²⁷³. Non di verifica di un fatto si discute, ma di previsione di comportamenti probabili sulla scorta di indizi – i fatti penalmente rilevanti – che devono essere in precedenza stati *accertati* dal giudice penale.

Che il giudizio di pericolosità sia estraneo alla *logica* del giudizio penale si ricava anche da numerosi indizi sparsi nel sistema processuale *lato sensu* inteso che confermano come la sede della valutazione di pericolosità sia piuttosto altrove che nel processo penale e in particolare trovi una delle sedi *ad hoc* nei procedimenti dinnanzi alla magistratura di sorveglianza²⁷⁴. Essa, mediante innumerevoli valutazioni di

della misura di sicurezza; 2) gli artt. 530, 533, c.p.p. in tema di esiti processuali chiariscono i termini della responsabilità e alla fine, come esito eventuale, si riferisce alla applicazione delle misure di sicurezza; 3) l'art. 445, c.p.p., in tema di patteggiamento semplice, laddove quale beneficio per la adesione al rito speciale, prevede che non si applichino misure di sicurezza personali al condannato, e ciò anche nella misura in cui possa ritenersi socialmente pericoloso. Si tratta di affermazioni che possono sembrare scontate, ma che vanno portate a conseguenze logiche e cioè a constatare che il giudizio penale non è la sede naturale per la valutazione di pericolosità sociale ai fini della applicazione di misure preventive, in quanto esse mirano a gestire, o amministrare che dir si voglia, un pericolo per la sicurezza pubblica.

²⁷³ CASSIBBA, *Procedimento di prevenzione*, in BUZZELLI, CASIRAGHI, CASSIBBA, MANCUSO, UBERTIS, ZACCHÈ, *Sistema di procedura penale*, cit., 1099, sulla esclusione del contraddittorio per la formazione della prova nel procedimento preventivo: «l'operatività del principio non è indefettibile in un procedimento giurisdizionale, come quello volto all'applicazione di misure di prevenzione, che non solo non implica una verifica di colpevolezza dell'accusato – intesa come giudizio positivo circa la commissione di un fatto penalmente rilevante da parte dell'imputato, contenuto in un provvedimento giurisdizionale – ma addirittura prescinde da esso».

²⁷⁴ In tale senso, espressamente MARTINI, *Essere pericolosi*, cit., 73; sulla stessa linea, PAONESSA, *Ripercorrendo i "luoghi" della prognosi "personologica": alcuni spunti di riflessione*, in AP (web), 2020, 3, 2-3: l'Autrice evidenzia l'inopportunità di affidare giudizi prognostici *anche* al giudice della cognizione, davanti al quale, per mancanza di strumenti *ad hoc*, esso «rasenta quasi un salto nel vuoto». Il tema in esame si intreccia anche con il giudizio sulla recidiva. Nonostante la giurisprudenza tenti di ancorarla a un giudizio di maggiore colpevolezza, la recidiva nasconde invece una punizione della *pericolosità sociale* dell'imputato, in quanto le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano - *in primis*, l'aumento del trattamento sanzionatorio, ma non solo - non sono per nulla connesse alla gravità oggettiva

pericolosità sociale del condannato ai fini della applicazione di misure che aggravano o che attenuano le modalità di esecuzione della pena – applicazione misure alternative alla detenzione, misure di sicurezza in *executivis*, permessi premio, impugnazione delle sentenze concernenti le disposizioni sulle misure di sicurezza –, si muove in un ambito di *amministrazione* della esecuzione della pena affidata a un giudice, fondando una evidente ipotesi di *giurisdizionalizzazione della amministrazione* e quindi di gestione di una esecuzione della pena in modo che, in esito a un costante bilanciamento di interessi, sia assicurata la rieducazione del condannato e la tutela della sicurezza pubblica²⁷⁵. La pena deve essere infatti costantemente conforme alla funzione di prevenzione speciale, tanto in ottica di neutralizzazione quanto in ottica di risocializzazione del condannato e a ciò provvede la magistratura di sorveglianza in una quotidiana attività di gestione, o amministrazione che dir si voglia, della persona del condannato in esecuzione della pena, avendo a disposizione strumenti per la valutazione e informazioni sul condannato effettivamente funzionali a tal scopo²⁷⁶. Ci

e soggettiva del fatto commesso, nei confronti del quale si rivolge il giudizio di cognizione. In effetti «il giudice [della cognizione] non ha informazioni adeguate in ordine al modo concreto in cui il soggetto si è atteggiato durante l'esecuzione della pena e neppure in ordine alle opportunità esistenziali affinché egli fuoriesca effettivamente dai circuiti della serialità criminosa»: pertanto «non è il giudizio di cognizione la sede in cui può essere esercitato questo compito. La sede appropriata va focalizzata laddove le modalità di esecuzione della pena vengono determinate alla luce del concreto giudizio di idoneità e disponibilità alla riabilitazione del condannato e alla sua inseribilità nel consorzio sociale, completa o condizionata o diversamente modulata grazie al sostegno della agenzia dell'esecuzione. La razionalizzazione del sistema punitivo impone, dunque, in primo luogo, l'eliminazione della recidiva dall'ambito del giudizio di cognizione, sia sul versante degli effetti diretti, che – ancor più – sul versante delle ricadute sugli istituti di diritto sostanziale che si incentrano nella nozione del fatto. In sede di esecuzione della pena la legge può invece dare opportunamente rilevanza alla recidiva, sia orientando l'esercizio della discrezionalità del giudice, per eventualmente restringere, con un giudizio prognostico concreto, mai su basi presuntive, l'ammissione all'esecuzione della pena in sede extracarceraria, sia prevedendo percorsi speciali di esecuzione mirati al reinserimento sociale per soggetti caduti in frequente recidiva a causa di particolari condizioni di fragilità e vulnerabilità personale, familiare e sociale». In questi termini, RONCO, *La liberazione dalla recidiva nel giudizio di cognizione*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, cit., 574-575. Per una ricognizione delle valutazioni di pericolosità sociale affidate alla magistratura di sorveglianza, BASILE F., *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale?*, cit., 959.

²⁷⁵ Si veda, descrivendo la magistratura di sorveglianza, TONINI, *Manuale*, cit., 1042, 1067: «ad essa è affidato il controllo sulla *funzionalità* ed *efficienza* della pena [...] e l'accertamento della pericolosità sociale»; oppure «frequente controllo sulla esecuzione [...] ciò al fine di verificare sia la *congruità* della pena rispetto alla personalità del condannato, sia l'*opportunità* che vengano adottati strumenti sanzionatori diversi» (corsivi nostri). Insomma si tratta di una attività basata su valutazioni di efficacia ed efficienza volta alla realizzazione di interessi pubblici e privati, e cioè la risocializzazione del condannato in costante e quotidiana opera di bilanciamento con la sicurezza pubblica.

²⁷⁶ L'attività di gestione, o di amministrazione, della persona connota una fondamentale ipotesi di giurisdizionalizzazione della amministrazione in ambito civile: la "giurisdizione volontaria" quale «attività strutturalmente e funzionalmente amministrativa» e cioè di bilanciamento di interessi pubblici e privati contrapposti, tanto che i provvedimenti adottati «partecipano dei caratteri strutturali propri

pare conseguenza ovvia della impostazione qui evidenziata la norma in base alla quale «il tribunale di sorveglianza giudica sulle impugnazioni contro sentenze di condanna o di proscioglimento concernenti le [sole] disposizioni che riguardano le misure di sicurezza» (art. 579, co. 1, 2, c.p.p.; art. 680, co. 2, c.p.p.), considerando che, quando sia discussa *solo* la valutazione di pericolosità sociale, il giudice *naturale* non sia certamente il giudice della cognizione del fatto. Questi attrae per connessione alla sua competenza – comunque in funzione di supplenza – la rivalutazione della pericolosità sociale per la applicazione della misura di sicurezza solo quando sia necessario un controllo anche sulle disposizioni attinenti alla responsabilità del condannato.

2. La pena assolve *anche* a funzioni di prevenzione speciale in ottica di neutralizzazione del condannato. In effetti istituti fondamentali nella commisurazione della pena *lato sensu* intesa sono espressione di una tendenza nell'ordinamento italiano ormai consolidata in questa direzione²⁷⁷.

La recidiva, quale ricaduta nel delitto, implica un notevole aumento del trattamento sanzionatorio che si fonda sulla maggiore colpevolezza per il fatto commesso ma anche su una maggiore pericolosità sociale di colui che, nonostante un precedente monito, abbia continuato a delinquere e in tale senso abbia dimostrato una insensibilità

degli atti amministrativi (revocabilità e modificabilità)». In questi termini, MANDRIOLI, CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, 17^a, Torino, 2020, 19, 24.

²⁷⁷ Sulla funzione di neutralizzazione *all'interno* della pena: PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 37-38: «fallita la strategia preventiva delle misure di sicurezza personali nei confronti dei soggetti imputabili [...] il legislatore ha spostato sul piano della pena la soddisfazione delle esigenze di difesa sociale rispetto agli autori di reati ritenuti più pericolosi [...] sembra che in Italia la logica della difesa sociale, avendo perso la scommessa sul terreno delle misure di sicurezza [...] si riproponga su quello delle pene, con un aggravio della risposta punitiva»; nonché, VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, cit., 1334 ss. il quale prende atto di una prepotente riemersione nella della funzione di neutralizzazione, almeno temporanea, del condannato, la quale rompe la proporzione tra pena e gravità del fatto commesso. Sulla incidenza delle esigenze di prevenzione speciale sulla commisurazione della pena si scontrano, in sintesi, due visioni: secondo una prima impostazione, le esigenze di neutralizzazione della pericolosità del reo possono in astratto essere perseguite attraverso l'esecuzione della pena, ma sempre entro il limite massimo della proporzione della pena con la gravità oggettiva e soggettiva del singolo fatto che costituisce la ragione per la quale la pena è inflitta (ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4^a, 2006, 95; ampiamente sostenuta in Italia: tra i tanti, da MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale*, cit., 760: «considerazioni relative alla capacità a delinquere del reo non potrebbero cioè fondare l'applicazione di pene eccedenti la misura corrispondente alla gravità del fatto colpevole, ma potrebbero soltanto suggerire l'applicazione di pene inferiori»; nonché, sulla stessa posizione, MANNA, *Corso*, cit., 761; PELISSERO, *Funzioni della pena*, in GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale*, cit., 652); ammette una pena orientata alla neutralizzazione della pericolosità del delinquente, anche oltre i limiti fissati dalla proporzione rispetto al fatto commesso (VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale, passim*, Milano, 1962).

ai dettami dell'ordinamento e quindi una maggiore propensione a delinquere in futuro²⁷⁸. Il *surplus* di carico sanzionatorio anticipa, quindi, mediante la pena una funzione di neutralizzazione della persona ritenuta socialmente pericolosa, che sarebbe di pertinenza della misura di sicurezza²⁷⁹. In tale ottica si colloca anche la commisurazione della pena in senso stretto, nella misura in cui il codice penale prevede tra i parametri valutativi che «il giudice deve tener conto altresì della capacità a delinquere del colpevole» (art. 133, co. 2, c.p.). Essa va intesa, secondo lettura ormai prevalente²⁸⁰, quale «attitudine a commettere nuovi fatti delittuosi» e quindi implica una quantificazione della pena sulla base di una valutazione rivolta al futuro, come probabilità secondo alcuni²⁸¹ o come possibilità secondo alcuni altri²⁸², di ricaduta nel delitto del condannato, orientando la pena verso funzioni di prevenzione speciale in termini di neutralizzazione del delinquente.

²⁷⁸ Posizione assolutamente prevalente in dottrina: FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 471: «il reo recidivo dimostrerebbe, per il fatto stesso di persistere nell'illecito, sia una maggiore insensibilità ai dettami dell'ordinamento, sia una maggiore propensione a delinquere in futuro»; così anche, MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., 636; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale*, cit., 673; in tale senso, chiaramente ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 539: «il recidivo può essere punito di più perché palesa una notevole inclinazione al delitto, perché il suo comportamento autorizza il timore di ulteriori reati nell'avvenire». Posizione condivisa dalla prevalente giurisprudenza: *ex multis*, Cass. 28 giugno 2016, n. 34670, Cascone, in *DeJure*; 27 aprile 2016, n. 20271, Duse, *ivi*; 7 ottobre 2015, n. 48341, Lo Presti, *ivi*; nonché Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738, Calibè, *ivi*; nonché, nello stesso senso, anche nella giurisprudenza costituzionale, Corte cost. 120 del 2017; 185 del 2015; 171 del 2009; 192 del 2007; la recidiva, siccome riferita alla pena della quale implica un aumento, non sarebbe sintomo di pericolosità sociale (presupposto delle misure di sicurezza) ma di una maggiore capacità a delinquere (non a caso espressione riprodotta nel dettato in punto di commisurazione della pena in senso stretto), secondo PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 45.

²⁷⁹ Lo rileva, VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, cit., 1339-1340: «la previsione di drammatici aumenti della pena base in caso di recidiva [...] possono essere ragionevolmente spiegati soltanto in una logica di reazione non già al fatto commesso, quanto piuttosto alla pericolosità dimostrata dal suo autore ed essere pertanto concepiti come strumento per almeno temporanea neutralizzazione del rischio di commissione di ulteriori reati da parte di costui, ben oltre i limiti di una giusta (e pertanto proporzionata) reazione di fronte a un fatto già commesso».

²⁸⁰ Di contrario avviso, partendo da una rigorosa ottica retributiva della pena, coloro che vedono nella capacità a delinquere una spiccata «attitudine al reato commesso», quale criterio di commisurazione della colpevolezza per il fatto commesso: BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 774; sulla stessa linea, PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 81.

²⁸¹ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952, 181.

²⁸² ROCCO ART., *Lezioni di diritto penale*, Roma, 1933, 321; nonché, chiaramente, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 523, che definisce la capacità a delinquere in questi termini: «essa implica un pronostico, e in particolare il giudizio sulla possibilità e sul grado di possibilità che la persona ponga in essere azioni criminose nell'avvenire. Nella manualistica corrente, *ex multis*, MANNA, *Corso*, cit., 758; PELISSERO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 766; MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale*, cit., 756, come attitudine a delinquere in futuro e rilevante nella commisurazione in senso stretto della pena, seppure nei limiti segnati dalla colpevolezza per il fatto.

Tanto osservato in via esemplificativa offre la conferma che nel giudizio penale quelle esigenze che si vorrebbero assicurate dalle misure preventive si auspica siano soddisfatte anticipatamente dalla pena, caricata di esigenze di neutralizzazione della pericolosità sociale²⁸³, quando, dopo il venir meno delle presunzioni assolute di pericolosità sociale che esimevano il giudice penale da una funzione a lui certamente estranea, abbiamo assistito alla desuetudine applicativa delle misure di sicurezza personali per i motivi sopra evidenziati²⁸⁴.

Se quanto affermato corrisponde al vero – e quindi la pena assolve anche a una funzione di prevenzione speciale in termini di neutralizzazione – la applicazione di una misura di sicurezza personale, non solo perde di rilievo ma diviene anche paradossale, nella misura in cui se la pena assolve anche ad esigenze di neutralizzazione del reo il giudice che condanna alla pena e poi applica *anche* una misura preventiva di fatto considera la pena inflitta come già fallimentare in partenza. Va anche considerato che la applicazione della misura di sicurezza implica una valutazione della pericolosità sociale che sia attuale non solo al momento della decisione ma anche e soprattutto al momento della esecuzione (art. 678, c.p.p.)²⁸⁵. Ciò rende evidentemente inutile la valutazione di pericolosità sociale effettuata dal giudice penale al momento della decisione, considerato che, siccome «le misure di sicurezza aggiunte a una pena detentiva sono eseguite dopo che la pena è stata scontata o è altrimenti estinta» (art. 211, co. 1, c.p.),²⁸⁶ la valutazione di pericolosità sociale

²⁸³ La pericolosità sociale incide in vario modo sulla quantità e qualità della pena: lo espone, in particolare, ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 534; lo evidenziano in chiave critica della attuale politica sanzionatoria, VIGANO, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, cit., 1337; PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 320.

²⁸⁴ La scarsa applicazione delle misure di sicurezza custodiali, *anche* per effetto del venir meno delle presunzioni di pericolosità, ha di fatto implicato lo spostamento delle esigenze di difesa sociale rispetto ai soggetti imputabili all'interno di una pena che si carica di scopi di difesa sociale: si veda il quadro tracciato da PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 26, 32 ss. il quale, tuttavia, prende atto di un tendenza opposta in atto nei maggiori ordinamenti europei in cui si assiste a una rinnovata fiducia verso le misure preventive custodiali e non (215 ss.)

²⁸⁵ «Quando una misura di sicurezza diversa dalla confisca è stata, fuori dai casi previsti dall'art. 312, ordinata con sentenza, o deve essere ordinata successivamente, il magistrato di sorveglianza, su richiesta del pubblico ministero o di ufficio, accerta se l'interessato è persona socialmente pericolosa e adotta i provvedimenti conseguenti [...]».

²⁸⁶ In effetti, se la pena anticipa in parte la funzione cui assolve anche la misura preventiva, e cioè assolve anche a funzioni di prevenzione speciale (che siano dirette alla neutralizzazione o alla risocializzazione non importa in questo momento), allora la misura preventiva, per definizione diretta anche essa alla realizzazione delle medesime funzioni, si applica logicamente solo qualora malauguratamente la pena non raggiungesse il fine preventivato. In questi termini, a prescindere dalle concezioni ideologiche sottese, e solo guardando alla logica esposta, *Relazione ministeriale sul progetto*

decisiva ai fini della concreta esecuzione della misura viene effettuata dal magistrato di sorveglianza. Tanto vale, quindi, che la misura preventiva, nella misura in cui la pericolosità sociale persista dopo che sia stata scontata la pena detentiva, sia disposta con provvedimento successivo *ad hoc* in un tempo prossimo alla concreta esecuzione²⁸⁷.

Insomma, le alternative che si profilano sono due: considerato che la pena assolve anche a funzioni preventive e in particolare di neutralizzazione del reo, si potrebbe concludere, o nel senso che le misure preventive siano del tutto inutili e non abbiano spazio applicativo concreto nel sistema²⁸⁸, o nel senso che le misure preventive siano utili, ma *fuori dal procedimento penale* dove invece la neutralizzazione del pericoloso viene soddisfatta, al termine, dalla pena, mentre nelle more del procedimento, dalla misura cautelare personale.

Ci pare che la seconda alternativa trovi una corrispondenza nella realtà delle cose. Dando lettura alla prassi applicativa, ci sembra facile evidenziare come frequentemente delle misure preventive si faccia un uso *alternativo* alle misure di sicurezza quando al termine della esecuzione della pena il condannato abbia *conservato* se non *aggravato* una propensione al crimine e non vi sia ormai lo spazio per applicare la misura di sicurezza per la *definizione* del rapporto processuale sorto per accertare un precedente delitto²⁸⁹. Ne sono riprova provvedimenti che applicano la

di codice penale, I, 261: «relativamente all'esecuzione di misure di sicurezza, aggiunte a una pena detentiva, è manifesta la necessità che essa abbia luogo dopo l'esecuzione, o comunque, dopo l'estinzione di quest'ultima» giacché, in caso contrario, la pena «rimarrebbe priva del carattere di antecedente utile e, nel maggior numero dei casi, necessario, per il conseguimento degli scopi inerenti alle misure di sicurezza» (corsivo nostro).

²⁸⁷ Del resto, le misure di sicurezza, «possono essere ordinate con provvedimento successivo: 1) nel caso di condanna, durante l'esecuzione della pena [...]» (art. 205, co. 2, c.p.).

²⁸⁸ Questa è la prospettiva assunta, per esempio, da PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 385-386: l'Autore, partendo dal superamento delle misure di sicurezza personali, ritiene che le esigenze di difesa sociale possano essere soddisfatte, quanto alle misure custodiali, all'interno alla pena tramite, per esempio, un meccanismo di differenziazione di percorsi penitenziari che si traduca in limiti di accesso a benefici penitenziari o a misure alternative alla detenzione in relazione al rischio di recidiva, pur senza preclusioni automatiche fondate su presunzioni assolute di pericolosità sociale; quanto alle esigenze di difesa sociale soddisfatte da misure di sicurezza a contenuto interdittivo si propone invece il ricorso, in sostituzione, alle pene accessorie, utili anche nei confronti di autori di reati colposi; similmente, in precedenza, MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, cit., 83, il quale, invece sostiene come le misure di sicurezza – rimodulate in chiave terapeutica – dovrebbero essere conservate *solo ed esclusivamente* per i soggetti non imputabili ma bisognosi di cura.

²⁸⁹ In termini, VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, cit., 1359 che rileva il «ruolo importante giocato nella prassi dalle misure di prevenzione personali, che spesso vengono disposte *dopo*

sorveglianza speciale a un condannato con manifesta tendenza pedofiliaca e con sessualità compulsiva ormai giunto a fine detenzione, così come provvedimenti che applicano la sorveglianza speciale a un condannato per delitti di violenza domestica e che al termine della espiazione della pena conserva intatta una propensione alla commissione di delitti della stessa specie e nei confronti della stessa vittima²⁹⁰. Ipotesi applicative in cui si ha riprova di come il giudice penale non intenda caricarsi della amministrazione del pericolo sociale e di quanto il sistema auspichi che la propensione al crimine del condannato si dissolva o si riduca per effetto della esecuzione della pena. Tanto premesso, ci pare che la prospettiva di ridurre le misure di prevenzione alla condizione di misure di sicurezza, seppure spinta dalla lodevole intenzione di riportare la prevenzione *ante delictum* nei binari del dato costituzionale, non risolva il tema della amministrazione di una pericolosità sociale che esiste ed è concreta e che pertanto necessita di strumenti idonei al suo contenimento, sia per un recupero della persona pericolosa, sia per la tutela dei diritti fondamentali delle persone che formano il gruppo sociale. In tale ottica non ci pare decisiva la trasformazione delle misure di prevenzione in misure di sicurezza, estendendo alle prime una disciplina procedimentale che non funziona neppure per le seconde, come evidenzia la loro scarsissima applicazione e quindi in sostanza la loro inidoneità ad assolvere allo scopo. Il modello proposto in questo lavoro, invece, sovrappone *strutturalmente* le misure di prevenzione alle misure di sicurezza, sulla base della comunanza dei presupposti applicativi, ma non anche *procedimentalmente*, giacché in tale ipotesi anche le misure preventive, come evidenziato per le misure di sicurezza, sarebbero destinate alla scarsa applicazione e quindi alla connessa incapacità di assolvere alla funzione preventiva della quale nessuno seriamente ritiene di potere fare a meno. Viceversa, il modello in esame auspica, non tanto la *trasformazione* delle une nelle altre, ma la *riduzione* del

l'esecuzione della pena detentiva per controllare la persistente pericolosità sociale del condannato (nel frattempo divenuto ex detenuto), esattamente come le misure di sicurezza»; nonché anche BASILE F., Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale?, cit., 973: «spesso sono usate in alternativa alle misure di sicurezza personali nella fase successiva alla detenzione, e talora in surroga alle stesse [...] un tale uso surrogatorio avviene qualora la pericolosità sociale del soggetto non sia stata rilevata né nel giudizio di cognizione, né durante l'esecuzione della pena, sicché, terminata l'esecuzione della pena, non vi è più la possibilità di applicare una misura di sicurezza, mentre nulla impedisce di "scoprire", a pena ormai espiata, la pericolosità sociale di un soggetto rimasto fino al giorno prima nelle patrie galere, e di applicargli la sorveglianza speciale».

²⁹⁰ Trib. Milano, decr. 19 aprile 2016, n. 18; Trib. Roma, decr. 3 aprile 2017, n. 30; Trib. Palermo, decr. 1 giugno 2017, n. 62, pubblicati in *penalecontemporaneo.it*.

perseguimento della funzione preventiva a due strumenti: la pena²⁹¹ – e, come vedremo nel prossimo capitolo, eccezionalmente le misure cautelari in attesa della sentenza – nella misura in cui la funzione preventiva possa essere assolta nel corso del procedimento penale, la misura preventiva quando invece ciò non sia possibile per la conclusione del procedimento penale²⁹². Misura preventiva che, quanto al lato sostanziale, corrisponde nei presupposti applicativi alla conosciuta misura di sicurezza – il fatto penalmente rilevante *accertato* dal giudice penale, la valutazione di pericolosità sociale *specifica* effettuata dal giudice della prevenzione – quanto al lato procedimentale, esprime una ipotesi di *giurisdizionalizzazione della amministrazione*. Il giudice della prevenzione, cioè, *constatato* il fatto penalmente *accertato* dal giudice penale, sulla base dei dati disponibili, amministra il pericolo sociale effettuando un bilanciamento in concreto di un interesse pubblico, la tutela dei diritti fondamentali dei membri del consesso sociale, e di un interesse privato, la libertà personale della persona pericolosa. In tale ottica il giudizio di prevenzione non si carica di funzioni di *accertamento* alle quali assolve il giudice penale e pertanto tutte le garanzie che circondano il processo penale vi risultano logicamente estranee.

Viceversa, la limitazione dei diritti fondamentali della persona pericolosa trova idonea garanzia – oltre che nel fatto di reato *accertato* nel giudizio penale e valevole come presupposto del giudizio di prevenzione – nella giurisdizionalizzazione di una funzione che rimane strutturalmente amministrativa, intesa come gestione mediante bilanciamento in concreto di interessi contrapposti pubblici – la sicurezza pubblica – e privati – la risocializzazione e la tutela dei diritti della persona interessata – laddove nessuno di essi è in assoluto e in astratto prevalente. Le garanzie, come in precedenza evidenziato, non sono tuttavia inesistenti. Insieme alle garanzie di partecipazione al procedimento²⁹³, che connotano addirittura il procedimento amministrativo (L. 7

²⁹¹ Anche, eventualmente, nella direzione proposta da PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 364, e cioè tramite la gestione della pericolosità sociale in sede di esecuzione penitenziaria; in questa direzione pare muoversi, guardando alla soluzione dei problemi evidenziati dalla recidiva, RONCO, *La liberazione dalla recidiva nel giudizio di cognizione*, cit., 565.

²⁹² Nella stessa direzione, AMATO GIUL., *Potere di polizia*, cit., 346.

²⁹³ Si veda, per il procedimento di prevenzione, art. 7, cod. ant.; per il procedimento di esecuzione, art. 666, c.p.p. (cui la disposizione del codice antimafia fa rinvio per quanto non espressamente previsto, nei limiti della compatibilità). Anche, in ambito di amministrazione *stricto sensu* intesa, è riconosciuto il contraddittorio sulla decisione: la legge sul procedimento amministrativo infatti – L. 7 agosto 1990, n. 241 – dedica un intero Capo III alla "Partecipazione al procedimento amministrativo", in cui si riconosce il diritto a ricevere «comunicazione di avvio del procedimento» (artt. 7-8), di «prendere

agosto 1990, n. 241), in considerazione della rilevanza dei diritti sacrificati, si riconosce tanto la garanzia della terzietà del giudice che la amministrazione non assicura in quanto parte interessata allo scopo pubblico perseguito, quanto la motivazione del provvedimento e la impugnabilità davanti a un giudice diverso da colui che ha adottato il provvedimento originario.

Statuto delle garanzie procedurali che connota quelle assai comuni ipotesi di giurisdizionalizzazione della amministrazione che sono, quanto al diritto penale *lato sensu* inteso, l'esecuzione penale, quanto al diritto civile, la giurisdizione volontaria: ipotesi delle quali, nonostante in entrambe un giudice amministratore disponga di diritti costituzionalmente garantiti delle persone interessate, nessuno ha mai paventato un *deficit* di tutele. Una situazione sovrapponibile si verifica, infine, anche quando il giudice penale dispone, nelle more del procedimento penale, una misura cautelare personale «quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il concreto e attuale pericolo che questi commetta gravi delitti con uso di armi o altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o di quello per cui si procede» (art. 274, lett. c), c.p.p.) e quindi per una esigenza cautelare *sostanziale*, e cioè di prevenzione speciale²⁹⁴. Ipotesi che conduce alla massima attenuazione le garanzie procedurali. La misura cautelare, infatti, anche se custodiale e quindi addirittura privativa della libertà personale, viene disposta in assenza di un contraddittorio al momento della decisione (*inaudita altera pars*) e, quando adottata prima del dibattimento, sulla base di un compendio probatorio formato da atti unilateralmente raccolti e selezionati dal pubblico ministero senza che il destinatario possa in qualche modo partecipare alla decisione²⁹⁵.

visione degli atti del procedimento» e di «di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove pertinenti all'oggetto del procedimento» (art. 10).

