

ANTICIPAZIONI

CLELIA IASEVOLI

Presupposti, sequenze e forme delle misure preventive personali su proposta dell'autorità giudiziaria*

In uno stato di diritto le restrizioni alla libertà personale sono ammesse soltanto in caso di accertata violazione di regole stabili, conoscibili e prevedibili, non sottoposte all'alea di ricostruzioni ermeneutiche disomogenee. Alla differenziazione del metodo di accertamento deve corrispondere una diversificazione delle forme di tutela, che sebbene diseguale nelle variabili modalità del suo esercizio, sia egualmente soddisfattiva dei bisogni di garanzia, sotto il profilo dei diritti fondamentali. Il giurista non può sottrarsi al momento "valutativo" della norma, premessa insostituibile per il raccordo tra istanze sociali e Costituzione. Pertanto, l'Autrice si propone di indagare gli intrecci tra oscillazioni giurisprudenziali, con riguardo alle misure di prevenzione, principio del *giusto processo* e funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

Assumptions, sequences and forms of personal preventive measures on a proposal from the judicial authority.

In the rule of law restrictions to personal freedom are admitted only in case of ascertained violation of stable rules, knowable and predictable, which are not object of uneven interpretative reconstruction. The diversity of the verification method must be followed by a differentiation of the forms of protection, which - notwithstanding the difference in the modes of exercise - equally satisfy the needs of guarantee, under the profile of the fundamental rights. The jurist can not escape from the evaluative moment of the law, which is the indispensable precondition for the connection of social demands and the Constitution. So the Author aims to investigate about the jurisprudence's oscillationis, concerning the preventive measures field, the fair trial and of the Supreme Court's function defined as "nomofilattica".

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. I contenuti 'omnipervasivi' della funzione giurisdizionale. - 3. Il presupposto di attualità della pericolosità generica. - 3.1. Gli indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose. - 4. Tipologia di autore e massime di esperienza. - 5. La titolarità della proposta. - 6. Le fonti di conoscenza. - 7. Il procedimento. - 8. La decisione.

1. Premessa. Nelle varie accezioni di sicurezza sociale è possibile rintracciare una pregnante connotazione comune: essa ha a che fare con i contenuti limitativi di una situazione di libertà. Il concetto, ricostruito in termini normativi come complesso di principi fondamentali, si presta ad accrescere il consenso intorno alla legittimità della risposta legislativa 'richiesta' dalla eccezionalità di talune situazioni¹. In tal modo, si perviene a giustificare anche l'uso del processo come mezzo di neutralizzazione della pericolosità di una persona in

Il presente scritto è destinato al *Commentario sistematico alla legislazione antimafia*, diretto da MEZZETTI e LUPARIA, Milano, in corso di pubblicazione.

¹ Sull'aumento del tasso di repressione nelle misure di diritto sostanziale, autorevolmente RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982, *passim*. In tal senso già, NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Indice penale*, 1974,639; CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, *passim*.

relazione a quella storicità del fatto, che non assurge a tipicità offensiva e, quindi, non costituisce reato. L'effetto è lo spostamento dell'asse di interesse *dalla* tutela del bene giuridico *alla* difesa dal tipo di autore, accentuando la contrapposizione tra tutela della collettività e diritti inviolabili dell'individuo.

Non si comprende, però, come la tutela della sicurezza sociale possa portare alla negazione di quegli stessi principi di cui è espressione. La contraddizione spinge l'interprete negli ambiti di indeterminatezza della legge, richiedendogli un *plus* di sforzo di sistemazione dommatica nell'iter di giurisdizionalizzazione delle misure preventive personali², essendo la sicurezza sociale ridotta ad oggetto di tutela dagli indefiniti confini, laddove - a ben vedere - ha la fisionomia di una *ratio* di tutela, di un *telos*. Anche da un punto di vista di politica criminale, l'utilizzazione della *ratio* come oggetto di tutela è inutile e rischioso. «In questa prospettiva essa risulta incapace, per la sua stessa natura, di offrire una nozione significativa di bene e, pertanto, appare assolutamente inadonea a svolgere una funzione di delimitazione dell'intervento penalistico dello Stato»³.

Difatti, la verifica della pericolosità, funzionalizzata a garantire sicurezza, non verte sulla responsabilità in relazione ad un fatto penalmente rilevante. Essa ha una duplice connotazione, per un verso, è volta ad accertare la pericolosità del proposto in rapporto al precedente agire, per come ricostruito attraverso le fonti di conoscenza, e per altro verso, si sostanzia in una valutazione prognostica inerente alla probabilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale e costituzionale o dell'ordine economico⁴, concetti, intesi in un'accezione così lata, da rendere inverosimile una loro ricostruzione in termini di oggettività giuridica.

Va posto in debito risalto che non vi è alcuna certezza quanto alla definizione di affidabili criteri empirici su cui poggiare il giudizio di pericolosità, né dal punto di vista delle scienze mediche, né da quello delle scienze sociali. Per quel che riguarda, invece, i riferimenti normativi della pericolosità, si perviene sempre - in ultima analisi - al combinato disposto degli artt. 133 e 203 c.p., che finiscono per fornire gli stessi parametri per giudizi, che hanno oggetti differenti, un guazzabuglio che unifica, inaffidabilmente, presupposti teorici opposti: scuola classica e scuola positiva.

In materia, come è noto⁵, non sfuggono i contenuti necessariamente onniper-

² Cass., Sez. un., 26 aprile 2014, Spinelli, in *Mass. Uff.*, n. 262605.

³ Così, MOCCIA, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXII, Roma, 1990, 4.

⁴ ORLANDO, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in Atti del convegno *La giustizia penale preventiva*, Cagliari, 29-31 ottobre 2015, Milano, 2016, 5 e ss.

⁵ Per tutti, SCHIAFFO, *La pericolosità sociale tra 'sottigliezze empiriche' e 'spessori normativi'*, in

vasivi della funzione giurisdizionale, che si addentra nella mediazione e nella regolazione del conflitto, subendo il condizionamento delle operazioni di contemperamento tra principi; né la commistione tra efficienza ed organizzazione delle forme di controllo sociale. Il fenomeno ha i tratti di un'antica consuetudine: la 'nefasta' logica dello stato di necessità emergenziale, che si manifesta con arretramenti dei livelli di legalità e con sospensioni delle prerogative costituzionali.

Eppure, in uno stato di diritto le restrizioni alla libertà personale sono ammesse soltanto in caso di accertata violazione di regole stabili, conoscibili e prevedibili, non sottoposte all'alea di ricostruzioni ermeneutiche disomogenee. Alla differenziazione del metodo di accertamento deve corrispondere una diversificazione delle forme di tutela, che sebbene diseguale nelle variabili modalità del suo esercizio, sia egualmente soddisfattiva dei bisogni di garanzia, sotto il profilo dei diritti fondamentali. Il giurista non può sottrarsi al momento 'valutativo' della norma, premessa insostituibile per il raccordo tra istanze sociali e Costituzione. Qui si intrecciano oscillazioni giurisprudenziali, principio del *giusto processo* e funzione nomofilattica della Corte di Cassazione.

Su questo fronte la giurisprudenza di legittimità, percorrendo una sotterranea strumentalità, ha fissato regole sue proprie, elaborando un tendenzialmente rigido modello tipico di decisione ovvero un *trend* tipizzante l'itinerario valutativo, mediante l'individuazione di criteri di carattere epistemologico, con l'effetto, da un lato, di regolare i margini del ragionamento giudiziale e, dall'altro, di una progressiva equiparazione procedimentale tra misure cautelari e misure preventive⁶.

Vero è che in questo disegno l'eccezione, ravvisabile nella restrizione della libertà di circolazione, in mancanza di una condotta tipica offensiva, e fatta salva dalla Corte EDU, è ammessa nell'area di una stringente correlazione tra gli elementi fattuali, che hanno autorizzato la deroga ai principi generali, e le esigenze concrete. Al di fuori di quest'area, l'eccezione costituisce un *vulnus*, perché fondata su meri soggettivismi ed astratte semplificazioni probatorie.

Ed è qui che si inserisce la funzione di autotutela del sistema svolta dalla Corte⁷, che crea griglie di salvaguardia della verifica giudiziale, prescrivendo una metodologia che non perde la connotazione di astrattezza, nonostante le co-

www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁶ MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁷ In particolare, Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, Scagliarini, in *Mass. Uff.*, n. 31209; Id., Sez. II, 4 aprile 2015, Friolo, *ivi* n. 26235; Id., Sez. I, 11 giugno 2015, Pagone, *ivi* n. 43720; Id., Sez. I, 2 febbraio 2016, Targia.

stanti affermazioni ed i continui richiami ad una complessa operazione preliminare di riconducibilità degli elementi fattuali ad una delle categorie criminologiche ‘tipizzanti’ di origine legislativa, con riferimento alla pericolosità generica o qualificata⁸.

2. *I contenuti “onnipervasivi” della funzione giurisdizionale.* Il diritto giurisprudenziale⁹ si è spinto, addirittura, all’interno della successione teleologica degli atti, identificando gli indici differenziali tra due sequenze funzionalmente interdipendenti: una fase constatativa, ovvero di apprezzamento di fatti idonei ad iscrivere il soggetto in una delle situazioni previste; ed una seconda fase prognostica in senso stretto: la valutazione delle probabili, future condotte, in chiave di probabile offesa ai beni tutelati, logicamente influenzata dai risultati della prima, secondo il paradigma di cui all’art. 203 c.p.

Nell’ottica di un’attività interpretativa, convenzionalmente conforme all’art. 2 Protocollo 4 addizionale della Convenzione, si insiste sulla centralità della componente ricostruttiva del giudizio di prevenzione, a dimostrazione che la prevenzione speciale individualizzante si basa su un ‘solido’ momento cognitivo, inerente all’apprezzamento di elementi idonei a garantire l’iscrizione del proposto in una delle categorie previste.

Ciò non muta la natura delle cose!

Il dato strutturale si sostanzia nel riscontro di un particolare modo di essere: dedizione abituale a traffici delittuosi, finanziamento sistematico dei bisogni di vita almeno in parte con i proventi di attività delittuose, condotte lesive della integrità fisica o morale dei minori o della sanità, sicurezza o tranquillità pubblica, indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose e altre ipotesi tipiche, di cui all’art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, cui non siano seguiti segni indicativi di un tangibile ravvedimento. Si tratta di situazioni normative, che, risolvendosi in una ‘sensibile’ anticipazione di tutela, restano confinate nella logica ambigua e labile del mero sospetto.

Siamo lontani dal diritto penale del fatto; assistiamo alla processualizzazione di atteggiamenti sintomatici¹⁰ e, dunque, al cedimento dell’oggetto del processo in un’area, che possiamo definire penale, in quanto inerente a disposizioni limitatrici della libertà personale¹¹. Una norma, però, non può essere consi-

⁸ Sulle categorie di pericolosità, BALSAMO, voce *Codice antimafia*, in *Dig. Pen.*, vol. VIII Agg., Torino, 2014, 62 ss.

⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641, Mondini.

¹⁰ In tal senso CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2015.

¹¹ Sul cedimento del *thema probandum*, FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione: profili*

derata tale, se non sia formulata con sufficiente precisione, cioè, se non sia adeguata a svolgere la funzione di orientamento nei confronti dei consociati, che devono essere in grado di prevedere – ad un livello ragionevole – le conseguenze che un determinato atto possa comportare, nonostante le peculiarità del caso concreto¹².

