

LE MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI TRA COSTITUZIONE E CONVENZIONE*

di Federico Consulich

(Professore associato di diritto penale, Università degli studi di Genova)

SOMMARIO: 1. Ambientamento. I sinonimi apparenti: sicurezza e prevenzione. – 2. Il lungo cammino delle misure di prevenzione: dalla prevenzione pubblica a quella ‘tra privati’. – 3. Le fattispecie di pericolosità: la tassonomia legale. – 4. La prevenzione e il giudizio di pericolo indeterminato. – 5. Il complesso rapporto tra misure di prevenzione e giudice. – 6. Diritto della prevenzione e diritto penale nella modellistica del controllo sociale. – 7. Lo statuto convenzionale delle misure di prevenzione. – 8. Gli scenari attuali. Adeguamenti e resistenze della giurisprudenza nazionale alla sentenza De Tommaso. – 9. La mappatura dei principi di garanzia costituzionali validi nel ‘diritto di prevenzione’. – 9.1. La garanzia sostanziale dominante: la determinatezza. – 9.2. Le garanzie sostanziali recessive: irretroattività, colpevolezza e presunzione di innocenza. – 9.3. La garanzia processuale, tra degradazione giuridica e *habeas corpus*. – 9.4. Sintesi. Lo statuto costituzionale delle misure di prevenzione. – 10. Gli scenari futuri. Le misure di prevenzione tra rischio di ‘pseudo-civilizzazione’ e scrutinio di proporzionalità.

1. La prevenzione del crimine è certamente uno dei doveri primari di ogni legislatore contemporaneo, ma i percorsi possibili per adempiere a tale obbligo¹ sono molteplici e l’impiego di misure restrittive della libertà personale (o di ablazione patrimoniale) in via anticipata rispetto al compimento di qualsivoglia illecito è solo uno dei tanti e peraltro il più costoso, in termini di sacrificio dei diritti dei destinatari.

Senza voler scomodare il riferimento a politiche sociali di integrazione e rimanendo al solo ambito del diritto pubblico, in chiave di razionalità di scopo è ovvio pensare che la più efficiente profilassi, soprattutto rispetto ai fenomeni criminosi più temuti (terrorismo, associazioni mafiose), si compia sul piano dell’*intelligence* e delle investigazioni preventive, piuttosto che attraverso obblighi o divieti di soggiorno, con il corredo di prescrizioni variegata o ammonizioni a tenere condotte conformi alla legge.

* Il contributo è destinato al volume “*La legislazione antimafia*”, curato da Enrico Mezzetti e Luca Luparia. Si ringraziano l’editore Zanichelli e i Curatori per averne consentito la pubblicazione su questa Rivista.

¹ Nello stesso senso D. Pettrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli 1996, 175; D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *RIDPP* 2017, 639.

La misura *ante* (o *praeter*) *delictum* è, insomma, solo una delle possibili opzioni sul campo, una *species* del *genus* della prevenzione giuridica degli illeciti penali.

Breve, al netto delle considerazioni politico-criminali e assiologiche che svilupperemo nel prosieguo, è bene fin da subito chiarire che ben prima di possibili profili di illegittimità costituzionale delle misure *personali* è la questione, tutta di fatto, della loro inefficacia preventiva a metterne in discussione la permanente legittimazione nel nostro sistema del controllo sociale².

Che si possa fare a meno della prevenzione personale è dimostrato, *per tabulas*, da una semplice analisi comparatistica, come quella condotta proprio di recente in una sede ‘qualificata’: la Corte Edu, nella sentenza *De Tommaso vs Italia* di cui a lungo parleremo nelle pagine seguenti, ha rilevato (§ 69) come istituti simili alle nostre misure *ante delictum* siano presenti solo in 5 dei 34 Stati membri del Consiglio d’Europa³.

Ciò nonostante, foglio di via obbligatorio e avviso orale (le c.d. misure questorili), da una parte, e sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con divieto di soggiorno in uno o più comuni o regioni diverse da quelli di residenza o obbligo di soggiorno presso il proprio comune di residenza, dall’altra parte, continuano oggi a prosperare sia sul piano della prassi che su quello della legislazione, accanto a fattispecie penali sempre più anticipate e disancorate da un collegamento con associazioni illecite⁴.

² Nella ricerca empirica condotta da E. Mariani (*Le misure di prevenzione personali nella prassi milanese*, in *DPenCont* 2018, 10, 307), territorialmente ristretta al distretto della Corte di Appello di Milano, è emersa chiaramente l’inadeguatezza dell’attuale sistema della prevenzione personale. Rileva infatti l’Autore: «L’inefficacia dell’attuale normativa, che comporta la necessità di un suo radicale ripensamento, sembra confermata anche dal fatto che ben 422 soggetti dei 732 che sono arrivati all’attenzione del Tribunale nel periodo esaminato erano già stati sottoposti ad una o più misure di prevenzione tipiche e/o atipiche. Solamente per 46 di essi vi è stato il rigetto della proposta e non è stata applicata o aggravata o reiterata la sorveglianza speciale sul presupposto che non fossero più meritevoli di una misura di prevenzione, mentre per gli altri 376 i giudici hanno ritenuto che la pericolosità sociale sussistesse ancora. Nella grande maggioranza dei casi (89,1%), quindi, vi è stato il fallimento del precedente intervento preventivo».

³ È la nota C. eur. G.C., 23.2.2017, *De Tommaso vs Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, con note di F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personale*, 3.3.2017, e A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità delle “legge”, ma una rondine non fa primavera*, 6.3.2017; si veda anche quella di V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *DPP* 2017, 1039. Si legge al § 69 della sentenza: «according to the information available to the Court on the legislation of thirty-four member States, the vast majority of the countries surveyed (twenty-nine countries out of thirty-four) do not have any measures comparable to those applied in Italy in the present case. Measures of this kind can be found in only five countries (Austria, France, Russia, Switzerland and the United Kingdom)».

⁴ Come notato da M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *RIDPP* 2017, 463.

Un simile approccio trova fondamento in una visione ‘riduzionistica’ del concetto di *sicurezza pubblica*⁵, che considera cioè quest’ultima come sinonimo di *ordine pubblico*, da mantenere solo percorrendo i frustri binari del diritto penale e delle misure di prevenzione.

Ulteriori, e in parte diverse, sono le riflessioni che meriterebbe la prevenzione *patrimoniale*, previa modulazione delle garanzie, *in primis* processuali⁶, che la rendano pienamente compatibile con lo scenario costituzionale: si tratta infatti di misure ablative sicuramente idonee a privare dei mezzi di sostentamento le associazioni criminali mafiose e terroristiche o comunque ad ostacolarne grandemente l’operatività, oltre a rappresentare un forte disincentivo alla commissione di reati economicamente motivati.

La prevenzione economica, *id est* confisca, è ormai molto distante da quella che incide sulla libertà del prevenuto: l’attuale indipendenza reciproca tra le due tipologie di strumenti *ante delictum* è stata certificata dall’art. 18 d. lgs. 6.9.2011 n. 159, che rende oggi possibile procedere all’applicazione disgiunta delle stesse, finanche ammettendo che le patrimoniali operino in difetto dei presupposti di quelle personali, dunque della stessa pericolosità del proposto al momento della richiesta⁷.

Anche per questa ragione, oltre che per la tipologia di bene attinto e per le peculiarità di contenuto, le misure personali meritano una trattazione autonoma, che di seguito svolgeremo.

2. Nel nostro ordinamento il ricorso alle misure di prevenzione è una costante che affonda le radici addirittura nella legislazione preunitaria sabauda⁸. Lungi dal

⁵ Sulle molteplici accezioni della sicurezza, declinabili ora in senso liberale ora nel ben più problematico senso securitario, D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, Bologna 2011, 121 ss. Sulla tendenza ad obbligare il diritto penale a produrre sicurezza per i cittadini ed il conseguente possibile conflitto con i diritti costituzionali W. Hassemer, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, ivi, 59 ss.

⁶ Per un’analisi critica dei profili processuali delle misure di prevenzione, si veda da ultimo R. Orlandi, *La ‘Fattispecie di pericolosità’. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *RIDPP* 2017, 470 ss.

⁷ In base all’art. 18 co. 1 del d. lgs. 159/2011, le misure patrimoniali prescindono dalla pericolosità sociale del proposto. Sull’applicazione disgiunta delle misure di prevenzione si era espressa anche la Corte costituzionale, che l’aveva ritenuta impossibile in assenza di una scelta di politica criminale in tal senso da parte del legislatore. Sul punto si vedano G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. P.te gen.*⁸, Bologna 2019, 921 ss. Sul punto cfr. poi Cass. S.U. 26.6.2014, dep. 2.2.2015, n. 4880, (Rv. 262604), in *RIDPP* 2015, 922, secondo la quale «La possibilità di applicazione disgiunta della confisca dalla misura di prevenzione personale, così come emerge dalle riforme normative operate dalla legge 24 luglio 2008 n. 125 e dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, non ha introdotto nel nostro ordinamento una “*actio in rem*”, restando presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale la pericolosità del soggetto inciso, in particolare la circostanza che questi fosse tale al momento dell’acquisto del bene».

⁸ Si vedano le nitide riflessioni in proposito di T. Padovani, *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e*

ripercorrere le molteplici evoluzioni normative in argomento, basti qui notare come per lungo tempo le misure *ante delictum* sono state lo strumento elettivo per il contrasto al mero ‘disordine sociale’ e a tutela dell’ordine pubblico ‘comune’, inteso come *pubblica tranquillità* (paradigmatica in questo senso la menzione, tra i destinatari possibili, di oziosi e vagabondi)⁹: se ancora in questa luce deve essere letta la l. 27.12.1956 n. 1423, a partire dagli anni Sessanta e attraverso una serie di tappe intermedie, tra cui spiccano la l. 31.5.1965 n. 575, la l. 22.5.1975 n. 152 e la l. 13.9.1982 n. 646, si è assistito ad un salto di qualità nell’impiego delle misure di prevenzione, dispiegate contro le variegate forme di antagonismo all’ordinamento e finanche a presidio della sicurezza costituzionale, nei confronti delle associazioni criminali *prima* e di quelle terroristiche *dopo*¹⁰.

giustizia penale, a cura di M. Pavarini, L. Stortoni, Bologna 2013, 122. La notazione è di E. Stanig, *L’evoluzione storica delle misure di prevenzione*, in *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di F. Fiorentin, Torino 2018, 39. Sull’evoluzione storica delle misure di prevenzione G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *DigDPen*, VIII, Torino 1994, 109 ss.; V. Maiello, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, XII, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2015, 300 ss.

⁹ Sul nesso strutturale tra i concetti di pubblica tranquillità e ordine pubblico sia consentito il rinvio a F. Consulich, *Reati contro l’ordine pubblico*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, P.te spec. II*, a cura di C.F. Grosso, Milano 2016, 100. Nello stesso senso M. Pelissero, *La nozione di ordine pubblico*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l’ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, IV, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino 2010, 225 ss. e, in precedenza, G. De Vero, *Tutela dell’ordine pubblico e reati associativi*, in *RIDPP* 1992, 93; Id., *Tutela penale dell’ordine pubblico*, Milano 1988, 39 ss., nonché G. Fiandaca, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *IP* 1991, 5; nella manualistica, sulla nozione di ordine pubblico materiale, declinato in senso oggettivo, come tranquillità, pace e quiete pubblica, o in accezione soggettiva, come opinione dei cittadini sulla sicurezza, A. Cadoppi, P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. P.te spec.5*, Padova 2016, 177 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, P.te spec.5*, I, Bologna 2012, 474 ss. In generale, sull’ordine pubblico come oggetto di tutela penale cfr. G. De Vero, *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *DigDPen*, IX, Torino 1995, 72 ss; S. Moccia, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, in *EG*, XXII, Roma 1990, 1 ss.; C. Fiore, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *ED*, XXX, Milano 1980, 1084. Sulla connessione tra ordine pubblico e pubblica tranquillità si veda anche la giurisprudenza, pur se in tutt’altro contesto rispetto alle misure di prevenzione (l’applicazione dell’art. 419 Cp): Cass. 6.5.2014, dep. 9.9.2014, n. 37367 (Rv. 261932), in *RIDPP* 2015, 152, con nota di G.P. De Muro, *La fattispecie di devastazione: una sua descrizione, tra offensività e ragionevolezza*. Per la Cassazione all’«ordine pubblico, inteso come buon assetto o regolare andamento del vivere civile, corrispondono, nella collettività, l’opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza». Nello stesso anche Cass. 1.4.2010, dep. 14.6.2010, n. 22633, in *CEDCass* m. 247418.

¹⁰ Sull’evoluzione del concetto di ordine pubblico, fino a giungere alla nozione di ordine pubblico costituzionale come presupposto per la preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale sulla base degli interventi della Consulta, si veda G. Fornasari, *Introduzione*, in *Reati contro l’ordine pubblico*, a cura di G. Fornasari, S. Riondato, Torino 2017, XVIII. Rilevanti sono, in particolare, le sentenze n. 19/1962 e n. 168/1971. Nella prima si può leggere (§ 4 del considerato in diritto) che se «l’ordine pubblico è un bene inerente al vigente sistema costituzionale, non può del pari dubitarsi che il mantenimento di esso - nel senso di preservazione delle strutture giuridiche della convivenza sociale, instaurate mediante le leggi, da ogni attentato a modificarle o a renderle inoperanti mediante l’uso o la minaccia illegale della forza - sia finalità immanente del sistema costituzionale». Nella seconda si

La vocazione poliziesca dello strumento non si è però eclissata, riaggallando

i) nel 1989, con la l. 13.12.1989 n. 401 (rimodulata poi dal d.l. 22.8.2014 n. 119), quando sono state introdotte misure di interdizione all'accesso a luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive (c.d. d.a.spo. di cui all'art. 6) per determinate categorie di soggetti 'violenti'¹¹;

ii) nel 1998, con l'espulsione prefettizia dello straniero, di cui all'art. 13 del d. lgs. 25.7.98 n. 286, con particolare riferimento alla lett. c del co. 2, in base al quale l'allontanamento dal territorio dello Stato si pone come misura speciale per soggetti riconducibili alle fattispecie di pericolosità generica o specifica.

Oggi la stratificazione normativa decennale ha infine condotto al d. lgs. 159/2011 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione¹²).

Si è così consolidato un sistema 'a specchio' tra misure di prevenzione *ante delictum* e misure di sicurezza *post delictum*, che trova la propria 'cerniera' nel concetto di *pericolosità personale*: prima del reato, questa assume le fattezze della *pericolosità per la sicurezza pubblica* (si vedano artt. 2 co. 1 e 6 co. 1 del d. lgs. n. 159) e giustifica l'adozione di una misura di prevenzione; dopo l'illecito, viene normativamente declinata come *pericolosità sociale*, ai sensi del combinato disposto degli artt. 202 e 203 Cp, e fonda l'applicazione di una misura di sicurezza¹³.

assiste alla reinterpretazione del concetto, anche se contenuto nella legislazione precostituzionale (§ 3 del considerato in diritto della seconda delle due pronunce): «è ovvio che la locuzione "ordine pubblico" ricorrente in leggi anteriori al gennaio 1948 debba intendersi come ordine pubblico costituzionale (sentenza n. 19 dell'anno 1962) che deve essere assicurato appunto per consentire a tutti il godimento effettivo dei diritti inviolabili dell'uomo». Rileva come storicamente la nozione di ordine pubblico abbia rivelato una debolezza concettuale cronica, che l'ha predisposta a mistificare finalità pubbliche eminentemente preventive, G. Insolera, *Sicurezza e ordine pubblico*, in *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, cit., 202 s.

¹¹ Sull'evoluzione normativa riguardante questa misura e sui profili di criticità riferibili alla sua compatibilità con la Costituzione, soprattutto, ma non solo, per i profili procedimentali, G. Pavich, A. Bonomi, *Daspo e problemi di costituzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it, 25.5.2015; in argomento anche F. Curi, *Prevenzione "intelligente": "l'arma" che colpisce solo obiettivi pericolosi. Tra vacuità simbolica e azzeramento delle politiche sociali* ed E. Valentini, *D.a.spo. e obbligo di firma: si acquiscono le perplessità di ordine costituzionale*, entrambe in *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, a cura di F. Curi, Bologna 2016, rispettivamente 63 ss. e 81 ss.

¹² Naturalmente il provvedimento del 2011 non ha nulla di un codice in senso tecnico, come evidenziato criticamente da A. Mangione, *Le misure di prevenzione*, in *Trattato di diritto penale. P.te gen.*, III, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2014, 443 ss. La l. n. 1423/1956 è stata abrogata definitivamente dal d. lgs. 159/2011, il cui art. 116 prescrive che ogni riferimento alla l. n. 1423 vada inteso come operato al decreto del 2011.

¹³ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 177/1980 (C. cost., 16.12.1980 n. 177, in *GCos 1980*, 153 ss. con nota di M. Branca, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*), ha parlato a proposito di misure di prevenzione e misure di sicurezza come di due *species* del medesimo *genus*. La somiglianza è ribadita più di recente dalla sentenza n. 291/2013. Sulla stretta comunanza funzionale delle due tipologie di misure, pur se diverse per evoluzione storica e tasso di garanzia, D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 641. Di recente la dottrina ha evidenziato che rispetto alle misure di prevenzione si è realizzata una truffa delle etichette, trattandosi sostanzialmente di misure di

La ‘codificazione’ del 2011 non ha implicato una sedimentazione delle misure: proprio a cavallo del cambio di decennio si è infatti constatata un’ulteriore espansione di questi strumenti, che peraltro hanno assunto un aspetto mutevole, ora pubblicitico ora ‘privatistico’ (venendo cioè impiegati, in questo secondo caso, nell’ambito di vicende marcatamente individuali, ben lontane da un contesto di rischio per la collettività).