²⁹⁴ CORDERO, *Procedura penale*, 10^a, Milano, 2012, 480: «l'intervento cautelare diventa misura di sicurezza»; CORSO, *Le misure cautelari*, cit., 382, «si è in presenza di una misura cautelare sostanziale perchè risponde non ad esigenze del procedimento nel quale la persona è gravemente indiziata ma ad esigenze di tutela della collettività».

²⁹⁵ La attenuazione del diritto di difesa, *sub specie* del diritto al contraddittorio, in sede di applicazione *inaudita altera parte* della misura cautelare personale è passata costantemente indenne al vaglio della Corte costituzionale: la giurisprudenza costituzionale è consolidata nel ritenere che le garanzie difensive debbano essere modulate in rapporto alle esigenze prioritarie insite nella natura di un determinato procedimento. In particolare sulla legittimità di un *contraddittorio differito* al momento successivo alla

La ragione sta in ciò che anche sul versante procedimentale, come abbiamo visto sul versante sostanziale, la giurisdizione implica garanzie parametrare alla funzione o natura del giudizio cui essa assolve²⁹⁶: alcune garanzie – terzietà del giudice, obbligo di adeguata motivazione, sindacabilità della decisione – assistono la giurisdizione *lato*

esecuzione della misura cautelare personale, Corte cost. 63 del 1996: «l'esigenza di salvaguardare l'imprevedibilità della misura cautelare non consente – a meno di non ammettere una intrinseca contraddizione sistematica – l'instaurazione del contraddittorio, attraverso la presenza dell'indiziato o dell'imputato, o del suo difensore, nel procedimento di applicazione della misura stessa, potendo le relative garanzie esplicarsi pienamente in via successiva»; posizione, già anticipata, in Corte cost. 434 del 1995, 219 del 1994; in senso adesivo, GREVI, *Alla ricerca di un processo penale giusto. Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, 25: «siamo di fronte a una delle situazioni nelle quali in maniera più netta, ma altrettanto ragionevole ed equilibrata, viene riconosciuta come necessaria all'interno del sistema la subordinazione delle garanzie difensive rispetto all'istanza di un efficiente funzionamento dei meccanismi del processo» (corsivo nostro).

²⁹⁶ Del resto, la prospettiva di disapplicazione delle garanzie del processo penale al di fuori della materia penale in senso stretto, è autorevolmente ipotizzata da VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale?*, in *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, a cura di Tordini Cagli, Bologna, 2016, 29-30: «la domanda cruciale suona: in che misura le (numerose) garanzie [...] dovranno essere assicurate [...] anche ai procedimenti non penali, funzionali all'accertamento di illeciti e all'irrogazione di sanzioni amministrative, tributari, civili, disciplinari, etc.? [...] sullo sfondo, la possibilità di immaginare – sulla scia di talune pronunce della stessa Corte di Strasburgo – un regime di tutela a cerchi concentrici: il cui nucleo minimo sia rappresentato dall' *hard core* del diritto penale – corrispondente ai *mala in se* e comunque ai reati di maggiore gravità, per i quali si profila all'orizzonte sempre la pena detentiva –, rispetto ai quali dovrebbero sempre essere assicurate nella loro massima estensione le garanzie processuali [...] e il cui insieme esterno sia invece costituito dai *mala quia prohibita* (sanzionati con pene diverse da quella privativa della libertà personale) sia gli illeciti solo "sostanzialmente", ma non "formalmente" penali, in cui quelle stesse garanzie dovrebbero essere assicurate in modo meno stringente». Nella prospettiva della flessibilizzazione delle garanzie procedimentali, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 249-250, che ammette parla di «garanzie ontologicamente peculiari del solo processo penale [e di] garanzie che possono e devono essere rispettate, in ragione della loro ratio, in tutti i procedimenti punitivi, diversi da quello penale [...] nella consapevolezza che le garanzie procedimentali della materia penale, che pur si intendano riconoscere ad un procedimento formalmente non penale, non devono necessariamente essere applicate con il medesimo rigore richiesto per la materia penale in senso stretto»; nello stesso senso, come anticipato in precedenza in ordine alla "geometria variabile" delle garanzie, tanto sostanziali quanto procedimentali, MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste*, cit., 41 ss.; in questo senso, va quindi letta la posizione della Corte costituzionale sulla differenziazione delle garanzie procedimentali in funzione della diversa natura dei procedimenti: «il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sul terreno processuale e nei presupposti sostanziali [cosicché] le forme di esercizio del diritto di difesa [possono] essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione» (Corte cost. 321 del 2004).

sensu intesa²⁹⁷, delle altre sono invece *logicamente* connesse alla sola natura e funzione del giudizio di accertamento del fatto penalmente rilevante²⁹⁸.

²⁹⁷ Il *minimum* delle garanzie della giurisdizione *lato sensu* intese corrisponde a quello delineato per *qualsiasi* processo dall'art. 111, Cost. («La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata [...] Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»), e in ambito convenzionale – dall'art. 6 par. 1 CEDU («ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge [...] La sentenza deve essere resa pubblicamente [...]»); in tale senso, recentemente, in adesione alla giurisprudenza convenzionale (su tutte, Corte EDU, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia), Corte cost. 24 del 2019, e in precedenza, Corte cost. 77 del 1995; si tratta delle garanzie tradizionali dell'*equo processo*, CASSIBBA, *Procedimento di prevenzione*, cit., 1098-1100.

²⁹⁸ È la logica della graduazione delle garanzie in ragione dello scopo del procedimento in cui si inseriscono. È questa l'idea di "*processo giusto*" – in luogo della classica espressione "giusto processo" –, quale «sintesi di un equilibrato bilanciamento tra il valore delle garanzie individuali e il valore della efficienza», proposta in GREVI, *Alla ricerca di un processo penale giusto*, cit., 42; ancora CASSIBBA, *Procedimento di prevenzione*, cit., 1099, sulla non pertinenza della garanzia del contraddittorio per la formazione della prova al procedimento preventivo, in quanto non mirante a un accertamento di un fatto penalmente rilevante che si assume commesso della persona coinvolta.

CAPITOLO III

CONTENUTO.

SOMMARIO: 1. L'esercizio del potere preventivo. La funzionalizzazione della misura allo scopo. – 2. Esempi di *razionalità operativa*. La misura del DASPO e la prescrizione dell'allontanamento dai luoghi frequentati dalla persona protetta. – 3. I «modi» nella discrezionalità applicativa. Il giusto equilibrio tra dato normativo e discrezionalità applicativa. – 4. La giusta misura del dato normativo. Il cattivo esempio delle misure *ante delictum*. – 5. (segue). Il buon esempio delle misure cautelari. – 6. La giusta misura del potere preventivo. Tra discrezionalità e proporzionalità. – 7. (segue). Il buon esempio delle misure cautelari. – 8. (segue). Dalle misure cautelari alle misure preventive. – 9. Considerazioni a chiusura. Dei giudici che esercitano la funzione amministrativa.

1. L'esercizio del potere preventivo. La funzionalizzazione della misura allo scopo.

Il percorso che abbiamo tracciato ci conduce a muovere le nostre riflessioni dai presupposti di attivazione del potere preventivo, e quindi dalla formulazione delle fattispecie preventiva, alla modalità di esercizio del potere preventivo, e quindi al *tipo* e *grado* di limitazione delle libertà personali. Ci pare in effetti fondamentale delineare tanto l'*an* che il *quomodo* delle limitazioni delle libertà personali che possono ammettersi in funzione della realizzazione dello scopo preventivo.

Partendo dalla questione preliminare, e quindi *se* e *quando* sia ammissibile attivare il potere preventivo, il discorso deve essere affrontato prendendo le mosse dalle solide fondamenta date dalle disposizioni costituzionali poste a tutela della libertà personale. La Carta costituzionale afferma che «la libertà personale è inviolabile» (art. 13, co. 1, Cost.) e che «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» (art. 27, co. 2, Cost.). Quale assetto costituzionale si ricavi dalla lettura sistematica delle due disposizioni è questione che, con particolare riferimento alla «carcerazione preventiva» e in generale alle misure cautelari personali, ha interessato lo studioso del processo penale²⁹⁹. Ci basti, per quanto interessa il presente lavoro – lasciando tuttavia

²⁹⁹ *Ex multis*, limitandoci alla manualistica istituzionale, DE CARO, *Strumenti cautelari e precautelari*, in SCALFATI, BERNASCONI, DE CARO, FURGIUELE, MENNA, PANSINI, TRIGGIANI, VALENTINI, *Manuale di diritto processuale penale*, 3^a, Torino, 2018, 339; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^a, Milano, 2017, 818-819; DI BITONTO, *La tutela cautelare*, in CAMON, CESARI, DANIELE, DI BITONTO, NEGRI, PAULESCU, *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2020, 822-823; TONINI, *Manuale di procedura*

in nota una sintesi dei momenti fondamentali –, riportare i risultati del dibattito, i cui esiti sono espressione di una lettura sistematica del dato costituzionale. Dal complessivo assetto costituzionale si suole dunque ricavare le seguenti direttive. Per un verso, che il potere pubblico non possa, in una logica di «vuoto dei fini», limitare la libertà personale per qualsiasi scopo, anche se previsto dalla legge, così come non possa procedervi con mezzi non funzionali oppure eccedenti lo scopo legittimamente previsto. In un sistema che qualifica la libertà come «inviolabile» le limitazioni alla stessa sono cioè eccezionali³⁰⁰. Per un altro verso, che il potere pubblico non possa

penale, cit., 454; UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, 4^a, Milano, 2017, 221; ZACCHE', *Misure cautelari*, cit., 319.

³⁰⁰ Nel precedente assetto inquisitorio, la «carcerazione preventiva», come misura di limitazione della libertà personale *ante iudicium*, si considerava misura ordinaria, stante la assimilazione tra imputato e colpevole. In tale assetto, la libertà era l'eccezione, la carcerazione era la regola. Una leggera variazione di impostazione comincia a farsi strada con Cesare BECCARIA, il quale, pure non disconoscendo la ammissibilità della «carcerazione preventiva», aveva dettato un criterio restrittivo per cui «la privazione della libertà essendo una pena, non può precedere la sentenza se non quando la necessità lo chiede» (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Venturi, Torino, 1965, 70), in quanto «un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza di un giudice, nè la società può togliergli pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violato i patti, coi quali fu accordata» (BECCARIA, *op. cit.*, 38; così anche FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Genova, 1798, 206: «trattare l'accusato da cittadino, finchè il suo delitto non venga interamente provato»). Furono i pensatori liberali a spostare il baricentro verso la tutela della libertà, partendo dal rifiuto della assimilazione dell'imputato al colpevole: «la sua libertà non può essere ristretta più di quanto necessario per conseguire l'accertamento della verità e rendere eventualmente possibile l'esecuzione della pena» (MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1913, 965). Ci si sforzava dunque di individuare le ragioni a fondamento della «carcerazione preventiva», qualificata come misura immorale e ingiusta, considerata quindi ammissibile nei limiti della stretta necessità e solo per esigenze processuali – accertamento del fatto ed esecuzione della sentenza –, ma non a scopo di anticipazione della pena (CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, II, Lucca, 1877, 449). Istanze, quelle liberali, mai accolte nel corso del diciannovesimo secolo, fino a una qualche apertura avutasi con la l. 30 giugno 1876, n. 3183, in cui, seppure ancora contornata da numerose eccezioni, si affermava la regola della «stretta necessità» quale parametro per le limitazioni della libertà dell'imputato. La vera, seppure momentanea svolta, con annessa affermazione del principio di libertà nel processo penale, si ebbe con il codice Finocchiaro Aprile (1913). Sin dai lavori preparatori fu enfatizzata la correlazione tra l'idea per cui «nessuno può essere ritenuto colpevole finchè una sentenza irrevocabile non lo ha condannato» e le conseguenze in termini di libertà personale dell'imputato, che «deve essere limitata il meno possibile, ossia nella misura strettamente necessaria perchè la giustizia non sia defraudata nei suoi legittimi intenti, e mai con lo scopo o con il risultato di impedire all'accusato di giustificare, se lo può, la sua innocenza» (MORTARA, *Discorso al Senato (5 marzo 1912)*, in *Commentario al codice di procedura penale*, diretto da Mortara e altri, III, Torino, 1913, 153). Emblematico del riconoscimento della presunzione di innocenza e correlativamente della eccezionalità delle limitazioni alla libertà personale dell'imputato fu la previsione della «scarcerazione automatica per decorrenza dei termini»: istituto che stava a indicare il valore attribuito alla libertà personale dell'imputato, la cui limitazione non si sarebbe mai protratta *ad libitum* per esigenze processuali, e il disconoscimento di una funzione repressiva *ante iudicium* in connessione al fermo rifiuto, di stampo liberale, della assimilazione tra imputato e colpevole. Unica pecca della svolta codicistica fu il confinamento della operatività di detto istituto alla fase istruttoria, di modo che con il passaggio al dibattimento, riprendeva spazio la concezione della «carcerazione preventiva» in funzione di anticipazione della pena. Così, come in un perfetto compromesso, nella fase istruttoria valeva la presunzione di innocenza, nella fase dibattimentale tornava in vigore la presunzione di colpevolezza. Compromesso che tuttavia rappresentava una evidente progressione nella affermazione

disporre limitazioni della libertà personale per scopi punitivi in assenza di un giudizio definitivo di colpevolezza (*nulla poena sine iudicio*) e *a contrario*, superando una contraddizione solo apparente³⁰¹, possa tuttavia procedervi quando le limitazioni siano funzionali alla realizzazione di scopi che, purchè non punitivi, siano comunque meritevoli di tutela e corrispondenti a interessi collettivi parimenti costituzionalmente riconosciuti³⁰².

della libertà personale, che tuttavia nel ventennio fascista si arresta, in considerazione di una concezione dei rapporti tra autorità e individuo capovolta rispetto alla precedente esperienza liberale. Impostazione che si riversa nel codice fascista, in cui (come si ricava dai lavori preparatori), si rifiuta «in pieno l'assurda presunzione di innocenza, che da alcuni si vorrebbe riconoscere a favore dell'imputato [giudicandola] una stravaganza derivante da quei vietati concetti, germogliati dai principi della rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali» (così nella *Relazione sul progetto preliminare di codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, 7). Tradotto in termini concreti: abolizione della scarcerazione automatica per decorrenza dei termini, correlazione automatica tra certe imputazioni e custodia in carcere, abbassamento soglia della pena minima per la applicazione delle misure limitative, espansione notevole dei poteri di polizia e del pubblico ministero e ridotto controllo giurisdizionale. Il tutto nella direzione di una netta prevalenza riconosciuta all'interesse collettivo sull'interesse individuale. Il quadro delineato rende evidente la portata della successiva svolta costituzionale. Un indirizzo *pro libertate* o di *favor libertatis*, che dir si voglia, irrompe nella concezione dei rapporti tra autorità e individuo: il quadro per cui «la libertà personale è inviolabile» (art. 13, co. 1, Cost.) e «l'imputato non si considera colpevole fino alla condanna definitiva» (art. 27, co. 2, Cost.) esprime la concezione per cui «la permanenza dell'imputato in stato di libertà prima della sentenza definitiva deve considerarsi la regola, mentre solo in via di eccezione può ammettersi che in determinati casi, e sotto determinate garanzie legislative e giurisdizionali, l'imputato venga privato della sua libertà durante lo svolgimento processuale» (GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 20; CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., 299). La connessione con il principio di presunzione di innocenza, così come con il diritto inviolabile di difesa, completano il quadro: il primo circoscrive la individuazione degli scopi legittimanti le restrizioni, escludendo chiaramente che vi rientri quello di anticipazione della punizione, il secondo principio condiziona le forme e le modalità che devono accompagnare la applicazione di dette restrizioni. In consonanza alla presunzione di innocenza e quindi alla eccezionalità della restrizione della libertà *ante iudicium* anche la disposizione che impone alla legge di fissare «i limiti massima della carcerazione preventiva» (art. 13, co. 5, Cost.), che non avrebbe ovviamente senso alcuno in un sistema in cui l'imputato sia considerato colpevole fino a prova contraria.

³⁰¹ Si parlava di «contraddizione apparente» guardando alla disposizione costituzionale che menziona la «carcerazione preventiva» e quella sulla «presunzione di innocenza», intesa come divieto di anticipazione del trattamento punitivo. Di «limite teleologico alla carcerazione preventiva dato dalla presunzione di innocenza», si trattava, secondo GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 36; AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit. 373.

³⁰² Posizione accolta anche in giurisprudenza: su tutte, Corte cost. 265 del 2010: «Affinché le restrizioni della libertà personale dell'indagato o imputato nel corso del procedimento siano compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità: e ciò, ancorché si tratti di misure – nella loro specie più gravi – ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo. Il principio enunciato dall'art. 27, secondo comma, Cost. rappresenta, in altre parole, uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione della coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale, malgrado gli elementi che le accomunano. Da ciò consegue – come questa Corte ebbe a rilevare sin dalla sentenza n. 64 del 1970 – che l'applicazione delle misure cautelari non può essere legittimata in alcun caso esclusivamente da un giudizio anticipato di colpevolezza, né corrispondere – direttamente o indirettamente – a finalità proprie della sanzione penale, né, ancora e correlativamente, restare indifferente ad un preciso scopo (cosiddetto “vuoto dei

Esito ricostruttivo che, seppure formatosi in ambito cautelare, denota particolare pertinenza alla prevenzione *ante delictum* nella misura in cui si ammette la «carcerazione preventiva» in funzione della realizzazione di uno scopo meritevole di una tutela ordinamentale quale – insieme alla prevenzione di rischi inerenti al processo come il pericolo di inquinamento delle prove o il pericolo di fuga – la difesa sociale. Tale funzione di prevenzione speciale, intesa ad eliminare, o almeno ad attenuare, il rischio della commissione di determinati delitti, è presente dunque nelle misure cautelari personali esattamente come nelle misure preventive *ante delictum*³⁰³. Esito,

fini”)». Nel solco tracciato dal giudice delle leggi, Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, n. 16085, in *DeJure*: «L'apparente contraddizione tra una previsione espressa che legittima la privazione massima della libertà personale attraverso la carcerazione preventiva, per sua natura destinata ad operare prima e a prescindere dalla condanna definitiva, e la regola per la quale nessuna anticipazione di pena può ritenersi costituzionalmente compatibile con il principio che presume la persona non colpevole fino alla pronuncia della condanna irrevocabile, si risolve proprio [...] assegnando a questo secondo principio il valore di limite che, in negativo, contrassegna la legittimità della limitazione della libertà personale *ante iudicium* [...] tanto l'applicazione quanto il mantenimento delle misure cautelari personali non può in nessun caso fondarsi esclusivamente su una prognosi di colpevolezza, nè mirare a soddisfare le finalità tipiche della pena – pur nelle sue ben note connotazioni di polifunzionalità – nè, infine, essere o risultare in itinere priva di un suo specifico e circoscritto scopo, cronologicamente e funzionalmente correlato allo svolgimento del processo».

³⁰³ Esito storicamente controverso. Le restrizioni alla libertà personale venivano infatti in un primo momento giustificate dalla esigenza di assicurare la persona accusata alla giustizia, allo scopo di ottenerne la confessione anche tramite esercizio della tortura. Quando i *tormenta* furono ripudiati con l'affermazione del pensiero illuminista, insieme al rifiuto della assimilazione tra imputato e colpevole, si cominciava a esaltare la funzione strumentale cautelare della custodia preventiva, in relazione allo svolgimento del processo e al suo risultato. BECCARIA affermava quindi come «la strettezza del carcere non può essere che la necessaria o per impedire la fuga, o per non occultare le prove dei delitti [...] ovvero quando [l'imputato] intimato legittimamente rifiutasse di comparire» (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 48; con qualche leggera variazione, FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, cit., 205). Impostazione per ampi tratti sovrapponibile si rinveniva nelle trattazioni dei pensatori liberali. Nel pensiero di Francesco CARRARA la custodia carceraria sarebbe servita per quattro ordini di ragioni: 1) per consentire al giudice di «interrogare l'imputato ad ogni bisogno di istruzione», 2) per raggiungere «la verità, togliendo all'imputato i mezzi di subornare o intimidire i testimoni, o distruggere le vestigia e le prove del suo reato», 3) per sicurezza «affinchè l'imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti» e 4) per assicurare l'esecuzione della pena, «affinchè il reo non si sottragga alla medesima con la fuga» (CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874, 300). Una posizione, maggiormente orientata alle istanze libertarie, si ravvisa invece nel pensiero di Luigi LUCCHINI: lo studioso veneto, partendo da una rinnovata affermazione della presunzione di innocenza, affermava «come il carcere preventivo [...] com'è ingiusto, non è nemmeno in massima necessario» (LUCCHINI, *Il carcere preventivo*, Venezia, 1872, 318) criticando la prassi applicativa delle tesi carrariane, laddove i riferimento al bisogno, alla giustizia, alla pubblica difesa avrebbero consentito di fatto una ampia applicazione della carcerazione, ponendo nel nulla la concezione che vede come eccezionale il sacrificio della libertà personale dell'imputato. Fu, tuttavia il pensiero della Scuola positiva a condizionare fortemente la successiva impostazione normativa: nel pensiero di uno dei massimi esponenti della scuola, se ne ravvisano i tratti fondamentali (GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891, 392). La carcerazione preventiva si fa evenienza del tutto normale e si giustifica per esigenze processuali, ma anche, e soprattutto, per scopi di tipo punitivo o esemplare, ovvero per scopi di prevenzione generale e speciale. Il tutto sulla base della concezione, di inquisitoria memoria, volta alla assimilazione dell'imputato al colpevole. Si assumeva a fondamento della carcerazione preventiva in particolare lo scopo di difesa sociale contro la pericolosità

quello della ammissibilità delle limitazioni di libertà personale per scopi di prevenzione speciale che, nonostante forti rilievi critici, veniva in effetti riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale prima e dai compilatori del codice di procedura penale poi, muovendo dalla considerazione delle misure coercitive come aventi «plurime finalità» fra le quali quella di «essere funzionale all'esigenza di un rafforzato presidio di difesa sociale», di modo che limitazioni in esame possono ammettersi in nome di «una ragionevole valutazione dell'esistenza di un pericolo derivante dalla libertà di chi sia indiziato di determinati reati»³⁰⁴.

dell'imputato, la necessità di impedire che questi commetta *altri* reati, finendo per qualificare la misura cautelare come «misure di sicurezza processuale» (MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Torino, 1932, 476). La carcerazione avrebbe avuto fondamento in tutte le circostanze in cui per la gravità dell'azione commessa e per l'eccitazione dell'opinione pubblica da essa provocata, non fosse tollerabile lasciare l'imputato in libertà. Posizioni riconosciute chiaramente sotto il codice fascista. Il successivo contesto costituzionale non implica, almeno in un primo momento, un netto rifiuto della concezione antecedente. Si conserva intatto lo scopo *sostanziale* riconosciuto alla carcerazione preventiva (VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, in *RIDPP*, 1954, 319), capace anche di assolvere a una funzione, insieme di intimidazione o meglio di «anticipazione dell'effetto intimidativo della pena» e «di tipo sedativo dell'allarme prodotto dal reato», di fatto in totale coincidenza con alcune delle funzioni rivestite dalla pena (MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972, 374). Posizione sfumata, ma non del tutto rovesciata nel contesto normativo attuale. In tale ottica, si inseriscono i rilievi critici di alcuni Autori (GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 36; AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 373), fondati su una rivalutazione del nuovo assetto costituzionale, in particolare sulla base di una lettura sistematica del principio di inviolabilità della libertà personale, in connessione alla "presunzione di innocenza". Principio, quello in ultimo richiamato, che assume la posizione di "limite negativo" delle funzioni che la «carcerazione preventiva» può legittimamente assumere nell'ordinamento costituzionale. In tale ottica le restrizioni alla libertà personale non soffrono il "vuoto dei fini", ma si giustificano in forza di scopi costituzionalmente previsti, e fra questi si esclude, in forza della concezione costituzionalmente riconosciuta per cui l'imputato non si considera colpevole fino alla sentenza definitiva, che possano nei suoi confronti essere anticipati effetti che sono propri della pena. Tra questi, chiaramente lo scopo di difesa sociale, e quindi la prevenzione generale e la prevenzione speciale, o in altri termini la deterrenza, o la neutralizzazione dell'imputato in quanto ritenuto socialmente pericoloso. Nonostante alcuni temperamenti, quali il riconoscimento del principio del «minimo sacrificio necessario», la giurisprudenza costituzionale, seguita dai compilatori del nuovo codice di procedura penale, riconoscono, quale esigenze cautelari, insieme a quelle serventi il processo e il suo risultato, anche quella di difesa sociale, allo scopo di impedire la commissione di gravi delitti o delitti della stessa specie di quello per cui si procede sulla scorta di una valutazione di pericolosità sociale dell'imputato (art. 274, lett. c), c.p.p.).

³⁰⁴ Corte cost. 1 del 1980; 17 del 1974; 64 del 1970; *contra*, GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 44, 46; UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, cit., 235, dalla presunzione di innocenza che implica come, prima della condanna, non possano essere anticipati effetti tradizionalmente riconosciuti alla pena, quali anche la funzione di prevenzione speciale, come difesa sociale; così anche AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit. 373; più sfumata la posizione di VASSALLI, *La riforma*, cit., 319-332, che, pure ammettendola, la considera priva di autonomia in quanto la prevenzione speciale dovrebbe essere intesa come diretta ad impedire la commissione di reati destinati a turbare il normale svolgimento del processo «a cominciare da quelli rivolti ad occultare le prove od a sopprimere i testimoni del proprio delitto». A nostro parere, le misure limitative della libertà personale possono ammettersi per scopi di prevenzione speciale, purché non implicanti una privazione della libertà, come nella custodia in carcere. Posizione che ci pare prospettata, *in extremis*, anche da GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 50, in relazione a quelle ipotesi in cui «l'imputato risulti socialmente pericoloso sulla base di indizi e di circostanze valutabili indipendentemente dall'ipotesi di colpevolezza su cui si concreta l'imputazione

In tale prospettiva, lasciando per il momento sullo sfondo le misure cautelari – che pure nella nostra ottica operano come misure *ante delictum* in quanto funzionali a scopi di difesa sociale, disposte solo per motivi contingenti di connessione al procedimento in corso (pericoli *per* il processo, pericolo *emerso nel* processo) dal giudice penale³⁰⁵ –, si deve ammettere che un riconoscimento della meritevolezza di tutela ordinamentale dello scopo preventivo si rinviene nella Costituzione, laddove essa riconosce le misure di sicurezza quale modello di misura preventiva *lato sensu* inteso (art. 25, co. 3, Cost.), come abbiamo in precedenza dimostrato, e nella CEDU, laddove si ammettono limitazioni delle libertà personali, quando sia necessario per la prevenzione dei reati (art. 5, lett. c); 2, prot. 4, CEDU).

Tuttavia, affermare che la prevenzione speciale costituisca una funzione legittimante limitazioni della libertà personale offre una formula che, ancora eccessivamente generica, se non circoscritta finirebbe per svuotare da dentro il principio per cui la «libertà personale è inviolabile». Istituti che ne consentono la limitazione, siccome aventi natura di eccezioni alla regola, si possono ammettere nei limiti della stretta necessità, qui declinata in termini di «minimo sacrificio necessario», secondo un rapporto logico di regola ed eccezione³⁰⁶. Ciò vale a dire che la libertà personale deve essere limitata tramite l'esercizio di un potere che sia *funzionale* a uno scopo preventivo ben delimitato, corrispondente alla prevenzione di una pericolosità *specifica*, cioè riferita a una determinata classe delittuosa³⁰⁷. In tale ottica ci pare esemplificativo di una adeguata delimitazione normativa del potere preventivo proprio il sistema cautelare in quanto, definendo quel rischio di commissione di delitti che

[...]» situazione che «non postulerebbe alcuna equiparazione dell'imputato al colpevole» e siccome «nelle situazioni *de quibus* a ben vedere l'imputato viene in evidenza non in quanto tale, bensì in quanto soggetto ritenuto socialmente pericoloso a prescindere dalla fondatezza dell'imputazione [...] dovrebbero essergli applicate misure correlate al suo grado di pericolosità: diverse quindi, e di regola meno gravi, rispetto alla custodia in carcere», e con ciò prospettando, in tempi non sospetti, la previsione di una ampia gamma di misure a tale scopo, implicanti un sacrificio della libertà graduato alle esigenze da fronteggiare e avente come *extrema ratio* la possibilità della custodia carceraria.