Se è vero che il testo scritto non possa in ogni caso comprendere ogni eventualità, non è men vero che vi sia un nesso interdipendente tra lo standard di precisione e il contenuto della legge: l'ambito ed i destinatari¹³. Ne discende che qualora una disposizione contenga un'attribuzione funzionale di discrezionalità, non può non precisarne la portata con l'indicazione di criteri normativi. La determinatezza/prevedibilità richiede che una norma per essere prevedibile debba offrire una misura di protezione contro le ingerenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche. Gli indici qualitativi dell'accessibilità e della prevedibilità vanno ricercati sia nella fattispecie legale astratta, sia nell'interpretazione giurisprudenziale.

Recentemente, la Corte costituzionale¹⁴ ha messo a fuoco i profili di incostituzionalità inerenti alle fattispecie di pericolosità generica, come attualmente riprodotte, nell'art. 1 lett. a) e b) del d.lgs. n. 159 del 2011. Il punto di partenza del ragionamento è che in materia penale, «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale». D'altra parte, nessun'operazione ermeneutica può «surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione»¹⁵; e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo¹⁶».

problematici, in *Associazione tra gli studiosi del processo penale, La giustizia penale preventiva*, Milano, 2016, 235 ss. Recentemente, MENNA, *La prevenzione tra stabilizzazione del giudizio, esigenza di legittimazione e flessibilità sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, n. 2, 252.

¹² PALAZZO, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, 2017, 13 ss.; PULITANÒ, *Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a costituzione e il ruolo 'creativo' del giudice*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Torino 2017, 65.

¹³ Corte EDU, Grande camera, 23 febbraio 2017, Id., 26 settembre 1995, Vogt c. Germania, 48, Serie A n. 323; Id., 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia, 40, Serie A n. 260-A.

¹⁴ Corte cost., sent., 27 febbraio 2019, n. 24, in www.giurcost.org.

¹⁵ Corte cost., sent., 24 marzo 1988, n. 364, in www.giurcost.org.

¹⁶ Corte cost., sent., 10 aprile 2018, n. 115, in www.giurcost.org.

La premessa non appare discutibile; altrettanto, invece, non può ritenersi per il distinguo a cui ricorre il giudice delle leggi nel tentativo di fare ordine nella complessa disciplina. Qui, a nostro avviso, non è possibile tracciare una linea netta tra ciò che costituisce materia penale e ciò che non lo è; al punto tale da non escludere che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali si possa legittimamente limitare un diritto, costituzionalmente e convenzionalmente protetto, possa essere soddisfatta anche sulla base della lettura, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di prescrizioni legislative, sebbene caratterizzate dall'uso di clausole generali o, comunque, da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione. In particolare, si ritiene che l'opera interpretativa sia in grado di porre la persona, potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto, in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione della misura stessa¹⁷.

Sicuramente, non può essere ignorato lo sforzo "tassativizzante", compiuto dalla giurisprudenza successiva alla pronuncia de Tommaso, ma va anche detto che esso è stato riconosciuto soltanto in parte dal giudice delle leggi¹⁸ e con riferimento alla sola lettera *b*) dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011. Limitatamente a tale ambito definitorio sarebbe possibile garantire ai consociati la prevedibilità dei «casi» - oltre che dei «modi» - in cui possono essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

In particolare, la locuzione «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», secondo la Corte costituzionale, è oggi suscettibile di una ricostruzione che consente l'identificazione di specifiche "categorie" di reato, attuando l'esigenza di risalire ai tipi di comportamento, a presupposto della misura¹⁹.

Resta immutata, però, la constatazione che le formule giuridiche, qui coinvolte, legittimano, da un lato, sospetti fondati su indizi non qualificati come gravi, precisi e concordanti e, dall'altro, l'uso di criteri valutativi, che si sostanziano nell'esercizio di una discrezionalità libera.

Questo è il problema di fondo!

Né può essere risolto attraverso un'impropria sovrapposizione tra tassatività sostanziale, relativa all'imputazione, e tassatività processuale, concernente il *quomodo* della prova, essendo diverse le rispettive implicazioni. La prima

¹⁷ *Ex multis*, Corte EDU, Grande camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia; Id., 26 novembre 2011, Gochev c. Bulgaria, in www.giustizia.it.

¹⁸ Corte cost., sent., 27 febbraio 2019, n. 24, in www.giurcost.org.

¹⁹ In tal senso, già Corte cost., sent., 22 dicembre 1980, n. 177, in www.giurcost.org.

chiama in causa i corollari della precisione, della determinatezza e della prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che sono oggetto di prova; la seconda esplica la sua efficacia con riferimento alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, implicando i piani del diritto di difesa (art. 24 Cost.) e del diritto ad un *giusto processo* (artt. 111 Cost. e 6 Cedu).

La soluzione non può essere, dunque, lo spostamento di attenzione sulla fase cognitiva; anzi è proprio nel momento accertativo che si manifesta l'inadeguatezza degli strappi interpretativi a rimediare all'imprecisione dell'oggetto della conoscenza.

Il venir meno della funzione orientativa del fatto storico e, con essa, la scomparsa della centralità della giurisdizione di garanzia è servente all'esaltazione della logica del tipo d'autore. L'asserzione che il giudizio di disvalore è ancorato ad elementi informativi, fattuali, va ridimensionata alla luce delle situazioni indiziarie di sospetto. Sono questi i tratti caratterizzanti di un «procedere» di sicura derivazione autoritaria. Ogni operazione di sussunzione in norme di questo tipo, sia pure di fattori concreti, reca, inevitabilmente, con sé un'opzione giurisdizionale arbitraria. La carenza di queste connotazioni rafforza l'idea che la politica della sicurezza sociale sia circoscritta ad un ambito coincidente «con la tutela dei gangli essenziali del potere della classe borghese»²⁰ e che, quindi, costituisce una macroscopica mistificazione dei reali problemi della politica criminale.

3. *Il presupposto di attualità della pericolosità generica.* Il discorso è complesso. Anche nell'indagine ermeneutica, compiuta dal giudice delle leggi, vi è traccia dell'imprevedibilità degli esiti interpretativi²¹, con peculiare riferimen-

²⁰ BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (A proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 224. Così anche, RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, cit., 24. Sulla stessa linea recentemente, BALBI, *Le tipologie sanzionatorie: la prevenzione personale. Le misure di prevenzione personali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 506. «Si tratta, tuttavia, di una strada inquietante perché, in nome di un'asserita sensibilità allo spirito dei tempi, si finirebbe per legittimare un discorso rozzo e stantio che - lungi dal connotare la specificità del contemporaneo - da secoli accompagna il volto più brutale della penalità, colpendo via via, in modo indiscriminato, ogni possibile tipologia di soggetti non allineati e pur tuttavia non sanzionabili secondo gli schemi ordinari: eretici, streghe».

²¹ Nella pronuncia, Cass., Sez. II, 15 marzo 2018, n. 11846, in www.giustizia.it, si fa riferimento a «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]», ricomprendendovi anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l'appropriamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili». In altra occasione, Cass., Sez. VI, 21 novembre 2017, n. 53003, si osserva che la locuzione può essere riferita a «commercio illecito di beni tanto materiali [...] quanto immateriali [...] o addirittura concernente esseri viventi (umani [...] ed animali [...]), nonché a condotte *lato sensu* negoziali ed intrinsecamente illecite [...], ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia

to alla locuzione «traffici delittuosi», non essendo essa in grado di selezionare i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del proposto, neanche mediante il ricorso al criterio della concretezza del caso.

L'espressione normativa non soddisfa le esigenze di precisione²² secondo i parametri di cui all'art. 13 Cost., all'art. 117, co. 1, Cost., all'art. 2 del Prot. n. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall'art. 42 Cost. e, in riferimento all'art. 117, co. primo, Cost., dall'art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca. Da qui l'illegittimità costituzionale di «tutte le disposizioni cui si riferiscono le questioni ritenute ammissibili (indicate al precedente punto 7), nella parte in cui consentono di applicare le misure di prevenzione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati nell'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956, poi confluito nell'art. 1, lett. a), del d.lgs. n. 159 del 2011 («coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»)²³».

Prima della declaratoria di incostituzionalità, il problema del *deficit* di precisione, della fattispecie di cui all'art. 1 lett. a) del d.lgs. n. 159 del 2011, si riversava sul piano dell'accertamento della pericolosità, con la valutazione del precedente agire del soggetto, orientato, però, al futuro. Gli esiti di grave incertezza erano agevolmente pronosticabili.

Da qui l'avvertita attrazione della Cassazione per l'identificazione di 'indicatori' di probabilità, ma ciò nonostante i fatti sintomatici continuavano a presentare scarsa materialità, sebbene collegati ad elementi storici.

In particolare, con riguardo alla verifica della pericolosità, ex art. 1, co. 1, lett. a), si era ritenuto, che il giudice, in assenza di giudicato penale, potesse ricostruire, in via autonoma, condotte emerse durante l'istruttoria, attribuendo significato all'abituale dedizione a traffici delittuosi, «per tali intendendosi attività delittuose che comportassero illeciti arricchimenti anche senza il ricorso a mezzi negoziali fraudolenti e, quindi, condotte delittuose caratterizzate da

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

²² Corte cost., sent., 27 febbraio 2019, n. 24 del 2019, in www.giurcost.org.

²³ Corte cost., sent., n. 24, 27 febbraio 2019, in www.giurcost.org.

una tipica attività trafficante, ma anche tutte quelle che fossero caratterizzate dalla finalità patrimoniale o di profitto e che si caratterizzassero per la spoliazione, l'approfittamento e, in genere, per l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili ovvero alla condotta di vita di chi vive anche in parte con i proventi di attività delittuose»²⁴. L'impostazione non era in linea con la sentenza de Tommaso.

D'altra parte, le "scelte" della Cassazione sono volte ad accordare significati a dati empirici, cioè, a conferire un puntuale assetto agli interessi coinvolti. Il costante richiamo ad idonei elementi di fatto, senza escludere la condotta e il tenore di vita, presupponeva nella fase constatativa le seguenti verifiche²⁵: «la realizzazione di attività delittuose non episodica, ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto; la realizzazione di attività delittuose che oltre ad avere la caratteristica che precede siano produttive di reddito illecito (il provento); la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare». Una sorta di *iter* esistenziale, che caratterizzava in modo pregnante lo stile di vita del soggetto²⁶, una continuità nell'illecito e nel reddito prodotto ai fini dell'affermazione di pericolosità generica, tenendo fuori da essa tutto ciò che assumesse le caratteristiche di spadicità e di occasionalità.

Tuttavia, l'onere del giudice di verificare la storicità dei dati fattuali non può costituire un valido argine ai meccanismi presuntivi, soprattutto qualora sia decorso un apprezzabile periodo di tempo tra il momento dell'accertamento nel processo penale e il momento del giudizio prognostico di prevenzione.

3.1. *Gli indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose*. L'attualità della pericolosità costituisce il presupposto generale d'applicabilità delle misure preventive, con riguardo a tutte le ipotesi criminologiche. L'espreso riferimento si rinviene nell'art. 6 d.lgs. n. 159 del 2011, rubricato «tipologia delle misure e loro presupposti». La norma individua il raggio d'azione della sorveglianza speciale, che può essere applicata nei confronti delle persone indicate nell'art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, richiamato nella sua interezza, ma oggi dichiarato illegittimo nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lett. a).

Si è attribuito al giudice il potere di graduare i contenuti afflittivi della sorve-

²⁴ Cass., Sez. II, 4 giugno 2015, Friolo, in *Mass. Uff.*, n. 264386.

²⁵ Cass., Sez. I, 24 gennaio 2017, Palermo, in *Mass. Uff.*, n. 269947; Id., Sez. VI, 11 novembre 2016, Agnù, *ivz*, n. 26821501.