È rimasto nel solco della tradizione il c.d. ‘d.a.spo. urbano’, sul modello di quello previsto nell’ambito degli eventi sportivi e volto a implementare la sicurezza nei centri cittadini¹⁴, introdotto dagli artt. 9 e 10 d.l. 20.2.2017 n. 14 conv. in l. 18.4.2017 n. 48.

Sempre nella direzione sovraindividuale, ma passando dall’ordine pubblico alla pubblica amministrazione, deve segnalarsi che la l. 17.10.2017 n. 161 ha incluso, tra i soggetti a pericolosità qualificata di cui all’art. 4 d. lgs. 159/2011, gli indiziati di appartenenza all’associazione per delinquere finalizzata alla commissione di delitti contro la P.A.¹⁵.

Esemplare invece di un nuovo modello di prevenzione, per così dire ‘*inter privatos*’, il caso del c.d. *stalking*. Il riferimento corre all’ammonimento del questore di cui all’art. 8 d.l. 23.2.2009 n. 11 (convertito dalla l. 23.4.2009 n. 38), a cui è stato poi fatto rinvio, in un secondo tempo, nell’ambito delle misure relative a condotte di violenza domestica di cui all’art. 3 d.l. 14.8.2013 n. 93 conv. in l. 15.10.2013 n. 119¹⁶. Rileva in

sicurezza (almeno dopo il 2011), si veda M. Donini, Septies in idem. *Dalla “materia penale” alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in CP 2018, 2288. Per A. Manna, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza dottrina*, in AP 2018, 3, 17 s., sarebbe necessario, *de iure condendo*, ricondurre le misure di prevenzione nell’ambito penalistico convertendole in misure di sicurezza; a questo scopo occorrerebbe procedere ad una loro trasformazione strutturale, collegandole cioè formalmente ad un fatto di reato. Di recente si è avanzata la proposta di rileggere la valutazione di pericolosità nell’ottica della disciplina dei presupposti di applicazione delle misure cautelari, in particolare del giudizio di cui all’art. 274 lett. c, trattandosi anche in quest’ultimo caso di una prognosi desunta dalla combinazione di situazioni incerte, proprio come accade nel procedimento di prevenzione, v. S. Furfaro, *Per una definizione normativa di pericolosità sociale nel Codice delle misure di prevenzione*, in AP 2017, 3, 1079 ss.

¹⁴ Il concetto di ‘sicurezza urbana’ appare una sorta di neologismo giuridico, di evoluzione municipale dello statualistico ordine pubblico, e viene così definito dall’art. 4 del d.l. 14/2017: «*ai fini del presente decreto, si intende per sicurezza urbana il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l’eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l’affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni*».

¹⁵ Sull’introduzione della fattispecie di cui all’art. 4 lett. *i bis* si veda V. Maiello, *La corruzione nel prisma della prevenzione ante delictum*, in www.discrimen.it, 4.12.2018.

¹⁶ In particolare, l’art. 3 co. 1 dispone: «*Nei casi in cui alle forze dell’ordine sia segnalato, in forma non anonima, un fatto che debba ritenersi riconducibile ai reati di cui agli articoli 581, nonché 582, secondo comma, consumato o tentato, del codice penale, nell’ambito di violenza domestica, il questore, anche*

quest'ottica anche l'art. 7 l. 29.5.17 n. 71, che ha introdotto l'ammonimento anche in relazione a fatti suscettibili di integrare i reati di cui agli artt. 594, 595, 612 Cp e 167 del c.d. Codice *Privacy*, compiuti mediante *internet* da minorenni ultraquattordicenni nei confronti di altro minorenne¹⁷.

In una carrellata lungo i recenti tracciati della prevenzione personale è d'obbligo una menzione per il tentativo del legislatore, poi abortito in conseguenza della sentenza della Corte costituzionale n. 94/2016, di introdurre un nuovo art. 75 *bis* nel d.P.R. 9.10.1990 n. 309, estendendo le misure di prevenzione ai tossicodipendenti che avessero commesso illeciti amministrativi in materia di stupefacenti ai sensi dell'art. 75 del medesimo d.P.R., qualora ne potesse derivare pericolo per la sicurezza pubblica e la cui violazione integrava un illecito contravvenzionale. La Corte ne ha sancito l'illegittimità in considerazione del *deficit* di omogeneità e di funzionalità tra decreto-legge e legge di conversione¹⁸.

3. Il presupposto delle misure di prevenzione è la ricorrenza di una delle due fattispecie descritte oggi agli artt. 1 e 4 d. lgs. 159/2011, rispettivamente dedicati alla pericolosità *comune* e a quella *qualificata*.

Alla prima categoria, prima della sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale, appartenevano i soggetti individuati dall'art. 1 d. lgs. 159/2011. Si tratta di chi debba ritenersi: a) sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedito a traffici delittuosi; b) sulla scorta del tenore di vita o della condotta, viva abitualmente con i proventi di attività delittuose; c) sulla base del comportamento, dedito alla commissione di reati anche potenzialmente offensivi dell'integrità psico-fisica dei minori, della sanità, della sicurezza e tranquillità pubblica.

in assenza di querela, può procedere, assunte le informazioni necessarie da parte degli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, all'ammonimento dell'autore del fatto. Ai fini del presente articolo si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

¹⁷ Sull'aumento applicativo delle misure di prevenzione si soffermano, chiedendosi se si tratti di un fenomeno transitorio o strutturale, C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*⁵, Torino 2016, 765; sulla espansione progressiva del sistema della prevenzione in epoca repubblicana si vedano, tra gli altri, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. P.te gen.*⁸, cit., 921 ss. Di larga applicazione delle misure di prevenzione personali, a dispetto di una attenzione inesistente da parte della manualistica penale, parla F. Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, L. Stortoni, cit., 61.

¹⁸ Si trattava precisamente dell'art. 4 *quater* del d.l. 30.12.2005 n. 272, come convertito dall'art. 1 co. 1 della l. 21.2.06 n. 49.

A seguito della citata pronuncia della Consulta del febbraio 2019, la fattispecie di cui all'art. 1 n. 1 l. 1423/1956, poi confluita nell'attuale art. 1 lett. a d. lgs. 159/2011, è stata dichiarata incostituzionale, con riferimento alla parte che consente l'applicazione ai soggetti ivi considerati della misura della sorveglianza speciale, in quanto "affetta da radicale imprecisione" (cfr. C. cost. 27.2.2019 n. 24, § 12.3 del considerato in diritto).

La censura è caduta in particolare sul concetto di «traffici delittuosi», reputato giustamente dai giudici costituzionali non compatibile con le esigenze di determinatezza imposte dall'art. 13 Cost. e dall'art. 117 co. 1 Cost., in riferimento all'art. 2 Prot. IV Cedu¹⁹. Deve invece rilevarsi come la medesima pronuncia abbia ritenuto legittima la previsione di cui all'art. 1 n. 2) l. 1423/1956, oggi confluita nell'art. 1 lett. b d. lgs. 159/2011: il riferimento in essa contenuto ad un sostentamento abituale con i proventi di attività delittuose sarebbe oggi sufficientemente preciso. Implicherebbe infatti il riferimento a specifiche categorie di reati, commessi abitualmente e produttivi di profitti in capo al prevenuto, con i quali quest'ultimo componga in tutto o per una parte significativa il proprio reddito.

Nella seconda categoria, in esito alle successive interpolazioni (d.l. 22.8.2014 n. 119, d.l. 18.2.2015 n. 7 e l. 161/17), vanno annoverati:

- i) gli indiziati del delitto di cui all'art. 12 *quinquies* co. 1 d.l. 8.6.1992 n. 306;
- ii) gli indiziati di uno dei delitti che confluiscono nella previsione dell'art. 51 co. 3 *bis* Cpp.

Alle fattispecie di pericolosità qualificata appartengono anche

- iii) gli stessi soggetti di cui all'art. 1 d. lgs. n. 159;
- iv) coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal Capo I, Titolo VI, del Libro II del Cp o dagli artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 Cp, nonché 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'art. 270 *sexies* Cp;

v) coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della l. 20.6.1952 n. 645 e che debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;

vi) coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'art. 1 l. 645/1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;

¹⁹ La Corte, con riferimento alle misure patrimoniali del sequestro e della confisca di prevenzione, menziona anche gli artt. 42 Cost. e 117 co. 1 Cost. in riferimento all'art. 1 Prot. add. Cedu.

vii) coloro che siano stati condannati per uno dei delitti previsti dalla l. 2.10.1967 n. 895, e dagli artt. 8 e ss. l. 14.10.1974 n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di sovversione dell'ordinamento;

viii) gli istigatori, i mandanti e i finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti;

ix) le persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 l. 13.12.1989 n. 401;

x) i soggetti indiziati del reato di cui all'art. 640 *bis* o di quello di cui all'art. 416 Cp, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli artt. 314 co. 1, 316, 316 *bis*, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 319 *quater*, 320, 321, 322 e 322 *bis* Cp;

xi) i soggetti indiziati del delitto di cui all'art. 612 *bis* Cp²⁰.

Le due fattispecie di pericolosità, generica e qualificata, presentano molti tratti differenziali.

Le prime sono ancora oggi fondate sul requisito dell'*abitualità* o comunque della *ripetizione di comportamenti antisociali*, con facili derive verso la censura di stili di vita non conformi; si è in effetti di fronte a descrizioni davvero vaghe, la cui indeterminatezza ne ha consentito un'applicazione ad ampio spettro, agevole tanto rispetto ai marginali inclini alla delinquenza 'da strada' (*id est* tossicodipendenti, vandali urbani, immigrati), quanto alla criminalità dei colletti bianchi (soprattutto relativamente ai fenomeni di evasione fiscale e riciclaggio), con la differenza che per questi ultimi si è trattato di ricorrere non alla prevenzione personale, inutile per questi soggetti, ma a quella patrimoniale, volta all'ablazione di ricchezza di probabile

²⁰ Per una prima applicazione della misura della sorveglianza speciale di p.s. con obbligo di soggiorno in relazione alla fattispecie di cui all'art. 612 *bis* Cp si veda T. Milano, sez. mis. prev., decreto 9.10.2018, in www.penalecontemporaneo.it, 24.10.2018, con nota di G. Tona, *Il Tribunale di Milano dichiara manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale della norma che estende le misure di prevenzione personali all'indiziato di stalking*.

accumulazione illecita²¹, l'unica tipologia di misure per la quale è possibile constatare una piena razionalità di scopo²².

Diversamente dal ristretto elenco di cui all'art. 1 d. lgs. 159/2011, è ben affollata la lista di coloro che esprimono una pericolosità *qualificata*. Inaugurata dall'art. 1 l. 575/1965, tale categoria si è poi dilatata fino all'attuale conformazione di cui all'art. 4 d. lgs. 159/2011. Essa trova la propria ragion d'essere in uno stretto nesso funzionale con la parte speciale del codice penale: vi è infatti una piena corrispondenza tra le fattispecie *preventive* descritte all'art. 4 e alcune fattispecie *criminoso*, dalle quali le prime si distinguono sulla base dell'accertamento normativamente richiesto. Mentre per i reati, naturalmente, vale il canone di cui all'art. 533 Cpp e dunque è necessario per il Giudice valicare il crinale dell'oltre ogni ragionevole dubbio, per le fattispecie di pericolosità qualificata è sufficiente il raggiungimento di un affievolito livello probatorio, attestato alla consistenza dell'indizio non ancora giunto allo stadio di cui all'art. 192 Cpp, perché mancante di gravità, precisione e concordanza o anche di più di una di queste qualità²³.

²¹ Si vedano sul punto anche F. Giunta, *Verso una nuova pericolosità sociale*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, L. Stortoni, cit., 89 e M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, cit., 451. Una recente ricerca empirica condotta sulle prassi applicative invalse presso la sezione autonoma misure di prevenzione di Milano ha evidenziato il ricorso a tali strumenti nei confronti di chi «si è reso o era a rischio di rendersi responsabile di reati c.d. 'da strada' (reati predatori e inerenti alle sostanze stupefacenti), mentre la sorveglianza speciale ha colpito anche gli autori o probabili autori di criminalità economica (reati in materia edilizia ed urbanistica, evasione fiscale, bancarotta fraudolenta, peculato, corruzione, abusivo esercizio di una professione) e di gravi delitti contro la persona (lesione personale, reati sessuali, atti persecutori, omicidio)», cfr. E. Mariani, *op. cit.*, 307. Al netto di quest'ultima categoria di illeciti, davvero trasversale dal punto di vista sociologico, si conferma dunque la polarizzazione della prevenzione sui *marginali*, da una parte, e sugli *iper-integrati*, dall'altra parte. Importanti sentenze della Cassazione sul rapporto tra illeciti penali tributari e misure di prevenzione sono sicuramente Cass. 6.12.2016, dep. 9.2.2017, n. 6067, Malara, e Cass. 21.9.2017, dep. 21.11.2017, n. 53003, in *CEDCass* m. 272267, per la quale «in tema di misure di prevenzione patrimoniali, il requisito della pericolosità generica che legittima l'applicazione della confisca non può essere desunto dal mero "status" di evasore fiscale seriale, in quanto, per stabilire se il proposto viva abitualmente con i proventi dell'attività delittuosa, occorre considerare la struttura dei reati commessi – assumendo rilievo le sole condotte generatrici di un profitto e non anche quelle meramente dirette ad evitare il pagamento di imposte riferite a redditi lecitamente prodotti – nonché l'eventuale definizione in sede conciliativa della pretesa fiscale da cui sia derivata il recupero dell'imposta evasa».

²² La notazione è di M. Catenacci, *Le misure personali di prevenzione fra 'critica' e 'progetto': per un recupero dell'originaria finalità preventiva*, in *RIDPP* 2017, 528.

²³ La notazione è di V. Maiello, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Le misure di prevenzione dopo il c.d. Codice antimafia. Aspetti sostanziali e procedurali*, a cura di F. Basile, in *GI* 2015, 1524. In giurisprudenza, Cass. 17.5.2013, dep. 23.9.2013, n. 39204, in *CEDCass* m. 256141, secondo cui l'accertamento di pericolosità può legarsi ad una mera piattaforma di "indizi sufficienti", rilevando, al riguardo, che «data l'autonomia dal processo penale, la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192 Cpp.». In argomento si vedano Cass. 29.4.2011, dep. 20.5.2011, n. 20160, in *CEDCass* m. 250278, secondo la quale «Nel giudizio di prevenzione, data l'autonomia dal processo penale, la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art.

L'ulteriore discontinuità delle figure normative previste all'art. 4 rispetto alle ipotesi di cui all'art. 1 d. lgs. 159/2011 è rappresentata da una ben differente struttura temporale. Mentre quelle di *pericolosità comune* sono in qualche modo delle fattispecie 'di durata', in ragione del requisito dell'abitudine dei comportamenti presenti nella relativa disposizione; ad eccezione di quanto previsto alle lett. c, e, g, i e, in considerazione del reato di riferimento, anche *in ter*, dell'art. 4, quelle di *pericolosità qualificata* assumono, per la maggior parte, una conformazione 'istantanea', perché – è di tutta evidenza – descrivono ipotesi che principiano e si esauriscono nella presenza finanche di un *solo indizio* di un *solo reato*, magari rappresentato da una condotta unisussistente.

Ogni norma che ne tragga una narrazione personologica rischia di rivelarsi fallace all'atto pratico: è davvero arduo ricavare una prognosi criminale ragionevole da una base di giudizio così rarefatta. Siamo qui lontani anche solo dalla reiterazione di quei contegni sintomatici di un duraturo antagonismo sociale che quanto meno caratterizzano la pericolosità generica.

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 sufficienti²⁴.

4. Le fattispecie di cui agli artt. 1 e 4 presentano una stretta affinità per quanto attiene all'accertamento della pericolosità personale del proposto. La componente descrittiva delle due norme, pur diversa quanto a contenuto, veicola una medesima prognosi sulla condotta futura del soggetto coinvolto nel procedimento di prevenzione²⁵: strutturalmente si tratta insomma di 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 non specificati.

192 cod. proc. pen., e le chiamate in correità o in reità non devono essere necessariamente qualificate dai riscontri individualizzanti, ai fini dell'accertamento della pericolosità». Più di recente Cass. 15.3.2018, dep. 20.4.2018, n. 17946, in *CEDCass* m. 273036 e Cass. 12.11.2013, dep. 11.12.2013, n. 49853, in *CEDCass* m. 258939.

²⁴ Rileva A. Mangione, *Le misure di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova 2001, 75 ss., che le misure di prevenzione abbiano come proprio presupposto fatti di reato già avvenuti o comunque in corso dei quali non sia disponibile la prova sufficiente ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Di strumenti che usurpano frequentemente il ruolo della repressione penale parla T. Padovani, *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, L. Stortoni, cit., 126. Anche di recente, con riferimento alle misure di prevenzione, denuncia la strisciante sovversione del principio *nulla poena sine probatione* V. Maiello, *La corruzione nel prisma della prevenzione ante delictum*, cit., 2.

²⁵ Così D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 644.