³⁰⁵ Parla di «misura cautelari sostanziali», «misure di sicurezza processuali», autorevole dottrina, come il MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 476.

³⁰⁶ Chiaramente, GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 20; AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 374; di recente, insiste sulla eccezionalità e sulla ragionevolezza delle limitazioni alle libertà personali *ante iudicium*, DE CARO, *Strumenti cautelari e precautelari*, cit., 339.

³⁰⁷ Parla invece, con esito di fatto sovrapponibile, di fattispecie ruotanti intorno a un "interesse protetto", funzionali alla razionale individuazione dei destinatari e dei comportamenti rilevanti, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., 434.

ammette la applicazione della misura cautelare, il codice elenca le fattispecie verso le quali si orienta lo scopo di prevenzione speciale (delitti con armi, delitti di criminalità organizzata, o delitti della stessa specie di quello per cui si procede) (art. 274, lett. c), c.p.p.).

Nella direzione ora delineata si pone anche il modello di fattispecie preventiva proposto in questo lavoro. Le condotte passate accertate dal giudice penale riconducono il proposto in una *determinata* classe delittuosa – o categoria criminologica, che dir si voglia –, circoscrivono uno *specifico* pericolo criminale e orientano il giudice della prevenzione prima nella valutazione della attualità di una *specifico* pericolosità sociale e – completando ora l'*iter* argomentativo giudiziale – poi nella scelta di una misura preventiva *funzionalizzata*³⁰⁸. Un giudizio di prevenzione così elaborato offre in effetti una misura che implica una limitazione della libertà personale che ci pare tollerabile in quanto caratterizzata da una *piena corrispondenza funzionale* allo scopo specifico che si intende realizzare³⁰⁹. Si delinea, in tale ottica, un esercizio del potere preventivo corrispondente a uno scopo delimitato in funzione della osservazione delle circostanze del caso concreto, e quindi applicato secondo canoni di "razionalità operativa"³¹⁰.

Misure invece che non siano funzionali, in tutto o spesso in parte, allo scopo *specifico* da realizzare o che, anche se funzionali, siano eccedenti rispetto a quelle necessarie allo scopo che le giustifica si traducono nella imposizione di sacrifici inutili delle libertà personali, del tutto irragionevoli e quindi privi di una solida giustificazione costituzionale. Tanto si verifica quando il potere preventivo adotti misure che non sono calibrate su di uno scopo preventivo *specifico* ma, come per effetto di uno "strabismo", sulla base della gravità del delitto e quindi del corrispondente allarme sociale che esso

³⁰⁸ Immagina una prevenzione *ante delictum* "intelligente", in quanto razionalmente orientata, proprio a partire dalla sequenza evidenziata nel testo, SQUILLACI, *La prevenzione illusoria*, cit., 438.

³⁰⁹ Sulla verifica del rapporto di proporzione tra grado di limitazione ed efficacia preventiva della misura, PELISSERO, *La tutela della libertà personale*, cit., 375: «quanto più quest'ultima si consolida, tanto più in prospettiva politica criminale si rafforza la giustificazione della flessione sul terreno delle garanzie individuali».

³¹⁰ Concetto apprezzato in sede amministrativistica, quale «canone di azione che presiede alla funzione amministrativa»: per GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 560, implica 1) corrispondenza dell'azione al fine, 2) coerenza con i presupposti di fatto posti a base della decisione, 3) logicità e proporzionalità del mezzo al fine; per CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 160, è principio pre-giuridico che impone di «perseguire determinati obiettivi ponendo in essere azioni logiche, coerenti e ad essi funzionali».

suscita nella collettività³¹¹. Fattori, quelli appena menzionati, che se uno spazio di rilevanza possono avere ci pare che debba esplicitarsi nella fase della scelta normativa, quando occorre valutare, in ottica di bilanciamento, se in astratto una limitazione della libertà personale *ante delictum* del singolo possa essere risposta ragionevole – o proporzionata in termini di bilanciamento di valori – rispetto alla rilevanza dei beni giuridici messi in pericolo dalla classe di delitti che si intende prevenire³¹². Quando, invece, si ammette che gravità e allarme sociale incidano, non sulla scelta in astratto di intervenire, ma sul *tipo*, *grado* e sul *modo* di esecuzione della misura si determina una sovrapposizione – se non una eccedenza – di scopi in relazione ad una misura che tanto si ammette in quanto funzionale solo alla prevenzione speciale *specificata* e che, nel caso in cui in quella non trovi giustificazione, rimane oggettivamente una limitazione della libertà personale in assenza di giudizio di colpevolezza e, quindi, in altri termini, una "pena senza delitto" in contrasto con il principio di inviolabilità della libertà personale.

Tale stato di cose, come in precedenza accennato sotto diversi profili, si impone evidentemente nel dato normativo attuale. Misure di prevenzione personali si applicano, infatti, sulla base di fattispecie eccessivamente generiche per orientare il giudice nella scelta di una misura mirante alla realizzazione di uno scopo preventivo *specifico* e si risolvono in tutto, o quantomeno in parte, nella imposizione di limitazioni della libertà personale, o non funzionali in relazione alla prevenzione di una classe di

³¹¹ Seppure in relazione alle tutela cautelare penale, ammoniva GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, cit., 43, «il riconoscimento alla custodia preventiva della funzione di tranquillizzare gli animi dei cittadini – ovvero il passo è breve di dare soddisfazione all'opinione pubblica – potrebbe presentare aspetti assai rischiosi nella misura in cui farebbe dipendere la privazione della libertà personale dell'imputato da fattori largamente irrazionali»; in precedenza, critico anche MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., 674, per il quale «è erroneo che [la misura] abbia il fine di dare soddisfazione al pubblico senso di giustizia, per il quale è sufficiente che si proceda contro l'imputato». Condivide la posizione critica, Corte cost. 265 del 2010; 164 del 2011: «non può che ribadirsi che né il primario rilievo dell'interesse protetto dalla fattispecie incriminatrice, né esigenze di contenimento di eventuali situazioni di allarme sociale possono per altro verso valere, di per sé, come base di legittimazione della predetta presunzione assoluta»; viceversa, nella giurisprudenza convenzionale, se la gravità della misura non può mai giustificarsi sulla base della *sola* gravità del delitto, (Corte EDU, Grande Camera, 22 maggio 2012, *Idalov c. Russia*), diverso è invece l'approccio con riferimento all'allarme sociale provocato dal reato e al rischio di turbamento per l'ordine pubblico che ne deriva (Corte EDU, 15 marzo 2011, *Begu c. Romania*; 11 ottobre 2011, *Romanova c. Russia*; 3 aprile 2012, *Riccardi c. Romania*).

³¹² Questione già affrontata nel precedente capitolo; in particolare, sia sufficiente in questa sede, sul punto, nella riflessione scientifica, rinviare a MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in *La giustizia penale preventiva*, cit. 27 ss.

delitti che connota il passato della persona e quindi ne condiziona la valutazione di pericolosità sociale *specificata*, o che – anche qualora funzionali – eccedenti quella giusta misura che sarebbe sufficiente per provvedere allo scopo preventivo. Ciò, come abbiamo tentato di evidenziare in precedenza, deriva tanto dalla cattiva formulazione delle fattispecie preventive – che non consente di circoscrivere lo scopo preventivo specifico – ma anche, come invece tenteremo di esporre nel presente capitolo, dalla costruzione di misure personali fondate su un «modello di contenimento della devianza generalista e disfunzionale, pieno di previsioni inutili e privo di misure gradualmente correlate alla necessità di inibire specifiche manifestazioni di pericolosità»³¹³ quando, invece, come evidenzia un attento Studioso, «quanto più sussiste omogeneità tra destinatari, contenuto e scopo perseguito, tanto più si giustifica in termini di proporzione e necessità il sacrificio delle garanzie individuali»³¹⁴.

2. Esempi di *razionalità operativa*. La misura del DASPO e la prescrizione dell'allontanamento dai luoghi frequentati dalla persona protetta.

Priva di avviare una analisi sul modello di misure funzionalmente preventive e quindi costituzionalmente tollerabili, ci pare possibile individuare due esempi di normazione conforme a "razionalità operativa" nei quali, cioè, la misura preventiva si pone in astratto come *funzionalmente* corrispondente e non eccedente lo scopo preventivo *specifico* perseguito.

La prima è il *divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono competizioni sportive* (DASPO; art. 6, l. 401/1989)³¹⁵. La misura si applica a coloro che, avendo commesso fatti di violenza, *lato sensu* intesa, in occasione o a causa di eventi sportivi, manifestino una pericolosità sociale specificamente connessa a occasioni di disordine o di semplice affollamento. Il divieto in esame, accedere ai luoghi e assistere alle manifestazioni sportive, ci pare dunque *funzionale* allo scopo preventivo perseguito e ciò in termini

³¹³ Criticità riconosciuta anche dalla giurisprudenza maggiormente attenta alla problematica delle garanzie nella applicazione delle misure *ante delictum*: così, con le parole riportate nel testo, si esprime MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali*, cit., 501; nello stesso senso, autorevolmente, PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 654, parlando di misure che «non hanno un senso».

³¹⁴ PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum*, cit., 459; per una forte connessione tra tipologia dei fatti criminosi da prevenire e contenuti prescrittivi, anche PETRINI, *Le misure di prevenzione personali*, cit., 1540.

³¹⁵ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 436 ss.

tanto di coerenza – come *qualità* della scelta operata – che di proporzione tra mezzo utilizzato e fine perseguito – come *quantità* di potere esercitato³¹⁶.

La seconda è il «divieto di avvicinarsi a determinati luoghi, frequentati abitualmente dalle persone cui occorre prestare protezione» (art. 4, lett. i-ter, cod. ant.; 8, co. 5, cod. ant.)³¹⁷. La misura, prevista come prescrizione *facoltativa* della sorveglianza speciale, è applicabile *solo* alle persone indiziate del delitto di atti persecutori (art. 612-bis, c.p.) o di maltrattamenti in famiglia (art. 572, c.p.), quali condotte penalmente rilevanti che si verificano spesso in ambito domestico – di qui la misura dell'allontanamento dalla casa familiare – o comunque in occasione della comune frequentazione di certi luoghi di aggregazione – di qui il divieto di avvicinamento a determinati luoghi abitualmente frequentati dalla vittima – e che pertanto possono essere evitati con misure idonee a tutelare la potenziale vittima senza sacrificare eccessivamente la libertà personale della persona pericolosa³¹⁸.

In tale modo, evidenziando la connessione *funzionale* con lo scopo preventivo *specifico* desunto dalla fattispecie preventiva, si supera il rischio di imporre limitazioni delle libertà personali disfunzionali o eccedenti lo scopo e quindi prive di adeguata giustificazione razionale. In sintesi, lo scopo preventivo *specifico*, come ricavato dalla formulazione di una fattispecie preventiva determinata, offre un fondamento razionale alla misura preventiva giustificando l'attivazione di un potere preventivo in chiave limitativa delle libertà personali.

Tanto osservato (avendo voluto mettere in evidenza come non tutto il dato normativo sia mal fatto) il discorso deve ora spostarsi verso i «modi» delle restrizioni delle libertà personali e cioè sulle modalità di esercizio in concreto del potere preventivo. Ci pare che, anche in questo sforzo ricostruttivo, il dato normativo in ordine al contenuto delle misure preventive sia per lo più un cattivo esempio di normazione sulla prevenzione *ante delictum* per i motivi che nella descrizione del modello qui proposto saranno via

³¹⁶ PELISSERO, *La tutela della libertà personale*, cit., 384; MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 125.

³¹⁷ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 224 ss.; nonché, in particolare nella prospettiva dei mezzi contro la violenza domestica, CORTESI, *Le nuove misure di prevenzione personali*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 215 ss.

³¹⁸ In tale senso, come espressione di una prevenzione *ante delictum* mantenuta nella finalità originaria e con un contenuto coerente con tale finalità, MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 125.

via evidenziati. Ci preme, per il momento, ancora una volta evidenziare che, insieme ai rilievi critici esposti in sede di formulazione della fattispecie preventiva, anche la mal formulazione normativa dei contenuti delle misure, piena di presunzioni e di automatismi applicativi, si pone alla base di una criticabile prassi espressiva di una tendenza ad affidare alla prevenzione *ante delictum* una inammissibile funzione punitiva.

3. I «modi» della discrezionalità applicativa. Il giusto equilibrio tra dato normativo e discrezionalità applicativa.

Quando si afferma che il potere preventivo possa essere attivato si intende fare riferimento ancora al *se* (*an*) ma non ancora al *come* (*quomodo*) si debba intervenire e cioè *quanto* potere possa essere esercitato, *quale* incidenza sulla sfera giuridica della persona pericolosa possa dirsi tollerabile e quindi *quale* misura in concreto possa essere applicata.

Il punto di avvio delle nostre riflessioni è ancora la Carta costituzionale, in cui si afferma che non è ammessa forma alcuna di limitazione della libertà personale «se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e *modi* previsti dalla legge» (art. 13, co. 2, Cost.). Dei *casi* di incidenza sulla libertà della persona pericolosa (*an*) abbiamo discusso quando abbiamo trattato delle fattispecie preventive. Il discorso muove ora, invece, verso la definizione normativa dei «modi», indicando quindi *come* limitare, e con *quanta* incidenza, le libertà personali e cioè, in altri termini, quale sia la *giusta* misura del potere preventivo.

Il tema si fa complesso nella misura in cui occorre definire quale sia il *giusto* equilibrio tra legalità del potere e individualizzazione del trattamento, predeterminazione normativa e discrezionalità applicativa³¹⁹. Se è vero che il vuoto normativo implica il

³¹⁹ Va subito chiarito un possibile equivoco: guardando al momento della applicazione, una cosa è l'attività di interpretazione del dato normativo, una cosa diversa è la discrezionalità rispetto al dato normativo, nella stessa misura in cui una cosa è un'attività di chiarificazione della legge, una cosa diversa è un'attività di scelta entro i limiti imposti dalla legge. La prima è intimamente connessa alla attività di applicazione della disposizione; la seconda è eventuale e dipende dalla scelta normativa del *se* attribuire e *con quale* ampiezza un potere di scelta da esercitare nel momento di applicazione della disposizione al caso concreto. Ciò implica, come meglio diremo a breve, che, a differenza dell'attività interpretativa, l'attività discrezionale non deriva da una qualsiasi indeterminatezza del dato normativo, ma dalla sola indeterminatezza *intenzionale*, e cioè quando il legislatore ritenga necessario non predefinire il tutto, ma lasciare spazio alla scelta dell'applicatore, in considerazione del riconoscimento di una qualche preminente esigenza di individualizzazione, specie in materia di libertà personale. In tale

rischio di arbitrio giudiziale, vero è anche che una eccessiva normazione si traduce in automatismi, presunzioni e quindi soluzioni *spersonalizzate* che inevitabilmente implicano misure sproporzionate in eccesso rispetto a quelle necessarie nel caso concreto e quindi non esattamente funzionali allo scopo.

In tale ottica un autorevole Studioso delle libertà, teorizzando l'esistenza di un "principio costituzionale di adeguamento" scriveva: «sarà illegittima la legge che non predetermina in modo sufficientemente specifico la discrezionalità dell'applicatore, ma lo sarà altresì quella che, senza lasciargli alcuno spazio, categorizzi direttamente le ipotesi di restrizione delle libertà costituzionali, in modo non congruo ai fini che le consentono»³²⁰. In effetti, tanto il primo quanto il secondo scenario, trovano puntualmente riscontro nel dato normativo. Esemplificativa del primo scenario, quello di un dato normativo troppo *debole*, la disposizione che consente al giudice di «disporre tutte le altre prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale» (art. 8, co. 5, cod. ant.), lasciando la disposizione in esame al giudice uno spazio di incontrollabile arbitrio con esiti applicativi imprevedibili se non al momento della avvenuta decisione³²¹. Esemplificative invece del secondo scenario, quello di un dato normativo troppo *forte*, le prescrizioni *obbligatorie* della sorveglianza speciale (art. 8, co. 4, cod. ant.) che si applicano nel modo rigidamente descritto dalla legge senza che il giudice ne possa parametrare il contenuto alle circostanze del caso concreto, in tal modo rendendo inevitabile la sproporzione in eccesso della limitazione delle libertà in relazione a uno scopo preventivo che nel caso

senso, la discrezionalità si pone come strumento a tutela della persona coinvolta in quanto consente, nel segno del canone del «minor sacrificio necessario», un adeguamento *al ribasso* delle limitazioni delle libertà personali necessarie nel caso concreto.

³²⁰ Continua AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 346: «[...] la logica di tale esigenza, infatti, è la maggior aderenza possibile del diritto al fatto e soltanto l'applicatore può svolgerla sino alle estreme conseguenze».

³²¹ Critiche espresse dalla quasi unanimità della dottrina. *Ex multis*, in tempi ormai lontani, BRICOLA, *Forme di tutela «ante-delictum»*, cit., 44, il quale, tanto per dare la cifra della lontananza di una prescrizione di questo tipo dai principi costituzionali, afferma: «una formula così aperta non esisteva neppure nella legge Crispi [...] analogamente, può dirsi per la disciplina delle misure di prevenzione durante il fascismo». Rilievi critici estendibili alla misura di sicurezza, dal contenuto e funzione sovrapponibile a quella in esame, della libertà vigilata. Il codice penale prevede infatti, con formula altrettanto sovrapponibile a quella in esame, che il giudice possa imporre «prescrizioni idonee ad evitare le occasioni di nuovi reati» (art. 228, co. 2, c.p.). Tenta, per quanto possibile, di circoscrivere la portata della discrezionalità giudiziale, MANNA, *Corso*, cit., 646; mentre, sul versante giurisprudenziale, esclude che il giudice del caso concreto, approfittando della ampia discrezionalità concessa dal dato normativo, possa imporre prescrizioni che ne snaturino il carattere non detentivo, Cass., 11 novembre 2014, n. 49497, in *DeJure*.

concreto potrebbe essere soddisfatto con un minore sacrificio dei diritti della persona interessata. In ottica di contrasto ai dettami costituzionali e convenzionali, il primo scenario normativo rende evidente un *deficit* di determinatezza dei «modi», come censurato recentemente anche dalla giurisprudenza convenzionale³²², mentre il secondo scenario normativo si pone in contrasto con istanze di ragionevolezza e proporzione della limitazione della libertà personale e, in particolare, con la garanzia della libertà personale le cui limitazioni sono considerate eccezionali alla regola della inviolabilità e con la garanzia della uguaglianza-ragionevolezza, parificando situazioni concrete differenti in modo arbitrario e ingiustificato.

Pertanto, un modello costituzionalmente tollerabile di misura preventiva implica la previa individuazione di una *giusta misura del dato normativo*³²³ – consistente in una previsione normativa non sacrifichi una parimenti rilevante esigenza di individualizzazione del trattamento – ma, in particolare, anche la previa definizione di un limite invalicabile alla pur necessaria discrezionalità applicativa, capace di dare la cifra di una *giusta misura del potere applicativo*³²⁴. Ci pare che la giustezza del potere pubblico *lato sensu* inteso implichi comunque una valutazione di interessi tra loro in conflitto, parimenti meritevoli di tutela costituzionale, quali la tutela dei diritti fondamentali dei membri della collettività e la tutela delle libertà della persona pericolosa. Bilanciamento che si realizza, in prima battuta, in astratto nella definizione del dato normativo, in seconda battuta, in concreto nella definizione del provvedimento applicativo. Il doppio scenario sopra criticato evidenzia quindi come non sarebbe auspicabile né una definitiva sistemazione dei valori in gioco in via generale e astratta né una lasciata *in toto* a una scelta del giudice del caso concreto.

A mo' di verifica *in action* delle prospettive esposte possiamo guardare, da un lato, quale modello normativo criticabile, a quello adottato per le misure preventive *ante*

³²² Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, § 121: «l'interpretazione da parte della Corte costituzionale nel 2010 non ha risolto il problema della imprevedibilità delle misure di prevenzione applicabili in quanto ai sensi dell'articolo 5 comma 1 della Legge in questione, il tribunale poteva anche imporre qualsiasi misure ritenesse necessaria – senza specificarne il contenuto – in considerazione delle esigenze di tutelare la società».

³²³ AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 347: «la situazione ottimale, dal punto di vista dell'adeguamento, sarebbe proprio nel senso che l'applicatore non operasse mai sulla base di indicazioni rigide, ma potesse sempre specificarle, adattarle ai caratteri peculiari del caso concreto».

³²⁴ Ancora, AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 347: «non sarebbe mai ammissibile, perciò, che a tal fine l'applicatore avesse un campo di manovra del tutto impregiudicato dalla legge, al contrario questa dovrebbe comunque predisporre un consistente vincolo teleologico».

delictum, da un altro, quale modello normativo auspicabile, il a quello adottato per le misure cautelari personali.

4. La giustezza del dato normativo. Il cattivo esempio delle misure *ante delictum*.

La misura personale *ante delictum* di maggiore rilievo nella prassi applicativa – e di maggiore incidenza sulla libertà personale –, la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, consiste in un potere di controllo sulla persona in ordine alla osservanza delle *prescrizioni* imposte con il provvedimento applicativo³²⁵. La *ratio* delle prescrizioni normative imposte è il contenimento della pericolosità criminale con la eliminazione delle occasioni di commissione di delitti mediante assicurazione di un agevole controllo della persona pericolosa da parte delle autorità amministrative.

In tale ottica il destinatario del provvedimento applicativo deve rispettare numerose prescrizioni limitative in vario modo della libertà personale (art. 8, cod. ant.). Alcune di esse sono *facoltative* (divieto di soggiorno, obbligo di soggiorno, e nel caso, divieto di allontanarsi dalla abitazione scelta, presentazione all'autorità nei giorni indicati e a ogni chiamata), rimettendo la legge alla discrezionalità del giudice la scelta applicativa del caso concreto, ma la maggior parte sono *obbligatorie* (per tutte, senza considerare quelle prive di un contenuto prescrittivo come l'*honeste vivere*³²⁶, il non allontanarsi

³²⁵ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 208; CORTESI, *Le misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria*, cit., 259; MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 353; con riferimento alla L. 27 dicembre 1956, n. 1423, SICLARI, *Le misure di prevenzione*, cit., 160.

³²⁶ Ormai in via di consolidamento la classificazione tra prescrizioni *generiche* e prescrizioni *specifiche*: le prime, non avendo contenuto prescrittivo e risolvendosi in un invito generico a tenere una buona condotta, non diverso da quello che investe tutti i consociati, non implicano in caso di violazione, il delitto di inosservanza delle prescrizioni imposte (art. 75, cod. ant.). Esito cui perveniva in precedenza, Corte cost., 354 del 2003: «è agevole osservare come la rassegna delle “prescrizioni” che il tribunale determina nei confronti del prevenuto a norma dell'art. 5 della legge n. 1423 del 1956, preveda – accanto a specifiche e qualificate condotte che configurano altrettanti e ben precisi «obblighi», tutti puntualmente circoscritti *nominatim* dalla previsione di legge, la quale evidentemente assume, *in parte qua*, valore precettivo – alcune prescrizioni di “genere”; queste ultime, riconducibili al paradigma dell'*honeste vivere*, sono anch'esse funzionali alla *ratio essendi* della sorveglianza speciale, ma non sono certo qualificabili alla stregua di specifici obblighi penalmente sanzionati»; posizione assunta con nettezza in Corte cost. 25 del 2019, che – dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma incriminatrice che sanziona l'inosservanza della prescrizione dell'*honeste vivere* da parte del sorvegliato, in ragione del *deficit* di determinatezza nella definizione della condotta incriminata – aderisce, nel merito, alle argomentazioni offerte dal giudice di legittimità, sulla scia delle censure della Corte EDU De Tommaso, Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, in *DeJure*, con commento di MAIELLO, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio iurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *DPP*, 2018, 777 ss. Per una

dalla dimora senza previo avviso, il non associarsi abitualmente a condannati o sottoposti a misure preventive, il non accedere a esercizi pubblici e locali di pubblico intrattenimento, il non rincasare la sera più tardi e non uscire la mattina prima di un data ora, il non detenere e non portare armi, il non partecipare a pubbliche riunioni³²⁷; e per coloro che vivono dei proventi di attività delittuose, anche il darsi alla ricerca di un lavoro e il fissare una dimora e comunicarla all'autorità). Il dato normativo è qui privo di qualsiasi spazio di flessibilità sia nell'*an* che nel *quomodo* delle prescrizioni. La legge prevede che il giudice «prescriva» senza che sia lasciato un margine di adattamento alle circostanze del caso concreto, in specie al *tipo* e al *grado* di pericolosità sociale manifestata dal prevenuto, e solo in casi isolati si prevede che il giudice «possa imporre» prescrizioni se ritenute adeguate al caso concreto. Sono altresì assenti spazi per una individualizzazione della prescrizione imposta: la formulazione delle prescrizioni, come il non partecipare a pubbliche riunioni oppure il non accedere a pubblici servizi o a locali di pubblico intrattenimento, non lascia spazio a una opera concretizzante del giudice del caso concreto, inibendo una volta per tutte e senza distinzioni di sorta l'esercizio di uno spazio di libertà personale della persona interessata. La misura, nei termini appena evidenziati, si impone con un contenuto *fisso*, non individualizzabile in relazione alle circostanze del caso concreto, implicando logicamente quella irragionevolezza che deriva dal trattare in modo uguale una pericolosità che può manifestarsi nella prassi applicativa in forme e intensità diverse e quella sproporzione che deriva dalla limitazione dei diritti fondamentali in misura superiore a quanto sarebbe necessario³²⁸.

ricostruzione di un faticoso iter giurisprudenziale verso le conclusioni esposte, vedi MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 211-215.

³²⁷ Le "pubbliche riunioni" alle quali si fa divieto di partecipare al destinatario della misura sono soltanto quelle «in luogo pubblico» per le quali «deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica» (art. 17, co. 3, Cost.): Cass., Sez. Un., 18 novembre 2019, n. 46595, in *DeJure*; con commento di QUATTROCCHI, *Il divieto di partecipazione a pubbliche riunioni imposto con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale: le Sezioni unite compongono il contrasto*, in *DPP*, 2020, 491 ss.