²⁶ CORTESI, *Le misure personali*, in Atti del convegno *La giustizia penale preventiva*, cit., 193.

gianza speciale. Ad essa, se le circostanze lo richiedano, può essere aggiunto il divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quelli di residenza o di dimora abituale, o in una o più regioni, fatta eccezione per i casi di cui all'art. 4, co. 1, lettere *a)* e *b)*. L'idoneità rispetto alle esigenze di tutela è calibrata sul presupposto della pericolosità e può avere quale epilogo l'imposizione dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale. L'inserimento del co. 3-*bis*, nella strutturazione dell'art. 6 d.lgs. n. 159 del 2011, è avvenuto con un ulteriore intervento legislativo²⁷, modellato sulla falsariga di quanto previsto per le misure cautelari personali. La disposizione sancisce che gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale possono essere disposti con le modalità di controllo, di cui all'art. 275-*bis* c.p.p., qualora l'interessato abbia prestato il consenso e sia stata accertata la disponibilità dei relativi dispositivi.

L'adeguamento del contenuto giuridico alle nuove valenze e dimensioni ha sottoposto la norma a dinamiche evolutive, nella delicata operazione di bilanciamento tra l'interesse tutelato, così come avvertito nella coscienza sociale, ed i contigui valori di rango superiore.

Recentemente, le Sezioni unite²⁸ hanno richiamato l'attenzione sulla necessità di accertare la sussistenza dell'attualità della pericolosità, anche nei confronti di indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso. La Corte ha posto in debito risalto che, sulla base di elementi indizianti di partecipazione al sodalizio mafioso, la presunzione semplice di stabilità del vincolo associativo opera a condizione che la sua validità sia stata riscontrata alla luce di circostanze fattuali. Il che significa che si ricostruisce, in termini di strumentalità interna, la relazione tra l'analisi dei presupposti, implicati dalla proposta, e l'operatività della massima di esperienza, desumibile dalla tendenziale stabilità del vincolo.

Da qui il passo è stato breve per l'elaborazione di criteri empirici di orientamento: la natura storica del gruppo illecito a cui tale appartenenza si riconduce; la tipologia della partecipazione, con riferimento all'apporto del proposto ed al suo accertamento con sentenza definitiva; la particolare valenza del contributo individuale nella vita del gruppo, per effetto, ad esempio, del ruolo verticistico rivestito dall'interessato; elementi che costituiscono la base applicativa della regola di esperienza da cui è tratta la presunzione di stabilità, de-

²⁷ Legge n. 48 del 2017.

²⁸ Cass., Sez. un., 30 novembre 2017, Gattuso, in *Mass. Uff.*, n. 257511. In dottrina QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni unite*, in www.penalecontemporaneo.it. In tal senso, già MENDITTO, *L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

sunta dalla natura e dalla tipologia del vincolo associativo.

Maggiore è la latitudine della locuzione in un contesto di indeterminatezza; maggiore è il potere conferito all'interprete con l'apertura a criteri di opportunità.

D'altro canto, «il concetto di appartenenza, evocato dalla norma, è più ampio di quello di partecipazione, con il conseguente rilievo attribuito in tema di misure di prevenzione a condotte che non integrano (...) la presenza del vincolo stabile tra il proposto e la compagine, ma rivelano una attività di collaborazione, anche non continuativa. La differente struttura risulta essenziale nel senso di impedire, anche sul piano logico ricostruttivo, la piena equiparazione tra situazioni radicalmente diverse. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui non siano apprezzati elementi indicativi di tale partecipazione, individuabile nella collaborazione strutturale con il gruppo illecito, nella consapevolezza della funzione del proprio apporto stabile e riconoscibile dai consociati, la collaborazione occasionalmente prestata, pur nel previo riconoscimento della funzione della stessa ai fini del raggiungimento degli scopi propri del gruppo, per la mancanza di stabilità connessa alla natura di tale cooperazione, non può legittimare l'applicazione di presunzioni semplici».

Per giustificare questo stato di cose si ricorre al criterio dell'id *quod plerumque accidit*, non estensibile all'apporto occasionale. La soluzione implica che l'accertamento di attualità si fonda su valutazioni puntuali inerenti alla ripetitività del contributo, sulla permanenza di determinate condizioni di vita ed interessi in comune.

Dunque: per via giurisprudenziale, è stato individuato il *discrimen* tra la partecipazione e l'appartenenza. Se la prima richiede la prova di una stabile ed organica adesione al sodalizio; la seconda è comprensiva di ogni comportamento funzionale agli interessi dei poteri criminali, tanto da costituire una sorta di terreno favorevole, impregnato di cultura mafiosa. Per essere indiziato di appartenenza è sufficiente - secondo la Corte - un contesto di circostanze indiziarie alla stregua delle quali traspaia la 'vicinanza' del soggetto a quel sodalizio, i cui metodi e le cui finalità finiscono per essere soggettivamente condivisi, attraverso un regime di vita a fondamento dell'attualità della pericolosità, che va verificata sulla base di indici sintomatici concretamente riscontrati²⁹.

Ed è questa la premessa che 'guida' la giurisprudenza nel ritenere che l'appartenenza possa essere negata soltanto nell'ipotesi di recesso

²⁹ Cass., Sez. II, 31 gennaio 2017, Zagaria, in *Mass. Uff.*, n. 269555; Id., Sez. VI, 11 novembre 2016, Camerlingo, *ivz*, n. 268518.

dell'interessato dall'associazione, di cui è necessario acquisire la prova positiva³⁰. Si tratta di una vera e propria inversione dell'onere della prova, in quanto se circostanze del tutto ipotetiche sono sufficienti a fondare lo *status* di appartenenza, viceversa, ipotesi congetturali non sono idonee a dimostrare il recesso. La sorveglianza speciale può essere disposta anche nel caso in cui sia intervenuta l'assoluzione del proposto per il reato di cui all'art. 416-*bis* c.p.

Nel diritto "vivente" si riconduce al concetto di appartenenza anche la figura del concorrente esterno. L'assunto è finalizzato a non escludere il concorso eventuale dall'area della prevenzione personale, in virtù del rilievo attribuito alla non estemporaneità del contributo prestato al sodalizio; da qui anche la presunzione del pericolo, in assenza di elementi dai quali si possa dedurre l'avvenuta interruzione del rapporto. Sono intuibili i riverberi sul piano degli indizi e del relativo scrutinio in punto di pericolosità.

Sul versante dottrinale³¹, accertamente, si sostiene che la figura dell'*extraneus* non sia annoverabile nella categoria dell'appartenenza, in quanto il soggetto non aderendo al sodalizio mafioso e non volendovi aderire, fornisce al medesimo un contributo da esterno sia pure produttivo di un risultato causalmente efficiente. Su questo delicato terreno, si percepiscono i tratti criminogeni dello strumento; i profili definitivi poco affidabili e lo spazio di eccessiva discrezionalità: essi incidono sui diritti della persona e non sono suscettibili di alcun controllo, considerata l'inafferrabilità della stessa definizione di concorso esterno. Sarebbe auspicabile, quanto prima, un mutamento di giurisprudenza secondo il parametro della ragionevolezza.

Si è accolta con favore, pur essendo lontani da una vera svolta in senso democratico, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 12 legge n. 1423 del 1956, nella parte in cui non prevedeva che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale fosse sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena, l'organo che avesse emanato il provvedimento applicativo dovesse valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale del soggetto nel momento di esecuzione della misura³².

Nella prospettiva sistemica, si rafforza l'idea che il decorso di un rilevante lasso di tempo, tra l'emanazione della misura e la sua esecuzione, sospesa per l'espiazione di una pena, possa aver determinato cambiamenti nell'atteggiamento del soggetto nei confronti dei valori della convivenza civile.

³⁰ Cass., Sez. II, 24 gennaio 2013, n. 3809, in *www.giustizia.it*.

³¹ MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali* in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di Maiello, Torino, 2015, 327.

³² Corte cost., sent., 6 dicembre 2013, n. 291, in *www.giurcost.org*.

Pertanto, se presunzione vi deve essere, dopo l'espiazione di una sanzione, essa va intesa come avvenuta risocializzazione alla luce delle finalità costituzionali della pena (art. 27, co. 3, Cost.). Da qui l'esigenza preminente di una rinnovata valutazione della pericolosità sociale del proposto nella prospettiva di esecuzione della misura preventiva. D'altra parte, l'argomento persuasivo, utilizzato dal giudice delle leggi, si rinviene proprio nell'art. 679 c.p.p., che per le misure di sicurezza prevede l'attribuzione funzionale al magistrato di sorveglianza di verificare, al momento dell'esecuzione, la persistenza della pericolosità sociale.

Di questo monito vi è traccia anche nelle opzioni normative sottese alla riforma attuata con la legge n. 161 del 2017. L'esemplificazione è costituita dai co. 2-*bis* e 2-*ter*, rinvenibili nell'art. 14 d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui è sospesa l'esecuzione della sorveglianza speciale durante il tempo in cui l'interessato sia sottoposto alla misura della custodia cautelare ovvero a detenzione per espiazione di pena. In quest'ultimo caso, se lo stato di detenzione si è protratto per almeno due anni - dopo la cessazione del medesimo - «il tribunale verifica, anche d'ufficio, sentito il pubblico ministero che ha esercitato le relative funzioni nel corso della trattazione camerale, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato, assumendo le necessarie informazioni presso l'amministrazione penitenziaria e l'autorità di pubblica sicurezza, nonché presso gli organi di polizia giudiziaria». I provvedimenti di chiusura di tale sequenza sono: il decreto di esecuzione della misura in caso di persistenza della pericolosità oppure la revoca per cessazione della stessa.

In aderenza a tale contesto normativo, le Sezioni unite³³ hanno definito la questione inerente alla configurazione delle fattispecie penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. n. 159 del 2011, nello spazio temporale compreso tra la liberazione del prevenuto e la valutazione di persistenza della pericolosità, affermando che quest'ultima sia il presupposto necessario per la sussistenza di tali reati, dopo un prolungato periodo detentivo³⁴. Il cam-

³³ Il principio di diritto secondo cui «nei confronti di un soggetto destinatario di una misura di sorveglianza speciale, la cui esecuzione sia stata sospesa per effetto di una detenzione di lunga durata, in assenza di una rivalutazione dell'attualità e persistenza della sua pericolosità sociale ad opera del giudice della prevenzione, al momento della nuova sottoposizione alla misura, non è configurabile il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, previsto dall'art. 75 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159». Cass., Sez. un., 13 novembre 2018, n. 51407, in *www.giustizia.it*. Cfr. MAZZACUVA, *Sorveglianza speciale e detenzione di lunga durata: le Sezioni unite escludono la rilevanza penale delle violazioni commesse prima dell'accertamento della persistenza della pericolosità*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

³⁴ In tal senso già Cass., Sez. I, 5 dicembre 2014, n. 6878, in *Mass. Uff.*, n. 262311; Id., Sez. I, 8 gen-

po, tuttavia, non è esente dal rischio di un riespandersi dei meccanismi presuntivi, incompatibili con l'avanzamento della risocializzazione, segnato dalla Corte costituzionale. Ad essere maggiormente esposta è proprio la verifica giudiziale, di cui all'art. 14, co. 2-ter, del d.lgs. n. 159 del 2011, giacché essa non ha contenuti, totalmente, simmetrici con la valutazione, sottesa alla prima applicazione della misura. In parole più chiare, il giudice della prevenzione - in un'ottica efficientista - potrebbe limitarsi ad "attualizzare" tale riscontro alla luce degli elementi sopravvenuti.