L'impiego di un giudizio di pericolo implica un ragionamento prognostico di tipo deduttivo (anche se, per alcuni Autori, questi modelli di valutazione sarebbero *abduttivi*²⁶) e impone un qualche 'aggancio' a leggi di copertura che siano in grado di razionalizzare la potenzialità di danno insita negli elementi descritti nella disposizione.

Occorrerebbe qui rifarsi ad una tabella 'a doppia entrata' in cui hanno un ruolo fondamentale *la gravità dell'evento* avverso temuto (*sub specie* di maggiore o minore disvalore dell'illecito che si vuole prevenire) e la *probabilità* della sua realizzazione, che attualizza il bisogno della misura di prevenzione; tuttavia, come ben noto, il primo è un dato *indistinto*, perché la disciplina si riferisce genericamente a qualsiasi reato²⁷, e il secondo un dato *sconosciuto*, posto che il legislatore tace sul criterio di valutazione da impiegare, potendosi escludere solo che valga la regola processualpenalistica dell'oltre ogni ragionevole dubbio²⁸.

Il penalista è abituato ad approcciarsi alle fattispecie di pericolo indagando le coordinate della base e del metro di giudizio.

Ebbene, dal punto di vista della *base* di valutazione, sia le fattispecie di cui all'art. 1 che quelle di cui all'art. 4 scontano i medesimi difetti: gli elementi fattuali descritti dal legislatore sono rarefatti e non concludenti²⁹.

Ancora più problematico, se possibile, il profilo del *metro* del giudizio. Si ripercuote qui un *deficit* di sistema che, fuori dal contesto della prevenzione, emerge già in sede di commisurazione della pena e si ripete al momento della valutazione della probabilità di commissione di nuovi reati nel campo delle misure di sicurezza.

Vale quindi pienamente il rilievo sollevato da attenta dottrina, secondo la quale, nel sistema attuale, l'accertamento della pericolosità di un soggetto allo scopo di

²⁶ Sulla struttura logica deduttiva del giudizio di pericolosità sociale F. Caprioli, *Pericolosità sociale e processo penale*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, L. Stortoni, cit., 23; nel senso che si tratti di un ragionamento abduttivo M. Taruffo, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna 2001, 334.

²⁷ In dottrina segnalano come un elemento che contribuisce a rendere scarsamente attendibili i giudizi di pericolosità è la generica descrizione dell'evento temuto F. Caprioli, *op. cit.*, 27; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, 115.

²⁸ Rileva altresì F. Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, cit., 64, che il procedimento di prevenzione è caratterizzato dalla quasi totale assenza di forme e che nemmeno è acclarato quale sia il relativo *standard* probatorio, che però sicuramente è lontano dall'*oltre ogni ragionevole dubbio* e inferiore anche ai *gravi indizi di reato* necessari all'adozione di una misura cautelare.

²⁹ Evidenzia D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 646, che se la base della prognosi di pericolosità è costruita in chiave indiziaria (come attualmente nel nostro sistema), la tipicità della fattispecie di prevenzione si dissolve in un regresso all'infinito. Censure sull'indeterminatezza di siffatte categorie soggettive in V. Maiello, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Le misure di prevenzione dopo il c.d. Codice antimafia. Aspetti sostanziali e procedurali*, a cura di F. Basile, cit., 1523.

applicargli una misura di prevenzione non si fonda né su metodi clinici né su procedure scientifiche, bensì, sostanzialmente, sul prudente intuito del giudice, a cui l'ordinamento affida un compito improbo³⁰. Solo la sensibilità e l'esperienza del singolo giudicante consentono di minimizzare la intrinseca soggettività della prognosi; siamo insomma ben lontani da valutazioni scientificamente corroborate e oggettivamente verificabili, in assenza di una indicazione legale dei dati criminologici da considerare in quanto effettivamente sintomatici di pericolosità³¹.

Sempre dal punto di vista del 'metro', deve rilevarsi che si sta restringendo il campo operativo delle presunzioni, che d'altra parte costituiscono un canone di giudizio normativizzato in chiave astratta ed anticipata³². Si consideri comunque che ancor oggi, diversamente dalla pericolosità generica, in cui l'accertamento è sempre dichiaratamente orientato a elementi indiziari concreti (in base all'espresso richiamo agli "elementi di fatto" nell'elenco di cui all'art. 1), quella specifica può giovare di alcune deduzioni logiche, per quanto vincibili da una prova contraria. Si pensi ad esempio all'indizio di appartenenza al sodalizio criminale di tipo mafioso di cui all'art. 4 lett. a: esso consente al Pubblico Ministero, senza ulteriori oneri di verifica, di affermare *tout court* la pericolosità del proposto, salvo smentita da parte di quest'ultimo³³.

Si può spendere però una nota di ottimismo, rilevando che la giurisprudenza, anche costituzionale, ha contribuito negli anni ad un complessivo miglioramento del tasso di garanzia dell'accertamento.

Quanto al tema delle *presunzioni*: i giudici di legittimità hanno via via imposto una base cognitiva fattuale, accertata in concreto alla luce di una valutazione globale della persona e di eventuali precedenti penali e non condizionata da pregiudizi logici, con il correlato vincolo di motivazione in ordine alla attualità della pericolosità³⁴.

³⁰ Si veda di recente E. Mariani, *op. cit.*, 315; inoltre A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., 95 ss.; T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2014, 78 ss.

³¹ Per una panoramica sui metodi di valutazione della pericolosità si vedano, tra gli altri, H. Kemshall, *Understanding Risk in Criminal Justice*, Berkshire 2003, 65 ss. e, più di recente, A. Ashworth, L. Zedner, *Preventive Justice*, Oxford 2014, 121 ss.

³² Un profilo di operatività delle presunzioni legali potrebbe residuare in riferimento alle misure patrimoniali con riguardo al disposto dell'art. 16 co. 1 lett. b d. lgs. 159/2011, rispetto ai soggetti inseriti nella *black list* del Comitato delle Sanzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU. In proposito si vedano le notazioni di M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, cit., 463, secondo cui la disciplina italiana si presenterebbe qui massimamente presuntiva, in ragione del valore vincolante dell'inserimento di una persona, fisica o giuridica, nella lista contemplata dalla disposizione.

³³ M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, cit., 458, nonché Cass. S.U. 30.11.2017, dep. 4.1.2018, n. 111, in *CEDCass* m. 271511.

³⁴ In questo senso Cass. 11.2.2014, dep. 5.6.2014, n. 23641, in *CEDCass* m. 260104, secondo la quale «In tema di misure di prevenzione personali, la valutazione del requisito di attualità della pericolosità sociale deve essere effettuata per tutte le categorie dei soggetti indicati nell'art. 4 D.Lgs. n. 159 del 2011, che possono essere assoggettati a misure di prevenzione personali, con la conseguenza che, non

Inoltre, la Corte costituzionale ha riconosciuto l'esistenza dell'obbligo di rivedibilità *ex officio* della precedente valutazione al momento della effettiva esecuzione della misura di prevenzione che sia rimasta sospesa³⁵, il che ha condotto ad un sensibile avvicinamento rispetto alle misure di sicurezza, di cui quelle previste dal d. lgs. 159/2011 divengono sempre più una variante *extra ordinem*, anche in ragione della crescente importanza delle pregresse condanne penali quali presupposti applicativi³⁶.

essendo ammissibile una presunzione di pericolosità derivante esclusivamente dall'esito di un procedimento penale, è onere del giudice verificare in concreto la persistenza della pericolosità del proposto, specie nel caso in cui sia decorso un apprezzabile periodo di tempo tra l'epoca dell'accertamento in sede penale e il momento della formulazione del giudizio sulla prevenzione». Nello stesso senso, successivamente, Cass. 11.11.2016, dep. 5.12.2016, n. 53157, in *CEDCass* m. 268518; Cass., 31.1.2017, dep. 23.2.2017, n. 8921, in *CEDCass* m. 269555; Cass. 15.3.2018, dep. 4.7.2018, n. 30130, in *CEDCass* m. 273500, per cui: «Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di un condannato per il reato di associazione di tipo mafioso, qualora sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo tra l'accertamento in sede penale e la formulazione del giudizio di prevenzione, è onere del giudice di verificare la sussistenza dell'attualità della pericolosità sociale, tenendo in considerazione l'evoluzione della personalità del proposto nel periodo di espiazione della pena». Si veda, soprattutto, in senso più restrittivo rispetto agli oneri di accertamento e di motivazione in ordine all'attualità delle pericolosità, Cass. S.U. 30.11.2017, dep. 4.1.2018, n. 111, in *CEDCass* m. 271511 per cui «Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità del proposto». Sul punto, in relazione all'ordinanza della Sezione Prima della Cassazione che aveva rimesso la questione alle Sezioni Unite (Cass. 10.10.2017, dep. 23.10.2017, ord. n. 48441), G. Civello, *Misure di prevenzione personali e attualità della pericolosità qualificata: rimessa la questione alle Sezioni unite nel caso Gattuso*, in *AP* 2017, 1018 ss. Per un commento alla decisione delle Sezioni Unite si legga anche A. Quattrocchi, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *DPenCont* 2018, 1, 51 ss. In precedenza, invece, per Cass. 24.3.2017, dep. 5.4.2017, n. 17128, in *CEDCass* m. 270068, «Ai fini dell'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di appartenenti ad associazioni di tipo mafioso, non è necessaria alcuna particolare motivazione in punto di attuale pericolosità, una volta che l'appartenenza risulti adeguatamente dimostrata e non sussistano elementi dai quali ragionevolmente desumere che essa sia venuta meno per effetto del recesso personale, non essendo dirimente a tal fine il mero decorso del tempo dall'adesione al gruppo o dalla concreta partecipazione alle attività associative». In generale, sugli obblighi di motivazione del giudice della prevenzione, si veda Cass. 15.6.2016, dep. 1.8.2016, in *AP* 2016, 879 con nota di S. Furfaro, *Passi significativi verso effettivi controlli e concrete garanzie nel giudizio di prevenzione*.

³⁵ Si tratta dell'effetto della sentenza n. 291/2013 della Corte costituzionale. Proprio rifacendosi a quest'ultima pronuncia, di recente il Tribunale di Napoli, nel ritenere inammissibile la richiesta di applicazione della misura di prevenzione per un soggetto detenuto, ha osservato che in caso di pena detentiva da scontare superiore a due anni, la valutazione di pericolosità sociale del proposto risulterebbe inutilmente data, dovendo essere ripetuta successivamente alla scarcerazione per soddisfare l'esigenza di accertare l'attualità della pericolosità del prevenuto. Cfr. T. Napoli, sez. mis. prev., ord. 17.4.2018, in www.penalecontemporaneo.it, 26.9.2018, con nota di F. Mazzacupa, *Sorveglianza speciale nei confronti di soggetto detenuto: nuove indicazioni dalla giurisprudenza in punto di attualità della pericolosità*. Per una panoramica in argomento si veda anche G. Sodano, *Il controverso rapporto tra misure di prevenzione personali e status custodiae alla luce della l. 17 ottobre 2017, n. 161*, in *DPenCont* 2018, 6, 107 ss.

³⁶ La medesima notazione è in R. Magi, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *RIDPP* 2017, 499 e M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, cit., 448.

Sulla scia della sentenza della Corte costituzionale del 2013, il legislatore, con la l. 161/2017, ha inserito all'art. 14 d. lgs. 159/2011 i commi 2 *bis* e 2 *ter*, in base ai quali l'esecuzione della sorveglianza speciale resta sospesa durante l'esecuzione della misura della custodia cautelare e nel corso dell'espiazione della pena; inoltre, dopo la cessazione dello stato di detenzione, se esso si è protratto per almeno due anni, il tribunale deve verificare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato³⁷.

Quanto alla *vaghezza dell'evento avverso* oggetto del giudizio, non può bastare l'evocazione di un pericolo per la sicurezza pubblica; in particolare, per le lettere a) e b) dell'art. 1 d. lgs. 159/2011, la giurisprudenza ha fatto riferimento ad attività penalmente rilevanti come delitti³⁸, non essendo peraltro sufficiente che si tratti di un'ipotesi offensiva di beni individuali, ma dovendo ricorrere una fattispecie a tutela di interessi collettivi³⁹.

La Cassazione⁴⁰ ha ulteriormente precisato, di recente, che la natura del giudizio di prevenzione non consisterebbe semplicemente nell'ordinaria prognosi di probabile e concreta reiterazione di nuovi reati, come previsto in via generale dall'articolo 203 Cp, bensì in una valutazione bifasica:

³⁷ Per un'analisi dell'intervento del legislatore del 2017, per quanto attiene al sottosistema delle misure di prevenzione, si veda G. Sodano, *op. cit.*, 119 ss.

³⁸ Così Cass. 23.3.2012, dep. 3.5.2012, n. 16348, in *CEDCass* m. 252240, secondo cui «Le norme previste dall'art. 1, nn. 1 e 2, della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 - nella parte in cui statuivano (prima della loro formale abrogazione per effetto dell'art. 120, comma primo, lettera a) del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159) che i provvedimenti previsti dalla legge si applicassero a coloro che "sono abitualmente dediti a traffici delittuosi" e a coloro che "vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" - sono soggette a stretta interpretazione, con esclusione dei reati contravvenzionali»; si veda anche Cass. 24.3.2015, dep. 17.7.2015, n. 31209, in *CEDCass* m. 264321, per la quale «In sede di verifica della pericolosità di soggetto proposto per l'applicazione di misura ai sensi dell'art. 1, comma primo, lett. b) d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, il giudice della prevenzione, ove il reato oggetto di previa cognizione in sede penale sia rappresentato dal delitto di corruzione, non può prescindere dalla verifica, a carico del corruttore, della effettiva derivazione di profitti illeciti dal reato commesso, in ragione della testuale formulazione del citato art.1, che richiede la constatazione di ricorrenti attività delittuose produttive di reddito»; nonché ancora, con riferimento al giudizio di pericolosità in funzione di misure di prevenzioni patrimoniali, Cass. 20.9.2017, dep. 22.3.2018, n. 13375, in *CEDCass* m. 272702: «In tema di misure di prevenzione patrimoniale, con riferimento alla c.d. pericolosità generica di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, la necessità di correlazione temporale tra pericolosità sociale del proposto ed acquisto dei beni presuppone l'accertamento del compimento di attività delittuose capaci di produrre reddito e non già di condotte genericamente devianti o denotanti un semplice avvicinamento a contesti delinquenziali».

³⁹ Cass. 19.1.2018, dep. 6.4.2018, n. 15492, in *CEDCass* m. 272682: «In tema di misure di prevenzione, può ritenersi socialmente pericoloso ai sensi dell'art.1, comma 1, lett. c), d.lgs. 6 settembre 2011, n.159, il soggetto che risulti dedito in maniera non occasionale alla commissione di fatti criminosi lesivi o, comunque, pericolosi per la sicurezza e la tranquillità pubblica e non di beni giuridici meramente individuali».

⁴⁰ Cass. 19.4.2018, dep. 3.10.2018, n. 43826, in www.penalecontemporaneo.it, 22.10.2018. con nota di F. Menditto, *Misure di prevenzione e Corte europea, in attesa della Corte costituzionale*. Si veda in particolare il § 2.5 della sentenza.

a) dapprima l'inquadramento del proposto in una delle categorie criminologiche tipizzate dal legislatore (pericolosità generica o qualificata) in ragione della prognosi negativa che deriva dalla constatazione di una specifica inclinazione illecita (si tratta di quella che ormai da tempo la giurisprudenza chiama fase 'constatativa'⁴¹); proprio la descrizione della 'categoria criminologica' di cui agli artt. 1 e 4 d. lgs. 159/2011, secondo la Corte, rappresenterebbe per la prevenzione l'equivalente funzionale della norma incriminatrice rispetto al sistema penale, ritagliando la parte di realtà rilevante per il successivo giudizio, sia costituita da una condotta specifica (l'*indizio di commissione*' di un particolare reato, per l'art. 4) o da un 'fascio di condotte' (le ipotesi di pericolosità generica di cui all'art. 1);

b) successivamente la prognosi in senso stretto, svolta solo dopo che si è potuto ricondurre il proposto ad una delle due qualifiche di pericolosità e diretta a verificare la probabilità del compimento di condotte penalmente illecite.

Le correzioni operate dalla giurisprudenza non possono però bastare. Per quanto apprezzabili, infatti, non sempre sono in grado di correggere un sistema preventivo afflitto – per usare un termine della nosografia psichiatrica – da una sorta di 'ipervigilanza', ovvero perennemente in allarme perché proteso a impedire l'insorgenza di rischi *indefiniti se non indiscriminati*.

5. Il riferimento, appena compiuto, alla prognosi criminale richiesta dalle fattispecie di cui agli artt. 1 e 4 d. lgs. 159/2011 impone di comprendere quale sia la collocazione del giudice nell'ambito delle dinamiche di funzionamento del procedimento di prevenzione.

Siffatta verifica, lungi dall'essere una mera incursione del sostanzialista in un campo estraneo, è davvero essenziale per comprendere la natura delle misure in analisi. Queste ultime hanno infatti un'intrinseca vocazione processuale: trovano la propria ragion d'essere, da un lato, nel peculiare regime probatorio, più agile e meno garantista di quello del rito penale, dall'altro lato, nello specifico ruolo del giudice rispetto alla loro applicazione⁴².