³²⁸ Istanza tanto forte, quella della individualizzazione in funzione del «minor sacrificio necessario», che si reputa legittima anche nel "cuore" del diritto penale, e in particolare in materia di commisurazione della pena in senso stretto, nonostante, in considerazione del grado di afflizione della pena, declinabile anche in termini di vera e propria privazione della libertà, ivi siano maggiormente pressanti le esigenze di tutela del cittadino di fronte al rischio di un esercizio arbitrario del potere giudiziario in chiave punitiva. In effetti, la discrezionalità del giudice penale nasce dalla evidente impotenza del dato normativo nel prevedere in astratto un trattamento sanzionatorio individualizzato – e quindi giusto – in considerazione delle innumerevoli variabili del caso concreto (art. 132, c.p.; chiaramente, tra i tanti,

Ancora nel senso della irragionevolezza e sproporzione si collocano i numerosi effetti automatici della misura preventiva («L'applicazione delle misure di prevenzione [personali] importa gli effetti previsti dal presente capo, nonché gli effetti dalla legge espressamente indicati») (art. 66, cod. ant.)³²⁹. La legge prevede quindi che dalla applicazione della misura preventiva in esame derivino una serie di effetti limitativi di diritti costituzionalmente garantiti della persona, tanto che icasticamente si discorre di

DOLCINI, voce *Potere discrezionale (dir. proc. pen.)*, in *EDD*, XXXIV, 1985, 744; SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *RIDPP*, 1976, 50; in particolare, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, 100, 158, ravvisa «l'essenza della discrezionalità penale nella rinuncia da parte del legislatore ad esprimere un significato astratto [...] e nel conseguente rinvio al caso concreto, perché esso esprima, nella sua multiforme varietà, la significazione di valore più idonea a produrre un certo trattamento penale [...] significati che soltanto il caso concreto, nella sua specifica individualità e quale espressione di una determinata personalità dell'agente, può rivelare»). Laddove il trattamento sanzionatorio fosse in tutto e per tutto predefinito in astratto dal dato normativo, sarebbe necessariamente violata la ragionevolezza-uguaglianza – trattando in modo uguale situazioni ovviamente differenti – e la proporzione della pena al giudizio di colpevolezza individuale, e quindi per tale via il principio di rieducazione del reo il quale subirebbe un trattamento sanzionatorio eccedente il giusto rimprovero, pertanto naturalmente percepito come ingiusto e quindi incapace di porsi a base di un processo rieducativo (Corte cost. 131 del 1970; 26 del 1966; 15 del 1962; nella manualistica, chiaramente FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale*, cit., 798-800). Tanto che, si sostiene, in logica connessione con quanto affermato, la tradizionale critica alle "pene fisse", tanto principali (Corte cost. 50 del 1986; sulla decisione, in particolare, PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *RIDPP*, 1981, 726 ss.), quanto accessorie (Corte cost. 223 del 2018), in quanto insensibili alla valutazione del caso concreto e quindi alla discrezionalità applicativa (in tema, in tempi non sospetti, MANNA, *Sull'illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1980, 910 ss.; ancora, anche in relazione alle pene accessorie fisse introdotte in materia di lotta alla corruzione, MANNA, *Corso*, cit., 602-608; in tema, ricostruisce il dibattito, evidenziando i dubbi di legittimità costituzionale della durata fissa, VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, cit., 137-145;). Si ha una conferma recente dei principi affermati nella menzionata decisione del giudice costituzionale, in materia di pena accessoria nel delitto di bancarotta fraudolenta, laddove la legge fallimentare prevedeva come pena accessoria l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata fissa di anni dieci in caso di condanna per il delitto di bancarotta fraudolenta (art. 216, l. fall.). Decisione, pertinente alla questione in esame, anche nella parte in cui, per evitare di sostituire la rigidità della pena fissata con la legge fallimentare, con la rigidità della pena fissata dal codice penale in via generale, per cui «quando la legge stabilisce che la condanna importa una pena accessoria temporanea, e la durata di questa non è espressamente determinata, la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta» (art. 37, c.p.), aderisce alla lettura per cui la definizione della durata della pena accessoria, come quella pena principale, è sottoposta a una autonoma valutazione di discrezionalità applicativa sulla scorta dei medesimi parametri fissati dal codice penale per la commisurazione della pena principale – art. 133, c.p. (Corte cost. 223 del 2018, con commento di PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo "riformatore" della Corte costituzionale*, in *DPP*, 2019, 216 ss.; nonché, BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.). Posizione in seguito condivisa anche dalle Sezioni unite della Corte di cassazione, superando il precedente orientamento sulla assimilazione quantitativa della pena accessoria alla pena principale: Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2019, n. 28910, in *DeJure*. Sul quadro attuale, in esito alle recenti scosse giurisprudenziali, CHIARAVIGLIO, *Passato, presente e (possibile) futuro delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta*, in *LP*, 23 giugno 2020.

³²⁹ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 412-434, suddivisi in «effetti di natura amministrativa», «effetti di natura fiscale e tributaria» ed «effetti di rilievo penale»; CORTESI, *Le misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria*, cit., 275-280.

«morte civile» della persona interessata. In via meramente esemplificativa, effetti amministrativi consistenti nella revoca, decadenza, divieto di rilascio di concessioni, autorizzazioni, finanziamenti, mutui, iscrizione in albi per attività imprenditoriali, licenze per detenzione e porto di armi, fabbricazione vendita e trasporto di materie esplodenti (art. 67, cod. ant.), divieto di conclusione di contratti pubblici e di attestazioni di qualificazione per eseguire lavori pubblici (art. 80, co. 2, d.lgs. 50/2016), divieto di rilascio e ritiro della patente di guida (art. 120, d.lgs. 285/1992), sospensione dalla funzione per dipendenti di amministrazioni pubbliche (art. 15, co. 4-septies, l. 55/1990; 94, d.lgs. 267/2000), divieto di rilascio del passaporto o revoca (art. 3, l. 1185/1967), divieto di partecipazione ai concorsi pubblici, divieto di assumere funzioni dirigenziali in fondi di investimento (art. 28, l. 55/1990) e imprese bancarie (art. 26, d.lgs. 385/1993), effetti *lato sensu* penali, sia processuali che sostanziali, come il divieto di assumere determinati incarichi nel procedimento penale (testimone, interprete, perito, consulente, artt. 120, 144, 222, 225, c.p.p.) o il divieto di assistere alle udienze (art. 471, c.p.p.), ma anche previsione di aggravamenti del trattamento sanzionatorio in occasione della eventuale commissione di delitti anche del tutto estranei a quelli per cui si procede in ambito preventivo (artt. 71-75, cod. ant.).

Se ne ricava, insomma, un quadro di automatismi applicativi che deriva dalla predeterminazione normativa di tutto il contenuto della misura, evidentemente sulla base di presunzioni assolute che in relazione alla vicenda concreta non lasciano spazio alla prova contraria, in aperta violazione con i valori costituzionali e convenzionali della ragionevolezza e della proporzionalità delle limitazioni della libertà personale declinata in chiave convenzionale in termini di "stretta necessità" del sacrificio imposto per il perseguimento di un fine pubblico³³⁰. Restrizioni dei diritti che, in uno

³³⁰ Qui rileva il canone della proporzionalità delle scelte di politica normativa: il potere, anche quello normativo, non è *legibus solutus*, anche se discrezionale. Declinandosi in termini di discrezionalità, che non è arbitrio, il potere normativo trova un intrinseco limite nel controllo di proporzionalità delle scelte, che in chiave convenzionale si declina in termini di "necessarietà del sacrificio imposto" (per affinità alla materia in esame – ma è tecnica normativa diffusa nella Carta in questione – si veda per esempio art. 2 prot. 4, CEDU). Tematica, quella della proporzionalità delle scelte legislative in materia penale, come esito di un bilanciamento in sede legislativa tra interessi contrapposti, oggetto di un recente studio di RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020; nella prosecuzione del lavoro, il tema della discrezionalità e proporzionalità viene affrontato invece guardando, non al momento della scelta normativa, ma a quello

scenario appena esposto, finiscono per essere prive di un fondamento giustificativo in quanto non funzionali allo scopo preventivo specifico oppure eccedenti rispetto allo stesso e, perciò, fonti di una sofferenza che nella prassi finisce per essere, applicata da chi la dispone o percepita da chi la subisce, quale succedaneo di una "pena *praeter delictum*".

5. (segue). Il buon esempio delle misure cautelari.

Ci pare invece che il modello normativo delle misure cautelari offra un esempio positivo di equilibrio tra legalità del potere e individualizzazione del trattamento, predeterminazione normativa e discrezionalità applicativa, interesse pubblico alla difesa sociale e interesse privato alla conservazione della libertà personale. Al fondo delle scelte ordinamentali si colloca un pieno riconoscimento del canone del «minimo sacrificio necessario», in base al quale la compressione delle libertà personali va contenuta entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto (art. 13, co. 1, Cost.)³³¹.

Ciò implica sul piano normativo la strutturazione del sistema cautelare secondo un meccanismo di "pluralità graduata"³³² predisponendo una ampia gamma di misure

dell'esercizio in concreto del potere preventivo, non da parte del legislatore, ma da parte dell'applicatore, in questo caso del giudice della prevenzione.

³³¹ Con chiarezza, Corte cost. 299 del 2005, in tema di modalità di calcolo dei termini massimi di durata della custodia cautelare: «occorre privilegiare soluzioni che comportino il minor sacrificio della libertà personale [...] proporzionalità e ragionevolezza stanno alla base del principio secondo cui, in ossequio al *favor libertatis* che ispira l'art. 13, Cost., deve comunque essere scelta la soluzione che comporta il minor sacrificio della libertà personale»

³³² Il superamento della carcerazione preventiva come unica misura cautelare si rese impellente dopo la riforma penitenziaria (L. 26 luglio 1975, n. 354), che aveva introdotto una ampia gamma di misure alternative alla pena detentiva (FERRUA, *Le misure alternative alla custodia in carcere: dalla convalida dell'arresto alla libertà provvisoria*, in *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, Bologna, 1983, 73 ss.). Mantenere, infatti, invariato il precedente assetto normativo in materia cautelare avrebbe implicato un trattamento peggiore all'imputato rispetto a quello riservato al condannato, consistente nell'applicabilità al primo della sola carcerazione preventiva, mentre al secondo misure non solo detentive ma anche diverse da quelle carcerarie. Occorreva tenere anche conto della forte implementazione del principio costituzionale di inviolabilità della libertà personale, inteso come «minor sacrificio necessario». In tale ottica la carcerazione preventiva andava assumendo la veste di *soluzione estrema* quando qualsiasi altra limitazione delle libertà personali non fosse idonea a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto. In questo contesto, pertanto, prima con una timida modifica del codice allora vigente (L. 12 agosto 1982, n. 532), poi definitivamente con il nuovo codice di procedura penale (1989), fu introdotta la regolamentazione di misure non custodiali, come misure alternative alla custodia in carcere, esattamente come era avvenuto decenni prima in materia di misure alternative alla detenzione (ripercorre i termini della vicenda, GREVI (a cura di), *La libertà personale dell'imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989).

alternative, variamente incidenti sulla libertà personale, cui affiancare sul piano applicativo criteri di individualizzazione del trattamento in relazione alle circostanze del caso concreto³³³. In tale ottica si pone il codice di procedura penale laddove, premesso che «le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari *soltanto* a norma delle disposizioni del presente titolo» (art. 272, c.p.p.)³³⁴, provvede alla definizione di svariate misure coercitive e interdittive, limitative dei diritti costituzionalmente riconosciuti della persona ma capaci di imporsi *flessibilmente* al destinatario in relazione alle circostanze del caso concreto. La predisposizione di una ampia gamma di misure, variamente incidenti sulle libertà personali e ordinate in termini di progressiva afflittività³³⁵ – dalla custodia in carcere agli arresti domiciliari fino alle meno invadenti misure interdittive di poteri e facoltà connesse a uno status³³⁶ – consente di flessibilizzare la risposta giudiziale al pericolo che le circostanze del caso concreto rendono manifesto, evitando che il dato normativo sia imposto automaticamente con il rischio di applicare misure inutili oppure eccedenti rispetto al *quantum* di limitazioni necessarie allo scopo. Flessibilizzazione che si auspica possa *de iure condendo* estendersi a tutte le misure preventive³³⁷, ma che, a ben vedere, il giudice delle leggi già imponeva qualche anno fa con una sentenza che, seppure riferita

³³³ Corte cost. 265 del 2010: «la compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto [...] Il criterio del "minore sacrificio necessario" impegna, dunque, in linea di massima, il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della "pluralità graduata", predisponendo una gamma alternativa di misure, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare meccanismi "individualizzati" di selezione del trattamento cautelare, parametrati sulle esigenze configurabili nelle singole fattispecie concrete».

³³⁴ Disposto che conferma la tassatività in ambito cautelare, affermata nella Carta costituzionale, con la previsione della riserva di legge (art. 13, co. 2, Cost.): tuttavia, per DE CARO, *Strumenti cautelari e precautelari*, cit., 340, la formula vale a confermare il carattere "eccezionale" del provvedimento restrittivo, dal quale discendono anche i caratteri della temporaneità e della provvisorietà della misura; così anche TONINI, *Manuale*, cit., 437 e ZACCHÈ, *Misure cautelari*, cit., 378, per il quale la formula ha anche il significato di una riaffermazione della centralità del codice in materia; mentre CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 795, vi legge una affermazione di tassatività, e quindi di limite alle interpretazioni analogiche o ad altri interventi più o meno creativi degli operatori giudiziari.

³³⁵ ZACCHÈ, *Misure cautelari*, cit., 340.

³³⁶ Per DE CARO, *Strumenti cautelari e precautelari*, cit., 359, le misure interdittive consentono di realizzare una tutela specifica di esigenze cautelari in relazione a specifiche fattispecie di reato; in ciò quindi esse sono un modello di *perfetta corrispondenza funzionale*, assicurando al contempo la compressione minima dei diritti della persona.

³³⁷ Così anche PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 653.

alle sole misure di sicurezza, per la portata dei principi espressi, è possibile - senza forzature - considerare *di sistema*³³⁸.

Anche le misure, isolatamente considerate, sono espressione di quella giusta misura di predeterminazione che consente la massima individualizzazione del trattamento. Il dato normativo, in consonanza alla riserva di legge, predetermina la compressione massima delle libertà personali³³⁹, consentendo una graduazione anche interna alla misura scelta dal giudice³⁴⁰. Guardando al dato normativo si evidenzia, infatti, come le formulazioni tratteggino la misura lasciando ampi spazi per una flessibilizzazione nel caso concreto. In via esemplificativa: nell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria il giudice «fissa i giorni e le ore di presentazione tenendo conto dell'attività lavorativa e del luogo di abitazione dell'imputato» (art. 282, c.p.p.); nell'allontanamento dalla casa familiare il giudice «può prescrivere determinate modalità di visita» e nel divieto di avvicinamento a determinati luoghi della vittima il giudice indica *quali e quanti* luoghi, anche tenendo conto delle esigenze lavorative, e *la misura della distanza* che deve essere mantenuta (artt. 282-bis, 282-ter, c.p.p.); nell'obbligo e divieto di dimora il giudice che determina i limiti territoriali e «considera, per quanto possibile, le esigenze di alloggio, di lavoro e di assistenza dell'imputato» (art. 283, c.p.p.); e ancora negli arresti domiciliari il giudice può autorizzare l'imputato «ad allontanarsi nel corso della giornata dal luogo di arresto, per il tempo strettamente necessario a provvedere ad indispensabili esigenze di vita, ovvero per esercitare una attività lavorativa, ovvero versa in situazione di assoluta indigenza» (art. 284, c.p.p.). Esse quindi prevedono quasi sempre uno spazio di flessibilità («salvo che», «salvo autorizzazione») e quindi margini di

³³⁸ Facendo seguito a una corposa giurisprudenza costituzionale, sviluppatasi nella direzione di un superamento di vari automatismi normativi nella definizione del trattamento sanzionatorio, il giudice delle leggi, nella decisione in esame, affermava la contrarietà a Costituzione della disposizione codicistica che impone al giudice di applicare al prosciolto infermo di mente il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario (art. 222, c.p.). La soluzione normativa, impedendo di conformare la compressione della libertà della libertà alle esigenze di difesa sociale ravvisabili nel caso concreto, si poneva in contrasto tanto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza, finendo per parificare situazioni fattualmente diverse, quanto con la inviolabilità della libertà personale, in quanto, ancorando la presunzione alla sola gravità del reato, la misura finisce per assolvere a una funzione repressiva, in modo del tutto ingiustificato, razionalmente e costituzionalmente, in quanto applicata a un non imputabile, quindi non punibile (Corte cost. 253 del 2003).

³³⁹ CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 795.

³⁴⁰ Chiaramente, GREVI, *Le misure cautelari*, cit., 419.

personalizzazione del provvedimento che consentono di assicurare il contestuale esercizio di altri diritti costituzionalmente garantiti, come il lavoro, la salute, la tutela delle esigenze familiari e, indirettamente, la libertà personale.

In tale ottica, il sistema cautelare pare normativamente strutturato avendo come riferimento la inviolabilità delle libertà personali e quindi la eccezionalità delle sue limitazioni. Nella misura in cui predispone svariate misure che incidono con gradi ampiamente differenziati sulla sfera giuridica della persona, il detto impianto normativo consente di applicare una misura nel caso concreto conforme al principio del «minimo sacrificio necessario», con esclusione quindi di automatismi imposti in via generale e astratta. In questi termini, ci pare possibile confermare come «l'aspetto qualificante che caratterizza il sistema e che lo rende conforme a Costituzione è dunque quello di rifuggire da qualsiasi elemento che introduca al suo interno fattori che ne compromettano la flessibilità, attraverso automatismi o presunzioni»³⁴¹.

In tale prospettiva, se il dato normativo si limita a fissare le linee essenziali e soprattutto a segnare i limiti massimi di compressione delle libertà e dei diritti individuali che ciascuna misura comporta, al giudice si riconosce inevitabilmente un potere di scelta della misura in concreto applicabile, e cioè una discrezionalità applicativa che, in particolare quando incidente sulle libertà personali, si tollera nella misura in cui sia contraddistinta da un agire, appunto, *con discrezione*, e cioè secondo canoni di scelta che esprimano la giusta misura del potere preventivo.

Si potrebbe tuttavia, in una visione "ortodossa" sulla tenuta dei principi, sostenere come la garanzia della base legale, intesa quale riserva di legge assoluta, sia incompatibile con spazi di *amministrazione* del caso concreto, intesi come spazi di discrezionalità applicativa, nella misura in cui questo renderebbe *de facto* la riserva relativa lasciando che un applicatore decida il *quantum* della compressione di libertà nel caso concreto. Ci pare che la prospettiva che abbiamo definito "ortodossa" non sia condivisibile in considerazione di una preminente istanza di individualizzazione del trattamento. In tale ottica ci pare che sia maggiormente lesiva della libertà personale del destinatario una misura limitativa standardizzata, che ecceda il *quantum* di sacrificio necessario allo scopo, che non il tollerare uno spazio di scelta che, in quanto espressione di discrezionalità applicativa e non di arbitrio, rimane comunque

³⁴¹ Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, n. 16085, in *DeJure*.

sindacabile. Esigenze, costituzionalmente garantite, di individualizzazione che si riconoscono, come sopra accennato, addirittura nella commisurazione della pena in senso stretto e cioè in un campo in cui domina una riserva di legge assoluta e che quindi *a fortiori* dovrebbero trovare spazio in questa sede³⁴².

Si deve, peraltro, considerare come la discrezionalità applicativa non sia libera – e quindi non si traduca in arbitrio applicativo – ma *vincolata* o *controllata*. Ciò tanto nel *fine*, dal momento che lo scopo preventivo *specifico* come desunto dalla fattispecie preventiva orienta e circoscrive le scelte possibili, quanto nel *mezzo*, in considerazione del fatto che la discrezionalità implica la *proporzionalità*, quale strumento di costante adeguamento del potere discrezionale alle circostanze del caso concreto e quindi per questa via espressione di individualizzazione.

In definitiva, abbiamo considerato *giusto* un potere normativo che definisca tipi e limiti massimi di compressione delle libertà personali lasciando uno spazio di scelta, e quindi un potere discrezionale, al giudicante nel momento della applicazione.

Il discorso muove quindi ora verso la definizione della *giusta misura del potere preventivo* nel momento applicativo, il che significa definizione del punto di equilibrio tra discrezionalità *dell'agire* e proporzionalità *nell'agire* tenendo necessariamente conto delle circostanze del caso concreto.

6. La giusta misura del potere preventivo. Tra discrezionalità e proporzionalità.

Quale sia la giusta misura del potere di scelta che il dato normativo deve riconoscere al giudice della prevenzione è questione complessa, come tutte quelle che implicano uno sforzo mirante alla individuazione di un punto di equilibrio tra esigenze contrapposte. Iniziamo con una preliminare osservazione: se *scegliere* significa *amministrare* allora il potere di scelta, o discrezionalità applicativa che dir si voglia, è essenza della *attività amministrativa* a prescindere dal soggetto che ne sia investito, quando anche questi sia inserito nell'ordine giudiziario³⁴³. In tale direzione, la

³⁴² Un assoluto predominio della legge, a danno della individualizzazione del trattamento sanzionatorio, fu riconosciuto solo all'indomani della Rivoluzione francese. Il legislatore rivoluzionario, attuando in modo "ortodossa" le tesi avanzate da Cesare Beccaria, riconobbe nel *Code pénal* della Costituente francese (25 settembre-6 ottobre 1791) il meccanismo delle "pene fisse", togliendo dunque ogni discrezionalità al giudice.

³⁴³ CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 124.

discrezionalità applicativa viene essenzialmente approfondita più in studi di diritto amministrativo che altrove³⁴⁴, essendo essa il *proprium* dell'amministrare, così come il *proprium* del giudicare è invece *accertare* per dichiarare, per condannare o per costituire, secondo la tradizionale partizione sulla natura delle azioni e delle decisioni del giudice elaborata in ambito processual-civilistico³⁴⁵.

Tanto premesso, partiamo con affermare che la discrezionalità applicativa si situa nello spazio *intenzionalmente* lasciato vuoto dal dato normativo quando sia necessario per individualizzare la scelta in astratto in funzione delle circostanze del caso concreto³⁴⁶. Essa consiste quindi in un potere di scelta, tra quelle giuridicamente consentite, per il soddisfacimento di un interesse pubblico³⁴⁷ e opera in esito a una ponderazione comparativa di interessi, primari e secondari, pubblici e privati, che dal concreto esercizio del potere possano risentire un pregiudizio³⁴⁸. Sebbene il potere pubblico – che sia quello affidato a un giudice o a una pubblica amministrazione – sia funzionalizzato necessariamente alla realizzazione di un interesse collettivo – che sia la gestione di un settore pubblico o sia la difesa sociale – compito dell'amministrazione è perseguire l'interesse pubblico primario arrecando il minor sacrificio possibile agli interessi compresenti, giusto il principio di adeguatezza dell'azione amministrativa. Tanto fondante, il momento della comparazione a tutela di interessi privati, che alcuni

³⁴⁴ La letteratura è sterminata sul tema. Limitandoci ai pur numerosi studi monografici sul tema, in ordine di tempo, lasciano un segno sul dibattito, GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939; BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; tra le voci enciclopediche, seppure ormai risalenti, MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1960, 1099 ss.; PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *EDD*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.; PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 403 ss.

³⁴⁵ MANDRIOLI, CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, I, cit., 11 ss.: si suole affermare che l'accertamento è *attività generale di tutta l'attività giurisdizionale di cognizione*, cui, salvo che nelle azioni di mero accertamento, si sovrappone una funzione ulteriore, diretta alla condanna, o alla costituzione di un rapporto giuridico.

³⁴⁶ CASETTA, *Manuale*, cit., 392, riprendendo una definizione di ROMANO A., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; così anche in FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Scoca, Torino, 2011, 147; opinione che si fa risalire a una delle prime trattazioni di diritto amministrativo, ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 14.

³⁴⁷ Ancora FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, cit., 147; nello stesso senso, enfatizza il profilo richiamato nella definizione in esame, VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1979, *passim*.

³⁴⁸ GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., 75.

vi hanno ravvisato l'essenza della discrezionalità³⁴⁹, quale potere di «far prevalere la cosa pubblica alla privata, nei limiti della stretta necessità» e cioè senza arrecare sacrifici inutili o comunque eccedenti il necessario per la realizzazione del fine pubblico³⁵⁰. Posto in questi termini, il momento discrezionale lasciato alla

³⁴⁹ CASETTA, *Manuale*, cit., 393.

³⁵⁰ ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814, 16. Espressione alla quale si fa risalire, secondo una recente lettura, la concezione di un potere discrezionale che, pur volto alla realizzazione del fine pubblico, si *autolimita* per la tutela dei diritti dei cittadini. L'Illustre Autore, infatti, intellettuale polivalente, attivo in ambito amministrativistico, quanto in ambito penalistico, si forma nel tardo Settecento, quando si trovano a convivere pensiero illuminista e giusnaturalista e si sedimenta quel confronto tra onnipotenza della legge e invalicabilità di principi naturali e razionali, ancorati alla natura delle cose. Romagnosi vive nel tempo della legge, ma è anche intellettuale che condivide le idee del giusnaturalismo e quindi la convinzione che un limite alla legge esista e corrisponda ai principi naturali della ragione. Il pensiero di Romagnosi offre quindi una visione originale, che si traduce in una cultura giuridica che si basa profondamente sul giusnaturalismo, nel senso che il diritto deve essere conforme ad una ragione umana intesa in senso astratto, cioè valida in tutti i tempi e in tutti i luoghi, ma che accetta le implicazioni più evidenti del pensiero illuministico e rivoluzionario. Vivendo nel tempo della positivizzazione del diritto, ma essendo un convinto giusnaturalista, Romagnosi si sforza quindi nella elaborazione di un limite alla volontà legislativa, che rinviene nella natura delle cose. La legge, pur essendo il risultato della capacità normativa della società civile, non riveste alcun primato nella *sua* gerarchia delle fonti e deve sempre confrontarsi con quella che viene comunemente chiamata la natura delle cose: la natura delle cose è limite al potere pubblico, che sia legislativo o amministrativo, e si sostanzia in principi razionali e generali, come la proporzionalità che Egli poneva a tutela della intangibilità delle libertà *borghesi*, la proprietà e la libertà personale. La proporzionalità non avrebbe inciso sulla realizzazione del fine pubblico, ma sul mezzo prescelto: in sintesi, lo Stato, come potere esecutivo, deve sì amministrare, ma rispettando i diritti dei cittadini. Ricostruendo i cardini della azione amministrativa, Romagnosi introduce il discorso con una piena affermazione della soggezione della amministrazione pubblica alla legge: «posto che ogni pubblico amministratore è suddito della legge, applicator della medesima, e rispettar deve le competenze altrui», allora «la regola della sua amministrazione sta nel codice amministrativo, ossia nelle leggi e nei regolamenti riguardanti la ragione amministrativa». Tuttavia, consapevole della incompletezza del testo afferma «ma siccome è cosa impossibile che le leggi abbiano provveduto a tutti i casi occorrenti, segnatamente in una materia come questa, tanto multiforme e tanto variabile, così ne segue che l'amministratore deve necessariamente ricorrere, al pari del giureconsulto, all'interpretazione» – quindi invita all'interpretazione della *voluntas legislatoris*, ma quando anche ciò non conduca al risultato auspicato, «si deve ricorrere ai principi della ragion pubblica naturale» e cioè si deve ricorrere a canoni, anche politici, etici o sociali, cui si dovrebbe ispirare una buona amministrazione. Principi che, per Romagnosi, non sono giuridici e quindi non sono cogenti, ma canoni di buona amministrazione che guidano la discrezionalità di un amministratore *razionale*. Qui il Romagnosi non parla di interpretazione di qualcosa che nella legge è contenuto, ma non è immediatamente intellegibile, ma di ciò che non c'è perché non può la legge prevedere tutto e preferisce lasciare uno spazio di scelta all'applicatore. Il canone razionale («*per far sì che il bene comune sia perseguito razionalmente*») è quello per cui la amministrazione deve perseguire i propri fini senza ledere oltremodo i diritti del cittadino e cioè deve «*far prevalere la cosa pubblica alla privata nei limiti della vera necessità*» o in altri termini «*far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*», e, concludendo, ammette come «*alcuni parziali inconvenienti non sgomentano se dal calcolo totale viene a risultare il minimum male unito al maximum risultato*» e quindi se con il minimo sacrificio, pure necessario, delle posizioni individuali, si possa pervenire al massimo risultato del bene comune, da Lui stesso definito, il «*merito più eminente dell'azione amministrativa*». In particolare per la lettura che fa risalire al Romagnosi la nascita di autolimiti alla funzione amministrativa discrezionale, FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 85 ss.; MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit., 34 ss.

amministrazione – o al giudice quando, in consonanza alla riserva costituzionale di giurisdizione, il potere incida sulle libertà personali – non assume i connotati di un potere arbitrario ma costituisce uno strumento che assicura la tutela dei diritti del privato nella sfera del quale il potere pubblico incide per scopi collettivi³⁵¹, nell'ottica del «minor sacrificio necessario» o del «minimo mezzo». Il potere che si definisce discrezionale dunque non è mai libero, e quindi arbitrario, dal momento che il titolare di esso si muove nel campo delle scelte giuridicamente consentite – in ambito cautelare, come abbiamo in precedenza osservato, indicando i limiti massimi della compressione dei diritti della persona³⁵² – e in osservanza di principi di azione che presiedono – per disposto normativo o per consolidata norma giurisprudenziale, tratta comunque dai principi generali ordinamentali – all'esercizio della discrezionalità³⁵³. In tale ottica si comprende, da un punto di vista lessicale, il termine «discrezionalità» quale «agire con discrezione», osservando cioè quei principi che assicurano un agire *moderato, giusto, equo*, e quindi, tradotto in termini giuridici, un agire senza imporre sacrifici eccessivi al privato. Il che richiama al concetto di *proporzionalità* quale limite o, secondo alcuni, *essenza* stessa della discrezionalità³⁵⁴. La rilevanza del concetto, tuttavia, ci pare superi il campo del diritto amministrativo nel quale esso aveva cominciato a farsi spazio e ci impone quindi di ricostruirne, seppure per brevi cenni essenziali, il percorso che lo aveva condotto nel secolo scorso a imporsi in qualsiasi ambito esso rilevi, tanto normativo che applicativo, quale *canone e limite di azione del potere discrezionale pubblico* ovvero strumento tramite il quale, secondo la diffusa

³⁵¹ AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 330.