4. *Tipologia di autore e massime di esperienza.* La liquidità delle locuzioni *sicurezza e ordine* si muove secondo il principio dei vasi comunicanti, al fine di rafforzare ciò che è debole sul piano della conformazione ai principi costituzionali. Il problema reale è che le situazioni indiziarie spingono la discrezionalità del giudice oltre gli ordinari compiti di interpretazione del valore degli elementi fattuali.

Le tendenze autoritarie della giustizia criminale prendono forma proprio nel rapporto giudice-legge; e se la legge non adempie ad un'effettiva funzione di orientamento, la discrezionalità è senza confini, condizionando negativamente la reciproca strumentalità tra *diritto e prova*.

La prognosi di pericolosità implica un ragionamento, che deve essere immune da vizi, sebbene fondato su indizi non qualificati, ai sensi dell'art. 192 comma 2 c.p.p. Sicché la loro rilevanza processuale prescinde dalla sussistenza dei connotati giuridici di gravità, precisione e concordanza; parimenti, ad esempio le chiamate in correità o in reità prescindono da riscontri esterni individualizzanti.

L'attribuzione di centralità alla componente ricostruttiva del giudizio di prevenzione non risolve le antinomie interne al meccanismo preventivo, in quanto la descrizione delle situazioni di cui agli artt. 1 lett. b) e 4 del d.lgs n. 159 del 2011 non hanno, comunque, il medesimo valore della norma penale, continuando ad esprimere soltanto in apparenza la previa selezione e connotazione dei parametri fattuali.

Se le cose stanno in questi termini, non può considerarsi una soluzione soddisfacente l'invito ad una lettura "tassativizzante", sulla base di precedenti giurisprudenziali, già orientati in tale direzione. La convinzione è, dunque, che l'insindacabilità della discrezionalità del giudice vanifichi anche gli epiloghi interpretativi successivi alla decisione della Corte di Strasburgo, inerenti al

naio 2015, n. 22547, *ivi*, n. 263575; Id., Sez. V, 13 giugno 2016, n. 33345, *ivi*, n. 268046.

recupero di tassatività delle disposizioni³⁵, in quanto il *deficit* di precisione richiede l'intervento del legislatore.

Il terreno resta infido: un processo senza fatto è luogo di mere parvenze giurisdizionali, in cui si perviene all'emanazione di provvedimenti restrittivi dei diritti inviolabili sulla base di giudizi ipotetici o presunzioni. Il legislatore ha ceduto a prospettive poco razionali di mera repressione. Eppure, nella giurisprudenza europea³⁶ si rinviene la legittimazione della sorveglianza speciale, in virtù di finalità quasi giusnaturalistiche: «il mantenimento dell'ordine pubblico» e «la prevenzione del crimine». In altra occasione, si è ulteriormente precisato che tale strumento non implica un giudizio di colpevolezza, né si può paragonare ad una pena³⁷.

Restano, però, i vizi strutturali: la mancanza di un fatto penalmente rilevante e gli indizi di una tipologia d'autore, sia pure predeterminata. La definizione dei contorni delle situazioni di allarme sociale affidata alla prassi non può costituire un valido correttivo in uno stato di diritto, sebbene entrambe le fattispecie di pericolosità, sul piano dell'accertamento, richiedano elementi di fatto, derivanti da circostanze obiettivamente identificabili, controllabili, con esclusione di quei dati privi di riscontri concreti, quali meri sospetti, illazioni e congetture. Ma il sistema soltanto in apparenza, sembra non ammettere automatismi dimostrativi, dal momento che è, prevalentemente, radicato su meri indizi.

Nel solco di una stabilizzata tradizione, la Corte ha definito l'indizio come un fatto certo dal quale, per inferenza logica basata su regole di esperienza consolidate e affidabili, si perviene alla dimostrazione del fatto incerto³⁸.

Sicché il giudice perviene ad una conclusione riguardante il fatto da provare, cioè, il fatto ignorato, muovendo da altro fatto conosciuto o provato – il fatto noto –, che funge da premessa per un ragionamento costruito su massime

³⁵ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in www.giustizia.it. Cfr. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1039.

³⁶ Corte EDU, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, in www.giustizia.it.

³⁷ Corte EDU, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in www.giustizia.it.

³⁸ «Secondo Baldo, l'indizio è una congettura nata dalle cose probabili e non necessarie, ... ambiguo e inconcludente: rincorrere gli indizi, una follia. Per S. Tommaso, come ogni *signum ambiguum*, altro non costituisce che una *fallendi occasio*. Non è un bell'inizio, anche perché non c'è dubbio che qui non si tratta degli indizi gravi, precisi e concordanti di cui all'art. 192 c.p.p. Se fosse così, interverremmo con altri strumenti e non con una misura di prevenzione. Non voglio pensare che debba trattarsi di indizi lievi, imprecisi e discordanti, diciamo che devono essere in grado di suscitare un dubbio, un sospetto, appunto». Così, BALBI, *Le tipologie sanzionatorie: la prevenzione personale. Le misure di prevenzione personali*, cit., 519.

d'esperienza³⁹: il loro compito è quello di precisare, all'interno di un concetto di genere, il significato di un termine polisenso.

Un dato poco percepito dalle enunciazioni giurisprudenziali è la circostanza che le massime d'esperienza, anche quando siano affidabili, sono intrinsecamente incerte, in quanto esprimono generalizzazioni di senso comune. Si finisce, così, con il trasferire, nelle conclusioni del ragionamento inferenziale, la stessa vaghezza di cui esse sono connotate. Se si sbaglia nell'individuare la massima empiricamente plausibile, l'errore inficerà il procedimento inferenziale ed il risultato valutativo.

L'attività giurisdizionale, pur ancorandosi a modalità e a dati fattuali nella loro consistenza reale, si sviluppa all'interno di un contesto indiziario in cui non si può fare a meno di ricondurre quel dato alla regola di esperienza, ricavandone per presunzione la prova dello stesso. La regola di esperienza fa da ponte tra fatto indiziante e fatto indiziato.

Le massime, in buona sostanza, non sono altro che un giudizio ipotetico di contenuto generale; esse si pongono come premessa maggiore del sillogismo giudiziario, là dove la premessa minore è costituita dalla circostanza indiziante; sono il prodotto ermeneutico dell'applicazione del metodo induttivo ai singoli accadimenti concreti. La regola di inferenza, giustificata dall'osservazione del normale ordine di svolgimento delle vicende umane e dall'elevato tasso di probabilità o di frequenza statistica, che congiunge un fatto all'altro secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*.

Vero è che l'organo della giurisdizione valuta criticamente le massime, tenendo conto delle variabili di una determinata situazione. Non si tratta di un'applicazione meccanica, essendo sempre necessario il controllo della riconducibilità della vicenda concreta ai casi precedenti, con esiti alternativi. Difatti, è possibile che le peculiarità della situazione sottraggano la stessa all'ambito di attività della regola di esperienza o, addirittura, la smentiscano, ponendone in discussione la validità generale. Ne consegue che anche a fronte di un insieme di generalizzazioni, consolidate in regole, l'area gnoseologica coinvolta si muove nella logica del più probabile che non. Ad esempio «un enunciato del tipo: “sono limitate le libertà di chiunque sia indiziato del reato di tipo A o B”, non è altro che una norma che sottintende un fatto illecito senza esigerne l'accertamento, sanzionando non la condotta criminosa, ma la mera sua apparenza. È come se dicesse: “è punito chi assomiglia all'assassino” - anzi: “ad un assassino - e perciò potrebbe in futuro uccide-

³⁹ In tal senso, già UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. Pen.*, vol. X, Torino, 1995, 315.

re»⁴⁰.

5. *La titolarità della proposta.* Quanto alla titolarità della proposta di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e di obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, relativamente alle ipotesi di cui all'art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, essa è attribuita al questore, al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora la persona e al direttore della direzione investigativa antimafia. In buona sostanza, la legge n. 161 del 2017 ha accentrato le investigazioni nell'ambito della procura distrettuale, privilegiando forme di cooperazione e di coordinamento tra i vari uffici coinvolti.

A quest'opzione di fondo fa eccezione il co. 2 dell'art. 5 d.lgs. n. 159 del 2011 secondo cui nei casi di cui all'art. 4, co. 1, lettere c), i), *i-bis*) e *i-ter*), «le funzioni e le competenze spettanti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto sono attribuite anche al procuratore della Repubblica presso il tribunale nel cui circondario dimora la persona previo coordinamento con il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto; nei medesimi casi, nelle udienze relative ai procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione le funzioni di pubblico ministero possono essere esercitate anche dal procuratore della Repubblica presso il tribunale competente». La *ratio* a fondamento della deroga è da rinvenirsi nel rilievo secondo cui l'accentramento del polo investigativo presso la procura distrettuale avrebbe potuto determinare la dispersione di elementi di prova reperibili nel luogo di dimora dell'interessato.

La proposta, di cui al co. 1, va depositata presso la cancelleria delle sezioni o dei collegi del tribunale del capoluogo del distretto, nel territorio in cui la persona dimora, ex art. 7-*bis*, co. 2-*sexies*, ord. giud. Con peculiare riferimento ai tribunali di Trapani e Santa Maria Capua Vetere, essa è depositata presso la cancelleria delle sezioni o dei collegi specializzati in materia di prevenzione, ivi istituiti, qualora la persona dimori nelle province di Trapani e di Caserta.

Siffatta ripartizione ruota intorno al concetto di dimora, ricostruito dalla giurisprudenza di legittimità non in termini di spazio anagrafico di residenza, bensì in relazione al luogo in cui il soggetto proposto abbia tenuto i comportamenti sintomatici della pericolosità. A passare in secondo piano sono sia le risultanze anagrafiche, sia il luogo ove la persona vive abitualmente, essendo rilevante

⁴⁰ Così, CERESA GASTALDO, *L'insanabile antinomia della "Giustizia penale preventiva"*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 294.

l'ambito territoriale in cui il soggetto abbia manifestato comportamenti socialmente pericolosi⁴¹.

Nell'ipotesi di una pluralità di condotte di questo tipo, poste in essere in luoghi differenti, la competenza si determina considerando l'ambito spaziale in cui si siano verificati i comportamenti di maggiore spessore e rilevanza, secondo un parametro di continuità e non di occasionalità. Se, invece, la pericolosità deriva dalla partecipazione ad un sodalizio criminale, l'accezione di dimora risente dei tratti identificativi di quel sodalizio e non può che condurre a ritenere prevalente il criterio della localizzazione del gruppo associativo, facente capo ad un unico centro organizzativo e decisionale: in questo contesto territoriale si radica la competenza, indipendentemente dalle ramificazioni della stessa associazione.

In sintesi: alla luce degli elementi prospettati dall'autorità proponente si risale alla dimora, cioè, al contesto spaziale in cui si concretizza l'attualità della pericolosità sociale, con carattere di continuità.

Sul versante dell'incompetenza territoriale, si rintraccia l'inversione legislativa rispetto all'orientamento giurisprudenziale secondo cui «nel procedimento di prevenzione la questione relativa all'incompetenza territoriale del giudice è correlata, diversamente che nel procedimento di cognizione, al *genus* dell'incompetenza funzionale dell'organo proponente e, di conseguenza, essendo essa stessa di natura funzionale e inderogabile, è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento, mancando nella disciplina speciale una preclusione temporale»⁴². La tesi riproduce la contraddizione ermeneutica avente ad oggetto situazioni di incapacità specifica di esercizio della funzione.