La facilitazione probatoria del rito della prevenzione è al tempo stesso 'croce e delizia' del sistema delle misure *ante delictum*: se da un lato ne ha fomentato la proliferazione normativa e l'applicazione pratica, al contempo ha fondato il motivo di critica più aspro, cioè che esse rappresentano un surrogato delle pene in senso stretto,

⁴¹ A partire dalla già citata Cass. 11.2.2014, dep. 5.6.2014, n. 23641, in *CEDCass* m. 260104.

⁴² Il dubbio è proprio che si tratti di un espediente normativo per colmare vuoti di repressione, sfruttando il regime di garanzia più blando delle misure di prevenzione, dal punto di vista sia sostanziale che processuale, come rilevato da tempo da E. Gallo, *Misure di prevenzione (voce)*, in *EG*, XX, Roma 1990, 17.

cui l'autorità ricorre quando non sia stato possibile (o finché non sia possibile) acquisire la prova di un reato⁴³; una sorta di pena del sospetto, dunque, spendibile dal legislatore a basso costo, grazie al 'risparmio' ottenuto sul fronte delle garanzie.

Quanto al ruolo del giudice, colpisce immediatamente l'attenzione del penalista che la giurisdizione non abbia il monopolio dell'applicazione delle misure *ante delictum*. Deve infatti rilevarsi la presenza, diversamente da quel che accade nel sistema dei delitti e delle pene in senso stretto, di un nuovo e peculiare attore sulla scena, l'Autorità amministrativa di pubblica sicurezza. Le misure di prevenzione personali, ancora oggi, rappresentano veri e propri strumenti di polizia, potendo essere *proposte*, ai sensi dell'art. 5 d. lgs. 159/2011, e spesso anche *irrogate* (così il foglio di via e l'avviso orale) dal Questore.

La discontinuità è dunque marcata rispetto a qualsivoglia tipo di sanzione penale, riservata alla giurisdizione in ogni sua componente e finanche in sede di cautela, fatta eccezione per quanto prevedono gli artt. 321 co. 3 *bis* Cpp, 382 e 384 co. 2 e 3 Cpp: norme eccezionali appunto, che impongono l'intervento dell'Autorità giudiziaria entro un limitatissimo arco di tempo⁴⁴.

Innegabile che il ruolo del giudice nel contesto delle misure in analisi sia davvero differente, e degradato, rispetto a quello rivestito nell'ambito del processo penale⁴⁵. Tre le principali ragioni.

i) La prima è prettamente *normativa*. La legge disegna infatti una *competenza* esclusiva in capo all'Autorità amministrativa rispetto all'inflizione delle misure di cui agli artt. 2 e 3 d. lgs. 159/2011, nonostante l'importanza dei beni del proposto coinvolti nel procedimento (con limitata eccezione dei commi 4 e 5 dell'art. 3, in cui il Tribunale compare in sede di opposizione)⁴⁶;

⁴³ Tra gli altri si veda la posizione critica di G. Corso, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di G. Fiandaca, S. Costantino, Milano 1986, 137; D. Petrini, *op. cit.*, 206 ss., che ne segnala anche la portata criminogena in alcune occasioni, ad esempio con riferimento alla misura del soggiorno obbligato al Nord Italia di esponenti della criminalità mafiosa. Su quest'ultimo aspetto si veda anche F. Bricola, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali delle misure di prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano 1975, 32 ss.; di recente anche G. Balbi, *Le misure di prevenzione personali*, in *RIDPP* 2017, 510. Da ultima, rileva però come un'analisi empirica condotta sulla realtà giudiziaria milanese abbia smentito questo assunto E. Mariani, *op. cit.*, 309.

⁴⁴ Non è un caso che i primi interventi della neonata Corte costituzionale si siano rivolti alla disciplina dell'epoca delle misure di prevenzione, contenuta nel Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (r.d. 18.6.1931 n. 773): con la sentenza n. 2/1956 è stata dichiarata incostituzionale la disciplina del rimpatrio con foglio di via nella parte in cui si prevedeva la traduzione coattiva; con la n. 11/1956, invece, era stata rimossa la misura dell'ammonizione.

⁴⁵ Parla di rito sommario più che inquisitorio in materia di misure di prevenzione M. Catenacci, *op. cit.*, 527.

⁴⁶ Come evidenziato da G.P. Dolso, *Le misure di prevenzione personali nell'ordinamento costituzionale*, in *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di F. Fiorentin, cit., 110.

ii) La seconda è *sistematica* e attiene al *rapporto con gli altri poteri dello Stato*, in particolare con l'esecutivo e le sue emanazioni territoriali. L'ampiezza eccessiva dell'area di discrezionalità amministrativa, con riferimento sia alle più tradizionali forme di prevenzione sia a quelle introdotte in tema di competizioni sportive, rischia di relegare l'attività del giudice ad una mera verifica di legittimità delle misure adottate o proposte dal Questore (o dal Direttore della Direzione investigativa antimafia);

iii) La terza, infine, è *pratica* e riguarda le ridotte *possibilità di controllo* da parte dell'organo giurisdizionale sull'operato della Autorità di pubblica sicurezza in considerazione dell'indeterminatezza delle fattispecie di prevenzione: ciò che rimane vago non è suscettibile di accertamento processuale e dunque non può essere di fatto verificato dal giudice.

È evidente che l'assenza di un provvedimento giudiziario nei casi del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale è facilmente giustificabile con la mancata incidenza, almeno in via diretta, di questi due strumenti di controllo sulla libertà personale, rispetto alla cui tutela è invece prescritta la riserva di giurisdizione dell'art. 13 Cost.⁴⁷. Si tratta di una consequenzialità forse affrettata, se ben si considera la compressione della sfera soggettiva del proposto ad opera delle misure questorili; cionondimeno essa è fortemente radicata nella 'narrazione giurisprudenziale' di queste ultime.

Il più grave *vulnus* di tutela attiene però alla difficile permeabilità, rispetto alla verifica giurisdizionale, degli accertamenti istruttori compiuti dall'Autorità di pubblica sicurezza, peraltro difficilmente censurabili anche perché non vincolati da particolari cautele procedurali, diversamente da quel che accade per le indagini penali⁴⁸.

La Corte costituzionale ha più volte vivificato l'intervento del giudice, incardinandolo entro le coordinate delle garanzie tipiche del processo penale, pur riconoscendo la specificità del rito della prevenzione⁴⁹. Esorbitando dal tema del presente contributo, basti notare qui che la Corte ha tenuto a precisare come il ruolo

⁴⁷ Dal punto di vista dell'ampiezza della norma in analisi, rileva G.P. Dolso, *op. cit.*, 128, che la nostra Corte ha cristallizzato la dicotomia tra misure coercitive e obbligatorie, intendendo solo le prime come restrittive della libertà personale e dunque inquadrabili entro le coordinate dell'art. 13. Nella dottrina più risalente si può trovare una lettura molto estensiva della garanzia costituzionale, si veda ad esempio G. Vassalli, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Pietro Calamandrei*, V, Padova 1958, 353 ss. e 374 dove si può leggere che «l'art. 13 [...] tutela l'individuo dalle pene e misure detentive arbitrarie ed illegali, ma anche dagli arresti illegali, dai fermi abusivi, e da ogni altra restrizione della libertà personale attuata sia da organi dello Stato (esecutivi come giudiziali) che da privati». Sulla correlazione tra nozione di libertà personale e misure di prevenzione personali G. Amato, *Commento all'art. 13*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma 1977, 1 ss.; L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962, 1 ss.

⁴⁸ G.P. Dolso, *op. cit.*, 112.

⁴⁹ Secondo C. cost., 9.1.1974 n. 3, l'intervento giurisdizionale deve rivestire le forme di un procedimento in cui operano i principi fondamentali del processo penale.

del Tribunale non debba essere meramente notarile rispetto alle richieste dell'Autorità di pubblica sicurezza, ma anzi le informazioni da questa provenienti debbano essere valutate in piena autonomia⁵⁰.

In soccorso del giudice dovrebbe intervenire la tassatività delle fattispecie di prevenzione. Da tempo la Consulta ha qualificato come inscindibile il nesso tra garanzia giurisdizionale e predeterminazione della disposizione legale; per usare le parole della Corte: «Si tratta di due requisiti ugualmente essenziali ed intimamente connessi, perchè la mancanza dell'uno vanifica l'altro, rendendolo meramente illusorio»⁵¹. L'intervento dell'Autorità giudiziaria, e prima ancora la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost., sarebbero insomma vani se non fossero funzionali all'accertamento, in contraddittorio tra le parti, di fattispecie legalmente predeterminate⁵².

Di fronte alle misure *ante delictum* il primo moto dell'interprete deve essere allora la ricerca della principale condizione di effettività del controllo giurisdizionale, vale a dire la tassatività della fattispecie di prevenzione.

È così ora di comprendere se, per le misure in analisi, il legislatore sia vincolato al rispetto del principio di determinatezza di cui all'art. 25 Cost., il che impone di sciogliere il dilemma preliminare della riconducibilità del diritto della prevenzione al perimetro del sistema penale e dunque alle tutele costituzionali valide per quest'ultimo.

6. Misure di prevenzione e pene possiedono molteplici affinità.

⁵⁰ Si vedano, in questo senso, C. cost., 20.3.75 n. 69 e 7.5.75 n. 113. Sul collegamento tra giudizio basato su fatti oggettivi e adeguata motivazione, collegata a una o più fattispecie criminose, si veda C. cost., 24.11.94 n. 419, in tema di soggiorno obbligato.

⁵¹ C. cost., 16.12.1980 n. 177. Ritiene che il presupposto dell'avviso orale e di alcune tipologie di sorveglianza speciale integri una fattispecie di sospetto P. Pittaro, *La natura giuridica delle misure di prevenzione, Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di F. Fiorentin, cit., 151, che puntualizza però come l'autorità decidente debba esprimersi sulla base di elementi di fatto.

⁵² Si noti che nella giurisprudenza convenzionale è ben chiaro che ogni provvedimento che incide sulla libertà personale e sulla sicurezza di cui all'art. 5 Convenzione edu richiede una chiara definizione delle condizioni al ricorrere delle quali tali interessi possano essere limitati e dunque una base legale, cfr. C. eur., 27.11.2003, *Shamsa vs Polonia*, § 49; si veda anche C. eur., 23.9.1988, *Steel et autres vs U.K.*, § 54. Si tenga presente, però, che la libertà personale in senso stretto, riconducibile all'art. 5, viene nettamente distinta in sede convenzionale dalla libertà di circolazione di cui all'art. 2 Prot. IV. Su tale discontinuità si vedano, di recente, C. eur., 15.3.2012, *Gillian and Quinton vs U.K.*, § 57; con riguardo alle misure di prevenzione italiane, tra le più significative, C. eur., 6.11.1980, *Guzzardi vs Italia*, § 92 e C. eur., 22.2.1994, *Raimondo vs Italia*, § 42. Per una panoramica delle pronunce relative alla nostra disciplina in materia S. Finocchiaro, *Le misure di prevenzione sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *RIDPP* 2017, 881 ss. Sul punto L. Kalb, *La privazione della libertà personale (art. 5 Cedu)*, in *Cedu e ordinamento italiano, La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Padova 2016, 252.

Basti considerare il profilo funzionale di entrambe: gli scopi perseguiti (la prevenzione dei reati) e i meccanismi impiegati (l'incisione della libertà personale, quanto meno per le misure in analisi) sono del tutto assimilabili.

Si tratta di strumenti *afflittivi*, sia per la sofferenza specifica che veicolano a carico del destinatario, sia per la stigmatizzazione sociale che ne deriva⁵³. Sono gli interessi personalissimi attinti da tali misure e la degradazione che ne consegue, già notata dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 68 del 1964, ad avvicinarle inevitabilmente ai principi penalistici di garanzia.

In questo senso può rilevare:

i) la modulazione della misura *in sé*: si pensi alle prescrizioni in tema di sorveglianza speciale, che possono far tracimare quest'ultima dalla mera limitazione della libertà personale alla privazione di fatto della stessa, in modo non dissimile da una sanzione penale in senso stretto⁵⁴;

ii) la disciplina *generale* degli effetti di siffatti strumenti, al di là delle prescrizioni connesse alle *singole* misure: l'applicazione di queste ultime, in base al disposto degli artt. 66 e 67 d. lgs. 159/2011, implica una serie di interdizioni e decadenze automatiche, di tipo afflittivo e desocializzante, con la conseguente espulsione del prevenuto dal circuito economico⁵⁵.

Anche per altro verso si possono notare momenti di vera e propria tangenza tra misure *ante delictum* e sistema penale.

A mero titolo di esempio, si ricordi che la violazione delle prescrizioni è sanzionata con la reclusione da uno a tre anni e con la multa, ai sensi dell'art. 76 co. 2 d.lgs. 159/2011, o che la sottoposizione a misura di prevenzione personale (o l'esserlo stato nei tre anni precedenti) aggrava il trattamento sanzionatorio per una cospicua serie di illeciti penali, ai sensi dell'art. 71 d. lgs. 159/2011⁵⁶.

⁵³ L'afflittività delle misure di prevenzione è notata già da L. Elia, *op. cit.*, 21; G. Amato, *op. cit.*, 49 benché la Corte costituzionale, con la sentenza n. 68/1964, abbia escluso dal novero delle sanzioni le misure di prevenzione.

⁵⁴ Lo segnala anche, tra gli altri e di recente, M. Pelissero, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, cit., 440. Già in precedenza rilevava come le conseguenze penali della violazione di una qualunque delle prescrizioni imposte celebrassero la liturgia della morte civile del prevenuto, F. Bricola, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *PD* 1974, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Tomo II, Milano 1997, 920.

⁵⁵ M. Catenacci, *op. cit.*, 533, che parla di logica ciecamente punitiva.

⁵⁶ Come rilevato da D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 648 s. Sia detto per inciso che quest'ultima disposizione pone inevitabilmente un problema di uguaglianza di trattamento, poiché lo *status* dell'agente non incide sulle componenti oggettive o soggettive del reato commesso, aumentandone il disvalore. Dovrebbe dunque applicarsi il medesimo principio di diritto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 249/2010 (che censurò l'aggravante introdotta nel codice penale all'art. 61 n. 11 *bis* in quanto irragionevolmente basata sulla mera condizione di soggetto che si trovi illegalmente sul territorio nazionale in capo all'autore del reato), benché già in due occasioni (sentenze nn. 161/2009 e 282/2010) la questione sia stata superata di slancio in relazione alle

Ciò non di meno è evidente altresì una netta cesura tra le due normative.

Le misure di prevenzione *non* hanno alcuna connotazione *retributiva*, perché, più in radice, è *assente* il presupposto di un *fatto illecito* da sanzionare proporzionalmente. Esse, infatti, non prendono le mosse da un'offesa ingiusta che costituisca fondamento giustificativo e limite della punizione legittima.

A ben guardare manca il *prius* logico di un qualsiasi tipo di sanzione, poichè per essere tale, una misura afflittiva deve implicare per l'autore un danno superiore all'offesa cagionata all'interesse protetto dall'ordinamento o comunque una riduzione qualitativa della sua condizione socioeconomica rispetto a quella precedente alla condotta illecita⁵⁷. Nulla di tutto ciò avviene per le misure in analisi, che operano in via anticipata rispetto a qualsivoglia offesa, posto che la loro *ratio essendi* è la neutralizzazione della probabilità di commissione di reati da parte del prevenuto⁵⁸.

La mancanza di un fatto illecito segna, da un lato, l'elemento differenziale fondamentale rispetto alle sanzioni penali e dall'altro lato, paradossalmente, costituisce al contempo un grave potenziale *vulnus* alle garanzie del cittadino, che si trova privato di un riferimento empirico per le proprie difese.

Misure di prevenzione e pene sono contenute in un medesimo *genus*, quello delle misure afflittive di *controllo sociale*, ma *solo* le pene prevedono un'afflizione *funzionale alla punizione di un fatto*⁵⁹.

7. Anche in materia di prevenzione, da tempo la Costituzione costituisce solo uno dei parametri di garanzia per il cittadino, cui si è affiancata la Convenzione europea dei diritti dell'uomo con la annessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Proprio quest'ultima rappresenta un'interlocutrice imprescindibile per l'interprete in questo campo, essendo intervenuta ripetutamente con pronunce via via più significative.

Anche da questa giurisprudenza è emersa, come già dalle sentenze della nostra Corte costituzionale, la piena legittimazione delle nostre misure di prevenzione, quali strumenti necessari per il conseguimento di obiettivi di sicurezza pubblica pienamente compatibili con la Convenzione.

misure di prevenzione.

⁵⁷ In questi termini L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 214

⁵⁸ Sul punto, rilevano come le misure di prevenzione, fondandosi su comportamenti costituenti reato, anche se non accertati, perseguano una finalità punitiva piuttosto che preventiva, integrando una forma di controllo sociale repressivo, C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*⁵, cit., 762; F. Mantovani, *Diritto penale*¹⁰, Milanofiori 2017, 862.

⁵⁹ In argomento, fondamentali i recenti contributi di F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 26 ss., e di L. Masera, *op. cit.*, 212.

Al penalista nostrano sorge spontanea e immediata la domanda se le misure *ante delictum* appartengano alla *matière* penale convenzionale e dunque meritino l'applicazione delle relative garanzie, in *primis* quelle di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione, e in *secundis* quella – davvero *à la page* negli ultimi tempi – del *ne bis in idem* (sostanziale) rispetto alle sanzioni penali *strictu sensu*⁶⁰.

Le risposte, a questo proposito, sono molto chiare e in qualche modo consequenziali tra loro.