³⁵² CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 795.

³⁵³ Si tratta di «principi della ragion pubblica naturale» per ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, cit., 14-15; di regole sociali di buona amministrazione, per MORTATI, voce *Discrezionalità*, cit., 1099; o, in aderenza alla lettura invalsa nella giurisprudenza amministrativa, di regole giurisprudenziali per FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, cit., 151, che osserva «allo stato, il potere discrezionale è disciplinato da un reticolo di norme di origine giurisprudenziale, espressione di principi sull'attività amministrativa, e l'agire libero della amministrazione è confinato in ambito sempre più ristretti».

³⁵⁴ Tra i lavori monografici di maggiore rilievo in ambito amministrativistico, oltre alla monografia già menzionata di FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, di particolare interesse ricostruttivo del concetto in esame, il lavoro di SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; nonché dello stesso periodo, GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; di recente, apportano un ulteriore contributo alla ricostruzione, VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

definizione di Fleiner, si sarebbe potuto «accertare se per sparare ai passeri si è impiegato un cannone»³⁵⁵.

La prima affermazione del concetto in esame si fa risalire alla giurisprudenza tedesca di fine ottocento³⁵⁶. Il primo caso in cui fece comparsa fu la sentenza *Kreuzberg* della Corte amministrativa prussiana, che aveva dichiarato illegittima una ordinanza di chiusura di un negozio alimentare nel quale si vendevano alcolici senza la prescritta autorizzazione amministrativa per non avere l'autorità preposta valutato la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minore gravità. Il giudice tedesco, correlando la misura repressiva con la libertà individuale, specificava che il mezzo in concreto adottato dalla pubblica autorità dovesse essere il meno invasivo per il cittadino che lo subiva anche se, nel contempo, dovesse essere idoneo ad ottenere lo scopo pubblico prefissato³⁵⁷.

Alle prime applicazioni circoscritte al controllo del potere di polizia (*polizeirecht*) seguiva una *generalizzazione* del principio in esame, che andava assumendo la funzione di *autolimita* della amministrazione e *metro di giudizio* nel sindacato giudiziale sul corretto esercizio, non solo del potere amministrativo, ma anche di quello normativo³⁵⁸. Il Tribunale costituzionale tedesco andava in effetti affermando la rilevanza del principio in discussione in sede di sindacato sulle scelte normative, rinvenendone addirittura un riferimento implicito in Costituzione nella limitazione della libertà personale e della proprietà privata. Il principio aveva quindi assunto la funzione di «imporre allo Stato un esercizio *moderato* del potere, in qualche misura limitato, allo scopo di non comportare un pregiudizio eccessivo ai diritti dei singoli»³⁵⁹ servendo quindi come strumento di riequilibrio tra due termini in conflitto mediante il bilanciamento dei valori costituzionali.

³⁵⁵ FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Mohr, 1912, 354.

³⁵⁶ Diversamente, lo farebbe risalire alla precedente opera di Gian Domenico Romagnosi, databile ai primi decenni dell'ottocento, FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità*, cit., 85 ss.; così anche MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit., 34 ss.

³⁵⁷ SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., 60; GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., 12.

³⁵⁸ SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., 51-54; si sofferma, in particolare, sul risvolto processuale della proporzionalità, quale strumento per un sindacato delle scelte discrezionali della amministrazione in via di espansione, FOLLIERI, *Le situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, cit., 150-151.

³⁵⁹ FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità*, cit., 41.

Il sindacato sulle scelte discrezionali, tanto del potere normativo, quanto del potere amministrativo, si strutturava – e anche nella applicazione attuale mantiene, seppure in misura a volte diversa, la medesima struttura – in un *iter* (ancora di creazione giurisprudenziale) di verifica della proporzionalità della scelta, corrispondente alla "tecnica dei tre gradini". Il giudice deve cioè effettuare un controllo sulla *idoneità* allo scopo delle scelte giuridicamente consentite; qualora più scelte siano parimenti idonee, preferire quella che sia *necessaria*, cioè meno lesiva dei diritti individuali coinvolti; ove individuata una idonea e necessaria, valutare che la scelta sia complessivamente *proporzionata*, quindi produttiva in concreto di un assetto di interessi ragionevole e tollerabile³⁶⁰. I "tre gradini alla tedesca" consistono quindi - schematizzando - nella *idoneità* allo scopo (*Geeignetheit*), intesa come capacità del mezzo di realizzare lo scopo, nella *necessarietà* (*Erforderlichkeit*), intesa come regola del «mezzo più mite» o del «minimo mezzo» quale scelta della misura idonea che realizza il minore sacrificio in capo al destinatario³⁶¹, nella *adeguatezza* o *proporzionalità in senso stretto* (*Angemessenheit*), intesa come ragionevolezza della scelta in termini di rapporto tra costi imposti al privato e benefici apportati al pubblico³⁶². La scelta *proporzionata* e quindi *legittima*, in definitiva, sarebbe quella che, tra quelle giuridicamente consentite e idonee alla realizzazione dello scopo pubblico, importi un sacrificio minimo di interessi privati, *a fortiori* se corrispondenti a diritti fondamentali della persona, e sia tollerabile e ragionevole in esito a un complessivo bilanciamento di valori in discussione³⁶³.

³⁶⁰ SANDULLI, *La proporzionalità*, cit., 65.

³⁶¹ Il requisito in esame implica un dovere di azione amministrativa che sia il meno conflittuale possibile con il cittadino, per GALETTA, *Principio di proporzionalità*, cit., 52; evidenzia come, mentre l'idoneità sottolinea il parametro della *efficacia dell'azione pubblica*, la necessità tende ad esprimere la funzione di *garanzia dei diritti individuali* e, in tale senso, il requisito serve a spostare la decisione dall'interesse pubblico all'interesse privato, FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità*, cit., 46; vede alla necessità come concreta applicazione del *neminem laedere*, volto ad evitare lesioni ingiustificate dei diritti dei cittadini, giacché inutilmente imposte in relazione alla realizzazione dello scopo pubblico, COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 227.

³⁶² Si tratta del momento in cui occorre verificare se la scelta adottata, anche se la più idonea e più mite, implichi un assetto di interessi che sia tale da richiedere ai destinatari un sacrificio tollerabile e ragionevole: questo il significato che ne offre, FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità*, cit., 48.

³⁶³ Anche nel pensiero di Gian Domenico Romagnosi, che alcuni hanno considerato come colui che per primo ha teorizzato il *modus procedendi* in esame, si ritrovano in effetti, sotto espressioni diverse, e quali canoni di buona amministrazione, i tratti fondanti della costruzione a tre *gradini* "alla tedesca". Il pensatore italiano affermava infatti come la buona scelta sia quella che 1) assicuri la maggior prosperità e sicurezza pubblica esterna ed interna (*idoneità, il mezzo più idoneo allo scopo pubblico*); 2) che faccia prevalere la cosa pubblica alla privata con il minimo sacrificio della proprietà e libertà (*necessarietà, il*

Imponendo un canone di azione dei poteri pubblici, in perfetta consonanza con un imponente avanzare della tutela dei diritti fondamentali, il principio ha trovato quindi ampio spazio nella giurisprudenza convenzionale e successivamente nella giurisprudenza europea, anche a prescindere dalla iniziale mancanza di riferimenti normativi espliciti³⁶⁴. Esso consente alle Corti sovranazionali il sindacato sulle scelte normative e amministrative dello Stato nazionale, onde evitare che, tramite la dottrina del "margine di apprezzamento nazionale" – che altro non è che la *discrezionalità* statale – esso potesse determinarsi limitando i diritti garantiti dalle Carte in misura tale che ne risultassero snaturati o del tutto cancellati³⁶⁵. La verifica della proporzionalità nelle scelte discrezionali offre uno strumento di sindacato della misura del potere esercitato e quindi del *quantum* di limitazione dei diritti individuali che possa dirsi ammissibile, nella misura in cui sia considerato idoneo, necessario e proporzionato per la realizzazione di interessi collettivi, quali, esemplificando, la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la prevenzione dei reati o la protezione della salute³⁶⁶. Tante sono le disposizioni convenzionali in cui alla affermazione di un diritto fondamentale segue la previsione delle possibili limitazioni tramite misure che tuttavia devono essere «in una società democratica, *necessarie*» per la realizzazione di uno dei fini collettivi previsti e quindi, sempre in quella ottica di comparazione tra interessi contrapposti,

mezzo tra quelli più idonei, ma meno gravoso per il privato) e importi nel complesso 3) il massimo del risultato utile per la collettività con il minimo del pregiudizio del singolo (*proporzionalità in senso stretto o adeguatezza*). Principi espressi nella sua opera maggiore, *I principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*.

³⁶⁴ Si vedano i lavori, in particolare, in relazione alla CEDU, di MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Right*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford-Portland, Oregon, 1999, 23 ss.; ESSEIN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1989, 31 ss.; GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali sui contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 765 ss.; in relazione all'UE, oltre al già citato VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, cit., *passim*; CICIRELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 2000; nonché, in relazione all'ordinamento internazionale in generale, CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000.

³⁶⁵ La proporzionalità come limite al "margine di apprezzamento statale", onde evitare che esso si estenda al punto tale da frustrare completamente il diritto fondamentale: questa è la funzione della proporzionalità, secondo DE PETRIS, MARCHETTI, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di Della Cananea, Dugato, Napoli, 2006, 351.

³⁶⁶ Per una disamina della giurisprudenza convenzionale sul principio di proporzionalità, MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 436 ss.

ossequiose del canone della proporzionalità, declinata in particolare in una verifica di *necessarietà* del sacrificio³⁶⁷. Formulazione che in via generale, e non riferita come in ambito convenzionale a determinati diritti fondamentali, si rinviene anche in ambito europeo, laddove nella Carta dei diritti fondamentali si afferma che «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano *necessarie* e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale» (art. 52, CFUE) e nei Trattati istitutivi, con riferimento al *modus agendi* delle istituzioni europee e nazionali nella applicazione del diritto europeo, che «l'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità [...] In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto *necessario* per il conseguimento degli obiettivi dei trattati» (art. 5, TFUE).

Venendo alle applicazioni pratiche, il principio in discussione viene costantemente richiamato quale *modus procedendi* nella individuazione del *punto di equilibrio* nel rapporto tra Stati nazionali e ordinamento sovranazionale. La giurisprudenza sovranazionale che si richiama al principio ci pare sterminata, essendo il concetto richiamato in tutti i settori di interferenza tra diritto nazionale e sovranazionale, imponendosi come limite al potere nazionale e metro di giudizio nel sindacato che le corti sovranazionali compiono sulle scelte statali³⁶⁸. La Corte di Strasburgo riconosce che limitazioni alla libertà imposte da atti nazionali siano ammissibili nella misura in cui siano rispettose del principio di *proporzione* e, quindi, tanto nelle scelte normative come nelle concrete applicazioni, quando siano dirette alla realizzazione di un interesse pubblico legittimo e non arbitrario, idonee allo scopo, necessarie e strettamente proporzionate allo scopo, in una ottica di complessivo equilibrio tra i beni

³⁶⁷ Evidenzia una lettura della necessità a volte orientata verso una valutazione di improcrastinabilità della esigenza sociale che la misura mira a controllare o a risolvere (*pressing social need*), LICUGNANA, *Principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, 454.

³⁶⁸ Parla di un sistema «che fa ampio ricorso al principio di proporzionalità», anche nel settore di nostro principale interesse, i diritti fondamentali limitati in funzione della repressione e prevenzione dei reati: MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., 162; per una rassegna delle principale giurisprudenza convenzionale in materia di limitazioni dei diritti convenzionali, con particolare riferimento alla necessità della misura, si rinvia al lavoro raccolto in UBERTIS, VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

in discussione³⁶⁹. Nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, il principio in discussione si declina nel divieto per «le autorità comunitarie e nazionali [di] imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore – cioè sproporzionata – a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo – cioè adeguato all'obiettivo da perseguire – e necessario – nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile»³⁷⁰.

Ora la ricostruzione fatta, seppure per brevi cenni e quindi chiaramente non esaustiva, di un concetto di *discrezionalità quale agire con proporzionalità* intendeva evidenziare solo come la nozione sia ampiamente diffusa non solo in ambito nazionale come anche in ambito sovranazionale, ma in particolare che essa sia altrettanto diffusamente accolta in un contesto normativo e scientifico ampio, che spazia in particolare dal diritto amministrativo al diritto costituzionale, al diritto europeo e che neppure risulta, a ben vedere, lontano dal *modus operandi* del sistema delle misure preventive. La proporzionalità, nella formulazione derivante dalla giurisprudenza tedesca, come risultante anche dalla elaborazione successiva delle corti sovranazionali, rappresenta infatti essenza e limite di *ogni* discrezionalità individuando in qualsiasi campo essa operi la giusta misura del potere. Essa in effetti circoscrive il potere discrezionale, individuando – si badi – la sola scelta possibile, in consonanza alla tutela dei diritti fondamentali che pure, in ottica di bilanciamento di interessi contrapposti, possono essere limitati, ma solo nella misura necessaria e non eccedente la realizzazione dello scopo pubblico³⁷¹. Limite che trova fondamento in un

³⁶⁹ *Ex multis*, in materia di misure di prevenzione come strumenti limitativi delle libertà individuali riconosciute dalla CEDU, in cui si fa richiamo alla proporzione o necessità della scelta nazionale: Corte EDU, 8 ottobre 2013, Monno c. Italia; 22 febbraio 1989, Ciulla c. Italia; 6 aprile 2000, Labita c. Italia; 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia.

³⁷⁰ *Ex multis*, CGUE, 14 luglio 2005, causa C-180/00; 10 dicembre 2002, causa C-491/01; 12 marzo 2002, cause C-27 e C-122/00; 13 novembre 1990, causa C-331/88; valevole, non solo nella regolazione dell'azione delle istituzioni europee, ma anche delle autorità nazionali, in relazione ai settori rilevanti per il diritto europeo: CGUE, 14 febbraio 2008, causa C-244/06; 24 gennaio 2008, causa C-257/06; 5 giugno 2007, causa C-170/04; 16 gennaio 2003, causa C-14/00.

³⁷¹ La proporzionalità si pone quale strumento generale che interessa tutti i settori del sistema giuridico, in quanto portato della concezione per cui nessun interesse o diritto è assoluto e non sacrificabile, ma tutti sono bilanciabili, tanto in astratto, quanto in concreto (data la natura compromissoria del giudizio di bilanciamento, in parte soggettivo e quindi non "a rime obbligate", si sofferma, di recente, sulle

principio generale ordinamentale, ricavabile da un sistema valorialmente fondato sul principio *personalista* che permea la Carta fondamentale e le Carte sovranazionali dei diritti, ponendosi come canone di azione e strumento di controllo della *giusta* misura del potere. In tale prospettiva la discrezionalità applicativa non implica quindi uno spazio di arbitrio concesso al potere pubblico, come se fosse libero di interferire come preferisce nella sfera individuale ma, piuttosto, come strumento che ne *assicura* una tutela rafforzata, dal momento che, individuando la misura limitativa dei diritti fondamentali proporzionata in considerazione delle circostanze del caso concreto, impone al potere pubblico una scelta vincolata, espressione della *giusta* misura del potere³⁷².

7. (segue). Il buon esempio delle misure cautelari.

La concezione di discrezionalità applicativa quale canone di azione che consente una individualizzazione del trattamento in osservanza delle circostanze del caso concreto e assicura che sia realizzato lo scopo pubblico con il minimo sacrificio necessario dei diritti fondamentali viene accolta nella disciplina positiva delle misure cautelari personali. In questo contesto la previsione di una ampia gamma di misure variamente incidenti sulle libertà personali della persona imputata implica che al giudice

ricadute di ciò nel rapporto tra legislazione e giurisdizione, FIANDACA, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, in *DisCrimen*, 7 dicembre 2020). Concezione, quella del bilanciamento, che si va consolidando nella giurisprudenza, tanto costituzionale che comune, in consonanza ad una *matura* presa di coscienza della "complessità del giuridico", portato di una società altrettanto complessa, in quanto attraversata da innumerevoli interessi, concilianti ma anche contrastanti tra loro, che il diritto tenta di far convivere tra loro. In questa prospettiva, autorevolmente, GROSSI PA., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020; *Il diritto in una società che cambia*, Bologna, 2018; *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017; il primo studio, tuttavia, in cui si prende coscienza della trasformazione in atto, portato di una "rivoluzione" in campo sociale, economico e politico che attraversava il Novecento, frutto della emersione di innumerevoli e nuovi interessi meritevoli di protezione nel gruppo sociale, e che ovviamente si fa "problema giuridico", è il lavoro, tra i più capisaldi del Novecento giuridico, di ROMANO S., *L'ordinamento giuridico* (1918), 2ª, Firenze, 1946; in precedenza, sui temi che sono a fondamento del lavoro ora menzionato, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1920), in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 358 ss.

³⁷² Sul rapporto tra discrezionalità applicativa e tutela delle libertà personali, AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 324 ss. e spec. 330: «quando trattisi di discrezionalità in senso stretto, la presenza di questa non sta a dire che sono assenti, o quantomeno secondari, interessi diversi da quelli pubblici, in vista della cui miglior tutela l'applicatore avrebbe a disposizione, appunto, un margine discrezionale; quest'ultimo, al contrario, è lo strumento per commisurare l'interesse pubblico e la libertà individuale e per stabilire, quindi, se l'uno possa esigere il sacrificio dell'altra» (corsivo nostro).

applicatore sia lasciato un potere discrezionale in ordine alla scelta di una misura che sia esattamente *funzionale* alle circostanze del caso concreto.

Potere discrezionale che, come anticipato in precedenza, si traduce in una ponderazione valutativa tra un interesse pubblico, rappresentato dalle esigenze cautelari – tutela strumentale del processo, tutela finale del processo, difesa sociale –, e di un interesse privato, rappresentato dalla conservazione del maggiore spazio possibile di libertà personali della persona imputata³⁷³. Agire con discrezione, o come abbiamo in precedenza affermato agire *moderato*, che si traduce nella scelta di una misura cautelare personale che realizzi quindi efficacemente lo scopo pubblico (che sia la tutela del processo o la difesa sociale) ma con il minimo sacrificio possibile delle libertà personali.

In tale direzione, nonostante il principio possa considerarsi generale e quindi ricavarsi anche da una lettura sistematica del dato costituzionale e convenzionale, il codice di procedura penale detta criteri normativi che orientano la scelta del giudice applicatore verso la individuazione della giusta misura del potere cautelare, in osservanza di un principio di proporzionalità che in materia di libertà personale si declina in termini di «minimo sacrificio necessario»³⁷⁴. Criteri che, in un momento successivo, si traducono in un metro di giudizio tramite cui sindacare la giustezza della scelta effettuata, tanto in sede di revisione della misura (art. 299, c.p.p.) quanto di impugnazione del provvedimento applicativo (artt. 309-311, c.p.p.). Essi ripetono la struttura della verifica di proporzionalità "alla tedesca"³⁷⁵, confermando come il potere discrezionale,

³⁷³ La disciplina codicistica «dà la dimensione del ruolo centrale della giurisdizione nel mediare tra interessi tra loro confliggenti», CORSO, *Le misure cautelari*, cit., 383; nella manualistica, sui criteri che orientano la discrezionalità del giudice, TONINI, *Manuale*, cit., 455; DE CARO, *Strumenti cautelari*, cit., 351; ZACCHÈ, *Misure cautelari*, cit., 330; GREVI, *Misure cautelari*, cit., 403; DI BITONTO, *Tutela cautelare*, cit., 827; CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 825.

³⁷⁴ Sulla discrezionalità applicativa quale corollario del canone del «minimo sacrificio necessario», in particolare Corte cost. 265 del 2010: «entro il ventaglio delle alternative prefigurate dalla legge, il giudice deve infatti prescegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari nel caso concreto, in modo da ridurre al minimo indispensabile la lesività determinata dalla coercizione endoprocedimentale»; nel senso che la proporzionalità può essere considerata un corollario della inviolabilità, CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *DPC, Riv. Trim.*, 2014, 3-4, 148.

³⁷⁵ Sul richiamo alla proporzionalità "alla tedesca", fondata sui "tre gradini" della idoneità, necessarietà e proporzionalità in senso stretto: espressamente, ZACCHÈ, *Misure cautelari*, cit., 330; richiamando anche il principio di proporzionalità, come affermato espressamente nella Carta di Nizza all'art. 52, CDFUE, UBERTIS, *Sistema*, cit., 238; recentemente, affronta il tema della proporzionalità "alla tedesca" nel procedimento penale, soffermandosi tuttavia in particolare sulla legittimità dei nuovi strumenti di indagine, NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del*

ovunque sia chiamato in causa, si esplica in una medesima struttura e seguendo medesime cadenze.

In effetti, il codice prevede che il giudice applicatore per disporre la *giusta* misura debba effettuare una verifica di idoneità, di necessità e di proporzionalità in senso stretto. In particolare, quanto alla prima – l'idoneità allo scopo – il giudice «tiene conto della specifica idoneità di ciascuna [misura] alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto» (art. 275, co. 1, c.p.p.)³⁷⁶. In tale direzione, misure idonee a controllare un supposto marito violento sono tanto la custodia cautelare in carcere, quanto un allontanamento dalla casa familiare. Il codice, tuttavia, in consonanza alla verifica "alla tedesca", impone che sia scelta la misura che sia strettamente *necessaria* allo scopo, prevedendo in particolare che «la custodia cautelare in carcere [sia] disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate» (art. 275, co. 3, c.p.p.)³⁷⁷. In tale direzione, nella misura in cui tanto il carcere quanto il mero

processo penale contemporaneo, in *RIDPP*, 2020, 3 ss.: secondo l'Autore, la proporzionalità funziona solo se affiancata da una tipicità, o legalità processuale, che dà le basi per effettuare la verifica "alla tedesca", e cioè i criteri di grandezza, i vincoli per l'applicatore; per ciò essa funziona nel sistema cautelare, mentre non è controllabile in relazione ai nuovi strumenti di indagine offerti dalla tecnologia contemporanea (come per i captatori informatici).

³⁷⁶ Di converso un sistema fondato sulla individualizzazione del trattamento in funzione del canone del «minimo sacrificio necessario» ripudia presunzioni normative e automatismi applicativi: in tale senso, Corte cost. 265 del 2010: «Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di non prevedere automatismi né presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena "individualizzazione" della coercizione cautelare»; sulla necessità, si veda per un esempio applicativo del criterio, *ex multis*, Cass. 5 marzo 2014, n. 13093, in *DeJure*; Cass. 16 luglio 2010, n. 32402, *ivi*: «sarebbe sproporzionata l'applicazione del divieto di dimorare e accedere al Comune in cui il soggetto svolge la sua attività lavorativa, se finalizzato ad antidoto contro il pericolo di reiterazione del reato [contro la PA] quando a tal fine basterebbe la misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio».

³⁷⁷ Il codice ammette, quindi solo eccezionalmente, alcune presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere quando sussistano gravi indizi di colpevolezza per delitti, come quelli di associazione di stampo mafioso o terroristica, per i quali secondo l'*id quod plerumque accidit* l'esigenza cautelare può essere soddisfatta *solo* con la misura custodiale di massima gravità. Viceversa, secondo la giurisprudenza costituzionale, esse «violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» e cioè quando risulti agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (Corte cost. 265 del 2010; in precedenza, Corte cost. 139 del 2010). Sulla scorta di questo orientamento, in passato sono state espunte dal sistema presunzioni assolute di adeguatezza della misura carceraria nelle ipotesi in cui essa debba applicarsi in presenza di gravi indizi di colpevolezza di commissione di vari delitti: esemplificando, quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis, c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose (Corte cost. 57 del 2013), di violenza sessuale, atti sessuali con minori, induzione

allontanamento dalla casa familiare siano *ugualmente* idonee allo scopo, il giudice deve preferire quella che realizzi efficacemente lo scopo pubblico ma con il minor sacrificio possibile delle libertà personali, il «minimo mezzo». Infine, seppure con riferimenti sparsi nella disciplina in esame, il codice prevede varie disposizioni espressione di una verifica della "proporzionalità in senso stretto" della scelta che si intende adottare. Il giudice deve effettuare un *bilanciamento tra costi e benefici* che la scelta restrittiva delle libertà personali comporta, astenendosi dalla adozione della misura quando i primi siano sproporzionati rispetto ai secondi e implicino quindi una soluzione irragionevole e intollerabile. In tale direzione il codice impone che «ogni misura [debba] essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata» (art. 275, co. 2, c.p.p.) e in particolare «non [possa] essere applicata la misura della custodia cautelare in carcere o quella degli arresti domiciliari se il giudice ritiene che con la sentenza possa essere concessa la sospensione condizionale della pena», così come «non [possa] essere applicata la custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che all'esito del giudizio la pena detentiva irrogata non sarà superiore ai tre [quattro] anni» (art. 275, co. 2-bis, c.p.p.)³⁷⁸. Il codice, in questi termini, afferma il principio per cui lo scopo pubblico, quello di un accertamento della responsabilità penale, non può essere realizzato con costi personali *intollerabili* quando la fattispecie in concreto non lo meriti (secondo la nota formula del «non impiegare un cannone per sparare ai passeri»)³⁷⁹. *Ratio* che offre fondamento

e sfruttamento della prostituzione minorile (Corte cost. 265 del 2010), oppure di omicidio volontario (Corte cost. 164 del 2011), associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (Corte cost. 231 del 2011), trasporto di stranieri con ingresso illegale nel territorio statale (Corte cost. 331 del 2011), violenza sessuale di gruppo (Corte cost. 232 del 2013). Sono, invece, state salvate dalla Consulta, in quanto fondate su massime di esperienza "ragionevoli", le presunzioni menzionate quando riferite ai delitti di associazione di stampo mafioso (Corte cost. 136 del 2017) e di associazioni sovversive e terroristiche (Corte cost. 191 de 2020), in considerazione della peculiare struttura (reato permanente) e del particolare contesto (forte adesione, anche ideologica, al sodalizio) in cui si inseriscono le condotte punite dalla legge penale. Si veda, CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, cit., 829-833; di recente, in chiave parzialmente critica alle recenti pronunce, CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere per gli indiziati di terrorismo sotto la lente della Corte costituzionale*, in *RIDPP*, 2020, 1609 ss.

³⁷⁸ Il riferimento ai tre anni deriva dal coordinamento con la disciplina che consente la sospensione della esecuzione della pena detentiva per ammettere il condannato alle misure alternative alla detenzione. Va, tuttavia, rilevato un attuale difetto di coordinamento dovuto alla successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 656, co. 5, c.p.p. nella parte in cui prevedeva che il pm sospendesse l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggior pena, se non superiore a tre anni, anziché quattro (Corte cost. 41 del 2018).

³⁷⁹ Così anche nella definizione dell'esigenza cautelare del "pericolo di fuga". La misura cautelare disposta al fine di consentire l'attuazione di un eventuale dispositivo di condanna si giustifica infatti

anche alle disposizioni che limitano la scelta della custodia cautelare in carcere quando la misura debba applicarsi nei confronti di persone che, per le loro condizioni fisiche o psichiche, necessitano di trattamenti favorevole, onde evitare che siano lesi anche altri beni costituzionalmente garantiti, quali salute, famiglia, genitorialità, dignità (art. 275, co. 4, 4-bis, 4-*quinqüies*, c.p.p.)³⁸⁰. Ipotesi in cui la custodia in carcere implica la sopportazione di costi *privati*, la compressione di più diritti fondamentali, intollerabilmente superiori ai benefici *pubblici* realizzabili quando le esigenze cautelari siano comunque perseguibili mediante strumenti diversi.

Modus procedendi, quello descritto dal codice di procedura penale³⁸¹, implicante corollari che rafforzano la garanzia del «minimo sacrificio necessario» realizzato tramite il potere discrezionale del giudice³⁸².