Eppure la competenza funzionale, intesa in senso orizzontale, si connota per essere la naturalità del giudice intrinsecamente connessa alla forma del giudizio o alla specifica attività da espletare. In parole più chiare, nel regolamentare la destinazione di un magistrato ad un determinato ufficio giudiziario o ad un collegio, la naturalità si esprime nel suo valore costituzionale di sintesi, soltanto dopo che siano state osservati i criteri di competenza, posti a presidio della precostituzione⁴³.

Il legislatore del 2017 ha predisposto, opportunamente, l'itinerario correttivo del vizio di incompetenza e, quindi, di azionabilità del diritto alla precostitu-

⁴¹ Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli, in *Mass. Uff.*, n. 205259.

⁴² Cass., Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 12564, in *www.giustizia.it*.

⁴³ In particolare, FILIPPI, *Profili processuali: dalla proposta al giudizio di primo grado*, in F. Basile (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giur. it.*, giugno 2015, 1545.

zione del giudice della prevenzione, mediante l'interpolazione normativa del co. 10-*bis* nell'art. 7 d.lgs. n. 159 del 2011. In particolare, si è stabilito che «le questioni concernenti la competenza per territorio devono essere rilevate o eccepite, a pena di decadenza, alla prima udienza e comunque subito dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti e il tribunale le decide immediatamente». La *ratio* evidenzia contenuti di assonanza con l'art. 21 c.p.p., che sancisce i tempi di eccepibilità, di deducibilità e di rilevanza del vizio, traducendosi in regola di azionabilità del diritto calibrata, prevalentemente, sugli interessi delle parti. Sul versante effettuale, non si riscontra la comminatoria della nullità degli atti, bensì, da un lato, l'espressa statuizione secondo cui l'inosservanza delle norme non produce l'inefficacia delle prove acquisite (art. 26, co. 1, c.p.p.) e, dall'altro, il condizionamento dell'inefficacia della misura cautelare all'inattività del giudice competente, decorsi i venti giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti (art. 27 c.p.p.). D'altra parte, il difetto di competenza riguarda il giudice e non inficia la conformità dell'atto al modello legale di riferimento.

Nella stessa linea si pone il co. 10-*ter* dell'art. 7 d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui quando il tribunale affermi la propria incompetenza, emette decreto e ordina la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente. Il rimedio di ripristino della legalità processuale è estraneo alla logica della nullità degli atti e non produce l'inefficacia degli elementi già acquisiti.

Il meccanismo correttivo di cui al comma 10-*bis* si estende anche alle ipotesi di proposta avanzata da soggetti privi della legittimazione, conferita ai sensi dell'art. 5 d.lgs. n. 159 del 2011.

Fermo restando che le regole di competenza sono poste a tutela della pre-costituzione del giudice, la riflessione va indirizzata verso una lettura in combinato disposto dell'art. 25, co. 1, Cost. con l'art. 97, co. 1, Cost., sia perché il diritto alla certezza del giudice necessita di criteri organizzativi, sia perché l'ordine giudiziario, sebbene sia corredato da una tutela differenziata (art. 101-113 Cost.) - rispetto ad ogni altro apparato della pubblica amministrazione - resta strutturato in una cornice sostanzialmente burocratica. La dimensione finalistica del 'buon andamento' conferisce dignità costituzionale al bisogno di organizzare le strutture e le risorse giudiziarie.

6. *Le fonti di conoscenza.* I titolari dell'azione di prevenzione hanno ampia autonomia operativa e libertà di forme nella raccolta dei dati informativi, mancando prescrizioni inerenti alle modalità di acquisizione delle notizie, serventi alla formulazione della proposta.

Gli unici limiti sono quelli coessenziali ai principi dello stato di diritto: il rispetto per la persona e, quindi, l'osservanza delle norme processuali in materia di prove illegali, in quanto acquisite in violazione di espressi divieti imposti dalla legge (art. 191 c.p.p.). Né potrebbe essere altrimenti, considerato che l'impiego delle prove illegali è interdetto per qualsiasi tipo di procedimento⁴⁴. Inoltre, la peculiarità dell'oggetto delle indagini di prevenzione è incompatibile con la disciplina prevista per le indagini preliminari, giacché in questo contesto gli atti investigativi, compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria, sono ammissibili e valutabili direttamente dal giudice, che dovrà decidere sulla proposta.

Vero è che l'art. 81, co. 1, d.lgs. n. 159 del 2011, prescrive che presso le segreterie delle procure della Repubblica e presso le cancellerie dei tribunali siano istituiti registri per le annotazioni concernenti i soggetti nei cui confronti siano svolti «accertamenti personali e patrimoniali» da parte dei titolari del potere di proposta. Si tratta di annotazioni coperte da segreto, non essendo divulgabili mediante rilascio di alcuna certificazione. All'interno della disposizione vi è traccia, dunque, del riferimento ad un'attività di ricerca degli elementi a supporto della domanda di prevenzione, da condurre dopo l'iscrizione, e preceduta soltanto dalla selezione dei soggetti sui quali concentrare l'attenzione investigativa.

È manifesta l'inquisitorialità di tale attività, che esclude la partecipazione dell'interessato - a meno che non siano compiuti atti che interferiscano con i diritti fondamentali della persona -; il diritto ad interloquire sugli atti investigativi è consentito nell'udienza camerale. Da qui la possibilità di piena conoscenza del loro contenuto, della valenza dimostrativa e la facoltà di controdeduzione con indicazione di elementi documentali o dichiarativi a loro confutazione. A ciò si aggiunga la possibilità di sollecitare il giudice a svolgere ulteriori accertamenti, che può compierle anche d'ufficio, se necessari, *ex art.* 666 c.p.p.: ad esso rinvia l'art. 7, co. 9, d.lgs. n. 159 del 2011.

Pertanto, si risolve in una forzatura ermeneutica l'affermata parità, sia pure tendenziale, dei poteri processuali tra accusa e proposto, attraverso il riconoscimento, da un lato, della facoltà per il difensore di condurre indagini difensive *ex art.* 327-*bis* c.p.p., sui fatti oggetto della proposta e, dall'altro, di chiedere l'acquisizione dei relativi verbali, ovvero l'esame da parte del giudice procedente delle persone già ascoltate. In tal senso, va ricordato che l'art. 7,

⁴⁴ Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 246271.

comma 8 cit., richiama espressamente l'art. 147-*bis*, co. 2, disp. att. c.p.p., in merito alla facoltà del presidente del collegio di disporre l'esame a distanza dei testimoni. Ne consegue la conferma dell'orientamento secondo cui, non essendo l'istruttoria delimitata all'acquisizione di prove precostituite, sia ammesso qualsiasi mezzo probatorio indicato dalle parti, anche se avente natura dichiarativa o di accertamento peritale.

Nell'ambito di questa distribuzione di funzioni e di oneri tra le parti, si colloca l'espletamento da parte della pubblica accusa di quell'attività investigativa, proiettata ad offrire concretezza agli elementi dimostrativi dei contenuti della proposta ai fini del suo accoglimento. Per la verità, le fonti di conoscenza sono costituite, prevalentemente, da sentenze, verbali di prove, formati in separati procedimenti penali, e documenti. È palese la natura essenzialmente cartolare del materiale indiziario.

Sono queste le ricadute della specificità dell'oggetto del processo di prevenzione sul piano istruttorio. E se nel processo penale non è ancora intervenuta la sentenza di condanna irrevocabile, il giudice della prevenzione ha ampia libertà di apprezzamento degli elementi probatori tratti dal procedimento penale in corso. La verifica - giova ripeterlo - è svincolata dall'osservanza dei criteri valutativi in tema di prova indiziaria e di prova dichiarativa, che operano per il dibattimento⁴⁵.

Dunque. Il procedimento è autonomo rispetto a quello penale⁴⁶; ed è proprio in virtù di tale autonomia che il giudice della prevenzione è tenuto ad utilizzare gli elementi costituiti dai precedenti o dalle pendenze giudiziarie del proposto, con il preciso onere di sottoporre i relativi fatti, ivi compresi quelli che hanno dato luogo a pronunce assolute, a nuova e differente valutazione, indicando le ragioni in virtù delle quali da tali fatti si desumano elementi sintomatici per un giudizio di pericolosità sociale⁴⁷.

Negli esiti esegetici della giurisprudenza di legittimità⁴⁸ vi è traccia dell'analisi dettagliata inerente alle modalità con cui il giudice possa attingere alle acquisi-

⁴⁵ Cass., Sez. I, 17 gennaio 2008, Carvelli e altri, in *Mass. Uff.*, n. 239358; Id., Sez. I, 29 aprile 2011, Bagalà, *ivi*, n. 250278; Id., Sez. V, 12 novembre 2013, L., *ivi*, n. 258939. In dottrina, MARAFIOTTI, *Sinergie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

⁴⁶ FURFARO, *Rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione*, in *questa Rivista*; FILIPPI, *Dinamica del procedimento di prevenzione: profili problematici*, in Atti del convegno *La giustizia penale preventiva*, cit., 235; IDEM, *Profili processuali: dalla proposta al giudizio di primo grado*, in *Giur. it.*, 2015, 1539 ss.

⁴⁷ SILVESTRI, *La traslazione e l'utilizzazione degli atti*, in *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 193 ss.

⁴⁸ Cass., Sez. un., 25 marzo 2010, Cagnazzo, in *Mass. Uff.*, n. 246271; Id., Sez. I, 24 marzo 2015, Scagliarini, *ivi*, n. 264321.

zioni probatorie del processo penale, delimitando, sostanzialmente, l'ambito del suo potere discrezionale.

Il criterio dell'autonoma valutazione di fatti accertati o desumibili da decisioni di assoluzione – emesse in sede penale – si è affermato, quasi in via esclusiva, nell'ambito della contiguità mafiosa con riferimento al soggetto indiziato di appartenenza. Ad esempio, le frequentazioni stabili con il soggetto mafioso, ben possono rappresentare un indicatore di contiguità – ove accertate –, sebbene siano insufficienti a fondare una decisione affermativa di penale responsabilità. Ed in questa prospettiva – secondo la Corte – l'eventuale proscioglimento non fa venir meno la logica di prevenzione, poiché le prove formate durante il processo, sia pure inidonee a giustificare tale sentenza, potrebbero, invece, giustificare il pericolo che quella stessa persona commetta in futuro dei reati.

Sul versante della pericolosità generica, di cui all'art. 1 d.lgs. n. 159 del 2011, i tratti connotativi della situazione descritta nella lett. *b)* impongono di constatare la sussistenza di attività delittuose produttive di reddito. Il che significa che se la configurazione della fattispecie è esclusa nel processo penale, viene a mancare uno dei presupposti, su cui è strutturata l'ipotesi di cui alla lett. *b)*; pertanto, diventa impossibile l'operazione di una differente valutazione delle stesse circostanze fattuali⁴⁹.

Ciò non vale nell'ipotesi di proscioglimento per intervenuta prescrizione, qualora il fatto sia delineato con chiarezza nella decisione o sia ricavabile dagli atti. Da qui i seguenti principi di diritto⁵⁰: il giudice della prevenzione non può ritenere, in via autonoma, rilevante il fatto coperto da giudicato di assoluzione, dal momento che l'art. 1, co. 1, lett. *b)*, d.lgs. n. 159 del 2011 richiede la constatazione di ricorrenti attività delittuose produttive di reddito, viceversa, può in assenza di giudicato penale, ricostruire in maniera indipendente la rilevanza delle condotte emerse durante l'istruttoria, dando conto in motivazione di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie idonea alla produzione dei proventi illeciti.

Parimenti, non vi sarebbe alcun pregiudizio effettivo qualora sia stata affermata la pericolosità generica in luogo di quella qualificata, originariamente ipotizzata, purché sia stato assicurato il contraddittorio.