La Corte ha ripetutamente escluso la natura penale delle misure di prevenzione, tanto personali (sorveglianza speciale) quanto patrimoniali (confisca di prevenzione)⁶¹, individuando poi il parametro convenzionale di riferimento non tanto nell'art. 5, posto a tutela della libertà personale, quanto nell'art. 2 del IV Protocollo, che presidia la libertà di circolazione⁶².

⁶⁰ Per quanto attiene invece al *ne bis in idem* processuale, la Cassazione ha di recente avuto modo di precisare che il principio è applicabile anche nel procedimento di prevenzione, ma la preclusione del giudicato opera *rebus sic stantibus* e, pertanto, non impedisce la rivalutazione della pericolosità ai fini dell'applicazione di una nuova o più grave misura, se vengono acquisiti ulteriori elementi - non valutati - che comportino un giudizio di maggiore gravità della pericolosità stessa e di inadeguatezza delle misure precedentemente adottate, cfr. Cass. 19.4.2016, dep. 8.6.2016, in *AP web*, 2016, 1 ss. con nota di S. Segalina, *Il principio del ne bis in idem nel procedimento di prevenzione*.

⁶¹ Negano l'appartenenza alla materia penale della misura della sorveglianza speciale le già citate C. eur., *Guzzardi vs Italia*, cit., § 108; C. eur., *Raimondo vs Italia*, cit., § 43; C. eur., *De Tommaso vs Italia*, cit., § 143, nonché, in materia di confisca, richiamando le sentenze *Raimondo* e *Guzzardi*, C. eur., 28.10.2004, *Bocellari e Rizza vs Italia* (dec.), secondo la quale «*Dès lors, la procédure y relative ne porte pas sur le 'bien-fondé' d'une 'accusation en matière pénale' (arrêt Raimondo, précité, p. 20, § 43, et Guzzardi, précité, p. 40, § 108). Les deuxième et troisième paragraphes de l'article 6, qui garantissent respectivement le principe de la présomption d'innocence et les droits des personnes accusées, ne trouvent donc pas à s'appliquer en l'espèce*». Analogamente, valutando la compatibilità di una misura in tutto e per tutto simile al nostro d.a.spo. adottata nell'ordinamento croato (l'analogia strutturale è stata rilevata dagli stessi Giudici), la Corte ha ritenuto che non costituisca una sanzione penale, per l'eminente connotazione preventiva che la caratterizza, cfr. A. 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 www.penalecontemporaneo.it, 13.11.2018. In dottrina, di recente, V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *RIDPP* 2017, 988 ss. ha sostenuto che le misure di prevenzione non appartenerebbero al nucleo duro del sistema afflittivo, né a quello semiduro delle misure punitive non formalmente penali, ma riconducibili alla materia penale convenzionale, bensì al cerchio delle misure afflittive non punitive, che devono rispettare le garanzie volte a tutelare lo specifico diritto che di volta in volta venga in considerazione. Sul rapporto tra legalità formale nazionale e nozione sostanziale convenzionale si veda anche F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in www.penalecontemporaneo.it, 5.4.2017.

⁶² La distinzione tra la misura afflittiva che attinge la libertà personale e quella che limita la libertà di circolazione passa, secondo la sentenza *Gillan and Quinton vs U.K.*, attraverso un'attenta analisi della concreta situazione alla luce di una serie di criteri, tra cui tipo, durata, effetti e modalità di attuazione della misura fisica, poiché la differenza tra restrizione e privazione della libertà non è solo una questione di grado e intensità, né, al contempo, esclusivamente di natura e sostanza, cfr. C. eur., 15.3.2012, *Gillan and Quinton vs U.K.*, § 56.

Paradigmatico il caso della sorveglianza speciale. Se nel caso *Guzzardi vs Italia*⁶³, la misura accompagnata dall'obbligo, oggi non più previsto, di soggiornare *in comune diverso* dalla residenza era stata effettivamente giudicata lesiva del diritto di cui all'art. 5 Convenzione edu, successivamente la Corte ha ricondotto la stessa misura (sia *con divieto di soggiorno* in uno o più comuni sia *con obbligo di soggiorno nel comune di residenza*) all'art. 2 del Prot. IV Convenzione edu, in quanto tali imposizioni non avrebbero carattere privativo della libertà personale, ma meramente limitativo della libertà di circolazione e di movimento⁶⁴.

Conseguentemente, è da negare l'operatività del principio del *bis in idem* (sostanziale), poiché questo presuppone due sanzioni riconducibili alla materia penale secondo i noti criteri Engel⁶⁵.

La morale che si può trarre dalla esperienza convenzionale è che l'esclusione delle misure di prevenzione dall'ambito penalistico non significa però per la Corte edu la rinuncia a stringenti garanzie per il cittadino, precisamente:

a) a quelle conseguenti alla natura degli interessi che vengono immediatamente incisi dal provvedimento pubblico; si pensi, in questo senso, alla libertà di circolazione, che ha comunque consentito la censura della sorveglianza speciale italiana per difetto di legalità/prevedibilità;

b) a quelle imprescindibili per la conformazione 'secondo lealtà' dei rapporti tra cittadino e autorità; dalla certezza del diritto, *in primis*, al principio di irretroattività, che opera a prescindere dalla spendibilità della qualifica penale della misura (si noti che in effetti essa è sempre più garantita persino nel diritto civile⁶⁶).

⁶³ C. eur., 6.11.1980, *Guzzardi vs Italia*, in *FI 1981*, IV, co. 1.

⁶⁴ Sul punto, F. Viganò, *Art. 2 Prot. 4*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino 2016, 356. Secondo G.P. Dolso, *op. cit.*, 137, la più frequente riconduzione delle misure di prevenzione all'art. 2 Prot. IV che non all'art. 5 Convenzione dipende forse dal fatto che quest'ultima non prevede la possibilità di applicare restrizioni in funzione della prevenzione di reati.

⁶⁵ Elaborati nella celebre C. eur. Plenaria, 8.6.1976, *Engel et al. vs Paesi Bassi*: si tratta della qualificazione formale nell'ordinamento di appartenenza, della natura dell'illecito e del grado di severità della sanzione. Da ultimo, sul rapporto tra *ne bis in idem* e perimetro della materia penale, anche alla luce del dialogo tra le Corti, F. Mazzacava, *Le pene nascoste*, cit., 287 ss. Si impone però un *caveat*: il *ne bis in idem* nell'accezione 'convenzionale' è modulato sul 'fatto concreto' e non sulle relazioni logico-strutturali tra fattispecie astratte. Sicché non si può escludere oggi che domani un'ipotesi specifica in cui si verifica la congiunzione di misura di prevenzione e pena possa integrare una violazione dell'art. 4 del Prot. VII Cedu. Nello stesso senso, V. Maiello, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1528.

⁶⁶ Si veda sul punto M. Bignami, *La Corte Edu e le leggi retroattive*, in *QuestG* 13.9.2017, anche per le notazioni in ordine alle diverse accezioni della retroattività che il diritto interno e quello convenzionale offrono all'interprete; in prospettiva ordinamentale si rimanda ai vari scritti contenuti in *Le leggi retroattive dei diversi rami dell'ordinamento*, a cura di C. Padula, Napoli 2018 *passim* e in particolare il contributo di A. Pugiotto, *Il principio d'irretroattività preso sul serio*, 18 ss., ad avviso del quale il principio d'irretroattività sancito dall'art. 11 delle preleggi rappresenterebbe, almeno in origine, una previsione *materialmente costituzionale*, perché strettamente saldata alle fondamenta dello Stato di diritto.

La *summa* di questo approccio, coerente sviluppo della giurisprudenza della Corte edu, è rappresentata dalla oramai celeberrima sentenza *De Tommaso vs Italia*⁶⁷, nella quale la Corte ha rilevato, in prima battuta, l'insufficiente prevedibilità delle conseguenze della propria condotta per il soggetto colpito dalla misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale e, in seconda battuta, la vaghezza e imprecisione relativa al contenuto delle prescrizioni che si accompagnano all'imposizione della stessa.

Si tratta delle stesse ingiunzioni che non molti anni prima la Consulta (sentenza n. 282/2010) aveva ritenuto fossero sufficientemente determinate, scrutinando il reato che puniva la violazione della sorveglianza speciale e in particolare delle prescrizioni di cui all'art. 5 dell'allora l. 1423/1956 (la prescrizione di "vivere onestamente", "rispettare le leggi", nonché quella di "non dare ragioni di sospetti", secondo la disciplina in quel tempo vigente).

Anche la Cassazione aveva legittimato in varie occasioni⁶⁸ tali previsioni, per quanto debba ammettersi che la stessa Suprema Corte abbia comunque, al contempo, tentato di contenere la vaghezza della fattispecie penale riferita alla violazione delle prescrizioni connesse alla misura di prevenzione (oggi prevista all'art. 75 co. 2 d. lgs. 159/2011), sostenendo che potesse rilevare solo quella inosservanza che si traducesse in una vanificazione della misura stessa⁶⁹.

Tornando ad esaminare più nel dettaglio il *dictum* della Corte europea, i giudici di Strasburgo hanno mosso essenzialmente quattro censure:

- i) la fattispecie di pericolosità generica è stata ritenuta indeterminata, sicché sarebbe impossibile prevedere con sufficiente certezza l'ambito di applicazione delle misure in analisi e dunque prevenirne un'interpretazione arbitraria (§§ 117 e 118 della sentenza);
- ii) alcune prescrizioni obbligatorie che corredano la sorveglianza speciale sono state considerate estremamente generiche, con particolare riferimento a quelle

⁶⁷ Definita una pronuncia para-costituzionale da V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, cit., 1042.

⁶⁸ Si veda Cass. 29.1.2014, dep. 7.3.2014, ord. n. 11217, in *CEDCass* m. 264477, secondo cui è penalmente sanzionato ai sensi dell'art. 75 co. 2 qualunque tipo di inosservanza degli obblighi o delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con divieto o obbligo di soggiorno.

⁶⁹ Così Cass. S.U. 29.5.2014, in *CP*, 2015, 4365, con nota di R. Cappitelli, *Limiti applicativi dell'art. 75 D.Lgs. n. 159/2011 nella giurisprudenza delle Sezioni Penali della Suprema Corte*. Secondo la sentenza «In tema di misure di prevenzione, la condotta del soggetto, sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, che ometta di portare con sé e di esibire, agli agenti che ne facciano richiesta, la carta di permanenza di cui all'art. 5, ultimo comma, della legge n. 1423 del 1956 (attualmente art. 8 D.Lgs. n. 159 del 2011), integra la contravvenzione prevista dall'art. 650 cod. pen. - e non il delitto di cui all'art. 9, comma secondo, della legge n. 1423 del 1956 (attualmente art. 75, comma secondo, D.Lgs. n. 159 del 2011 - perché costituisce inosservanza di un provvedimento della competente autorità per ragioni di sicurezza e di ordine pubblico, preordinato soltanto a rendere più agevole l'operato delle forze di polizia».

di vivere onestamente e rispettare le leggi e di non dare ragioni di sospetti (§ 119 della sentenza)⁷⁰;

iii) la disciplina è stata considerata imprevedibile in relazione alle prescrizioni facoltative, che il giudice può imporre discrezionalmente alla sola condizione che siano necessarie alla difesa sociale (§ 121 della sentenza);

iv) l'inclusione tra le prescrizioni del divieto assoluto di partecipare a pubbliche riunioni, senza specificazioni spaziali o temporali, rappresenta una limitazione di una libertà fondamentale della persona interamente rimessa al libero apprezzamento del giudice (§123 della sentenza).

Tirando le fila del discorso, la lettura della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, confermata anche nel recente caso *De Tommaso*, dimostra che le 'garanzie Cedu' possono essere assai incisive e traumatiche per il nostro sistema della prevenzione, anche senza scomodare la *matière pénale*.

Dall'analisi combinata del *tipo di bene inciso* dalla coazione pubblica e del *rapporto tra precetto e destinatario* emerge per le misure in analisi uno statuto convenzionale *flou*, variabile a seconda del diritto soggettivo del cittadino che venga in rilievo, ma certo più efficace di una tutela monolitica dipendente della semplice qualificazione formale dello strumento afflittivo⁷¹.

8. La sentenza della Corte edu nel caso *De Tommaso* ha gravemente scosso, sin dalle fondamenta, il sistema italiano della prevenzione, sicché, come era prevedibile, si continuano a registrare movimenti di assestamento nella giurisprudenza, tanto di merito quanto di legittimità, essenzialmente in relazione a due passaggi della disciplina in materia:

i) la determinatezza delle fattispecie di pericolosità generica, ai sensi dell'art. 1 del d. lgs. 159/2011, e

ii) la rilevanza penale della violazione delle prescrizioni che intimano di vivere onestamente e osservare le leggi.

⁷⁰ Le prescrizioni sono ora presenti all'art. 8 co. 4 d. lgs. 159/2011, ad eccezione della parte relativa al 'dare ragioni di sospetto'.

⁷¹ Di recente, sulle geometrie variabili delle tutele penalistiche, in funzione della *ratio* di garanzia che le anima e sulla base della constatazione che molte di esse sono principi che attengono, in generale, alla legittimazione e giustificazione delle scelte punitive, F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 55 ss., 253 ss., 264 ss. Un ragionamento in parte anticipato dalla Corte costituzionale (si vedano C. cost, 9.6.88, ord. 721; C. cost, 30.9.96 n. 335), che ha constatato come la giurisdizione preventiva sia quanto meno da ritenersi limitativa di diritti, il che impone di applicare le tutele tipiche del sistema sanzionatorio, idonee a contenere misure che delimitano il godimento di diritti della persona costituzionalmente garantiti o ad incidere pesantemente e in via definitiva sulla proprietà (si veda anche C. cost., 8.3.2010 n. 93).

Le reazioni dei giudici sono state di tenore opposto, dalla *resistenza* all'*adeguamento*, quest'ultimo secondo due percorsi alternativi: il primo *mediato* da una questione di legittimità costituzionale, il secondo *immediato*, caratterizzato cioè dall'impiego della interpretazione convenzionalmente conforme da parte del giudice comune.

Al paradigma della *pura resistenza* possiamo ascrivere la giurisprudenza di merito, che, applicando il *modus procedendi* descritto dalla Consulta nella sentenza n. 49/2015⁷², ritiene che la statuizione della Corte edu non integri un *precedente consolidato*, dunque in grado di vincolare il giudice italiano al principio di diritto in essa contenuto, a dispetto della provenienza della pronuncia dalla Grande Camera e della mancanza di preve pronunce contrastanti⁷³. *De Tommaso*, in quest'ottica, *tamquam non esset*.

Al modello dell'*adeguamento mediato* appartengono le ordinanze che, percependo l'imperatività della sentenza della Corte di Strasburgo, hanno ritenuto di sottoporre alla Consulta la questione di legittimità costituzionale della disciplina delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali) fondate sulle fattispecie di pericolosità generica in relazione all'art. 117 co. 1 Cost. (riferito all'art. 2 Prot. IV Convenzione edu, per ciò che concerne le misure di prevenzione personali, nonché,

⁷² Come noto, si legge al § 7 del considerato in diritto di questa sentenza che «È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo». La stessa pronuncia, al medesimo paragrafo, definisce la nozione di 'diritto consolidato' alla luce di una serie di parametri: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano. Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una "sentenza pilota" in senso stretto».

⁷³ Si segnalano in questo senso T. Milano, decreto 7.3.2017, in www.penalecontemporaneo.it, 13.4.2017, con nota di S. Finocchiaro, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*; T. Palermo, decreto 28.3.2017 in www.penalecontemporaneo.it, 13.4.2017, con nota di F. Balato, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*. In dottrina, F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, 156 ss., non ritiene che la sentenza *De Tommaso* rappresenti già espressione di un diritto consolidato e dunque vincolante per il giudice nazionale; ciò nell'ottica di consentire un progressivo avvicinamento delle posizioni tra tribunali nazionali e Corte europea, offrendo a quest'ultima nuovi elementi di riflessione e, allo stesso tempo, richiedendole ulteriori precisazioni.

anche se non rileva in questa sede, all'art. 1 Prot. add. Convenzione edu, per quanto attiene a quelle patrimoniali)⁷⁴.

Analogo il percorso prescelto dalla Seconda Sezione della Cassazione, che ha sollevato d'ufficio la questione di costituzionalità dell'art. 75 co. 2 d. lgs. 159/2011 nella parte in cui sanziona l'obbligo di vivere onestamente e di rispettare le leggi, in relazione agli artt. 25 e 117 Cost., l'ultimo dei due in relazione all'art. 7 Convenzione edu e all'art. 2 Prot. IV, alla luce della sentenza *De Tommaso*⁷⁵.

L'adeguamento si è fatto *immediato* nei casi in cui il giudice ha, invece, proceduto ad un'interpretazione convenzionalmente conforme, e dunque restrittiva, dei presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione ai c.d. 'pericolosi generici'. Dopo la sentenza *De Tommaso*, la Seconda Sezione della Cassazione ha affermato che gli «elementi di fatto» di cui all'art. 1 dovrebbero essere costituiti essenzialmente da fatti specifici significativi di un'effettiva tendenza a delinquere del proposto, tra cui spiccano evidentemente le precedenti condotte delittuose dello stesso⁷⁶.