Da un lato, quei criteri orientano la *giusta* scelta in sede di prima applicazione ma anche *in itinere*, dal momento che la discrezionalità, quale essenza dell'amministrare, impone una verifica *costante* di una scelta che deve essere conforme alla proporzionalità per tutto il tempo della sua attuazione³⁸³. La mutevolezza delle

solo quando il giudice consideri in concreto possibile che «possa essere irrogata una pena superiore ai due anni di reclusione», ovvero sia una pena non sospensibile (art. 274, lett. b, c.p.p.). Palese la *ratio*: non sacrificare la libertà personale in quelle situazioni in cui, potendo entrare in gioco la sospensione condizionale, non vi sarebbe alcun titolo detentivo da eseguire (ZACCHÈ, *Misure cautelari*, cit., 326).

³⁸⁰ Ancora, ZACCHÈ, *Misure cautelari*, cit., 336. In particolare, Si esclude la custodia in carcere, salvo esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, nei confronti di 1) donna incinta o madre di prole di età non superiore ai sei anni con la stessa convivente, 2) di persona ultrasettantenne, 3) di persona affetta da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria ovvero da altra malattia particolarmente grave, per effetto della quale la sue condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione e comunque tali da non consentire adeguate cure in carcere; 4) tossicodipendenti o alcolodipendenti, quando l'interruzione del trattamento in atto potrebbe pregiudicare il loro recupero; si esclude invece, sempre e comunque, la custodia carceraria nei confronti di malati terminali («quando la malattia si trova in una fase così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative»; art. 275, co. 4-*quinqüies*, c.p.p.).

³⁸¹ Espressione della discrezionalità applicativa in funzione del «minimo sacrificio necessario» si ravvisa anche nella disposizione in ordine alle modalità esecutive della misura: «Le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto» (art. 277, c.p.p.). Evidente il momento della ponderazione tra interesse pubblico, le esigenze cautelari del caso concreto, e interesse privato, i diritti della persona: il primo va realizzato pur nella salvaguardia del secondo.

³⁸² Potere discrezionale che si attiva su impulso di parte, ma che non è vincolato alla richiesta effettuata dal pubblico ministero: è «un giudizio di utilità» che consente al giudice di individuare la misura che ritiene più adatta e anche di fondarla su esigenze cautelari diverse da quelle evidenziate dalla parte richiedente. In particolare su questo aspetto, che sottolinea le peculiarità della giurisdizione in presenza di discrezionalità. DE CARO, *Strumenti cautelari*, cit., 351, 363.

³⁸³ Sul costante controllo della scelta, si veda Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, Khalil: «il principio di proporzionalità, al pari di quello di adeguatezza [...] opera come parametro di commisurazione delle

circostanze fattuali che vi sono poste a fondamento impone che la ponderazione valutativa effettuata *ab origine* sia costantemente attualizzata e in tale ottica il codice ammette che i provvedimenti applicativi siano modificabili e revocabili in qualsiasi tempo, tramite revoca o sostituzione della misura (art. 299, c.p.p.)³⁸⁴. Corollario della instabilità della scelta, in quanto basata su circostanze fattuali mutevoli, sta nella mancata formazione di un giudicato vero e proprio, inteso quale preclusione assoluta alla modifica della scelta una volta consumati quei limitati mezzi di revisione previsti dalla legge. Si ammette invece un "giudicato cautelare", inteso come preclusione allo stato degli atti e quindi *rebus sic stantibus*, che si traduce piuttosto in un divieto di riproposizione di istanze di revisione della scelta fondate su questioni di fatto o di diritto dedotte in precedenza, espressamente o implicitamente, e sulle quali in precedenza il giudice si sia pronunciato³⁸⁵. Una soluzione che invece imponesse il

misure cautelari alle specifiche esigenze ravvisabili nel caso concreto, tanto al momento della scelta e della adozione del provvedimento coercitivo, che per tutta la durata dello stesso, imponendo una *costante verifica della perdurante idoneità di quella specifica misura a fronteggiare le esigenze che concretamente permangano o residuino, secondo il principio della minor compressione possibile della libertà personale*» (corsivo nostro).

³⁸⁴ Sulla continua rivedibilità delle misure, della temporaneità e provvisorietà, come portato del «minimo sacrificio necessario»: in particolare, la libertà personale soccombe per tutelare un interesse pubblico a condizione che la restrizione sia *sempre* rivedibile, DE CARO, *Strumenti cautelari*, cit., 340, ma anche DI BITONTO, *Tutela cautelare*, cit., 829, e ZACCHÈ, *Misure cautelari*, cit., 367, il quale sostiene che la rivedibilità della scelta sia ammessa, in considerazione di fatti sopravvenuti, ma anche in esito a una *mera* rivalutazione degli originari presupposti applicativi.

³⁸⁵ Si parla di "giudicato cautelare", quale strumento per assicurare una qualche stabilità al provvedimento cautelare, fondato su elementi *fisiologicamente* mutevoli nel tempo, quali i gravi indizi di colpevolezza, come anche le esigenze cautelari, come la pericolosità sociale. Sebbene non vi si faccia alcun riferimento nel dato normativo, esso ha trovato uno stabile fondamento nella elaborazione giurisprudenziale. Esso va inteso dunque come preclusione alla riproposizione, in rapporto al medesimo fatto e alla medesima persona, di questioni già decise da una pronuncia concernente misure cautelari e divenuta irrevocabile. Esso «trova fondamento nella necessità di assicurare stabilità ai provvedimenti cautelari ed in evidenti esigenze di economia processuale, volte ad impedire la riproposizione di questioni già sottoposte al vaglio del giudice» e si differenzia dal giudicato in senso proprio per la peculiarità del provvedimento cautelare il quale, subordinando le sua efficacia alla permanenza delle condizioni di applicabilità che ne giustificano l'imposizione, si pone in contrasto con il concetto di stabilità e immutabilità che caratterizza il giudicato ordinario. Quanto ai limiti della sua efficacia, il giudicato si forma sulle sole decisioni pronunciate dalla Cassazione o dal Tribunale delle libertà e si considera valevole solo con riferimento alle questioni dedotte, esplicitamente o implicitamente, e non a quelle meramente deducibili. La preclusione vale allora «allo stato degli atti», cosicché l'effetto preclusivo viene a cadere in seguito a un apprezzabile successivo mutamento, asseverato da nuove acquisizioni probatorie, della situazioni di fatto in presenza sulla quale il giudice dell'impugnazione si sia fondato per emettere la sua pronuncia, poi tradottasi in giudicato (su tutte, seppure con successive precisazioni in giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 8 luglio 1994, Buffa, in *DeJure*; successivamente, ancora nel massimo consesso, Sez. Un., 15 gennaio 1999, Liddi, *ivi*; 31 maggio 2000, Piscopo, *ivi*; 24 maggio 2004, Romagnoli, *ivi*; 19 dicembre 2006, Librato, *ivi*). Ci pare possibile evidenziare, per il momento *an passant*, la comunanza di struttura che sotto i profili appena descritti caratterizza il provvedimento cautelare con i provvedimenti adottati in materia di prevenzione *ante delictum* e di

formarsi di un giudicato in senso tradizionale sulle scelte del potere discrezionale sarebbe lesivo della individualizzazione del trattamento, impendendo il necessario adeguamento della scelta a quelle mutevoli situazioni che ne sono a fondamento.

Da un altro lato, il potere discrezionale trova poi una garanzia procedimentale nella motivazione della scelta effettuata dal giudice (*rectius*, del provvedimento adottato). Il giudice deve esporre l'*iter* di formazione della scelta, enunciando i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che lo hanno condotto alla applicazione della misura in concreto adottata: in altri termini, la motivazione *esteriorizza* la verifica di proporzionalità "alla tedesca" in esito alla quale il giudice adotta la misura idonea, necessaria e proporzionata alle circostanze del caso concreto³⁸⁶. In questa direzione il canone che presiede alla azione del potere discrezionale non rimane in un astratto processo decisionale del giudice ma, obbiettivizzato nella motivazione, si rende controllabile al destinatario della misura e diviene così metro di giudizio del potere discrezionale esercitato da parte del giudice dell'impugnazione³⁸⁷. Tanto rilevante il profilo in esame che la disciplina codicistica struttura la motivazione cautelare con cadenze simili a quelle della sentenza dibattimentale³⁸⁸ e impone, a pena di nullità, che essa riporti tutto quanto sia necessario per ripercorrere la scelta del giudicante e valutarne la legittimità (art. 292, co. 2, lett. c, c-bis, c.p.p.). Dovere motivazionale effettivo, quindi, in considerazione delle sanzioni processuali cui incorre la scelta quando non sia stata motivata secondo le cadenze argomentative imposte dalla legge, tanto in sede di riesame (art. 309, co. 9, c.p.p.), che di appello (art. 310, c.p.p.) ma anche di ricorso per cassazione, ammesso tanto per violazione di legge che per vizi della motivazione (mancanza, manifesta illogicità, contraddittorietà: art. 606, lett. e, c.p.p.)³⁸⁹.

esecuzione penale: tutti modificabili e revocabili in qualsiasi momento, con formazione di un giudicato allo stato degli atti e cioè *rebus sic stantibus* nella esecuzione penale: si veda, sul punto, Cass. Sez. Un., 12 novembre 1993, Gallucci, in *DeJure*.

³⁸⁶ ZACCHÈ, *Misure cautelari*, cit., 358.

³⁸⁷ Sulla rilevanza *sostanziale* del dovere di motivazione, ché altrimenti le garanzie a tutela della libertà personale e in particolare quelle miranti ad assicurare il minimo sacrificio necessario sarebbero vanificate, DI BITONTO, *Tutela cautelare*, cit., 838; tra i costituzionalisti, sottolinea il significato «sostanziale» della motivazione richiesta dalla riserva di giurisdizione, PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 176.

³⁸⁸ TONINI, *Manuale*, cit., 467.

³⁸⁹ Si tratta del vizio di «mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente

8. (segue). Dalle misure cautelari alle misure preventive.

Abbiamo delineato quale sia la giusta misura del potere preventivo, prima sul versante del dato normativo, individuando quale sia lo spazio minimo e massimo che deve coprire, poi sul versante applicativo, individuando quale sia lo *spatium deliberandi* che possa riservarsi al giudice applicatore.

Nel percorso tracciato abbiamo osservato come la disciplina delle misure cautelari personali possa considerarsi un modello, assicurando una valida predeterminazione normativa delle limitazioni dei diritti fondamentali ma anche una sicura individualizzazione del trattamento al momento applicativo tenuto conto delle circostanze del caso concreto.

In quanto misure limitative delle libertà personali in funzione della realizzazione di scopi pubblici meritevoli di tutela ordinamentale, le misure cautelari personali condividono *funzione* e *oggetto* con le misure preventive personali *ante delictum*, anche queste aventi ad oggetto delle limitazioni delle libertà personali per la realizzazione dello scopo pubblico consistente nella difesa sociale. Condivisione che si fa *assimilazione* se si guarda alle misure cautelari in funzione di difesa sociale, applicate quindi quando vi sia il pericolo attuale di commissione di gravi delitti o di delitti della stessa specie di quello per cui si procede (art. 274, lett. c), c.p.p.).

Ci pare quindi che il modello cautelare possa essere esteso alle misure preventive *ante delictum*. Una medesima funzione, la difesa sociale, implica la soluzione di una medesima esigenza, quella di assicurare al contempo la realizzazione dello scopo pubblico preventivo con la garanzia delle libertà personali e alla quale la disciplina positiva delle misure cautelari, come abbiamo osservato, assolve pienamente.

indicati nei motivi di gravame»: in particolare, 1) mancanza: non si intende la mancanza formale della motivazione, che essendo imposta dalla legge processuale a pena di nullità (art. 125, co. 3, c.p.p.; art. 111, co. 6, Cost.), sarebbe sanzionabile come violazione di legge, *ma la carenza sostanziale del discorso logico, quale mancanza di elementi necessari e indispensabili ai fini della decisione* (in questo senso carente la motivazione che manchi di una argomentazione su una imputazione o su un imputato o su un punto necessario ai fini del giudizio); 2) manifesta illogicità: si intende il vizio della logica del contenuto, come un vizio di argomentazione tra la premessa (fatto noto) e le conclusioni (fatto ignoto) dovuto a errore nella applicazione di massime di esperienza, oppure un vizio di logica comune, come la violazione del principio di non contraddizione; 3) contraddittorietà processuale: si intende il vizio consistente nel contrasto tra atti procedurali e motivazione della decisione, per travisamento delle risultanze probatorie, o per travisamento per invenzione, o per travisamento per omissione. Si veda, chiaramente, per alcune esemplificazioni, TONINI, *Manuale*, cit., 976-977.

In tale direzione, in una prospettiva volta alla definizione di una *giusta misura del potere preventivo*, anche la disciplina delle misure di prevenzione *ante delictum* dovrebbe dunque strutturarsi nei termini che seguono.

Quanto alla *giusta misura del dato normativo*, la base legale deve assolvere alla riserva assoluta di legge, in osservanza tuttavia del canone costituzionale del «minimo sacrificio necessario». In tale direzione, il dato normativo deve quindi predisporre una ampia gamma di misure, variamente incidenti sulle libertà personali, delle quali definire il *tipo* e il *grado* massimo di compressione della sfera individuale ma senza previsione di automatismi applicativi e presunzioni normative. Il dato normativo deve cioè evitare una predeterminazione assoluta dei «modi» di restrizione delle libertà personali lasciando al giudice applicatore un potere discrezionale in funzione della individualizzazione del trattamento al caso concreto.

Potere discrezionale che per essere giusto deve muoversi, da un lato, entro il limite fissato dal dato normativo in ordine al tipo e al grado di compressione massima della sfera individuale del destinatario, da un altro, deve esercitarsi secondo il principio di proporzionalità, funzionante tanto come canone di azione quanto come strumento di controllo della scelta adottata in considerazione delle circostanze del caso concreto.

Nei termini esposti, la *procedimentalizzazione* della scelta rende la discrezionalità *utile* e *controllata*. Sotto il primo profilo, il potere discrezionale, essenza della amministrazione³⁹⁰, consente al giudice di rivedere *costantemente* la scelta effettuata e quindi di modificare o revocare la misura ogni qualvolta siano mutate le circostanze fattuali che ne sono a fondamento. Diversamente da un giudizio che accerta un fatto passato, infatti, la valutazione di attualità della pericolosità ripudia il carattere di intangibilità della scelta effettuata, la quale tanto si giustifica nella misura in cui realizzi momento per momento quel delicato equilibrio tra difesa sociale e libertà personale, implicando quindi una precarietà «costituzionalmente doverosa»³⁹¹. La scelta si assume quindi come sempre modificabile e revocabile, ripetendo in ciò ancora un tratto essenziale della attività amministrativa, anche quando giurisdizionalizzata. Il

³⁹⁰ CLARICH, *Manuale*, cit., 124: «tale attività presuppone che l'apparato titolare del potere abbia la possibilità di scegliere la soluzione migliore nel caso concreto».

³⁹¹ In questi termini, MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 350: da un lato, in quanto il giudizio prognostico si forma solo sui fatti noti al momento della decisione, dall'altro, perchè col passare del tempo la pericolosità può ovviamente mutare.

potere di modifica e di revoca della misura – si badi – da parte *dello stesso giudice* che la ha adottata, quando sia mutata o cessata la causa che vi si pone a fondamento, rende sempre rivedibile e quindi non passibile di giudicato la decisione assunta. La mutevolezza delle circostanze fattuali, insieme alla spinta verso la costante individualizzazione della scelta, esclude che la decisione sia immutabile, impedendo possa formarsi un vero e proprio giudicato quale preclusione assoluta alla rivedibilità della scelta adottata. Si parla piuttosto di un giudicato relativo o giudicato *rebus sic stantibus*, quale preclusione alla revisione della scelta, operante in relazione ai soli fatti che vi sono stati posti a fondamento e quindi già valutati ma non anche ai fatti sopravvenuti o comunque – anche se preesistenti – non ancora valutati. La prospettiva di un giudicato allo stato degli atti – per inciso, consolidatasi anche in materia di misure cautelari³⁹² – può apparire non del tutto lineare guardando al riconoscimento in capo al giudice di un potere di modifica e di revoca della misura in qualsiasi momento e senza preclusioni di sorta³⁹³. La posizione, tuttavia, trova fondamento in funzione del canone costituzionale di «minimo sacrificio necessario». La preclusione relativa trova in effetti giustificazione in una esigenza di tutela della libertà personale, che invece non sussiste nella giurisdizione volontaria dove strutturalmente il provvedimento, nella forma del decreto, in quanto sempre modificabile e revocabile, è logicamente del tutto inidoneo al giudicato³⁹⁴. La limitazione della libertà personale in funzione di un interesse pubblico, la difesa sociale, impone in effetti che la restrizione sia sempre rivedibile e quindi assolutamente provvisoria in modo che la misura possa modificarsi *in melius* e *ante tempus* non appena le esigenze che ne giustificano la applicazione siano affievolite se non del tutto scomparse³⁹⁵. Ciò vale

³⁹² Vedi nota nel paragrafo precedente sul giudicato cautelare; in giurisprudenza, concetto definito e mai sostanzialmente superato, seppure in vario modo precisato in seguito, in Cass., Sez. Un., 8 luglio 1994, Buffa, in *DeJure*.

³⁹³ Posizione isolata, ma autorevolmente sostenuta, da CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1271: «Alle tecniche terapeutiche ripugna l'idea che una *res iudicata faciat del albo nigrum*; l'eventuale errore diagnostico dev'essere rimediabile. Nessun effetto preclusivo, dunque».

³⁹⁴ Si veda l'art. 742, c.p.c.: «i decreti possono essere in ogni tempo modificati o revocati [...]». Sul punto, nella manualistica, MANDRIOLI, CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2020, 237-243: «è la meno giurisdizionale delle attività [...] sia sotto il profilo strutturale (perché inidonea al giudicato, ma è, al contrario, caratterizzata dalla revocabilità e dalla modificabilità dei provvedimenti) sia sotto il profilo funzionale (perché non tende a tutelare diritti ma situazioni riconducibili alla figura degli interessi di rilevanza generale [...])».

³⁹⁵ Il sacrificio della libertà personale per esigenze di tutela della collettività si risolve a discapito del primo «a condizione però che lo strumento di afflizione sia continuamente rivedibile e assolutamente

anche quando la modifica sia *in peius*, ma con il limite della durata massima delle misure preventive, come dei termini massimi in materia di misure cautelari, i quali per legge definiscono il sacrificio massimo della libertà personale in funzione di un interesse pubblico. In tale direzione allora la preclusione *relativa* serve ad impedire che il potere pubblico possa disporre della libertà personale in funzione di uno scopo pubblico per più volte e sulla base dei *medesimi* fatti, andando quindi oltre i limiti massimi consentiti. Viceversa una preclusione *assoluta* sarebbe in contrasto con la preminente esigenza di assicurare che il sacrificio della libertà personale sia contenuto nei limiti dello stretto necessario allo scopo. Si tratta comunque di soluzioni concettuali che non richiedono di essere implementate, tanto normativamente che giurisprudenzialmente. Da un lato, il codice antimafia prevede il potere di modifica e di revoca della misura in qualsiasi tempo, a condizione che sia cessata o mutata la causa lo ha determinato (art. 11, co. 2, cod. ant.)³⁹⁶, da un altro, la giurisprudenza ha

provvisorio»: DE CARO, *Strumenti cautelari*, cit., 339, in relazione alle misure cautelari personali, ma il ragionamento ci pare logicamente estendibile con riferimento a tutte le misure preventive restrittive della libertà personale per scopi pubblici.

³⁹⁶ L'art. 11, co. 2, cod. ant. prevede l'istituto della modifica e della revoca del provvedimento applicativo della misura di prevenzione personale. Esso opera quando siano intervenuti fattori che incidano sulla pericolosità sociale, consentendo una variazione della scelta effettuata: la modifica quando siano intervenuti fattori che la aggravano o che la attenuano, la revoca quando siano intervenuti fattori che la annullano. Tanto la modifica quanto la revoca sono adottate dal giudice della prevenzione che ha adottato il provvedimento iniziale, su proposta dell'interessato in caso di modifica *in melius* o di revoca, su proposta dell'autorità di pubblica sicurezza in caso di modifica *in peius*. Il giudice può dare corso alla richiesta, ma non è obbligato. I due istituti si ispirano alla logica della proporzionalità e replicano quelli previsti in materia di misure cautelari personali (lo rileva, LA ROCCA, *La revoca della misura di prevenzione personale*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 559). Il provvedimento di modifica o di revoca è impugnabile ma non produce effetto sospensivo. Il presupposto per la richiesta di modifica o di revoca è la definitività del provvedimento applicativo, dato che altrimenti le variazioni fattuali che incidono sulla vicenda possono farsi valere con i mezzi di impugnazione (art. 10, cod. ant.). La legge dà rilievo per la modifica *in melius* o per la revoca alla verifica che sia venuta meno o mutata la causa del provvedimento; si dà corso invece alla modifica *in peius* solo «quando ricorrono gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica (comunque riconducibili alla condotta del proposto e non a circostanze ambientali) o quando la persona sottoposta alla sorveglianza abbia ripetutamente violato gli obblighi inerenti alla misura». Venendo al contenuto, la modifica *in melius* può consistere in una riduzione della durata o nella eliminazione o attenuazione di alcune prescrizioni; la modifica *in peius* in un prolungamento della misura entro i limiti massimi fissati dalla legge in cinque anni o nella applicazione o aggravamento di alcune prescrizioni. Il limite massimo è comunque superabile avviando un procedimento preventivo per applicare una nuova misura, purché si basi su fatti successivi a quelli già presi in considerazione con il procedimento precedente (Cass., 29 ottobre 2008, n. 40323, in *DeJure*), o su fatti pregressi, ma accertati comunque successivamente all'applicazione della prima misura (Cass., 18 febbraio 2004, n. 17901, *ivi*) (sul rapporto tra modifiche, revoche e giudicato sulla decisione, INSOM, *L'esecuzione delle misure*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 268-275). La revoca invece si struttura in due ipotesi: una tradizionale che consiste in un atto di ritiro del provvedimento con efficacia *ex nunc* quando sia cessata la causa del provvedimento; una giurisprudenziale che consiste in un atto di ritiro con efficacia *ex tunc* per sopravvenuta scoperta di un difetto genetico del provvedimento, anche se definitivo e opera in funzione assimilabile alla revisione della sentenza penale di condanna. Si veda

riconosciuto da tempo un giudicato *rebus sic stantibus*, e quindi limitato allo stato degli atti, quale preclusione alla applicazione di una nuova misura nei confronti della stessa persona e sulla base dei medesimi fatti già valutati, non anche quando sia basata su fatti nuovi, perché sopravvenuti, o perché successivamente scoperti³⁹⁷.

Sotto altro profilo, la *procedimentalizzazione* della scelta rende la discrezionalità *controllata*, evitando che il potere sia esercitato in modo arbitrario.

Il potere discrezionale infatti non è libero, come abbiamo osservato in precedenza, ma deve conformarsi a un *iter* valutativo tracciato dal principio di proporzionalità che, quanto alla libertà personale, costituisce il portato del canone del «minimo sacrificio necessario». La scelta effettuata non è quindi intuizionistica ma si traduce in un esito *vincolato* che deriva da un percorso di verifica che il giudice effettua sulle soluzioni possibili in termini di idoneità allo scopo, necessità e proporzionalità in senso stretto. In questo contesto il dovere di motivazione della scelta assolve a una funzione *potenziata*, come garanzia e come prova della osservanza del canone di azione che presiede al potere discrezionale³⁹⁸. Se i «modi» in cui si esercita il potere discrezionale – che altro non sono che i «modi» della limitazione della libertà personale – sono costituzionalmente riservati alla definizione normativa (che in questo campo assume il volto del principio di proporzionalità) la garanzia si rende effettiva nella misura in

ancora, esaustivamente, sui profili procedurali, MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 350-374.

³⁹⁷ Il giudicato implica il divieto di *bis in idem* salvo che siano cambiate le condizioni fattuali che sono poste a base della decisione precedente divenuta definitiva (CASSIBBA, *Procedimento di prevenzione*, cit., 1126; SICLARI, *Le misure di prevenzione*, cit., 177; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 350). La decisione assunta quindi «non ha il crisma della definitività in quanto elementi comunque non presi in considerazione sfuggono alla preclusione»: Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2001, Madonia, in *DeJure*; precedentemente, Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, Simonelli, *ivi*; sulla differenza tra giudizio di pericolosità e giudizio di accertamento, Cass., Sez. Un., 30 marzo 1998, Prisco, *ivi*; sottolineando invece l'affinità strutturale e sistematica con le misure cautelari, e in particolare tra l'art. 11, cod. ant. e l'art. 299, c.p.p., Cass. Sez. Un. 3 ottobre 1997, Gibilras, *ivi*. Esprime rilievi critici, particolarmente, FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, in DOMINIONI, CORSO, GAITO, SPANGHER, GALANTINI, FILIPPI, GARUTI, MAZZA, VARRASO, VIGONI, *Procedura penale*, cit., 1113, per il quale si confonde la misura con il provvedimento: la prima può subire modifiche ma il secondo rimane immutato nella misura in cui si rimuove o si modifica la misura, mentre la decisione rimane irrevocabile e definitiva una volta esauriti i mezzi di impugnazione o trascorsi invano i termini per proporli.

³⁹⁸ Sulla connessione tra predeterminazione normativa, discrezionalità applicativa e dovere motivazionale della scelta effettuata, AMATO GIUL., *Individuo e autorità*, cit., 383-386: «le peculiarità del [contesto segnato dalla discrezionalità applicativa nella scelta di misure restrittive della libertà personale] esigono, da un lato che [la motivazione] sia quanto mai articolata e puntuale nel dar conto delle circostanze considerate, dall'altro, e correlativamente, che il riscontro esercitato su di essa ne accerti quanto meno la congruità logica, vagliando la non irrazionalità degli argomenti svolti, la loro fusione reciproca, il loro concatenarsi in un giudizio che abbia carattere esteriore di obiettività».

cui essi siano esteriorizzati per poi essere controllabili e quindi sindacabili. Il dovere di motivazione, quale *spiegazione dei percorsi della discrezionalità*, altro non è che il risvolto procedimentale delle garanzie costituzionali che circondano le limitazioni della libertà personale. In tale senso il dovere di motivazione assume un significato *sostanziale*, e non meramente procedimentale, nella misura in cui un potere il cui modo di esercizio non sia adeguatamente motivato, pur se in astratto legittimamente esercitato, si fa arbitrario nei confronti di chi lo subisce in quanto non controllabile e quindi non debitamente sindacabile.

Nei termini esposti il dovere di una motivazione che obiettivizzi il percorso razionale effettuato dal giudice verso la scelta adottata non deve necessariamente ricavarsi dalla valorizzazione della riserva costituzionale di giurisdizione³⁹⁹, oppure dalla assimilazione del decreto applicativo della misura preventiva alla sentenza dibattimentale (art. 546, lett. e, c.p.p.) o alla ordinanza di applicazione della misura cautelare personale (art. 292, co. 2, lett. c, c-bis, c.p.p.)⁴⁰⁰. Entrambi i tentativi sono condivisibili quanto allo scopo cui mirano, il rafforzamento del contenuto della motivazione, ma non ci convincono del tutto nel percorso argomentativo seguito.

Il primo percorso argomentativo, quello che muove dalla valorizzazione della riserva di giurisdizione, e in particolare l'inciso «con atto motivato dell'autorità giudiziaria» (art. 13, co. 2, Cost.), oscura il significato *sostanziale* della garanzia, come precipitato della definizione dei «modi» di limitazione della libertà personale, quindi dell'esercizio della discrezionalità. In tale ottica si nasconde la circostanza per cui un dovere di motivazione *rafforzata* non deriva dalla riserva di giurisdizione ma dalla riserva di legge sui *modi di restrizione della libertà personale*. Tanto vale a dire che, siccome non connesso alla riserva di giurisdizione, riguardi il giudice o una pubblica amministrazione, il dovere motivazionale rimane identico (e ciò vale particolarmente

³⁹⁹ Per esempio, PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali*, cit., 196.

⁴⁰⁰ Posizione prevalente: *ex multis*, CASSIBBA, *Procedimento preventivo*, cit., 1122; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 330; in tale direzione, specificando il dovere del giudice di dare conto «dei risultati acquisiti e dei criteri adottati» (art. 192, co. 1, c.p.p.), GIUNCHEDI, *Le deficienze probatorie e di tutela effettiva delle posizioni soggettive*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 90: «non potrebbe essere diversamente per l'effettività dei controlli, difficilmente esercitabili laddove il potenziale impugnante non potesse accedere ai motivi posti alla base della decisione che, se mancante o soltanto apparente, porterebbe a dover intuire gli *interna corporis* del giudicante riflessi nell'esangue formula del dispositivo». Posizione condivisa in giurisprudenza: su tutte, Cass., Sez. Un., 29 ottobre 2009, Galdieri, in *DeJure*.

per quelle misure preventive che non sono di applicazione giurisdizionale: il foglio di via obbligatorio, il DASPO e così via).