Vero è che il potere di riqualificazione costituisce una manifestazione peculiare dell'esercizio della funzione giurisdizionale in rapporto alla necessità del corretto inquadramento del fatto storico nella fattispecie astratta; esso non

⁴⁹ Cass., Sez. VI, 14 febbraio 1997, n. 624, in *Mass. Uff.*, n. 208003.

⁵⁰ Cass., Sez. I, 17 luglio 2015, n. 31209, in *Mass. Uff.*, n. 264320.

viola il diritto di difesa nella misura in cui il fatto, introdotto nel processo sia stato portato a conoscenza del destinatario della decisione, con effettiva e concreta possibilità dell'esercizio di tale diritto. Ora, confrontando la valenza dell'art. 521 c.p.p. con le specificità del processo di prevenzione, emerge chiaramente che altro è il fatto, trattandosi di accadimenti, idonei a sostenere la valutazione di pericolosità, che devono essere indicati già nell'atto introduttivo/proposta. La qualificazione della pericolosità sociale, invece, rappresenta il risultato del giudizio prognostico, che parte dalla premessa della classificazione delle conseguenze dell'agire del soggetto, per come ricostruito. Sicché è ben possibile che il giudice ritenga diversa la categoria di pericolosità da quella originariamente ipotizzata, proprio richiamando l'art. 521, co. 1, c.p.p., a condizione che sia garantita l'effettività del contraddittorio⁵¹.

Nell'interpretazione della giurisprudenza costituzionale⁵² è prevalsa la tesi secondo cui le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle peculiarità di ciascun procedimento, allorché di tale diritto sia, comunque, assicurato lo scopo; da un punto di vista più generale, si può affermare che le garanzie dei diritti inviolabili della persona siano offerte dalle forme del procedere, pure in quelle situazioni in cui il procedere non abbia ad oggetto l'accertamento di un fatto penalmente rilevante.

7. *Il procedimento.* Sul versante delle pari facoltà deduttive, la Corte EDU⁵³ ha riconosciuto la riferibilità dell'art. 6 CEDU sull'equo processo anche al procedimento di prevenzione. In questa prospettiva, si è osservato che «l'ammissibilità delle prove dipende essenzialmente dalle norme del diritto nazionale e spetta, in linea di principio, ai giudici interni, in particolare ai tribunali, di interpretare tale legislazione. Il ruolo della Corte è limitato alla verifica della compatibilità con la Convenzione degli effetti di tale interpretazione». Partendo da questa osservazione si è esclusa l'iniquinà di tale procedimento, valutando come sufficiente il livello di effettività del contraddittorio e del diritto di difesa. In buona sostanza, dal momento che il proposto è rap-

⁵¹ In tal senso, Cass., Sez. I, 10 giugno 2013, De Angelis, in *Mass. Uff.*, n. 256451. In senso conforme, Cass., Sez. II, 6 marzo 2008, Bardellino, *ivi*, n. 240611; secondo cui «non si ha violazione del principio di correlazione tra contestazione e pronuncia, valevole anche nel procedimento di prevenzione, qualora, proposta l'applicazione di una misura di prevenzione con riferimento alla pericolosità sociale qualificata dagli indizi di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, il provvedimento applicativo della misura risulti fondato sulla pericolosità generica del soggetto con riferimento a elementi di fatto sui quali l'interessato abbia avuto modo di difendersi».

⁵² Corte cost., sent., 5 novembre 2004, n. 321 del 2004, in www.giurcost.org.

⁵³ Corte EDU, 15 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in www.giustizia.it; Id., 8 luglio 2008, Pierre ed altri c. Italia; Id., 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, in www.giustizia.it.

presentato da un avvocato di fiducia, egli ha facoltà di partecipare alla procedura e presentare memorie, nonché i mezzi di prova necessari per tutelare i propri interessi in contrapposizione con la parte pubblica.

L'innovata formulazione del co. 1 dell'art. 7 d.lgs n. 159 del 2011 prevede che «il presidente dispone che il procedimento si svolga in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta». Come è noto, la Corte di Strasburgo aveva censurato lo svolgimento camerale dell'udienza senza la presenza del pubblico, perché in contrasto con l'art. 6, par. 1, della Cedu, nella parte in cui stabilisce che «ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata [...] pubblicamente e in un tempo ragionevole, da parte di un tribunale indipendente e imparziale». A tal fine è essenziale che «le persone coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti di appello».

In aderenza a tale indicata giurisprudenza, la Corte costituzionale⁵⁴ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previgente legge 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 4 e della legge 31 maggio 1965, n. 575, art. 2-ter, nella parte in cui non prevedevano che, su istanza degli interessati, il procedimento si svolgesse, davanti al tribunale e alla corte di appello, nelle forme dell'udienza pubblica⁵⁵. La convinzione è che la pubblicità delle procedure giudiziarie tuteli coloro, che siano sottoposti alla giurisdizione, contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo del pubblico e costituisce uno strumento per preservare la fiducia nei giudici.

Nell'ambito della successione teleologica degli atti, il presidente fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori (art. 7, co. 2, d.lgs. n. 159 del 2011). L'avviso è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima di tale data e contiene, a pena di nullità, la concisa esposizione dei contenuti della proposta, cioè, l'indicazione del tipo di pericolosità, posta a fondamento della richiesta e gli elementi di fatto su cui fonda⁵⁶.

Sotto un profilo più generale, si è affermata l'equipollenza sostanziale tra l'invito a comparire e il decreto di citazione a giudizio, quanto alla necessaria

⁵⁴Corte cost., sent., 12 marzo 2010, n. 93 del 2010, in *www.giurcost.org*, in *Giur. cost.*, 2010, 1065, con osservazioni di GAITO-FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*. Da ultimo, Corte cost., n. 109 del 2015, in *www.giurcost.org*.

⁵⁵ DI CHIARA, «*Against the administration of justice in secret: la pubblicità delle procedure giudiziarie tra corte europea e assetti del sistema italiano*», in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 293 ss.

⁵⁶ Cass., Sez. I, 27 giugno 2016, n. 26730, in *www.giustizia.it*.

indicazione, nel primo, non solo della misura richiesta, ma anche della forma di pericolosità contestata. Tuttavia, si tratterebbe, soltanto di un requisito sostanziale, giacché la giurisprudenza ha precisato che non sussiste alcuna violazione del principio di correlazione tra contestazione e pronuncia qualora gli elementi fattuali posti a fondamento della prognosi di pericolosità, pur non essendo stati espressamente enunciati nella proposta, siano stati acquisiti nel contraddittorio con l'interessato⁵⁷; e «nemmeno se, proposta l'applicazione di una misura di prevenzione con riferimento alla pericolosità sociale qualificata dagli indizi di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, il provvedimento applicativo risulti fondato sulla pericolosità generica del soggetto con riferimento a elementi di fatto sui quali l'interessato abbia avuto modo di difendersi»⁵⁸.

Dunque, secondo le linee tracciate dalla Cassazione sarebbe sufficiente la mera indicazione del tipo di pericolosità e delle circostanze fattuali, non anche della categoria di appartenenza del proposto⁵⁹. L'orientamento non convince; soprattutto alla luce delle esigenze di precisione e determinatezza poste in evidenza, recentemente, dal giudice delle leggi.

A ciò si aggiunga che soltanto, garantendo al destinatario del provvedimento la possibilità di prender parte personalmente al relativo procedimento, si assicura la conformità del sistema ai principi di cui all'art. 6 Cedu⁶⁰.

Va posto, poi, in debito risalto che con la legge 2017 n. 161, si è inserito il co. 7 nell'art. 7, prevedendo la nullità per l'inosservanza degli adempimenti di cui ai co. 2, 4, primo, secondo e terzo periodo, e 5.

Su tale innovazione incide l'assunto ermeneutico delle Sezioni unite⁶¹, che dilata l'ambito di attività della nullità assoluta, ex art. 179 c.p.p., fino a comprendere l'inadempimento di quell'insieme di oneri, strumentale alla partecipazione dell'imputato, dell'indagato o del condannato ad una fase processuale che si concluda con una decisione, sebbene la *littera legis* si riferisca all'omessa citazione in giudizio in *stricto sensu*. Seguendo quest'impostazione, il mancato inoltro dell'avviso di fissazione dell'udienza per la trattazione della proposta di applicazione della misura preventiva è causa di nullità assoluta.

D'altra parte la notificazione dell'avviso di fissazione di udienza non ammette

⁵⁷ Cass., Sez. I, 25 febbraio 2009, Corica, in *Mass. Uff.*, n. 243494; nello stesso senso, Cass., Sez. I, 8 aprile 2013, Costa, in *www.giustizia.it*.

⁵⁸ Cass., Sez. II, 10 luglio 2008, n. 28638, Bardellino e altri, in *Mass. Uff.*, n. 240611.

⁵⁹ Così, Cass., Sez. I, 29 agosto 2013, n. 35767, Bellini, in *Mass. Uff.*, n. 256751.

⁶⁰ Cass., Sez. VI, 3 ottobre 2012, Ruga e altri, in *Mass. Uff.*, n. 253790.

⁶¹ Cass., Sez. un., 24 novembre 2016, Amato, in *Mass. Uff.*, n. 269027; Id., Sez. VI, 01 agosto 2018, n. 37268, in *www.giustizia.it*.

equipollenti, sicché è irrilevante che l'imputato abbia in altro modo acquisito conoscenza del giudizio, ad esempio, attraverso un ordine di traduzione: quest'attività non può essere ritenuta equivalente alla notificazione dell'avviso, considerati i diversi contenuti, i requisiti, le finalità e gli effetti. Da qui discende la nullità di tutti gli atti consecutivi a tale sequenza necessitata, con l'effetto della regressione del procedimento allo stato ed al grado in cui si è verificata la patologia, *ex art. 185, co. 1 e 3, c.p.p.*

Altra questione delicata è quella inerente alla partecipazione dell'interessato all'udienza mediante collegamento audiovisivo, *ex art. 146-bis, co. 3, 4, 5, 6 e 7 disp. att. c.p.p.*, salvo che il collegio ritenga necessaria la presenza della parte detenuta o internata.

Ora, l'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p., così come modificato dalla legge n. 103 del 2017, rinvia espressamente alla «persona che si trova in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, co. 3-*bis*, nonché nell'art. 407, co. 2, lettera a), numero 4), c.p.p.» (co. 1); alla «persona ammessa a programmi o misure di protezione, comprese quelle di tipo urgente o provvisorio, (la quale) partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata» (co. 1-*bis*) e, quando, «fuori dei casi previsti dai co. 1 e 1-*bis*, ... sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario» (co. 1-*quater*). Emerge chiaramente l'assenza di ogni riferimento ai co. da 1 ad 1-*quater* dell'art. 146-*bis* disp. att. c.p.p. La lacuna comporta che la partecipazione a distanza debba aver corso anche quando il proposto detenuto o internato non risponda di alcuno dei reati, di cui ai co. dell'art. 146-*bis* c.p.p., e la proposta non sia in alcun modo collegata a quelle ipotesi delittuose, sia pure nella consistenza del mero indizio.

L'ampliamento dell'ambito di attività è confermato dal co. 8 dell'art. 7 secondo cui «qualora il tribunale debba sentire soggetti informati su fatti rilevanti per il procedimento, il presidente del collegio può disporre l'esame a distanza nei casi e nei modi indicati all'art. 147-*bis*, co. 2, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale». Fermo restando il rilievo che l'inosservanza di quest'ultima disposizione non è sanzionata a pena nullità, diversamente da quanto previsto per la partecipazione a distanza del proposto.

Il riconoscimento del legittimo impedimento del difensore costituisce una novità della legge del 2017.