Il paradigma di questo approccio è rappresentato dalla decisione con cui la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha escluso la rilevanza penale, ai sensi dell'art. 75 co. 2 d. lgs. 159/2011, della violazione delle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi, cioè proprio di quelle ingiunzioni accessorie alla sorveglianza speciale che erano state severamente censurate nella sentenza *De Tommaso*. Così facendo, non ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della norma, restringendone invece

⁷⁴ Così App. Napoli, 14.3.2017, in www.penalecontemporaneo.it, 31.3.2017, con nota di F. Viganò, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*. Precisamente la Corte di Napoli ha investito la Consulta dell'esame degli artt. 1, 3 e 5 della l. n. 1423/1956, nonché 19 della l. 152/1975 e infine degli artt. 1, 4 co. 1 lett. c, 6 e 8 del d. lgs. 159/2011.

⁷⁵ Cass. 25.10.2017, dep. 26.10.2017, ord. n. 49194, in *CEDCass* m. 271248, su cui A. Cisterna, *Le crepe nella legittimità costituzionale dell'art. 75 co 2, d. lgs. n. 159 del 2011, dopo la sentenza De Tommaso*, in *AP* 2017, 1005 e ss. e F. Viganò, *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 31.10.2017, che rileva come la divergenza tra le Sezioni Unite e la Seconda Sezione concerna il metodo con cui risolvere il problema di indeterminatezza dell'art. 75 del d. lgs. 159/2011 con riferimento alle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi. È da notare che per la dottrina i punti di possibile illegittimità costituzionale della disciplina non si arrestano a quelli ipotizzati dai giudici remittenti, potendo riguardare anche l'art. 3 Cost., in relazione all'art. 231 Cp, che prevede sanzioni più lievi di quelle valide per le misure di prevenzione in caso di violazione delle prescrizioni inerenti alla libertà vigilata, tra le quali rientra proprio l'intimazione a rispettare le leggi e vivere onestamente. Sul punto F. Basile, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Milano 2018, 955 ss.

⁷⁶ Si veda Cass. 7.2.2018, dep. 2.3.2018, n. 9517, in *CP* 2018, 3144 ss., con nota di B. Rossi, *Il giudizio di pericolosità ai fini delle misure di prevenzione*. Già prima della sentenza *De Tommaso* vi erano pronunce anticipatrici della Cassazione nel medesimo senso, cfr. Cass. 24.3.2015, dep. 17.7.2015, n. 31209, in *CED-Cass* m. 264319.

la portata applicativa alle sole inosservanze di specifiche intimazioni⁷⁷. In particolare, secondo la Corte, la rilevanza penale delle violazioni può riferirsi “*soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo*”⁷⁸.

La sentenza in analisi si caratterizza per una intonazione costituzionale⁷⁹, decretando la sottrazione di un segmento della condotta dalla fattispecie penalmente sanzionata, seppure in via ermeneutica. Di fatto si è trattato di una ridefinizione del tipo legale, cui è conseguita una sorta di *abolitio criminis* parziale.

Molteplici i punti critici di un simile *modus procedendi*.

In primo luogo, una futura diversa applicazione della disposizione penale, in chiave riespansiva rispetto alla violazione delle prescrizioni indeterminate, non è definitivamente bandita, come invece sarebbe accaduto in caso di intervento del legislatore o della Corte costituzionale.

In secondo luogo, così procedendo, non vengono prodotti gli effetti estensivi tipici dell'*abolitio*, non operando il meccanismo di cui all'art. 673 Cpp per i fatti oggetto di condanna precedente, con grave *vulnus* per l'uguaglianza di trattamento.

Ancora, come la dottrina ha subito giustamente segnalato, la sentenza delle Sezioni Unite ha volutamente tralasciato una delle due censure della Corte edu, quella relativa alla indeterminatezza della fattispecie di pericolosità generica⁸⁰.

Infine, il *dictum* della Cassazione si presenta intimamente contraddittorio, poiché, se la violazione delle prescrizioni generiche non consente di tipizzare il fatto penalmente rilevante, continua però a incidere sulla libertà del destinatario, essendo ancora oggi in grado di determinare la modifica peggiorativa della misura di prevenzione in atto.

La censura più grave, però, pare quella di una torsione pericolosa dei rapporti tra giudice e legge: all'interprete, per quanto istituzionalmente qualificato, non è infatti consentito né estendere né ridurre la portata di una disposizione legale obliterando il

⁷⁷ Cass. S.U. 27.4.2017, dep. 5.9.2017, n. 40076, in www.penalecontemporaneo.it, 17.9.2017, con nota di F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*; sulla stessa sentenza della Cassazione si vedano anche le considerazioni, riferite alla sorveglianza speciale in materia di violenza domestica e nell'ambito relazioni affettive, di 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")*. Segnala, invece, uno scarso effetto della sentenza della Corte Edu sulla giurisprudenza interna P. Pittaro, *op. cit.*, 164.

⁷⁸ Alla sentenza delle Sezioni Unite si sono subito allineate Cass. 9.5.2017, dep. 15.9.2017, n. 42332, in CEDCass m. 270764 e Cass. 30.11.2017 n. 54080.

⁷⁹ Come rilevato da V. Maiello, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in DPP 2018, 778.

⁸⁰ F. Basile, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in GI 2018, 458.

testo letterale della disposizione, anche quando animato dai migliori propositi (garantire la prevedibilità o assicurare effetti *in bonam partem* ai destinatari)⁸¹.

La forte sollecitazione del sistema delle misure di prevenzione italiane da parte della Corte edu ha dunque ingenerato reazioni giurisprudenziali variegata, alcune anomale rispetto alle regole di sistema attinenti agli equilibri tra poteri, altre ottative, se non velleitarie. Si tratta, come evidente, di scenari che non possono nemmeno essere lambiti dalla presente analisi; basti qui rilevare come ben diversi siano gli interventi che il nostro ordinamento deve attuare per allineare in modo concreto e permanente la complessiva disciplina della prevenzione criminale ai principi convenzionali.

L'approccio più corretto dal punto di vista costituzionale, che abbiamo definito sopra di 'adeguamento mediato' del diritto interno al *dictum* della pronuncia *De Tommaso*, è stato anche quello che ha prodotto i migliori frutti in termini di chiarezza e generalità della disciplina risultante. In esito agli incidenti di costituzionalità proposti da alcuni giudici di merito (*in primis* la Corte di appello di Napoli) e dalla Seconda Sezione della Cassazione, la Consulta ha potuto esprimersi con le decisioni nn. 24 e 25 del 2019, che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme scrutinate. Si tratta, più precisamente e come già detto, dell'art. 1 l. n. 1423/1956 (poi confluito nell'art. 1 lett. a d. lgs. n. 159/2011), dell'art. 19 l. n. 152/1975, degli artt. 4, co. 1, lett. c, e 16 d. lgs. 159/2011, per quanto riguarda la sentenza n. 24⁸². Per quanto riguarda, invece, la sentenza n. 25, essa ha caducato l'art. 75 co. 1 e co. 2 d. lgs. n. 159/2011, nella parte in cui puniscono (rispettivamente, come contravvenzione e delitto) la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale, ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

Da notare come la Corte abbia chiarito che nonostante l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione (c.d. sentenza Paternò), il completamento del processo di adeguamento del nostro ordinamento al diritto convenzionale passi dallo scioglimento della questione di costituzionalità da parte della Consulta, che, diversamente dalla Corte edu, è in grado di svolgere una valutazione sistemica degli interessi coinvolti (cfr. §§ 12 e ss. del considerato in diritto della sentenza n. 25/2019).

⁸¹ Analoghe perplessità in V. Maiello, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, cit., 782; parla invece di legittima riduzione teleologica della fattispecie F. Viganò, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, cit., 146 ss.

⁸² Si ricordi che l'illegittimità dell'art. 1 l. 1423/1956 (poi art. 1, lett. a d. lgs. 159/2011) è stata dichiarata nella parte in cui consente l'applicazione della misura della sorveglianza speciale ai soggetti ivi indicati.

9. Alla luce di quanto fin qui detto, è possibile affermare che le misure in analisi abbiano certamente un *contenuto afflittivo*, in modo via via crescente passando dall'ammonizione alla sorveglianza speciale; il momento *finalistico*, orientato alla prevenzione più che alla punizione, unito all'*assenza di un illecito presupposto* nella *struttura* di questi istituti, le riconduce però fuori dalla *materia penale* convenzionale⁸³.

Occorre ora identificare quali principi costituzionali interni valgono per il *diritto della prevenzione*.

Impiegare tale nozione può avere una portata euristica e non solo classificatoria, allorché consenta di comprendere come si tratti di una disciplina in sé conclusa, in cui le garanzie non possono essere pedissequamente importate dal sistema penale, ma devono venire autonomamente forgiate a partire dai diritti che vengono incisi dalla applicazione delle misure *ante delictum*.

La Costituzione certo tace su queste ultime. Su questo silenzio molto si potrebbe argomentare, sia nel senso che il Costituente abbia espresso per fatti concludenti la volontà di bandirle dall'ordinamento repubblicano⁸⁴, sia, in direzione opposta, per sostenere che esista una sorta di statuto costituzionale implicito di siffatti strumenti di controllo sociale, derivabile per *analogia iuris* dalle garanzie valide per il diritto penale in senso stretto⁸⁵.

Ancora oggi la prima opinione è autorevolmente sostenuta, al punto che, per alcuni Autori, quello della prevenzione italiana è un modello costituito da «norme totalmente incompatibili con il quadro dei principi fondamentali»⁸⁶.

Si tratta certamente di un'opzione lineare e coerente, per vero confortata anche dall'esperienza comparata, che dimostra (come notato dalla stessa Corte edu nella sentenza *De Tommaso*) che nella maggioranza degli ordinamenti europei non è prevista una disciplina assimilabile alla nostra, il che contribuisce a suggerirne il superamento.

⁸³ Peralto – anche alla luce della pluralità di indici che emergono in sede convenzionale (principalmente dalla sintesi tra le sentenze *Öztürk* e *Welch*) accanto a quello della finalità della misura, ovvero l'argomento comparatistico, il collegamento con un procedimento penale, l'applicabilità a tutti cittadini della disciplina – varrebbe la medesima conclusione. Si vedano su questi parametri accessori al criterio teleologico C. eur GC, 21.2.1984, *Öztürk vs Germany*, C. eur, 9.2.1995, *Welch vs U.K.* In dottrina, ritiene invece che si tratti di sanzioni criminali di genere anomalo G. Fiandaca, *Misure di prevenzione*, cit., 116.

⁸⁴ In questo senso la nota posizione di L. Elia, *op. cit.*, 23 ss.

⁸⁵ G. Amato, *op. cit.*, 49 individua la copertura costituzionale delle misure di prevenzione nell'art. 25.

⁸⁶ Così G. Balbi, *op. cit.*, 524, che rileva, dunque, che la giurisdizionalizzazione delle misure sia sostanzialmente un involucro vuoto.

La conclusione però potrebbe, a nostro parere, essere affrettata.

Il fatto possiede a volte una forza tale che il diritto non può che adeguarsi. La domanda sulla costituzionalizzazione implicita delle misure di prevenzione è divenuta oziosa, a seguito del costante impiego di tali strumenti da parte del legislatore dal dopoguerra ad oggi, nonché del riconoscimento da parte della Corte ed della ammissibilità di simili misure nel quadro del legittimo obiettivo di prevenire reati⁸⁷.

Di fronte all'interprete si stagliano oggi plurime disposizioni di legge che nell'epoca repubblicana hanno certificato la piena cittadinanza di siffatti strumenti nel nostro ordinamento, il che dovrebbe indurre forse ad un'interpretazione evolutiva del testo costituzionale, per comprendere quali norme di esso possano definire i confini di garanzia delle misure *ante delictum*.

A conforto di questa tesi, la stessa Consulta, pur avendo rimosso nel corso del tempo le componenti più retrive della disciplina delle misure di prevenzione, ne ha contemporaneamente suggellato la compatibilità con la Carta fondamentale⁸⁸.

In particolare, deve segnalarsi che, a seguito della riforma costituzionale del 2001, la menzione dell'ordine pubblico tra le materie di esclusiva spettanza dello Stato all'art. 117 co. 2 lett. *b* ha indotto la Consulta a evidenziare la stretta connessione tra prevenzione dei reati e tutela dell'ordinata e civile convivenza, rendendo la prima una funzione costituzionalmente rilevante⁸⁹.

È evidente, dunque, la conseguenziale legittimazione delle previsioni legislative che si propongano la soddisfazione di tale interesse, all'interno peraltro di un preciso vincolo modale, perché la Corte ha chiarito, ulteriormente, che le misure in analisi possono perseguire l'obiettivo di prevenzione dei reati, ma naturalmente in modo proporzionato, limitando cioè la compressione di controinteressi costituzionalmente rilevanti alle sole ipotesi davvero indispensabili al raggiungimento dello scopo⁹⁰.

Accantonato il profilo pregiudiziale della incostituzionalità *tout court* del sistema della prevenzione, occorre comprendere quali siano le garanzie di riferimento in questa materia e come debbano essere calibrate.

Mutuando il linguaggio della genetica mendeliana, si può a nostro parere distinguere tra *garanzie penalistiche dominanti*, che rimangono presenti anche a

⁸⁷ C. eur., 22.2.1994, *Raimondo vs Italia*, in CP 1994, 2252; C. eur., 5.1.2000, *Bongiorno vs. Italia*; con riferimento ad ordinamenti di altri Stati cfr. C. eur., 14.9.2000, *Sanoma Uitgevers B.V. vs Paesi Bassi*.

⁸⁸ Segnala come la Corte costituzionale non abbia mai messo in dubbio la compatibilità con la Costituzione di siffatte misure anche G. Balbi, *op. cit.*, 511.

⁸⁹ Si veda, per prima, C. cost., 4.5.2009 n. 129 e, da ultima, C. cost., 23.2.2016 n. 63; in dottrina P. Bonetti, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni 2002*, 483 ss.

⁹⁰ Si veda C. cost., 1.10.2003 n. 309, in GCos 2003, 3960 ss., con nota di Valensise, *La misura di prevenzione dell'obbligo di soggiorno in un determinato comune e il diritto a professare il proprio culto: un'armonia impossibile?*

seguito della ibridazione con un diritto afflittivo non punitivo, quale è quello della prevenzione, e *garanzie penalistiche recessive*, che ripiegano a presidio della sola materia penale, scomparendo dopo la contaminazione con la disciplina delle misure *ante delictum*, a tutto vantaggio di una pura logica di polizia.

9.1 La garanzia che non cessa di valere nel momento in cui si fuoriesce dal perimetro del diritto penale è certamente la determinatezza, nella duplice declinazione della pretesa di precisione della disposizione legale e della suscettibilità di verifica empirica del fatto tipizzato⁹¹.

Si tratta di un'affermazione condivisa non solo dalla Corte ed, ma anche dalla nostra Corte di Cassazione e, altresì, dalla Corte costituzionale⁹².

Peraltro, già da tempo la giurisprudenza di legittimità si è mossa nel senso di fornire una lettura c.d. 'tassativizzante' della pericolosità generica e di quella qualificata di tipo mafioso, 'agganciando' tali qualifiche alla previa attività delinquenziale compiuta dal proposto⁹³ e comunque sempre a fatti storicamente apprezzabili indicativi della propensione di quest'ultimo a commettere reati⁹⁴.

Nella medesima direzione si può leggere la valorizzazione del nesso tra procedimento di prevenzione ed esiti del giudizio penale, quando questo abbia avuto ad oggetto gli stessi fatti considerati come significativi di una pericolosità del prevenuto, in applicazione di un principio reso manifesto, con riferimento alla confisca, dall'art. 28 d. lgs. 159/2011⁹⁵.

Incidentalmente si deve rilevare che siffatta rimodulazione delle disposizioni in parola si traduce in un allineamento tra la disciplina delle misure di prevenzione e

⁹¹ Si tratta, notoriamente, di garanzie che possono anche essere sviluppate come due differenti declinazioni della legalità, da una parte il principio di precisione, dall'altra parte quello di determinatezza, accanto alle quali si pone poi la tassatività, intesa come divieto di analogia. Paradigmaticamente G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale*⁷, Milano 2018, 69 ss. Sulla polisemia del termine nella dottrina penalistica si veda, di recente, A. Nisco, *Principio di determinatezza e interpretazione in diritto penale: considerazioni teoriche e spunti comparatistici*, in *AP web* 2017,4, 4.

⁹² Cass. 19.4.2018, dep. 3.10.2018, n. 43826, cit., § 2.2 del considerato in diritto.

⁹³ Per una panoramica di questa giurisprudenza, F. Basile, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.7.2018, 6 ss., che ritiene che tale interpretazione sia probabilmente in grado di sottrarre la disciplina delle misure di prevenzione, quanto meno con riferimento a questo aspetto, a possibili censure di legittimità costituzionali, anche se naturalmente non è in grado di eliminare tutti i vizi della normativa in analisi.

⁹⁴ Cass. 11.2.2014, dep. 5.6.2014, n. 23641, in *CEDCass* m. 260104. Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale non si può non citare la sentenza n. 24/2019 che ha ritenuto imprecisa la previsione di cui all'art. 1 n. 1 della l. 1423/1956 poi confluita nell'art. 1, lett. a d. lgs. 159/2011.

⁹⁵ In questo senso, pur se riferite alla confisca, ma comunque rilevanti in quanto attinenti al presupposto della pericolosità del prevenuto, rilevano Cass. 3.6.2015, dep. 8.9.2015, n. 36301, in *CEDCass* m. 264568, nonché Cass. 24.3.2015, dep. 17.7.2015, n. 31209, in *CEDCass* m. 264319; più di recente Cass. 19.1.2018, dep. 15.3.2018, n. 11846, in *CEDCass* m. 272496.

quella delle misure di sicurezza. Benché solo le seconde impongano la commissione di un illecito penale, non è negabile l'identità funzionale tra le due misure, entrambe volte alla prevenzione di futuri reati⁹⁶.