Il secondo percorso argomentativo muove invece dal riconoscimento al decreto applicativo della natura di sentenza in quanto esito di un procedimento giurisdizionalizzato per estendere al primo la struttura motivazionale della seconda (alla quale si uniforma, per disposto normativo, riproducendone in parte le cadenze, anche l'ordinanza cautelare). Anche questo tentativo, tuttavia, finisce per nascondere tanto la valenza *costituzionale* della motivazione quanto il significato *sostanziale* della garanzia in discussione, espressione della riserva di legge in ordine ai «modi» di esercizio della discrezionalità (art. 13, co. 2, Cost.). Quel che non si condivide, si badi, non sta nel contenuto che la motivazione dovrebbe avere – corrispondente alla *definizione logica del percorso argomentativo seguito nella scelta* tenendo conto delle posizioni emerse nel corso del procedimento applicativo, come sostanzialmente imposto nella redazione della sentenza dibattimentale – ma nella posizione che nel sistema si fa assumere al dovere in esame. Se si muove invece dalla considerazione della valenza *sostanziale* della motivazione, precipitato in sede applicativa dei «modi» di esercizio della discrezionalità, essa si traduce chiaramente in un *dovere imposto dalla legge*. Ne deriva come il destinatario del provvedimento sia ammesso a un *pieno sindacato* della scelta giudiziale, non solo quando la motivazione sia mancante o apparente ma anche quando sia carente di argomentazione, non sia coerente tra premesse e conclusioni, contrasti con la logica comune oppure quando il giudice abbia travisato le risultanze istruttorie e quindi abbia motivato sulla base di risultanze inesistenti o abbia mancato di tenere conto di quelle esistenti.

Conclusione che non trova rispondenza nel dato normativo del codice antimafia laddove, diversamente che nel processo penale, non si assicura *de iure condito* un controllo pieno sulla motivazione. Il ricorso per cassazione si ammette infatti solo per violazione di legge, non anche per vizi della motivazione, dato che la disposizione, a dire di una giurisprudenza consolidata, volutamente circoscrive alla prima i motivi di ricorso (art. 10, co. 3, cod. ant.)⁴⁰¹. In tale ottica il codice antimafia impone che il

⁴⁰¹ Posizione granitica in giurisprudenza, sostenuta da un dato normativo apparentemente incontrovertibile (art. 10, co. 3, cod. ant., che ripropone fedelmente il precedente art. 4, co. 10, L. 1423/1956): *ex multis*, Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451, Repaci, in *DeJure*: «Nel procedimento di prevenzione il ricorso per cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge, [...] ne consegue che, in tema di sindacato sulla motivazione, è esclusa dal novero dei vizi deducibili in sede

decreto sia motivato (art. 7, co. 1, cod. ant.), di modo che violazione di legge sindacabile anche in cassazione si perfeziona quando la motivazione sia inesistente o meramente apparente, non anche quando sia carente, manifestamente illogica o contraddittoria⁴⁰².

Lo stato delle cose, pur essendo stato con varie pronunce confermato dalla Corte costituzionale, non ci persuade, in particolare quando il dovere di motivazione incida sulle limitazioni delle libertà personali, per i motivi che seguono. Il discorso si potrebbe avviare tanto guardando alla prospettiva mirante a superare la disciplina, sostenendone la riforma o la illegittimità costituzionale, quanto guardando a una prospettiva che, "a carte invariate", provi a offrirmi una rilettura estensiva conforme ai principi costituzionali e convenzionali.

La prima prospettiva muove dalla irragionevolezza della disciplina (art. 3, Cost.) per approdare poi alla lesione del diritto di difesa (art. 24, co. 2, Cost.)⁴⁰³. La limitazione del ricorso per cassazione al motivo della violazione di legge sarebbe il risultato di un difetto di coordinamento dovuto al mutamento del codice di procedura penale. Il vecchio codice di procedura penale aveva infatti previsto tra i motivi di ricorso per cassazione la inosservanza di norme stabilite a pena di nullità, inammissibilità e decadenza (art. 524, co. 1, n. 3, vecchio c.p.p.) e tra queste si statuiva la nullità della sentenza per mancanza o contraddittorietà della motivazione (l'art. 475, n. 3, vecchio c.p.p.). Il nuovo codice di procedura penale rendeva autonomo il vizio di motivazione (art. 606, lett. e), c.p.p.) dal vizio di legge processuale (art. 606, lett. c), c.p.p.), mentre la disciplina sulle misure di prevenzione, formata sotto il vecchio codice, rimaneva invariata. In questa direzione si valorizza dunque anche la censura di irragionevolezza

di legittimità l'ipotesi dell'illogicità manifesta di cui all'art. 606, lett. e), potendosi esclusivamente denunciare con il ricorso, [...] il caso di motivazione inesistente o meramente apparente». Con avallo della Corte costituzionale, Corte cost. 321 del 2004; 106 del 2015: nessuna irragionevolezza di disparità di disciplina con il processo penale, stante la differente natura dei procedimenti. In senso contrario, tra i rari precedenti di rilievo, Cass., 26 novembre 2003, Guttaduro, in *DeJure*, che infatti solleva questione di legittimità costituzionale, poi dichiarata infondata, in cui si legge che, considerati gli effetti che derivano dalla applicazione delle misure preventive, andrebbe assicurato «il controllo effettivo e reale delle decisioni limitative della libertà personale».

⁴⁰² *Ex multis*, Cass., 11 luglio 2016, n. 40731, in *DeJure*: la motivazione è mancante o meramente apparente «se si omette di indicare le circostanze fattuali, non smentite dalla sentenza di assoluzione, che costituiscono indizi a carico del proposto, considerato che la misura non può essere fondata su mere ipotesi ma deve essere ancorata a elementi specifici e sintomatici della pericolosità».

⁴⁰³ Posizione sostenuta, con dovizia di argomenti, da GAITO, FURFARO, *Il ricorso per cassazione e il giudizio di legittimità*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 613 ss.

sopravvenuta in relazione al diverso trattamento riservato alla disciplina delle impugnazioni delle misure di sicurezza (art. 678, 666, c.p.p.) e della misura preventiva del DASPO (art. 6, co. 4, L. 401/1989), laddove in entrambe si ammette il ricorso per cassazione, anche per vizi della motivazione, nonostante le prime e, *a fortiori*, le seconde siano per natura e funzione in tutto assimilabili alle misure preventive disciplinate nel codice antimafia⁴⁰⁴. Sotto altro profilo, il controllo sulla motivazione è un diritto che discende direttamente dal dovere costituzionale di motivazione delle sentenze (art. 111, co. 6, Cost.), di modo che «la limitazione, ogni qualvolta intesa in senso formalistico, rischia di determinare altrettante ipotesi di non più accettabile arretramento di tutela e di lesione di diritti di difesa garantiti dal sistema delle norme interne e sovranazionali in materia di processo giusto» e in particolare rischia di minare al «diritto di difesa [che] ha senso se è sorretto da controlli giurisdizionali concreti»⁴⁰⁵. La seconda prospettiva, volta alla ridefinizione della disciplina tramite una lettura conforme ai principi costituzionali e convenzionali, parte dalla considerazione per cui «il controllo logico, e non soltanto giuridico, della motivazione costituisce una piena verifica, da parte di un diverso giudice, della *razionalità del potere esercitato*, e permette così un riesame rigoroso e completo circa la concreta applicazione del diritto al fatto [...]»⁴⁰⁶. La motivazione, come in precedenza affermato, altro non è che il precipitato della riserva costituzionale di legge sui «modi» di esercizio del potere restrittivo della libertà personale. I «modi» non sono che i *percorsi normativamente imposti del ragionamento giudiziale*. Essi presiedono all'esercizio della discrezionalità, cosicché costituisce violazione di legge *pienamente sindacabile* il formarsi di una motivazione che sia inesistente o apparente, ma anche di quella carente, manifestamente illogica, oppure contraddittoria in relazione alle risultanze istruttorie. La valenza *sostanziale* del dovere motivazionale, quale dovere di obiettivizzare la scelta in esercizio del potere discrezionale, vale infatti a chiudere un cerchio di tutele costituzionali della libertà personale. I «modi» della limitazione della libertà personale sono esercitati in osservanza della legge (art. 13, co. 2, Cost.); l'esercizio di questi «modi» *normativamente imposti* di limitazione della libertà

⁴⁰⁴ GAITO, FURFARO, *Il ricorso per cassazione*, cit., 618-619.

⁴⁰⁵ GAITO, FURFARO, *Il ricorso per cassazione*, cit., 623.

⁴⁰⁶ FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., 1109.

personale deve riservarsi al giudice terzo e imparziale (art. 13, co. 2, 111, co. 2 Cost.); la scelta del giudice, che altro non è che l'esercizio in concreto dei «modi» *normativamente imposti* in funzione della limitazione delle libertà personali, deve essere motivata (art. 111, co. 6, Cost.); contro la scelta del giudice sulla libertà personale è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di quella legge che individua, per l'appunto, quei modi – quindi quei criteri di esercizio del potere discrezionale – che presiedono alla limitazione della libertà personale (art. 111, co. 7, Cost.).

9. Considerazioni a chiusura.

Il percorso che abbiamo tracciato ci ha condotto ancora una volta, come in esito ai capitoli precedenti, ad assimilare le misure preventive *ante delictum* ad altre misure preventive previste dall'ordinamento e in questo caso alle misure cautelari personali. Quel che le affianca fino a quasi sovrapporne le sembianze, la funzione di prevenzione speciale, finisce per scolorire le differenze imposte dal dato normativo e per evidenziare la comunanza di struttura e di sostanza che le connota.

Occorre in particolare evidenziare che le misure preventive *ante delictum*, tanto dalla assimilazione alle misure di sicurezza, quanto dalla assimilazione alle misure cautelari personali, abbiano ricavato un *innalzamento* delle garanzie, sia sostanziali che procedurali, nei limiti chiaramente di quanto sia funzionale allo scopo preventivo cui esse assolvono. Scopo preventivo che si realizza tramite una attività amministrativa, o gestoria che dir si voglia, di un interesse pubblico alla difesa sociale che il sistema impone sì di realizzare, ma in esito a un bilanciamento *necessario* che consenta di tutelare interessi privati, parimenti costituzionalmente garantiti, come la conservazione della libertà personale della persona pericolosa.

Misure di sicurezza, misure di prevenzione e misure cautelari, quando funzionali alla difesa sociale, ci sono parse dunque espressioni *solo* normativamente diversificate in funzione del momento procedimentale in cui si applicano, ma che rispondono a una categoria *unitaria* per medesima funzione e struttura, reclamando quindi un medesimo statuto applicativo. Tutte espressione di una funzione *gestoria*, affidata a un giudice in funzione di una maggiore garanzia della libertà personale, ruotano intorno a un potere discrezionale. Il che introduce un elemento distonico alla applicazione della norma in

esito a un giudizio di accertamento, che non può non implicare dovute conseguenze. Il giudice che accerta un fatto, applica la conseguenza prevista dalla norma, in attuazione di un potere vincolato a un giudizio ipotetico rigidamente determinato dalla norma. Il giudice amministratore invece valuta il tipo e il grado di pericolo che la persona esprime e *sceglie* un trattamento individualizzato, quindi idoneo a realizzare lo scopo di difesa sociale arrecando il minor pregiudizio alla libertà personale, in esito a un bilanciamento di interessi contrapposti, parimenti tutelati e garantiti dall'ordinamento.

Potere di scelta – o discrezionale che dir si voglia –, provvisorietà della scelta e giudicato *rebus sic stantibus*, quando attribuiti a un giudice segnano un fenomeno, ormai ampiamente ricorrente nell'ordinamento, di *giurisdizionalizzazione della amministrazione*. Fenomeno che ricorre tutte le volte che l'attività amministrativa – la gestione di un interesse pubblico, nel rispetto di contrapposti interessi privati – sia affidata per ragioni di garanzia a un giudice, il quale assicura che i diritti fondamentali in gioco non siano lasciati alla scelta del potere esecutivo ma siano maggiormente tutelati, in ragione della posizione istituzionale rivestita dal potere giudiziario, caratterizzata da una assoluta indipendenza e terzietà da qualsiasi altro potere statale. Questo non implica, si badi, che il procedimento non sia *giurisdizionale*: quel che rende giurisdizionale il procedere è proprio il giudice che opera in condizioni di terzietà e imparzialità nel giudizio, la parità delle parti e il contraddittorio per la formazione della decisione (art. 111, Cost.)⁴⁰⁷. Assetto, quello *soggettivamente* giurisdizionale⁴⁰⁸, che non vale a mutare natura e tratti *oggettivamente* amministrativi,

⁴⁰⁷ La garanzia della giurisdizionalità, che la Costituzione traduce nella formula del *giusto processo* (art. 111, co. 1 e 2, Cost.), implica che sia assicurato quel *minimum* di garanzie connesse alla posizione che il giudice riveste nel sistema ma non anche che siano estese a ogni procedimento le garanzie espressamente previste per il processo penale, come il contraddittorio per la formazione della prova (art. 111, co. 4, Cost.). Tempo addietro, si rilevava come nel procedimento preventivo, diverso dal processo penale, fosse sufficiente assicurarsi «la contestazione, la difesa e la motivazione» e quindi il "contraddittorio in senso debole", non certo anche il "contraddittorio in senso forte", ossia per la formazione della prova: NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in Aa.Vv. Stato di diritto e misure di sicurezza, cit., 167, 173; *contra*, attualmente, ma non condivisibilmente, BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 68-69.

⁴⁰⁸ *Soggettivamente* giurisdizionale, in quanto i caratteri che assume della giurisdizionalità sono legati alla posizione del giudice nell'assetto istituzionale. Viceversa un assetto *oggettivamente* giurisdizionale è quello che si realizza nel solo giudizio di cognizione, o di accertamento che dir si voglia, avente ad oggetto la *risoluzione di una lite tra le parti* da parte di un giudice che applica il diritto, senza perseguire altro fine che quello di applicare correttamente la legge.

o gestori che dir si voglia, come la scelta discrezionale, il provvedimento modificabile e revocabile, quindi giammai immutabile, quali momenti caratterizzanti la applicazione delle misure preventive *lato sensu* intese⁴⁰⁹.

Tanto affermato non implica – lo si ripete ancora una volta – una attenuazione delle tutele del cittadino. Le garanzie sono infatti quelle *logicamente* connesse alla natura del procedimento preventivo, il quale, tuttavia, deve essere necessariamente limitato alla *constatazione* di un accertamento di fatti penalmente rilevanti, già effettuato dal giudice penale, e alla mera *valutazione* sulla base di questo del pericolo sociale espresso dalla persona coinvolta. Il *vulnus* alle garanzie individuali non sta quindi, a nostro giudizio, nell'affermare la natura *amministrativa* della attività svolta dal giudice della prevenzione⁴¹⁰, ma nel *deficit* ricostruttivo delle fattispecie tanto in punto di *deficit* di tassativizzazione sostanziale, ma ancor maggiormente in punto di *deficit* di tassativizzazione processuale, laddove si consente, anche con avallo della giurisprudenza più recente, che il giudice della prevenzione possa *in autonomia* accertare la rilevanza penale di fatti commessi dal proposto nonostante sia del tutto sprovvisto, a ragione alle condizioni sopra evidenziate, di quelle garanzie che *logicamente* circondano il *solo* giudizio di accertamento della responsabilità penale⁴¹¹.

⁴⁰⁹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 1271: «dei togati esercitano poteri amministrativi, verificandone i presupposti; e questa simbiosi attua una tutela preventiva [...] dove non sia toccata la libertà personale, sarebbe compatibile con il sistema anche l'atto amministrativo puro, impugnabile dall'interessato [...] ma gli interessi sono meglio garantiti nella via paragiurisdizionale»; è un «giudizio soltanto formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente amministrativo», e quindi «non produce la preclusione propria della cosa giudicata, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 263.

⁴¹⁰ Spiegando il concetto di amministrazione in senso oggettivo, GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, cit., 988, ricorda «la scuola pubblicistica tedesca che nel secolo scorso [l'Ottocento] aveva elaborato la distinzione tra «potere» (legislativo, esecutivo, giudiziario) e «attività» o funzione (normativa, amministrativa, giurisdizionale). Questa distinzione serviva a spiegare come l'ordine di distribuzione delle attività non corrispondesse all'ordine di organizzazione dei poteri, ogni potere potendo, a seconda delle disposizioni positive, essere attributivo di varie attività. Esempio ne è proprio il potere preventivo affidato al giudice».

⁴¹¹ Quel che occorre realizzare non sarebbe tanto e solo un "giusto processo", quanto un "processo giusto", quale risultato di un equilibrio ragionevole tra garanzie individuali e la efficienza del processo: per questa posizione, GREVI, *Alla ricerca di un processo penale giusto*, cit., 41-42.

CONCLUSIONI

Il percorso che abbiamo tracciato in questo lavoro evidenzia come quel che non va non è la prevenzione *ante delictum* – che anzi si pone quale compito irrinunciabile per uno "Stato dei diritti"⁴¹² – ma *questa* prevenzione *ante delictum*, ossia per come prevista nel diritto positivo e per come applicata nel diritto vivente.

Tutto il lavoro è quindi attraversato da un incessante, e si direbbe *impietoso*, confronto tra *essere* e *dover essere* della prevenzione *ante delictum*. Fattispecie dalla formulazione confusa e dal chiaro sapore retrospettivo, in uno a misure dal contenuto fisso e inflessibile, tracciano l'essere di una prevenzione *ante delictum* assai lontana da un suo ipotetico dover essere, che abbiamo immaginato quale strumento capace di offrire al contempo protezione tanto ai diritti di tutti i consociati (nella prospettiva per cui sono inviolabili e quindi meritevoli di tutela anche i diritti delle potenziali vittime dei reati⁴¹³) quanto ai diritti inviolabili dei potenziali destinatari della misura, non trascurando quindi il monito per cui al cospetto del potere autoritativo soggetto debole è sempre la persona chiamata a subirne le conseguenze pregiudizievoli.

Dover essere della prevenzione *ante delictum* che, in consonanza alla funzione *preminente* preventiva assoluta dalle misure in discussione, seppure non circondata dalle garanzie riconnesse alla punizione, non va tuttavia pensata come un campo dove tutto è permesso in funzione del bene comune e quindi della tutela di interessi collettivi, come se i diritti della persona pericolosa si dissolvessero al cospetto di un preminente – e perciò sempre prevalente – interesse collettivo inteso quale *aggregato* dei diritti individuali appartenenti a ciascuno dei consociati. La prevenzione *ante delictum*, in quanto si risolve nella limitazione delle libertà personali, reclama invece

⁴¹² L'espressione irrituale ha il pregio di enfatizzare la posizione dei singoli, quali titolari di diritti inviolabili che l'ordinamento si impegna a garantire. Ci pare faccia al caso della prevenzione *ante delictum*, come settore in cui si pone in primo piano il tema di un delicato bilanciamento tra i diritti comunque inviolabili dei consociati tutti e della persona pericolosa. Tratta da GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, 2^a, Torino, 2019.

⁴¹³ Monito, non scontato in questa materia, lasciatoci da NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, cit., 461-462: l'Autore evidenzia i rischi che sono derivati da una lettura delle garanzie costituzionali "a senso unico" e cioè nel senso della progressiva liberalizzazione: «uno Stato che imponi la sua attività legislativa e giudiziaria quasi esclusivamente nel senso di rendere più facile l'aggressione alla vita e ai beni dei cittadini, rischia di porsi fuori dalla Costituzione [...] La funzione garantistica non si esplica soltanto nei confronti di chi ha violato o è indiziato di aver violato le norme penali, ma anche nei confronti delle vittime potenziali dei reati».

le garanzie dello Stato di diritto. Esse si riassumono in una *preminente* esigenza di garanzia di tutela dell'individuo dall'arbitrio del potere pubblico autoritativo.

Garanzie che si declinano, come abbiamo visto in questo lavoro, nella legalità del potere preventivo, nella giurisdizionalità del soggetto applicatore e del suo procedimento, nella proporzionalità delle scelte restrittive delle libertà personali. La legalità in chiave preventiva si traduce quindi nella previa delimitazione dei «casi» di attivazione del potere preventivo – le fattispecie preventive – ma anche dei «modi» di attivazione – il contenuto delle misure limitative delle libertà personali. La giurisdizionalità impone che il potere preventivo sia affidato a un giudice, il quale, in considerazione della assoluta indipendenza a lui garantita dal sistema, è il solo soggetto abilitato alla limitazione delle libertà personali dei singoli in quanto, tramite un giusto processo, fatto di contraddittorio tra le parti davanti a un terzo che decide, assicura che il potere sia esercitato con il minor rischio possibile di eccessi. Il giudice adotta in effetti la misura preventiva in esito a una ponderazione comparativa di interessi collettivi e interessi privati, arricchita dal contraddittorio delle opinioni portate dalle parti e non condizionata da altro che dal principio costituzionale e convenzionale di proporzionalità quale canone di azione ordinamentale che presiede alla scelta del *minimo mezzo*, quello capace cioè di realizzare la tutela collettiva dei diritti dei consociati tramite la prevenzione dai reati, con il minimo sacrificio necessario delle libertà personali.

Legalità del potere preventivo e proporzionalità applicativa del giudice ripetono dunque, in questa materia, quel binomio sul quale si fonda la "eticità del diritto", strumento ordinante la realtà sociale nel rispetto delle aspettative dei consociati: da un lato, certezza della legge, da un altro, concretezza applicativa⁴¹⁴. Il sistema preventivo proposto, in conclusione, assicura che la funzione preventiva si realizzi in maniera efficace per via di un giusto equilibrio tra la legge e la discrezionalità del giudice applicatore, e per questa via si fa conforme ai principi costituzionali e convenzionali.

Sia tuttavia consentita una chiosa finale.

Il sistema preventivo *ante delictum*, consentendo limitazioni della libertà personale in funzione di prevenzione dei reati, si presta *naturalmente* a una commistione con la funzione sanzionatorio-punitiva e, in particolare, con i fini della politica criminale,

⁴¹⁴ PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *RIDPP*, 2020, 1258-1260.

mirante, mediante misure di contenimento di varia natura, a assicurare i consociati dinnanzi alla recrudescenza del crimine. In tale ottica, al fianco della elaborazione di una prevenzione *ante delictum* che sia costituzionalmente e convenzionalmente tollerabile – come abbiamo tentato di fare in questo lavoro – siamo convinti si debba *necessariamente* auspicare un serio recupero di efficienza del diritto e del processo penale. Il che passa, non tanto per un ampliamento del *penalmente rilevante* o di un innalzamento delle pene o di una attenuazione delle garanzie difensive dell'imputato – che altrimenti non avremmo di che lamentarci, considerate le deprecabili recenti tendenze di politica criminale – ma per quelle mancate riforme strutturali attinenti al *personale* e in generale ai *mezzi* per far sì che il processo penale possa funzionare in maniera *efficiente*. La sanzione che tramite esso si dispone, chiaramente quando ne ricorrano i presupposti, realizza in effetti quella funzione, per un verso, preventiva, per un altro, di assicurazione sociale che si pone alla base di un ricorso eccessivo alla prevenzione *ante delictum*. In conclusione, un processo penale che sia *efficiente*, in considerazione delle funzioni di prevenzione speciale cui *soprattutto* la pena assolve oggi, come anche del *tipo* di potenziali destinatari che sono raggiunti dalla prevenzione *ante delictum* (individui che vantano un corposo curriculum criminale), avrebbe l'effetto di rendere davvero *eccezionale* uno strumento che altrimenti si fa *inevitabilmente* ordinario.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto. Atti del V Convegno AIPDP (Milano, 18-19 novembre 2016)*, in *RIDPP*, 2017, 399 ss.;
- AA. VV., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno CNPDS (Alghero, 26-28 aprile 1974)*, Milano, 1975;
- ALIOTTA, *In tema di costituzionalità dei provvedimenti emessi dalle commissioni per l'ammonizione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1950, II, 405 ss.;
- AMARELLI, *Misure di prevenzione e determinatezza*, in *Treccani. Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2019, 104 ss.;
- AMATO GIUL., *Potere di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, 329 ss.;
- AMATO GIUL., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967;
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 7^a, Milano, 1975;
- ANDERSON, GREATOREX, FALKOWSKI, TANKEL, *Anti-social behavior law*, Bristol, 2011;
- ASHWORTH, ZEDNER, *Defending the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2008, 21 ss.;
- BALBI, *Le misure di prevenzione personali*, in *RIDPP*, 2017, 505 ss.;
- BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967;

- BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 65 ss.;
- BARILE, *Costituzione e misure di pubblica sicurezza restrittive della libertà personale*, in *Foro padano*, 1951, IV, 174 ss.;
- BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984;
- BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, Padova, 1966;
- BARILE, CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *EDD*, X, Milano, 1962, 743 ss.;
- BARTOLI, *Contro la "normalizzazione delle deroghe": alcune proposte garantiste*, in *DPP*, 2020, 153 ss.;
- BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, 2018, 2566 ss.;
- BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?*, in *DPC*, 2017, 2, 233ss.;
- BARTOLI, *La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Studio per un affresco*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di Bondi, Fiandaca, Fletcher, Marra, Stile, Roxin, Volk, Urbino, 2020, 83 ss.;
- BASILE F., *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale?*, in *La pena, ancora. Scritti in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile F., Gatta, Milano, 2018, 955 ss.;
- BASILE F. (con la collaborazione di Zuffada), *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino, 2020;

- BASILE F., *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *penalecontemporaneo.it*, 20 luglio 2018;
- BASILE F., MARIANI, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abituamente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in *DisCrimen*, 10 giugno 2019;
- BATTAGLINI, *Rimpatrio coattivo e Costituzione*, in *Foro padano*, 1951, IV, 271 ss.;
- BEAUD, GUÉRIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Une étude constitutionnelle, historique et critique*, Parigi, 2018;
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Venturi, Torino, 1965;
- BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986;
- BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990;
- BETTIOL, *Aspetti etico politici delle misure di sicurezza*, in *Jus*, 1941, 557 ss.;
- BETTIOL, *Diritto penale*, 10^a, Padova, 1978;
- BETTIOL, *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in Aa. Vv., *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 3 ss.;
- BETTIOL, *Verso un nuovo romanticismo giuridico*, in *Scritti giuridici* (1966-1980), Padova, 1980, 243 ss.;
- BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, 2^a, Milano, 2012;
- BIN R., *Lo stato di diritto*, 2^a, Bologna, 2017;
- BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig.*, XVIII, Torino, 1969;
- BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983;

- BOVE, CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 marzo 2016;
- BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in Aa. Vv., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno CNPDS (Alghero, 26-28 aprile 1974)*, Milano, 1975, 29 ss.;
- BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozioni e aspetti costituzionali*, Milano, 1965;
- BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *QC*, 1975, 256 ss.;
- CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, 4^a, a cura di Insolera, Mazzacuva N., Pavarini, Zanotti, Torino, 2012, 243 ss.;
- CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2^a, Torino, 2014;
- CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 7^a, Milano, 2018;
- CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *DPC, Riv. trim.*, 2014, 3-4, 143 ss.;
- CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000;
- CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in Aa. Vv., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie. Atti del Convegno CNPDS (Milano, 27 novembre 2015)*, Milano, 2016, 51 ss.;
- CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970;
- CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946;

- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3^a, Roma, 1946;
- CARRARA, *Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, IV, Lucca, 1874;
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, I, 11^a, Firenze, 1924;
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, II, Lucca, 1877;
- CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 20^a, Milano, 2018;
- CASIRAGHI, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per la mancata tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 marzo 2017;
- CASSANO M., *I rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 173 ss.;
- CASSESE, *La nozione di pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 920 ss.;
- CASSIBBA, *Procedimento di prevenzione*, in Buzzelli, Casiraghi, Cassibba, Mancuso, Ubertis, Zacchè, *Sistema di procedura penale. Persone, strumenti, atti*, a cura di Ubertis, Milano, 2020, 1095 ss.;
- CATENACCI, *Le misure personali di prevenzione fra "critica" e "progetto": per un recupero dell'originaria finalità preventiva*, in *RIDPP*, 2017, 526 ss.;
- CAVINO, *Sécurité, égalité, fraternité. La fragilità costituzionale della Francia (osservazioni a un mese dagli attentati di Parigi)*, in *Consulta Online*, 2015, 3, 825 ss.;