Il rinvio ad una vera e propria fase di ammissione delle prove rilevanti con

l'esclusione di quelle vietate dalla legge o superflue si riscontra nel comma 4-bis dell'art. 7. E ciò, a nostro avviso, costituisce il superamento della tesi secondo cui «il procedimento camerale, per la sua struttura scarsamente formale, consente al giudicante di acquisire informazioni e prove, anche di ufficio, senza l'osservanza dei principi sull'ammissione della prova di cui all'art. 190 c.p.p., essendo essenziale l'accertamento dei fatti, nel semplice rispetto della libertà morale delle persone e con le garanzie del contraddittorio»⁶².

Alquanto controversi sono gli ambiti ed i limiti del contraddittorio che, in questo contesto, si attua con modalità difformi dalla fase dibattimentale, soprattutto quanto alla formazione della prova. Si segnalano i ripetuti richiami nel d.lgs. n. 159 del 2011 alle norme del codice di procedura penale. Tale constatazione ha prodotto l'inversione ermeneutica – rispetto ai precedenti orientamenti – secondo cui l'art. 525, co. 2, c.p.p. costituisce un principio generale, che opera per tutte le decisioni assunte con ordinanza all'esito dell'udienza camerale⁶³. Sicché all'emanazione della decisione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato all'istruttoria.

«Per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nell'art. 666 c.p.p.» ex art. 7 co. 9 d.lgs. n. 159 del 2011. L'operazione di integrazione è affidata completamente al giudice, con il solo limite dell'incompatibilità strutturale: ha ad oggetto i nuclei fondamentali degli istituti coinvolti sul piano di espansione della norma, non avendo il legislatore già condizionato positivamente l'esito della valutazione di equipollenza strutturale, *prius* logico dell'applicabilità.

Se occorre assumere prove (art. 666, co. 5, c.p.p.) il giudice procede senza particolari formalità, anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia, ai sensi dell'art. 185 disp. att. c.p.p. L'attività istruttoria si svolge nel contraddittorio delle parti, che hanno il diritto di interloquire sia in ordine all'acquisizione documentale che all'assunzione di prove⁶⁴.

8. *La decisione.* Il tribunale decide con decreto motivato; la complessità della stesura della motivazione può comportare un termine più lungo di quindici

⁶² Inoltre, in tema di procedimento di prevenzione, non è necessaria l'assunzione delle prove dichiarative in contraddittorio tra le parti, essendo sufficiente che al proposto sia consentito, mediante l'esame degli atti, la possibilità di piena conoscenza del loro contenuto ed il diritto di controdedurre. Cass., Sez. VI, 19 luglio 2017, n. 40552, in www.giustizia.it.

⁶³ *Ex pluribus*, Cass., Sez. I, 22 novembre 2016, Sarr, in *Mass. Uff.*, n. 270057.

⁶⁴ Così BARGI, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, 66.

giorni, ma non superiore a novanta giorni, dalla conclusione dell'udienza e dopo le conclusioni delle parti (art. 7, co. 10-*septies*). Al decreto si estende, per esplicito rinvio, l'art. 154 disp. att. c.p.p. (art. 7, co. 10-*octies*).

A tale provvedimento di merito è stata attribuita natura di sentenza⁶⁵, dal momento che incide su situazioni soggettive protette con aspirazione di definitività. Si segnala il precedente giurisprudenziale⁶⁶ secondo cui «in sede di prevenzione la preclusione derivante dal giudicato opera sempre *rebus sic stantibus* e, pertanto, non impedisce la rivalutazione della pericolosità ove sopravvengono nuovi elementi indiziari – non precedentemente noti –, che comportino una valutazione di maggior gravità della pericolosità stessa e un giudizio di inadeguatezza delle misure in precedenza adottate»⁶⁷.

Quanto, poi, ai contenuti della decisione (art. 8 d.lgs. n. 159 del 2011), essi rappresentano la cartina di torna sole delle implicazioni processuali della determinatezza, confermando che il problema sta alla radice: la precisione del linguaggio. Mancando formule semantiche precisamente connotate da applicare, l'organo della giurisdizione è posto di fronte alla responsabilità di governare l'incertezza del testo normativo⁶⁸, pure con riferimento, da ultimo⁶⁹, alla prescrizione di non accedere agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattamento, anche in determinate fasce orarie.

Né può essere altrimenti considerato che dalla determinatezza dipendono la tenuta delle garanzie di accessibilità alla norma e di prevedibilità delle conseguenze, in un rapporto di concatenazione logico-strutturale, in cui venendo meno il primo tassello della successione, non si realizzano le condizioni funzionalmente derivanti; non si realizza, cioè, la possibilità per il destinatario di essere “motivato” dal diritto.

L'esemplificazione è offerta dalle prescrizioni generaliste «di vivere onestamente e di rispettare le leggi», rispetto ad esse i giudici europei⁷⁰ hanno stig-

⁶⁵ Cass., Sez. un., 29 ottobre 2009, Galdieri, in *Mass. Uff.*, n. 245174.

⁶⁶ Cass., Sez. un., 1996 n.18, Simonelli, in *www.giustizia.it*.

⁶⁷ Cass., Sez. I, 22 marzo 2018, n. 13375, *www.giustizia.it*.

⁶⁸ Sia consentito il rinvio al nostro, *La Cassazione penale 'giudice dei diritti'. Tra chiusura al fatto e vincolo del precedente*, 2018, 95 e ss.

⁶⁹ Art. 8 comma 4 d.lgs. n. 159 del 2011, così come successivamente modificato dal decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113, (Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata), convertito, con modificazioni, nella legge 1 dicembre 2018, n. 132.

⁷⁰ Corte EDU, Grande camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *www.giustizia.it*. In dottrina, MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in

matizzato proprio l'imprevedibilità causata dal generico rinvio al rispetto delle leggi, la cui inosservanza sarebbe sintomatica di un indizio di pericolo per la società. Ebbene, sarebbe limitativo ritenere che questo sia stato soltanto un segnale di sofferenza di un complesso meccanismo, che tende a porsi come risposta alternativa alla sanzione penale; piuttosto occorre prendere atto dell'avvertita, denunciata, necessità di cautela sul terreno delle prerogative fondamentali.

La delicata funzione dello strumento richiede tecniche di normazione, quanto più connotate da chiarezza, essendo quest'ultima essenziale, non solo, al coordinamento di testi, ma soprattutto all'orientamento dei comportamenti e, quindi, all'efficienza del controllo sociale. Qui, invece, non vi è traccia della concezione costituzionale di offensività, né conseguentemente del bene giuridico, indispensabili per la costruzione di fattispecie in termini di garanzie formali e sostanziali.

Su questo fronte, le Sezioni unite⁷¹ sono state chiamate ad adeguare il diritto interno alla CEDU, adeguamento, però, subordinato al prioritario compito di un'attività eseguita conforme a Costituzione. Ma la situazione di disorientamento è tale che il sorvegliato speciale non è posto in condizioni di conoscere e prevedere le conseguenze della violazione di una regola così indefinita; l'ordinamento, quindi, non può pretenderne l'osservanza.

La convinzione è che l'interpretazione convenzionalmente orientata sia uno strumento a vocazione casistica, non idoneo a garantire uno standard di certezza del diritto sufficiente a definire l'area delle condotte penalmente rilevanti e a produrre una vis abrogativa tale da travolgere il giudicato. La carenza di legalità è irreparabile; qualora, invece, si applicasse l'interpretazione adeguatrice si eleverebbe il diritto convenzionale a fonte di abrogazione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 75, co. 2, del d.lgs. n. 159 del 2011.

In merito, è intervenuto il giudice delle leggi⁷², dichiarando la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 75, co. 2, d.lgs. 159 del 2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di

www.penalecontemporaneo.it; MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*; VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. e cont.*, 2017, 370.

⁷¹ Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, Paternò, in *Mass. Uff.*, n. 270496. BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75 comma 2, D. lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*.

⁷² Corte cost., set., 27 febbraio 2019, n. 25 del 2019, in *www.giurcost.org*.

«rispettare le leggi», per inosservanza del canone di prevedibilità contenuto, in generale, nell'art. 7 CEDU e, in particolare, nell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, rilevanti come parametri interposti ai sensi dell'art. 117, primo co., Cost. Siffatta declaratoria di incostituzionalità è estesa in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, anche all'art. 75, co. 1 d.lgs. 159 del 2011, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti alla misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'obbligo di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”.

La questione si ripropone per l'art. 8, co. 5, d.lgs. n. 159 del 2011, secondo cui il giudice può imporre tutte le prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale, pur senza indicarne la tipologia. Ne discende che la classificazione delle prescrizioni accessorie della sorveglianza speciale non è predeterminata, consentendo, di adattare le stesse alle emergenze del caso concreto. Eppure si tratta di obblighi che continuano ad avere efficacia integrativa delle fattispecie di cui all'art. 75, co. 1 e 2 cit., sebbene alla condizione che si traducano in comportamenti specifici.

Da qui i nodi ermeneutici; da qui il formarsi di prassi che naturalmente incidono sulla stessa identificazione della fenomenologia giuridica, soprattutto là dove la vaghezza delle norme affida alle stesse prassi le modalità di integrazione.

Ad esempio a fronte dell'imposizione del divieto di frequentazioni, anche occasionali, di particolari soggetti (e cioè di soggetti pregiudicati per delitti contro la persona, contro il patrimonio o in materia di sostanze stupefacenti), al fine di evitare che tali incontri possano divenire indizi di nuove manifestazioni di pericolosità, i giudici di legittimità⁷³ hanno affermato che la consapevolezza richiesta dalla norma è altra cosa rispetto alla comunanza di vita e di interessi. Nel caso in cui la persona sottoposta alla sorveglianza speciale frequenti una persona condannata, l'inosservanza della prescrizione, postula l'accertamento in concreto della conoscenza dei pregiudizi penali del soggetto frequentato, desunta, però, da elementi fattuali attinenti al contesto socio-ambientale o ad altri fattori sintomatici di tale conoscenza. In linea di massima, i contatti da vietare sarebbero quelli che incrementino il rischio di pericolosità e, non in generale, le attività in cui si risolve l'esercizio di diritti, che costituiscono il patrimonio fondamentale del cittadino e che, tra l'altro, consentono l'esercizio delle libertà individuali in uno stato democratico.

Il passo è stato breve per asserire la conformità al principio di legalità (art. 25

⁷³ Cass., Sez. I, 24 luglio 2018, n. 35204, in *www.giustizia.it*.

Cost.) della norma, che consente di vietare al sorvegliato speciale la partecipazione a pubbliche riunioni e comizi, elettorali, senza porre alcun criterio direttivo (artt. 5 e 9 legge n. 1423 del 1956 e successive modifiche).

Non ci sembra, però, tassativizzante l'interpretazione secondo cui «il divieto di non partecipare a “pubbliche riunioni” vada inteso nel senso di non prendere parte a qualsiasi riunione di più persone in un luogo pubblico o aperto al pubblico, al quale abbiano facoltà di accesso un numero indeterminato di persone, indipendentemente dal motivo della riunione»⁷⁴. Da essa traspare un'accezione sostanziale e, quindi, duttile fino a comprendere qualsiasi occasione di ritrovo, caratterizzata dalla presenza in un luogo pubblico o aperto al pubblico di una pluralità di persone non preventivamente determinabile. La duttilità della nozione si presta alla ricostruzione esegetica *ex post* della definizione dei contenuti, al fine di integrare la disposizione di cui all'art. 75, co. 2, d.lgs. n. 159 del 2011.