Il parallelismo è colto già nella sentenza n. 177/1980 della nostra Corte costituzionale, che aveva sostenuto che le misure condividessero la medesima finalità e fossero da intendere come due *species* di un medesimo *genus*, il che sottoponeva entrambe al necessario rispetto del principio di tipicità e determinatezza⁹⁷. Sviluppando l'impostazione, la Consulta ha espressamente affermato l'applicabilità alle misure di prevenzione dell'art. 25 co. 3 Cost., riferito esplicitamente alle sole misure di sicurezza⁹⁸.

La categoria della pericolosità generica ha subito dunque nel tempo una sorta di 'tipizzazione di secondo livello', operante in particolare nel c.d. *diritto vivente*, che ha via via preteso che l'inquadramento del proposto nella fattispecie di prevenzione si fondi su dati di fatto identificabili e controllabili⁹⁹.

⁹⁶ Sul punto si vedano le riflessioni di P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza* (voce), in *ED*, XXVI, Milano 1976, 632 ss., che inquadrava le misure di prevenzione nel sistema penale sulla base di una considerazione teleologica, tendendo esse a impedire la commissione del primo delitto o la recidiva; accomuna i fondamenti delle due misure anche E. Gallo, *Misure di prevenzione*, cit., 1.

⁹⁷ Sulla importanza della sentenza per l'innalzamento del tasso di garanzia del processo di prevenzione A.M. Maugeri, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in *Scenari di mafia*, a cura di G. Fian-daca, C. Visconti, Torino 2010, 272 ss. La pronuncia del 1980 della Consulta non è stata certo di poco conto, poiché essa ha rappresentato il riferimento cui il legislatore del 1988, con la l. n. 327, ha guardato per ridisegnare le categorie dei possibili destinatari delle misure di prevenzione in chiave orientata al fatto e ad elementi empiricamente suscettibili di verifica da parte del giudice. Più di recente la Corte costituzionale (C. cost., 9.2.94 n. 321) ha sottolineato la non omogeneità tra il processo penale (e, all'interno di questo, del procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza) e quello di prevenzione, in quanto ognuno dotato di proprie peculiarità.

⁹⁸ La sentenza della Corte costituzionale n. 419/1994 afferma che questa comune sottoposizione all'art. 25 co. 3 derivi dalla medesimezza del fine (la prevenzione dei reati). Si legge in particolare al § 4.1. del considerato in diritto: «Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione - in quanto limitative, a diversi gradi, della libertà personale - è necessariamente subordinata, innanzitutto, all'osservanza del principio di legalità, individuato nell'art. 13, secondo comma, della Costituzione, nonché nell'art. 25, terzo comma, della Carta medesima, nel quale, pur se riferito espressamente alle "misure di sicurezza", è stata solitamente rinvenuta la conferma di tale principio anche per la categoria delle misure di prevenzione, data l'identità del fine (prevenzione dei reati) perseguito da entrambe (ritenute due *species* di un unico *genus*), aventi a presupposto la pericolosità sociale dell'individuo».

⁹⁹ Riconosce come negli ultimi anni la giurisprudenza stia adottando un approccio ermeneutico volto a prevenire un'applicazione arbitraria delle misure G. Balbi, *op. cit.*, 523. Al diritto vivente fa espressamente riferimento Cass. 15.6.2017, dep. 21.9.2017, n. 43446, in *CEDCass* m. 271220, in particolare al § 5.3 del considerato in diritto. Tale concetto è assai sfuggente, per definizione se ne discute in assenza di una legge, o quanto meno di una previsione normativa precisa e determinata; ne ha parlato per la prima volta la Corte costituzionale nella sentenza n. 276/1974, che lo intese infatti come il sistema giurisprudenziale formatosi in difetto di una espressa disposizione e, di fatto, solo in presenza di un orientamento consolidato nelle pronunce di legittimità. Sul punto L. Salvato, *Profili del "diritto vivente"*

La Corte costituzionale, fin dalla appena citata sentenza n. 177/1980, ha legato strettamente tassatività e determinatezza, intesa come verificabilità empirica o aderenza a vincoli di realtà; la misura di prevenzione, o meglio la fattispecie che la prevede, deve descrivere sintomi dotati di chiara natura fattuale, in grado di esprimere una *situazione di reale pericolo* per l'ordinamento e per la sicurezza pubblica¹⁰⁰, descrivendo sempre *comportamenti obiettivamente identificabili*¹⁰¹.

Se è vero che la Cassazione ha progressivamente tipizzato la base della prognosi di pericolo, come abbiamo visto, non risulta prudente affidarsi, in un sistema di *civil law*, esclusivamente alla concretizzazione giurisprudenziale in simili contesti, proprio per la natura intrinsecamente instabile dello strumento ermeneutico se non supportato da una previsione legislativa rigida¹⁰². Inoltre, l'implementazione della sola prevedibilità del giudizio può essere assai dannosa per le altre componenti della legalità, come abbiamo già avuto modo di apprezzare in altra sede¹⁰³.

9.2. Diversamente da quel che accade per la determinatezza, capace di spingersi oltre il confine della materia penale, le tutele condensate nei principi di irretroattività, colpevolezza e presunzione di innocenza patiscono invece una netta riduzione operativa, se non una vera e propria neutralizzazione, allorché si confrontino con il diritto della prevenzione.

nella giurisprudenza di legittimità, in www.cortecostituzionale.it, 2.2015, che ricorda (11) come la Corte costituzionale abbia sempre attribuito a sé il potere-dovere di accertarne la ricorrenza negli indirizzi della Corte di Cassazione, in particolare con la sentenza n. 210/1992.

¹⁰⁰ Si veda C. cost., 7.5.1975 n. 113, § 2 del considerato in diritto, che ha affermato, richiamando la propria precedente giurisprudenza: «Per vero questa Corte ha già riconosciuto, in numerose decisioni, la piena compatibilità delle misure in esame con i principi stabiliti dagli artt. 3 e 13 della Costituzione (sent. numeri 23 e 68 del 1964 e n. 32 del 1969) ed ha precisato che l'autorità di p.s. non può agire a proprio arbitrio sulla base di semplici sospetti, poiché è richiesta dalla legge un'oggettiva valutazione di fatti, da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona, che siano manifestazione concreta della sua proclività al delitto e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive ed incontrollabili (sent. n. 23 del 1964)». In precedenza, si veda anche C. cost., 20.4.1959 n. 27.

¹⁰¹ Così C. cost., 4.3.1964 n. 23, § 3 del considerato in diritto, in *RIDPP* 1965, 106 con nota di R.G. De Franco, *Riserva di legge e "determinatezza" delle previsioni di pericolosità sociale ex l. n. 1423 del 1956*. Si noti che P. Nuvolone, *op. cit.*, 633 aveva avuto modo di manifestare tutti i propri dubbi sulla possibilità di determinare tassativamente i presupposti di queste misure da parte della fonte legislativa, essendo riferite a situazioni alquanto fluide e sintomatiche. Dubbi sulla vaghezza delle fattispecie di prevenzione sono espressi anche da A. Mangione, *Le misure di prevenzione*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, *cit.*, 433.

¹⁰² Per R. Magi, *op. cit.*, 501, sul terreno dei presupposti e dell'accertamento della pericolosità si sarebbe giunti per via interpretativa ad un modello di giurisdizione piena, poggiante su una tassatività via via sempre più accresciuta in concreto. Nello stesso senso, F. Basile, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, *cit.*, 460, s.

¹⁰³ F. Consulich, *Lo statuto penale delle scriminanti*, Torino 2018, 466 ss.

Le ragioni possono essere molteplici. Sono garanzie più evolute e raffinate della semplice determinatezza e precisione del testo normativo, richiedendo un'implementazione 'di sistema' e non riferita alla singola disposizione. Peraltro, sono esclusivamente orientate a favore del privato, mentre la determinatezza ha invece un doppio volto, poichè certo giova *al destinatario del comando*, ma anche (nella accezione più corretta di tassatività) *al potere politico* che pretenda di farsi obbedire prontamente e miri a vincolare il giudice alla volontà della maggioranza parlamentare del momento manifestata nella legge¹⁰⁴. Tra i corollari della legalità, la determinatezza è insomma il più compatibile con gli scopi di controllo sociale o, quanto meno, il vincolo che l'Autorità è più disposta ad accettare.

Irretroattività, colpevolezza e rieducazione, infatti, esprimono un rapporto tra individuo e pubblici poteri impostato in chiave liberale e democratica, improntato alla lealtà del rimprovero normativo e all'autodeterminazione del cittadino. Tutte pongono al centro il destinatario della coercizione statale e la possibilità di quest'ultimo di comprendere il contenuto dei precetti a lui rivolti dall'ordinamento ed orientarsi sulla base di essi, ponendo, se necessario, in secondo piano le pretese di ordine e sicurezza avanzate dall'autorità e dai consociati. Quella del diritto della prevenzione è, invece, una prospettiva evidentemente antitetica, che accorda preminenza alle esigenze pubbliche rispetto alle prerogative del singolo: di qui il sostanziale rigetto, almeno al momento, dei principi diversi dalla determinatezza.

Si noti che anche nelle proposte di riforma della disciplina, volte ad orientarla in senso maggiormente coerente con la Costituzione e la Convenzione ed, la colpevolezza è assente tra i criteri direttivi; sono piuttosto la ragionevolezza e la proporzione a farla da padrone¹⁰⁵, criteri dunque puramente oggettivi e normativi, rilevanti più per l'attività esegetica dell'applicatore piuttosto che per le libere scelte d'azione del destinatario.

Non deve allora stupire che la giurisprudenza affermi che il divieto di retroattività sfavorevole non valga per le misure in analisi e che ancora di recente la Cassazione abbia rilevato, sia pure in materia di confisca, che il principio regolativo della successione di leggi sia il *tempus regit actum*¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Il punto è colto nitidamente in F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, 132 s. Rileva come vadano tenuti distinti i due volti dello stesso principio, uno rivolto al giudice, la tassatività, uno al legislatore, la determinatezza, A. Nisco, *op. cit.*, 19 ss.

¹⁰⁵ Si vedano le recenti riflessioni di M. Catenacci, *op. cit.*, 526 ss.

¹⁰⁶ Cass. S.U. 2.2.2015 n. 4880, in *RIDPP* 2015, 922, con nota di A.M. Maugeri, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture*. Secondo la Corte, in particolare (§ 8.2 del considerato in diritto), «le modifiche introdotte nell'art. 2 bis della legge n. 575 del 1965, dalle leggi n. 125 del 2008 e n. 94 del 2009, non hanno modificato la natura preventiva della confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione, sicché rimane tuttora valida l'assimilazione dell'istituto alle misure di sicurezza e, dunque,

È però soprattutto l'universo valoriale dell'art. 27 Cost. a rimanere estraneo alla disciplina delle misure di prevenzione.

L'esclusione della colpevolezza e della rieducazione dal sottosistema delle misure di prevenzione trova fondamento anche nel contenuto delle fattispecie di cui agli artt. 1 e 4 d. lgs. 159/2011. Mentre la prima è sempre riferita *ad un fatto commesso dal reo* e la seconda trova il proprio riferimento *in una condotta espressiva di un antagonismo* rispetto ai valori dell'ordinamento, le misure in analisi difettano, come abbiamo visto, di un comportamento illecito compiuto dal proposto e si caratterizzano per una finalità esclusivamente preventiva, in nessun modo contaminata dalla prospettiva risocializzativa¹⁰⁷.

La qualifica di pericolosità, generica o qualificata che sia, veicola insomma una *prognosi criminale* del giudice sul profilo delinquenziale del prevenuto e non certo una *diagnosi* rispetto alla responsabilità per un reato già commesso; peraltro, può rilevarsi come in questo ambito si prescinda totalmente dalla sfera soggettiva dell'agente, intesa come rimproverabilità e propensione personale oppositiva rispetto ai valori della collettività: la pericolosità per la sicurezza pubblica è una qualità che si apprezza non in chiave personologica, ma per lo più puramente oggettiva¹⁰⁸.

La logica della prevenzione rappresenta dunque una sorta di 'canone inverso' rispetto ai principi di colpevolezza e di rieducazione di cui all'art. 27 Cost.¹⁰⁹.

l'applicabilità, in caso di successioni di leggi nel tempo, della previsione di cui all'art. 200 cod. pen.». In precedenza, si veda Cass. 14.5.2009, dep. 1.9.2009, n. 33597, in *CEDCass* m. 245251 e, in dottrina, F. Giunta, *op. cit.*, 89.

¹⁰⁷ Valgano le considerazioni spese da C. cost., 7.4.2004, ord. n. 124, chiamata a pronunciarsi a seguito della questione di legittimità rispetto all'art. 27 co. 3 Cost. dell'allora vigente art. 3 della l. 1423/1956, nella parte in cui consentiva l'applicazione della sorveglianza speciale della pubblica sicurezza nei confronti di persona detenuta. Secondo la Corte «per quanto concerne la denunciata 'afflizione aggiuntiva' - in assunto connessa al cumulo fra pena e misura di prevenzione, segnatamente quando il reato per il quale è stata inflitta la pena assurga altresì ad elemento fondante la valutazione di pericolosità del soggetto proposto per tale misura - va rilevato come essa non implichi, di per sé, alcun vulnus al parametro costituzionale evocato, posto che la misura di prevenzione assolve ad una funzione chiaramente distinta e non assimilabile a quella della pena: la stessa Carta costituzionale, del resto - consentendo il sistema del 'doppio binario' tra pene e misure di sicurezza (art. 25, secondo e terzo comma, Cost.) - riconosce la possibilità del concorso fra due diversi strumenti di intervento, caratterizzati da fini eterogenei, pure in presenza di una medesima situazione di fatto (la commissione del reato come illecito, da sanzionare con la pena, e come indice di pericolosità sociale, da contrastare con la misura di sicurezza)».

¹⁰⁸ Al netto di una serie di dubbi sulla consistenza scientifica del concetto, così rileva G. Balbi, *op. cit.*, 520. Sulle critiche in ordine alla scarsa base empirica della nozione, a dispetto dell'importanza rivestita nel sistema penale e parapenale, R. Magi, *op. cit.*, 493 ss., che ritiene come la categoria giuridica della pericolosità sociale sia tuttavia irrinunciabile.

¹⁰⁹ L'approccio è evidente fin dalla sentenza n. 23/1964 ed è stato ribadito più di recente dalla pronuncia n. 48/1994. L'estraneità delle misure in analisi al diritto penale è alla radice della giurisprudenza costituzionale che nega la presenza della colpevolezza nello scenario della prevenzione, come rilevato da G. Balbi, *op. cit.*, 513.

L'estraneità all'obiettivo rieducativo si apprezza anche dal punto di vista degli effetti delle misure in analisi: gli artt. 66 ss. d. lgs. 159/2011 implicano l'estromissione del prevenuto dal contesto sociale, quanto meno dal punto di vista strettamente economico-produttivo, posto che prevedono decadenze e interdizioni (dalle licenze di commercio, dalle partecipazioni a gare pubbliche, dalle autorizzazioni e dalle concessioni per lo svolgimento di attività imprenditoriali, dai finanziamenti e dalle iscrizioni in registri pubblici ecc.). Perfino la personalità della responsabilità, contenuto minimale dell'art. 27 co. 1 Cost., è posta in discussione da tali previsioni, se è vero che l'art. 67 co. 4 d. lgs. 159/2011 consente al Tribunale di coinvolgere nei divieti e nelle preclusioni previste dai commi precedenti chiunque conviva con il prevenuto.

Per completezza va rilevato che l'estraneità della disciplina in commento rispetto ai contenuti dell'art. 27 Cost. è totale e riferibile dunque anche al profilo processuale della regola di giudizio da applicare nel procedimento di prevenzione. Non vi è spazio per la presunzione di innocenza, poiché l'intero rito si fonda su un'inversione dell'onere della prova, essendo sufficiente all'applicazione della misura, come visto, un semplice indizio, privo dei requisiti di cui all'art. 192 Cpp¹⁰⁰.

9.3. Il primo nucleo di tutela riconosciuto dalla Corte costituzionale in tema di prevenzione è stato tutto processuale, riferibile al principio dell'*habeas corpus*, che impone un controllo giurisdizionale rispetto ad ogni limitazione della libertà personale del cittadino. In questo senso, fin dalle prime sentenze è stato elaborato dalla Consulta un importante *standard* di giudizio, secondo cui la garanzia di cui all'art. 13 Cost. deve valere per qualsiasi misura pubblica che veicoli in capo al destinatario una degradazione giuridica assimilabile alla privazione della libertà personale.

L'affermazione si rinviene agli albori della giurisprudenza della Corte, precisamente nella sentenza n. 11/1956 in tema di ammonizione, ma anche nella pronuncia n. 68/1964 con la quale la Consulta è tornata sull'argomento: ogni provvedimento pubblico, che provochi una diminuzione della dignità o del prestigio della persona o che comunque sia suscettibile di determinarne una condizione equiparabile all'assoggettamento all'altrui potere, è potenzialmente lesivo dell'*habeas corpus* e dunque reclama le relative garanzie¹⁰¹. Per la verità, la sentenza del 1964 ha fornito della nozione di degradazione giuridica necessaria ad attivare le garanzie costituzionali una lettura più restrittiva di quanto si potesse pensare dopo la pronuncia

¹⁰⁰ Si noti peraltro che, sul piano sovranazionale, la Corte Edu non ha ritenuto di per sé contraria alla Convenzione la presenza di presunzioni o inversioni dell'onere della prova (cfr. C. eur., 7.10.1988, *Sa-labiaku vs. Francia*, § 28). P. Pittaro, *op. cit.*, 153, rileva come quello della prevenzione sia un sistema probatorio attenuato, se comparato con quello del sistema penale in senso stretto.