- CELOTTO, *La prevenzione speciale, i principi costituzionali, e le garanzie europee*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 23 ss.;
- CENTORAME, *L'obbligo di custodia cautelare in carcere per gli indiziati di terrorismo sotto la lente della Corte costituzionale*, in *RIDPP*, 2020, 1609 ss.;
- CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015;
- CERFEDA, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza 24/2019 della Corte Costituzionale e la sorte delle misure di polizia*, in *AP (web)*, 2019, 2, 1 ss.;
- CHIARELLI, *L'Autorità garante della concorrenza non è un giudice: nota a Corte costituzionale, 31 gennaio 2019, n. 13*, in *Federalismi.it*, 19 luglio 2019;
- CHIARAVIGLIO, *Passato, presente e (possibile) futuro delle pene accessorie in materia di bancarotta fraudolenta*, in *LP*, 23 giugno 2020;
- CHIAVARIO, *Diritto processuale penale*, 7^a, Milano, 2017;
- CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984;
- CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell'illecito civile*, Padova, 1966;
- CICIRELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 2000;
- CIVELLO, *La confisca nell'attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*, in *AP (web)*, 2019, 2, 1 ss.;

- CIVELLO, *La sentenza “Spinelli” sulla confisca di prevenzione: resiste l’assimilazione alle misure di sicurezza, ai fini della retroattività della nuova disciplina normativa*, in *AP*, 2015, 260 ss.;
- CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 4^a, Bologna, 2019;
- COCCO, AMBROSETTI (a cura di), *La legge penale*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte generale*, I, 2^a, diretto da Cocco, Ambrosetti, Milano, 2019;
- COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011;
- COLE, *Out of the Shadows: Preventive Detention, Suspected Terrorists, and War*, in *Cal. L. Rev.*, 2009, 693 ss.;
- CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *La legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti, Luparia Donati, Bologna, 2020, 589 ss.;
- CONSULICH, *Le sanzioni senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *DisCrimen*, 1 ottobre 2019;
- CORDERO, *Procedura penale*, 10^a, Milano, 2012;
- CORSO, *Le misure cautelari*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso, Vigoni, *Procedura penale*, 7^a, Torino, 2020, 377 ss.;
- CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di Fiandaca, Costantino, Milano, 1986, 125 ss.;

- CORTESI, *Le misure di prevenzione applicate dal questore*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2018, 237 ss.;
- CORTESI, *Le misure di prevenzione applicate dall'autorità giudiziaria*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2018, 255 ss.;
- CORTESI, *Le nuove misure di prevenzione personali*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2018, 215 ss.;
- CORTESI, *Misure di prevenzione personali: prime dichiarazioni di incostituzionalità del d.lgs. 159/2011*, in *AP (web)*, 2014, 1, 1 ss.;
- CUOMO, *Ammonizione, confino e libertà personale*, in *Foro penale*, 1951, II, 207 ss.;
- D'ARGENTO, *Misure di prevenzione*, Napoli, 1979;
- D'ASCOLA, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, in *Liber Amicorum Adelmo Manna*, a cura di Plantamura, Salcuni, Pisa, 2020, 147 ss.
- D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 51 ss.;
- DE CARO, *Strumenti cautelari e precautelari*, in Scalfati, Bernasconi, De Caro, Furguele, Menna, Panzini, Triggiani, Valentini, *Manuale di diritto processuale penale*, 3^a, Torino, 2018, 335 ss.;
- DE CUPIS, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1983;

- DE GOEDE, *The Politics of Preemption and the War on Terror in Europe*, in *EJIR*, 2008, 14 ss.;
- DE LEONE, *Contributo allo studio del processo di prevenzione*, in *AP*, 1961, 33 ss.;
- DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *AP (web)*, 2017, 1, 1 ss.;
- DE LIA, *Misure di prevenzione e pericolosità generica: morte e trasfigurazione di un microsistema. Brevi note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019*, in *LP*, 15 luglio 2019;
- DE PETRIS, MARCHETTI, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di Della Cananea, Dugato, Napoli, 2006, 351 ss.;
- DELL'OSSO, *Sulla confisca di prevenzione come istituto di diritto privato: spunti critici*, in *DPP*, 2019, 995 ss.;
- DELLA RAGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del sistema penale*, in *DisCrimen*, 20 aprile 2020;
- DI BITONTO, *La tutela cautelare*, in Camon, Cesari, Daniele, Di Bitonto, Negri, Paulescu, *Fondamenti di procedura penale*, Milano, 2020, 813 ss.;
- DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzioni punitive*, in *Giur. it.*, 2017, 1792 ss.;
- DOLCINI, voce *Potere discrezionale* (dir. proc. pen.), in *EDD*, XXXIV, 1985, 744 ss.;

- DOLSO, *Le misure di prevenzione personali nell'ordinamento costituzionale*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2018, 41 ss.;
- ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962;
- ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 938 ss.;
- ESPOSITO, *Libertà di esercizio del potere spirituale*, in *Giur. cost.*, 1958, 1172 ss.;
- ESSEIN, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1989, 31 ss.;
- FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012;
- FATTORE, *Così lontani, così vicini. Il diritto penale e le misure di prevenzione. Osservazioni su Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia*, in *DPC*, 2017, 4, 83 ss.;
- FERRUA, *Le misure alternative alla custodia in carcere: dalla convalida dell'arresto alla libertà provvisoria*, in *Tribunale delle libertà e garanzie individuali*, a cura di Grevi, Bologna, 1983, 73 ss.;
- FIANDACA, *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in Aa. Vv., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie. Atti del Convegno CNPDS (Milano, 27 novembre 2015)*, Milano, 2016, 11 ss.;
- FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 108 ss.;

- FIANDACA, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisdizione*, in *DisCrimen*, 7 dicembre 2020;
- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a, Bologna, 2019;
- FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, Genova, 1798;
- FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione: profili problematici*, in Aa. Vv., *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso (Atti del Convegno nazionale dell'Associazione degli studiosi del processo penale)*, Milano, 2016, 235 ss.;
- FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso, Vigoni, *Procedura penale*, 7^a, Torino, 2020, 1099 ss.;
- FINOCCHIARO, *La confisca civile dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, in *Criminal justice network*, 20 settembre 2018;
- FIORENTIN (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018;
- FLEINER, *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, Mohr, 1912;
- FLITZPATRICK, JONES, *Pursuing Social Justice or Social Cohesion?: Coercion in Street Homelessness Policies in England*, in *Journal of Social Policy*, 2005, 389 ss.;
- FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Scoca, Torino, 2011, 141 ss.;

- FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007;
- FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *DPC, Riv. trim.*, 2014, 3-4, 164 ss.;
- FURFARO (a cura di), *Le misure di prevenzione*, Torino, 2013;
- FURFARO, *Per una definizione normativa di pericolosità sociale nel Codice delle misure di prevenzione*, in *AP*, 2017, 1067 ss.;
- GABORIAU, *La Repubblica francese sconvolta*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, in *QG*, 2016, 305 ss.;
- GABRIELLI, FEDERICO, *I danni punitivi dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, 2274 ss.;
- GAITO, FURFARO, *Il ricorso per Cassazione e il giudizio di legittimità*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 613ss.;
- GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953;
- GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali sui contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 765 ss.;
- GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1988;
- GALIZIA, *La libertà di circolazione e di soggiorno dall'unificazione alla Costituzione repubblicana*, in *La pubblica sicurezza*, a cura di Barile, Vicenza, 1967, 485 ss.;

- GALLI G., *Sulla pretesa incostituzionalità dell'art. 1, n. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423*, in *Giust. pen.*, 1964, 19 ss.;
- GALLO E., *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Padova, 1966;
- GALLO E., voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, 340 ss.;
- GALLO E., voce *Attentato (delitto di)*, in *Noviss. Dig.*, Appendice, I, Torino, 1980, 60 ss.;
- GALLO E., voce *Misure di prevenzione*, in *EDD*, XX, Milano, 1990, 12 ss.;
- GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, 2^a, Torino, 2019;
- GALLO M., *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014;
- GALLI, WEYEMBERGH (eds.), *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative law and criminal law. The influence of the EU*, Bruxelles, 2014;
- GALLUCCIO, *La Corte EDU esclude la natura penale del DASPO e, conseguentemente, la violazione del principio “ne bis in idem” in caso di misura disposta per fatti oggetto di una condanna penale*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2018;
- GARGANI, *La depenalizzazione bipolare. La trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *DPP*, 2016, 591 ss.;
- GAROFALO, *Criminologia*, Torino, 1891;
- GAROFOLI, FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 13^a, Molfetta-Roma, 2019;
- GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *penalecontemporaneo.it*, 25 gennaio 2016;

- GATTA, *Non sempre “depenalizzazione” equivale a “mitigazione”. La Corte costituzionale sull’irretroattività delle sanzioni amministrative “punitive” più sfavorevoli di quelle penali (a proposito della confisca per equivalente per l’insider trading secondario)*, in *penalecontemporaneo.it*, 13 dicembre 2018;
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 19^a, Napoli, 2019;
- GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *EDD*, III, Milano, 1958, 988 ss.;
- GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetti e problemi*, Milano, 1939;
- GIUNCHEDI, *Le deficienze probatorie e di tutela effettiva delle posizioni soggettive*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 79 ss.;
- GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *sistemapenale.it*, 14 febbraio 2020;
- GREVI, *Alla ricerca di un processo penale giusto. Itinerari e prospettive*, Milano, 2000;
- GREVI (a cura di), *La libertà personale dell’imputato verso il nuovo processo penale*, Padova, 1989;
- GREVI, *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976;
- GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, Milano, 1952;
- GROSS, NÌ AOLÁIN, *Law in Times of Crisis. Emergency in Theory and Practice*, Cambridge, 2006;
- GROSSI PA., *Il diritto in una società che cambia*, Bologna, 2018;
- GROSSI PA., *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017;
- GROSSI PA., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020;

- GROSSI PIER., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205 ss.;
- GROSSI PIER., *Problematica della buona condotta nell'ordinamento italiano*, in *Archivio giuridico*, 1959, 104 ss.;
- GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1969;
- GUARNERI, voce *Pericolosità sociale*, in *Noviss. Dig.*, XII, Torino, 1965, 951 ss.;
- GUERRINI, MAZZA, RIONDATO, *Misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004;
- GULLO, *La depenalizzazione in astratto tra vecchi e nuovi paradigmi. Un'analisi dei decreti legislativi 7 e 8 del 15.1.2016*, in *LP*, 29 luglio 2016;
- HUISMAN, KOEMANS, *Administrative Measures in Crime Control*, in *Erasmus Law Review*, 2007-2008, 121 ss.;
- IASEVOLI, *Presupposti, sequenze e forme delle misure preventive personali su proposta dell'autorità giudiziaria*, in *La legislazione antimafia*, a cura di Mezzetti, Luparia Donati, Bologna, 2020, 638 ss.;
- INSOM, *L'esecuzione delle misure*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 265 ss.;
- JANUS, *Preventive Detention of Sex Offenders: The American Experience Versus International Human Rights Norms*, in *Behavioral Sciences and the Law*, 2013, 328 ss.;
- LA ROCCA, *La revoca della misura di prevenzione personale*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 559 ss.;

- LACCHÈ, *Uno “sguardo fugace”. Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in *RIDPP*, 2017, 413 ss.;
- LASALVIA, *Brevi riflessioni sulle confische moderne*, in *LP*, 12 febbraio 2020;
- LASALVIA, *I recenti interventi di depenalizzazione e di introduzione di illeciti puniti con sanzioni pecuniarie civili*, in Manna, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5^a, Milano, 2020, 769 ss.;
- LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci “europee” e “ombre” nazionali su una sentenza storica?*, in *AP*, 2017, 339 ss.;
- LASALVIA, *La prevenzione insostenibile. Scenari post De Tommaso*, in *AP (web)*, 2017, 2, 1 ss.;
- LASALVIA, *La riforma del codice antimafia: prime osservazioni critiche*, in *AP*, 2017, 863 ss.;
- LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *AP (web)*, 2017, 2, 1 ss.;
- LASALVIA, *Le misure di prevenzione personali. Il dialogo tra Corti, senza un legislatore*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra corti*, a cura di Giunchedi, Pisa, 2018, 561 ss.;
- LASALVIA, *Le misure e il giudizio di prevenzione. La lettura in action della Corte di cassazione*, in *Dal diritto vigente al diritto vivente*, a cura di Manna, Roma, 2018, 255 ss.;
- LASALVIA, GUERCIA, *La confisca e le confische*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Manna, Milano, 2019, 1111 ss.;
- LEOTTA, *Il volto rinnovato delle misure di prevenzione*, in *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di Romano B., Milano, 2015, 303 ss.;

- LICUGNANA, *Il principio di proporzionalità e integrazione tra ordinamenti. Il caso inglese e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, 454 ss.;
- LO MONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità delle misure di prevenzione personale. Le ragioni di un disagio*, in *QG*, 1999, 730 ss.;
- LUCCHINI, *Il carcere preventivo*, Venezia, 1872;
- MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *RIDPP*, 2017, 490 ss.;
- MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *DPP*, 2017, 1039 ss.;
- MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *DPP*, 2020, 107 ss.;
- MAIELLO, *I chiaroscuri della legalità nelle sentenze costituzionali post De Tommaso*, in *Legalità e diritto penale dell'economia. Scritti in onore di Alessio Lanzi*, a cura di Cadoppi, Veneziani, Aldrovandi, Putinati, Roma, 2020, 136 ss.;
- MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 332 ss.;
- MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, a cura di Maiello, Torino, 2015, 323 ss.;

- MAIELLO, *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in DPP, 2018, 777 ss.;
- MALINVERNI, *Principi del processo penale*, Torino, 1972;
- MANDRIOLI, CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, I-III, 17^a, Torino, 2020;
- MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in RIDPP, 1259 ss.;
- MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in CP, 2011, 535 ss.;
- MANES, *La riforma della disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti. Frasarario essenziale alla luce dei principi di offensività, proporzione e ragionevolezza, in la legislazione penale compulsiva*, a cura di Insolera, Padova, 2006, 121 ss.;
- MANES, CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020;
- MANES, NICOSIA, *Art. 7*, in *Commentario breve*, a cura di Bartole, De Sena, Zagrebelsky, Padova, 2012, 258 ss.;
- MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 436 ss.;
- MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001;
- MANGIONE, *La situazione spirituale della confisca di prevenzione*, in RIDPP, 2017, 614 ss.;
- MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989;

- MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 5^a, Milano, 2020;
- MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 3 ss.;
- MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle "finzioni giuridiche" alla "terapia sociale"*, Torino, 1997;
- MANNA, *Misure di prevenzione. Aspetti comparatistici e prospettive di riforma*, in *QG*, 1995, 311 ss.;
- MANNA (con la collaborazione di D'Agostino), *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019;
- MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Misure di prevenzione antimafia. Attualità e prospettive*, a cura di Crocetta, Curtotti, Lorzio, Lorusso, Manna, Motti, Milano, 2019, 11 ss.;
- MANNA, *Sull'illegittimità delle pene accessorie fisse. L'art. 2641 del codice civile*, in *Giur. cost.*, 1980, 910 ss.;
- MANNA, LASALVIA, *"Le pene senza delitto": sull'inaccettabile "truffa delle etichette"*, in *AP (web)*, 2017, 1, 1 ss.;
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, 10^a, Milano, 2017;
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I-X, Torino, 1981-1986;
- MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Torino, 1932;
- MARIANI, *Le misure di prevenzione personale nella prassi milanese*, in *DPC*, 2018, 10, 267 ss.;
- MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 9^a, Milano, 2020;

- MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale*, in RIDPP, 2017, 536 ss;
- MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017;
- MARUCCI, *Le misure giurisdizionali di prevenzione penale e l'appartenenza ad associazioni mafiose*, in Giur. it., 1971, II, c. 105 ss.;
- MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018;
- MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in Aa. Vv., *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso (Atti del Convegno nazionale dell'Associazione degli studiosi del processo penale)*, Milano, 2016, 27 ss.;
- MAUGERI, *La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders*, in *La pena, ancora. Scritti in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile F., Gatta, Milano, 2018, 919 ss.;
- MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *penalecontemporaneo.it*, 6 marzo 2017;
- MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogiditze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in RIDPP, 2015, 922 ss.;
- MAUGERI, PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: fra istanze di tassatività e ragionevolezza se ne*

afferma la natura ripristinatoria (C. Cost. 24/2019), in sistemapenale.it, 24 novembre 2019;

- MAZZACUVA FR., *Art. 7, in Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di Ubertis, Viganò, Torino, 2016, 236 ss.;
- MAZZACUVA FR., *Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 117 ss.;
- MAZZACUVA FR., *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *RIDPP*, 2019, 987 ss.;
- MAZZACUVA FR., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *RIDPP*, 2013, 1899 ss.;
- MAZZACUVA FR., *La prevenzione sostenibile*, in *CP*, 2018, 1017 ss.;
- MAZZACUVA FR., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017;
- MAZZACUVA FR., *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 93 ss.;
- MAZZACUVA FR., *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *DPC, Riv. trim.*, 2015, 4, 231 ss.;
- MAZZACUVA FR., *Tipologia e natura delle misure applicabili*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 127 ss.;
- MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1985;
- MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Circolazione e soggiorno (libertà di)*, in *EDD*, VII, Milano, 1960, 14 ss.;

- MACBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in *The principle of proportionality in the laws of Europe*, Oxford-Portland, Oregon, 1999, 23 ss.;
- MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *penalecontemporaneo.it*, 26 aprile 2017;
- MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. Aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 2019;
- MENDITTO, *Le misure di prevenzione patrimoniali. Profili generali*, in *Giur.it.*, 2015, 1530 ss.;
- MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in Aa. Vv., *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso (Atti del Convegno nazionale dell'Associazione degli studiosi del processo penale)*, Milano, 2016, 145 ss.;
- MENDITTO, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia*, in *QG*; 3 marzo 2017;
- MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia «liberale» (1852-1894)*, in Aa. Vv., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno CNPDS (Alghero, 26-28 aprile 1974)*, Milano, 1975, 197 ss.;
- MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011;
- MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1913;
- MIGLIOLI, *Misure di p.s. e Costituzione*, in *Riv. pen.*, 1951, II, 185 ss.;

- MOCCIA, *Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di “truffa delle etichette”*, in *Studi in onore di Lucio Monaco*, a cura di Bondi, Fiandaca, Fletcher, Marra, Stile, Roxin, Volk, Urbino, 2020, 789 ss.;
- MOLINARI, PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nelle leggi antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, 2002;
- MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2017, 437 ss.;
- MORTARA, *Discorso al Senato (5 marzo 1912)*, in *Commentario al codice di procedura penale*, diretto da Mortara e altri, III, Torino, 1915, 153 ss.;
- MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig.*, V, Torino, 1960, 1099 ss.;
- MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 683 ss.;
- MUSCATIELLO, *Teoria e prassi delle misure di prevenzione*, in *Temi Romana*, 1982, 267 ss.;
- NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *RIDPP*, 2020, 3 ss.;
- NEPPI MODONA, *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità*, in *Giur. cost.*, 1975, 3094 ss.;
- NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2015;
- NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *RIDPP*, 1968, 60 ss.;
- NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2^a, Padova, 1982;

- NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in Aa. Vv., *Stato di diritto e misure di sicurezza*, Padova, 1962, 163 ss.;
- NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in IP, 1973, 461 ss.;
- NUVOLONE, *Legalità e prevenzione*, in Giur. cost., 1964, 197 ss.;
- NUVOLONE, voce *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in EDD, XXIV, Milano, 1976, 633 ss.;
- PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in EDD, XXIV, Milano, 1974, 287 ss.;
- PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992;
- PADOVANI, *Il binomio irriducibile: la distinzione dei reati tra delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, Milano, 1985, 421 ss.;
- PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, a cura di Ferracuti F., XIII, Milano, 1990, 313 ss.;
- PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014;
- PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in EDD, XXIII, Milano, 1973, 1063 ss.;
- PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, 9^a, Milano, 2020;
- PALADIN, *Diritto costituzionale*, 3^a, Padova, 1998;

- PALAZZO, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”*, in *CP*, 2018, 461 ss.;
- PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979;
- PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3^a, Padova, 1985;
- PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 49 ss.;
- PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36, II, Milano, 2007, 1279 ss.;
- PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *RIDPP*, 2020, 1249 ss.;
- PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, 133 ss.;
- PALERMO P., FERRACUTI F., DAL FORNO, FERRACUTI S., LISKA, PALERMO M., *Considerazioni sulla predicibilità del comportamento violento*, in *IP*, 1992, 154 ss.;
- PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. dir.*, 1983, 117 ss.;
- PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e depenalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985;
- PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, *RIDPP*, 1981, 726 ss.;

- PAONESSA, *Ripercorrendo i “luoghi” della prognosi “personologica”: alcuni spunti di riflessione*, in *AP (web)*, 2020, 3, 1 ss.;
- PEDRAZZI, voce *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 64 ss.;
- PELISSERO, *Funzioni della pena*, in Grosso, Pelissero, Petrini, Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3^a, Milano, 2020, 635 ss.;
- PELISSERO, *Gli effetti della sentenza De Tommaso sulla disciplina delle misure di prevenzione dopo le recenti posizioni della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 2019, 1148 ss.;
- PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *RIDPP*, 2017, 439 ss.;
- PELISSERO, *La legislazione penale antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, in *RIDPP*, 2020, 745 ss.;
- PELISSERO, *La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale. Misure di prevenzione*, in *DPC, Riv. trim.*, 2020, 3, 374 ss.;
- PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *DisCrimen*, 13 febbraio 2020;
- PELISSERO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in Grosso, Pelissero, Petrini, Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3^a, Milano, 2020, 757 ss.;
- PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi strumenti di incapacitazione*, Torino, 2008;
- PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione. Storia del Diritto penale*, V, Bologna, 1966;

- PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996;
- PETRINI, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in *DPP*, 2019, 1531 ss.;
- PETROCELLI, *La funzione della pena*, in *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952, 81 ss.;
- PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1955;
- PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *EDD*, XIII, Milano, 1964, 65 ss.;
- PISA, *Pene accessorie di durata fissa e ruolo “riformatore” della Corte Costituzionale*, in *DPP*, 2019, 216 ss.;
- PISANI N., *Misure di prevenzione e pericolosità “generica”, tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost.*, 2019, 322 ss.;
- PITTARO, *La natura giuridica delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2018, 149 ss.;
- PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno e resp.*, 2017, 435 ss.;
- PUBUSA, voce *Merito e discrezionalità*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1994, 403 ss.;
- PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *RIDPP*, 2017, 637 ss.;

- QUATTROCCHI, *Il divieto di partecipazione a pubbliche riunioni imposto con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale: le Sezioni unite compongono il contrasto*, in *DPP*, 2020, 491 ss.;
- QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *penalecontemporaneo.it*, 15 gennaio 2018;
- RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano*, IV, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1908, 207 ss.;
- RAPINO, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all'evasore socialmente pericoloso*, in *penalecontemporaneo.it*, 26 marzo 2013;
- RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di incriminazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020;
- RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza "De Tommaso v. Italia" (e confermata dalle Sezioni Unite "Paternò")*, in *DPC*, 2017, 10, 129 ss.;
- ROCCO ART., *Lezioni di diritto penale*, Roma, 1933;
- ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1814;
- ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1935;
- ROMANO A., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007;
- ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, 6^a, Padova, 1951;
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico (1918)*, 2^a, Firenze, 1946;

- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi (1920)*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 358 ss.;
- RONCO, *La liberazione dalla recidiva nel giudizio di cognizione*, in *Liber amicorum Adelmo Manna*, a cura di Platamura, Salcuni, Pisa, 2020, 565 ss.
- ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4^a, 2006;
- SABATINI GIUS., voce *Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la moralità pubblica*, in *Noviss. dig.*, X, Torino, 1964, 772 ss.;
- SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1988;
- SANTORO, *Casa di lavoro e colonie agricole: un virus resistente alla civiltà giuridica?*, in *LP*, 9 dicembre 2020, 1 ss.
- SCARPINATO, *Le indagini patrimoniali*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto sicurezza*, a cura di Cassano F., Molfetta-Roma, 2009, 236 ss.;
- SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni punitive amministrative: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in *penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2019;
- SEVERINO M., *Rimpatrio coattivo e costituzione*, in *Foro padano*, 1950, IV, 103 ss.;
- SICLARI, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1974;
- SILVESTRI, *La traslazione e l'utilizzazione degli atti*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 197 ss.;
- SIRACUSANO D., *Commento all'art. 14 l. 19 settembre 1982 n. 646*, in *LP*, 1983, 296 ss.;

- SIRACUSANO F., *I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, in *AP*, 2018, 311 ss.;
- SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *RIDPP*, 1976, 50 ss.;
- SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966;
- SPURI, *Della natura giuridica delle misure di sicurezza*, in *CP*, 2012, 3417 ss.;
- SQUILLACI, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale "reale"*, Napoli, 2020;
- STANIG, *L'evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di Fiorentin, Torino, 2018, 3 ss.;
- TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *EDD*, XXXIII, Milano, 1983, 6 ss.;
- TONA, VISCONTI, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *LP*, 14 febbraio 2018;
- TONINI, *Manuale di procedura penale*, 20^a, Milano, 2019;
- TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 20^a, Padova, 1975;
- TRINCERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca di ricchezza illecita*, Torino, 2020;
- UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, 4^a, Milano, 2017;
- UBERTIS, VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016;
- VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012;
- VASSALLI, *Funzioni e insufficienza della pena*, in *RIDPP*, 1961, 296 ss.;

- VASSALLI, *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *Giust. pen.*, 1950, I, c. 1 ss.;
- VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in Aa. Vv., *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, 1629 ss.;
- VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in Aa.Vv., *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, V, Padova, 1957, 352 ss.;
- VASSALLI, *La riforma della custodia preventiva*, in *Riv. dir. proc. pen.* , 1954, 305 ss.;
- VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1593 ss.;
- VENEZIANI (con il contributo di Cristillo), *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, II, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2014;
- VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina delle misure di prevenzione personali*, in *penalecontemporaneo.it*, 3 marzo 2017;
- VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *RIDPP*, 2012, 1334 ss.;
- VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in Aa. Vv., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali (Atti del Convegno AIPDP, Napoli, 7-8 novembre 2014)*, Napoli, 2016, 213 ss.;

- VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale?*, in *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, a cura di Tordini Cagli, Bologna, 2016, 9 ss.;
- VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell’ordinamento italiano*, in *La pena, ancora. Scritti in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile F., Gatta, Milano, 2018, 885 ss.;
- VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008;
- VISCONTI, *Strategie di contrasto all’inquinamento criminale nell’economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *RIDPP*, 2014, 716 ss.;
- VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962;
- WARBRICK, *Emergency powers and human rights: the United Kingdom experience*, in *Legal Instruments in the Fight against International Terrorism*, Fijnaut and others (eds.), Brill-Nijhoff, 2004, 371 ss.;
- WEBB, *English Poor Law History*, London, 1963;
- ZACCHÈ, *Misure cautelari*, in Buzzelli, Casiraghi, Cassibba, Mancuso, Ubertis, Zacchè, *Sistema di procedura penale. Persone, strumenti, atti*, a cura di Ubertis, Milano, 2020, 317 ss.;
- ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in *Introduzione al sistema penale*, 4^a, a cura di Insolera, Mazzacuva N., Pavarini, Zanotti, Torino, 2012, 224 ss.;
- ZEDNER, *Ends and means: why effective counter-terrorism requires respect for proportionality and rights*, Relazione tenuta nell’ambito del Convegno

internazionale *‘Effectiveness and Proportionality. Modern Challenges in Security Law and Criminal Justice’*, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Friburgo, 17-18 ottobre 2019;

- ZUFFADA, *Il Tribunale di Milano individua una nuova figura di “colletto bianco pericoloso”: il falso professionista (nella specie, un falso avvocato). Un ulteriore passo in avanti delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità di profitto*, in *penalecontemporaneo.it*, 27 giugno 2016.