¹⁰¹ Si veda in particolare C. cost., 19.6.1956 n. 11 in tema di ammonizione, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni contenute negli articoli dal 164 al 176 del T.U.L.P.S.

del 1956, intendendo come assimilabili ad una limitazione della libertà personale solo quelle più intense forme di degradazione sociale e personale del destinatario, alla luce di una valutazione di tipo evidentemente quantitativo¹¹².

9.4. Tirando le fila del discorso svolto nei sottoparagrafi precedenti, è possibile affermare che le sanzioni penali e le misure di prevenzione abbiano un comune denominatore, la capacità afflittiva, e un elemento differenziale, la funzione punitiva, che è propria solo delle prime.

Mentre l'afflittività di entrambe implica l'estensione di alcune garanzie costituzionali dalle une alle altre, la funzione strettamente punitiva conduce a ritenere applicabili alle sole sanzioni penali tutti i corollari della legalità e i presidi personalistici offerti dalla colpevolezza.

Dal punto di vista dei parametri costituzionali spendibili per sorvegliare l'impiego delle misure *ante delictum*, è emersa l'imprescindibilità del riferimento all'art. 25, *sub specie* di tassatività delle fattispecie di pericolosità, e all'art. 13 Cost. che, rispettivamente, dal punto di vista sostanziale e da quello processuale, testimoniano le garanzie ineludibili da rispettare allorché venga in gioco una compressione della libertà personale, tanto se preventiva alla commissione di un fatto di reato quanto se reattiva ad esso¹¹³.

Ecco dunque il volto costituzionale delle misure di prevenzione, disegnato sulla base della loro capacità di incidere sui diritti e sullo *status* sociale dei cittadini¹¹⁴.

¹¹² La notazione è di G.P. Dolso, *op. cit.*, 69.

¹¹³ La nozione di libertà personale di cui all'art. 13 Cost. viene intesa come libertà della persona in senso stretto, diritto che conduce direttamente all'*habeas corpus*, come segnalato dalla Corte costituzionale fin dalla sent. n. 45/1960, che rinvia alla n. 2 del 1956. In una successiva occasione, con la sentenza n. 68/1994, trattando della misura del foglio di via obbligatorio, la Corte ha rilevato che la degradazione giuridica del destinatario, che attiva la norma in analisi, deve intendersi come la menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio del destinatario, tale da poter essere equiparata all'assoggettamento all'altrui potere. Naturalmente non è esente nella giurisprudenza della Corte anche una declinazione quantitativa della restrizione della libertà personale riconducibile al cono di tutela della disposizione costituzionale. Con la sentenza n. 13/1972, relativa alla misura dell'accompagnamento coattivo di pubblica sicurezza di cui all'art. 15 del T.U.L.P.S., la Corte ha affermato come la limitazione della libertà non era tale da richiedere le garanzie della previsione costituzionale in quanto l'immobilizzazione del soggetto per effettuare i rilievi dattiloscopici era momentanea. Allo stesso modo, più di recente (C. cost., 19.5.1997 n. 144), la Corte costituzionale ha ritenuto che l'ordine di presentazione agli uffici di polizia durante una competizione sportiva non richiedesse la convalida di cui alle norme del codice di procedura penale, poiché l'incisione della libertà personale, pur esistente, era da ritenersi modesta.

¹¹⁴ Si deve tenere però naturalmente conto di quanto correttamente la dottrina ha da tempo avuto premura di precisare, vale a dire che non ogni ipotesi di coazione fisica deve essere semplicisticamente ricondotta all'art. 13, soprattutto allorché sia giustificata da ragioni oggettive e non squalificanti, come accade ad esempio in materia di igiene e salute pubblica. Si legga C. Mortati, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *GCos* 1960, 683. Per G. Amato, *op. cit.*, 47 s., invece, il rispetto della procedura indicata dall'art. 13 Cost. sarebbe imposto in materia di misure di prevenzione non perché esse

10. La prevenzione si pone *al limite* del diritto penale, nel duplice senso di *confine esterno* al di là del quale molte delle tutele del *nullum crimen sine lege* cessano di operare, e di *estrema possibilità di coercizione legittima* da parte dello Stato democratico¹⁵.

Il settore delle misure in commento, con particolare riferimento a quelle personali, merita un continuo e rigoroso monitoraggio: sono troppo elevati i rischi del *labelling game*, vale a dire del depotenziamento o, finanche, dell'azzeramento delle garanzie del cittadino in ragione della natura non penale di questa disciplina¹⁶.

Per una plastica rappresentazione dei possibili pericoli può soccorrere il 'caso statunitense'. L'ordinamento nordamericano contempla misure di prevenzione personali (ad esempio il *civil commitment*) o patrimoniali, come il *forfeiture*, assai simili alle nostre. Tuttavia, il legislatore le ha qualificate come *civili*, con la conseguente previsione di presupposti ben distanti da quelli penalistici: la commissione di un reato, ad esempio, non è condizione indefettibile per l'applicazione di tali misure.

Il ruolo giocato dalla commissione di un reato è di modulare l'onere probatorio a carico dello Stato. La Corte Suprema ha ribadito più volte che la mancanza di un illecito penale eleva lo statuto probatorio necessario al rispetto della *due process protection*, sicché la prova deve divenire '*more substantial*': non basta la civilistica *preponderance of evidence*, ma è richiesta una prova «*clear and convincing*»¹⁷ in ordine alle condizioni mentali e alla pericolosità del potenziale destinatario della misura. Laddove invece un reato sia stato commesso, anche in assenza di successiva condanna, la Corte Suprema ha ritenuto ammissibile l'allentamento dello *standard* probatorio richiesto: l'accertamento di un fatto illecito consente già di inferirne la pericolosità dell'autore e, quindi, la necessità di applicare il *commitment*¹⁸.

incidano sempre sulla libertà personale, ma perché presuppongono un giudizio di carattere degradante sulla persona.

¹⁵ Di "diritto penale al limite" ha parlato M. Pelissero, *Contrasto al terrorismo internazionale e diritto penale al limite*, in *QuestG* 2016, 99 ss.

¹⁶ Rischio non recente e non solo italiano. Con riferimento alla legislazione degli Stati Uniti d'America, cfr. A. Dershowitz, *Preventive Confinement: A Suggested Framework for Constitutional Analysis*, in 51 *Tex. L. Rev.* 1973, 1277. Il fenomeno riflette una questione più generale, la perdita di identità del sistema penale rispetto a quello civile, tematizzata negli anni Novanta, tra gli altri, J.C. Coffee, *Paradigms Lost: the Blurring of the Criminal and Civil Law Models—And What Can be Done about It*, in 101 *Yale L. J.* 1991-1992, 1875 ss.; Id., *Does «Unlawful» Mean «Criminal»? Reflections on the Disappearing Tort/Crime Distinction in American Law*, in 71 *B.U. L. Rev.* 1991, 193 ss.); in senso critico P.H. Robinson, *The Criminal-Civil Distinction and the Utility of Desert*, in 76 *B.U.L.*, 1996, 201 ss.; Id., *The Criminal-Civil Distinction and Dangerous Blameless Offenders*, in 71 *B.U. L. Rev.* 1991, 193 ss.; R.A. Epstein, *The Crime/Tort Distinction: A Generation Later*, in 76 *B.U. L. Rev.* 1996, 1 ss.

¹⁷ US Supreme Court, *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979), 425-427.

¹⁸ US Supreme Court, *Foucha v. Louisiana*, cit., 504 U.S. 76 (112 S.Ct. 1780, 118 L.Ed.2d 437) (1992).

Nell'ambito delle misure personali, fa bella mostra di sé il c.d. (*indefinite*) *involuntary civil commitment* (o *confinement*), che rappresenta un'ossimorica detenzione 'civile', a volte anche a tempo indeterminato, di individui ritenuti pericolosi, spesso *outsiders* (infermi di mente, minori, tossicodipendenti e pregiudicati per reati sessuali), indipendentemente dalla commissione di un nuovo reato. La Corte Suprema ha più volte ribadito che, ai fini dell'applicazione del *civil commitment*, siano sufficienti una condizione mentale che conduca ad un discontrollo delle proprie azioni, anche non totale, e una pericolosità sociale o per la propria incolumità¹¹⁹.

Anche dal punto di vista processuale, l'etichetta civilistica di tali misure comporta il paradosso dell'adozione di un rito non penale vincolato al solo rispetto del nucleo minimo di principi del *due process*¹²⁰.

La natura strumentale della qualificazione della disciplina è ben evidenziata in un caso di applicazione retroattiva della detenzione civile ad un delinquente sessuale al termine dell'esecuzione della pena, sulla base di una normativa dello Stato del Kansas (*Kansas Sexually Violent Predator Act* del 1994). Per la Corte Suprema il *civil commitment* non persegue nessuno dei due obiettivi primari della pena – la retribuzione e la prevenzione generale – né implica il requisito della colpevolezza: non avendo funzione punitiva non violerebbe dunque nel caso di specie né la *double jeopardy claim*, né il divieto di retroattività della legge penale (*ex post facto claim*)¹²¹.

L'*excursus* comparatistico, unito a quanto detto finora, consente di trarre le seguenti conclusioni.

È evidente che le misure di prevenzione tendono a rappresentare una valvola di sfogo di tensioni securitarie che, diversamente, si scaricherebbero in tutta la loro prorompente carica traumatica sul sistema penale contemporaneo¹²².

Proprio per questo non pare alle porte l'eclissi delle misure di prevenzione personali, dato che oggi, ben lungi dall'essere relegate tra le anticaglie di un diritto di polizia ottocentesco e positivista, continuano a prosperare sia la sorveglianza speciale che le misure questorili.

¹¹⁹ Sul requisito del c.d. '*lack of control*', v. US Supreme Court, *Kansas v. Crane*, 534 U.S. 407 (269 Kan. 578, 7 P.3d 285) (2002). Sul secondo elemento cfr., fra le altre, US Supreme Court, *Foucha v. Louisiana*, 504 U.S. 71 (112 S.Ct. 1780, 118 L.Ed.2d 437) (1992); US Supreme Court, *Jones v. United States*, 463 U.S. 354 (1983).

¹²⁰ Sul punto si vedano le precise notazioni di L. Pasculli, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova 2012, 68.

¹²¹ US Supreme Court, *Kansas v. Hendricks*, 117 S.Ct. 2072 (1997).

¹²² Rileva come la sicurezza sia al centro delle attenzioni penalistiche dei governi e delle opinioni pubbliche contemporanee M. Donini, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale, Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini, M. Pavarini, cit., 11 ss. In argomento si va anche D. Bertaccini, *La costruzione sociale della questione securitaria. Narrative, rappresentazioni e strategie nella cultura dell'insicurezza*, in *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, a cura di F. Curi, cit., 31 ss.

In tale scenario vale la pena di rimeditare il complesso delle garanzie messe in campo per sorvegliare questo settore.

Da un lato, è tempo forse di abbandonare il tentativo di riproporre, in questo settore, i principi penalistici: troppo facile per il legislatore aggirarli con qualificazioni formali di facciata e troppo distante la struttura della fattispecie di prevenzione da quella di un'incriminazione, come ci ricorda anche la giurisprudenza convenzionale.

Più che pretendere che vi siano delle tutele *connaturate al diritto della prevenzione* è preferibile piuttosto applicare le garanzie *reclamate dai diritti incisi* dalle misure *ante delictum*: tassatività e determinatezza da una parte, riserva di giurisdizione effettiva (non meramente formale), dall'altra parte.

In aggiunta, si potrebbe valorizzare lo scrutinio di proporzionalità del prodotto normativo da parte della Corte costituzionale¹²³. Occorre rifuggire, però, da una visione 'massimalista' di questo canone, che in teoria è in grado di spingere l'interprete fino a valutazioni di impatto sull'efficacia preventiva delle misure in analisi, nonché sull'aderenza alla realtà delle prognosi normative sottese alla disciplina legale.

È ovvio, infatti, che un controllo così strutturato si porrebbe inevitabilmente al confine con la discrezionalità del legislatore e sarebbe ostacolata dalla scarsità dei dati statistici che possano sostenere dal punto di vista empirico e criminologico la valutazione della Corte e, forse soprattutto, dal tipo di esame che le compete.

Si può però accedere ad una visione 'moderata' del canone della proporzione. Se rimane estremamente difficile per la Consulta compiere quella che va sotto il nome di verifica della '*proporzionalità in senso stretto*'¹²⁴, che imporrebbe di ponderare gli effetti dell'atto legislativo, mettendo a raffronto costi e benefici, non è raro che i

¹²³ Per un'analisi della declinazione nello scenario internazionale e sovranazionale del principio, V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, 144 ss.; sul modello tedesco di proporzionalità G. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano 2005, 278 ss.; W. Hassemer, *Perché punire è necessario*, Bologna 2012, 153 ss. Evidenzia come nei Paesi in cui la giustizia costituzionale svolge giudizi di proporzione sia discusso se quest'ultimo costituisca un principio di legittimità autonomo G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale*, Milano 2012, 43. Sulla modellistica dei giudizi in analisi si legga D. Pulitanò, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *RIDPP* 2008, 1027; nella dottrina di lingua inglese, si veda l'approfondita indagine di J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, cit., *passim* e in particolare 69 ss. Sulla struttura triadica del classico giudizio di proporzione, B. Schlink, *Proportionality* (1), in Rosenfeld-Sajo (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2012, 720 e, in Italia, per tutti, P. Barile, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1994, 21 ss. La differenza, pur entro uno stretto legame, tra ragionevolezza, proporzione e principio costituzionale di uguaglianza è sottolineata da D. Pulitanò, *Ragionevolezza e legge penale*, Napoli 2012, 35. Si veda in argomento anche L. Paladin, *Ragionevolezza*, in *ED*, agg. I, Milano 1997, 903.

¹²⁴ Sul giudizio di proporzionalità e le fasi che lo compongono A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012, 175 ss.

Giudici costituzionali effettuino una valutazione di congruenza e adeguatezza del mezzo rispetto al fine¹²⁵.

Presto detto allora l'uso che si potrebbe fare della ragionevolezza nell'ottica del giudizio di costituzionalità delle misure di prevenzione: mentre è sicuramente razionale la misura preventiva che prenda le mosse da un fatto significativo e suscettibile di accertamento, non lo è quella che ponga a proprio fondamento un sospetto e comunque si prefigga un'indebita finalità sanzionatoria¹²⁶.

Niente di particolarmente nuovo, dunque. Da sempre il penalista sa che quando la misura *preventiva* diviene strumento *punitivo* e funge da surrogato del diritto e del processo penale, è allora che essa diviene illiberale e merita la più stringente censura.

¹²⁵ Il punto è sottolineato da M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 24/26.10.2013, 6, con la citazione delle pronunce in tema. Sul possibile impiego, nel contesto della prevenzione dei reati, del test della proporzionalità della misura coercitiva rispetto allo scopo di tutela, già sperimentato nella giurisprudenza della Corte edu, F. Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, cit., 77. Per un recente esame dell'impiego della ragionevolezza come strumento del giudizio di legittimità costituzionale A. Longo, *Il sindacato di ragionevolezza in materia penale. Brevi riflessioni a partire da alcune ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale*, in *AP web* 2017, 3, in particolare 14 ss., ove l'Autore rileva come l'evoluzione dalla struttura triadica a quella diadica del principio non si sia manifestata in sede penale se non raramente, per timore di invadere gli spazi della discrezionalità legislativa.

¹²⁶ Laddove la Corte edu ha verificato che la misura di prevenzione fosse stata disposta sulla base di meri sospetti o irragionevoli presunzioni, ha sancito la violazione dell'art. 2 Prot. IV Convenzione edu, cfr. la pronuncia *Labita vs Italia*, 6.4.2000, § 196 ss., riferita ad un'ipotesi in cui la misura della sorveglianza speciale era stata disposta alla luce di un legame di parentela tra la moglie del ricorrente ed un appartenente ad una associazione mafiosa. In tema di confisca di prevenzione, C. eur., 17.6.2014, *Caccucci e Sabatelli vs Italia*, § 44, che ha stabilito che le misure non conseguono a semplici sospetti, bensì a fatti in senso stretto. In precedenza, sempre in materia di confisca di prevenzione, la Corte edu aveva già riconosciuto che la legislazione italiana in materia di misure di prevenzione prevede la necessaria presenza di fatti specifici, cfr. C. eur., 26.7.2011, *Pozzi vs Italia*, in particolare § 27. Per una serie di critiche in questo senso si vedano, tra i molti e solo di recente, M. Ceresa-Gastaldo, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in www.penalcontemporaneo.it, 3.12.2015; V. Maiello, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, cit., 325; M. Catenacci, *op. cit.*, 528. Si noti che nell'ambito della sentenza *De Tommaso* si può leggere l'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque, secondo il quale le misure di prevenzione italiane integrerebbero delle 'pene di seconda classe' fondate sul sospetto (§ 4 della *dissenting opinion*).