In tal modo, il deficit di certezza risulta superabile attraverso la ratio della fattispecie per cui, ai fini della configurazione del reato, rileverebbe qualsiasi situazione in cui possa intervenire un numero elevato e indeterminato di persone, tale da rendere più difficile il controllo dei presenti e più agevole la commissione di reati⁷⁵. La soluzione non convince; il vizio è di metodo e si traduce nell'inversione logico-giuridica per effetto della quale la ratio giustificatrice della fattispecie assurge ad elemento integrativo di quest'ultima. Siffatta inversione è una connotazione endemica della politica criminale dell'ordine pubblico.

Per noi l'ampiezza delle definizioni, che entrano in gioco, è tale da esporre la relativa figura criminosa a censure di legittimità costituzionale per la violazione del canone della determinatezza-tassatività; l'impossibilità di adeguare tale indeterminatezza al diritto consolidato della CEDU rappresenta un dato che rafforza la prospettiva della questione di costituzionalità avente ad oggetto la sua compatibilità con gli artt. 25 e 117 Cost.

Vero è che il divieto imposto al sorvegliato speciale di partecipare a riunioni pubbliche risponde all'esigenza di impedire o contenere possibili occasioni di incontro del prevenuto con altri soggetti, che prescindono dalle ragioni delle riunioni, in relazione alle quali non sia consentito un controllo adeguato dei suoi comportamenti da parte degli organi di pubblica sicurezza. La nostra idea è che, su questo fronte, non siano ammessi cedimenti di tassatività, no-

⁷⁴ Cass., sez. I, 11 marzo 2003, D'Angelo, in *Mass. Uff.*, n. 224925. In senso conforme, anche Id., Sez. I, 11 marzo 2015, Carpano, *ivi*, n. 263320.

⁷⁵ Cass., Sez. I, 11 marzo 2015, Carpano, in *Mass. Uff.*, n. 263320.

nostante gli stessi possano comportare strascichi di eccessiva rigidità.

La questione delicata è l'affidamento alla prassi dell'indeterminatezza normativa, che attraverso la lettura tassativizzante espone la persona, che subisce i contenuti afflittivi della misura, ad una strumentalizzazione da parte dell'ordinamento, a puri scopi di prevenzione generale.

In questa direzione si intravedono aperture ermeneutiche in una recente ricostruzione dei giudici di legittimità⁷⁶, ove si riscontra la convinzione che il difetto di precettività impedisca alla disposizione di influire sul comportamento del destinatario. Partendo da questa premessa, l'esegesi costituzionalmente orientata della fattispecie conduce al principio di diritto secondo cui «l'inosservanza del divieto di partecipare a pubbliche riunioni da parte del soggetto sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integra il reato previsto dal d.lgs. n. 159 del 2011, art. 75, co. 2».

D'altro canto, tra diverse alternative, tutte razionalmente plausibili, il giudice non può esercitare una discrezionalità libera, ma è tenuto all'interpretazione maggiormente conforme a Costituzione e, quindi, quanto più aderente al rispetto di esigenze di legalità, sostanziale e processuale (artt. 25, co. 2 e 111 co. 2 Cost.). Ed è la Costituzione ad indicare la direzione ermeneutica che il giudice deve seguire, attraverso l'attività di integrazione del diritto interno al diritto dell'Unione europea e alla giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo.

Altro delicato versante è quello avente ad oggetto l'aggravamento della misura, che può essere disposto «quando ricorrono gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica o quando la persona sottoposta alla sorveglianza speciale abbia ripetutamente violato gli obblighi inerenti alla misura» ex art. 11 d.lgs. n. 159 del 2011.

Tuttavia, qualora ad essere valorizzato sia un unico dato a fondamento della modifica *in peius* del provvedimento impositivo, non ricorre l'inosservanza degli obblighi, ma occorre verificare se sussiste il presupposto delle gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica.

Questo precedente è stato richiamato a fondamento di una decisione che ha ritenuto non sufficiente, di per sé, l'accertamento di più reati «a dar corpo alla possibilità di eventi che vadano oltre l'attentato all'integrità fisica degli indivi-

⁷⁶ Cass., Sez. I, 9 aprile 2018, n. 31322, in www.giustizia.it. Cfr. AMARELLI, *Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

dui e minaccino l'ordinamento civile nel suo complesso»⁷⁷. Dunque, la precondizione è la selezione di elementi fattuali da cui potrebbe derivare la minaccia per l'ordinamento civile nel suo complesso. Nel contenuto della clausola - gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica - e nel metodo della sua applicazione, è evidente che essa non soddisfi pienamente l'esigenza di tutelare le libere scelte dei consociati, ovvero la libertà di autodeterminazione, implicando un giudizio prognostico ex post, sostitutivo della prevedibilità ex ante delle conseguenze giuridico-penali delle condotte.

Ancora una volta, l'ordine pubblico è elevato a bene-ratio, escamotage che se conduce alla criminalizzazione di condotte contrarie all'ordine pubblico come ratio, sono però lontanissime dell'effettiva lesione del bene che la condotta mira ad aggredire. Si è osservato che il richiamo alla clausola - gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica - è usato in via alternativa a quello concernente la ripetuta violazione degli obblighi connessi alla misura, con la conseguenza che anche un unico dato diventa idoneo al fine, qualora si connoti per una gravità equiparabile ad una ripetuta inosservanza delle prescrizioni e, quindi, per la sua proiezione ultraindividuale⁷⁸.

Quest'impostazione attesta che in talune elaborazioni esegetiche perdono via via incidenza le distinzioni di tipo dommatico intorno al discorso definitorio delle fattispecie. La sovrapposizione dei concetti - ordine pubblico e sicurezza - dilata ed enfatizza l'oggetto di tutela: lo scopo diviene il solo elemento caratterizzante la situazione normativa.

Sembra anzi che la loro genericità sia causata dal particolare significato, che assume il polo centrale intorno a cui ruota tutta questa legislazione: l'obbligo di obbedienza, inteso, però, come rapporto verticistico e, cioè, come espressione dello sviluppo razionale di un ragionamento contemporaneamente formalistico e politico. «In esse, infatti, il maggior timore è rappresentato dal turbamento non di singoli interessi, ma di un 'ordine' che li travalica e che investe la conservazione ed il rispetto di regole, ruoli e gerarchie, che potrebbero essere sconvolti da una ormai non più piccola né marginale contestazione»⁷⁹.

Si tratta comunque di un'impostazione repressivo-deterrente che collide con i principi costituzionali e con la tutela dei diritti inviolabili da un punto di vista formale e sostanziale, tenendo in debito conto esigenze di proporzione e di *extrema ratio*. L'eterogeneità dei criteri a cui l'interprete ricorre per gestire

⁷⁷ Cass., Sez. V, 13 giugno 2017, n. 31678, Caputo, in www.giustizia.it.

⁷⁸ Cass., Sez. VI, 20 novembre 2018, n. 52204, in www.giustizia.it.

⁷⁹ RICCIO, *op. cit.*, 27.

l'indeterminatezza della norma, unitamente alla possibilità di integrazione giudiziale della fattispecie, rendono estremamente discutibile la legittimità dell'art. 8 d.lgs n. 159 del 2011, che dà luogo a gravi problemi di ordine interpretativo, con notevoli implicazioni in termini di certezza, uguaglianza, efficienza e, quindi, di funzionalità anche della misura.

A ciò si aggiunga che i bisogni di tutela sono affidati unicamente alla «giusta» motivazione del provvedimento giurisdizionale, che è diritto delle parti all'osservanza della legalità processuale nella restrizione di ogni situazione soggettiva protetta. Qui emerge la vis dei suoi contenuti di garanzia come trasparenza del percorso logico-giuridico, la sua ratio va oltre i destinatari del provvedimento, ponendosi come strumento di controllo diffuso sull'operato del giudice⁸⁰, a riprova della soggezione di quest'ultimo alla legge (art. 101, co. 2, Cost.). D'altra parte, l'art. 111, co. 6, Cost. non tutela tanto le parti quanto la funzione stessa del decidere, dal momento che la giustizia è amministrata in nome del popolo (art. 101, co. 1, c.p.p.). Spiegare le ragioni a fondamento del convincimento, significa dimostrare di aver tenuto presente ogni elemento rilevante, argomentando la non attendibilità delle deduzioni difensive: significa aver svolto correttamente la funzione di *ius dicere*.

Siamo, invece, a fronte di una motivazione apparente qualora il giudice si sia limitato ad una sterile rassegna delle fonti di prova a carico del proposto, in assenza di qualsiasi riferimento contenutistico e di enucleazione degli elementi indizianti; cioè, a quella motivazione che contiene la semplice indicazione delle fattispecie di reato per le quali è stato emesso il provvedimento, senza alcuna precisazione in ordine alle ragioni per le quali i fatti siano, da un lato, accertati e, dall'altro, manifestazione di pericolosità⁸¹. Da qui l'esigenza che il giudice della prevenzione spieghi perché abbia ritenuto sussistenti i fatti da esso posti a fondamento del giudizio di pericolosità e perché gli stessi si sostanzino in manifestazione di pericolosità, alla luce delle categorie tipizzate negli artt. 1 lett. b) e 4 del d.lgs 2011 n. 159.

A questo circoscritto perimetro cognitivo si sommano, poi, limiti intrinseci al giudizio di legittimità, che, secondo altro principio consolidato, non può adentrarsi nel sillogismo indiziario articolato in sede di prevenzione. Alla Cassazione, pertanto, spetta il sindacato sulla sola correttezza giuridica e logica del provvedimento, cioè, la verifica ha ad oggetto la mera corrispondenza dei dati valorizzati nella motivazione ai criteri prescritti dalla legge ed all'esistenza delle ragioni della decisione, non estendendosi all'adeguatezza e coerenza

⁸⁰ AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 181.

⁸¹ In questo senso, Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, Sotile, in *Mass. Uff.*, n. 271543.

logica del suo percorso giustificativo. La soluzione esegetica è poco appagante soprattutto alla luce della funzione costituzionale della motivazione (art. 111, co. 6, Cost.) e dei suoi riverberi endoprocessuali quanto alle argomentazioni poste a base della decisione, idonee, da un lato, a rilevarne la ratio, e, dall'altro, al fine di assicurare su di esse l'effettività del controllo di merito e di legittimità.

Eppure, avverso il decreto della corte di appello è ammesso il ricorso per cassazione soltanto per violazione di legge; l'interpretazione costituzionalmente orientata di tale locuzione – a nostro avviso – non può non comprendere il vizio di contraddittorietà o di manifesta illogicità della motivazione: viceversa, sarebbe violato l'inderogabile scopo di controllo democratico dell'attività giurisdizionale. La mancanza e i vizi della motivazione feriscono la legalità del processo, in quanto ledono i diritti fondamentali della persona. La radice assiologica di tale asserzione si rinviene proprio nella formula violazione di legge di cui all'art. 111, co. 7, Cost, soprattutto quando il legislatore non abbia predisposto uno schema dettagliato di motivazione e non abbia previsto un rimedio per la sua inosservanza⁸².

La motivazione è il mezzo che rende possibile controllare la fedeltà del giudice alla legge, la fedeltà del provvedimento agli atti del processo, la fedeltà di entrambi alle regole (art. 101, co. 2, Cost.), indipendentemente dalla sede processuale, se civile, penale o di prevenzione, indipendentemente dal contenuto della pronuncia (rito o merito), dalla composizione dell'organo (togato, laico o misto), il provvedimento che applica la legge deve essere accompagnato dalla enunciazione della *ratio decidendi*.

La legalità di ogni tipologia di processo è violata quando la motivazione non solo manchi o sia apparente, ma quando non raggiunga lo scopo costituzionale di controllo democratico sull'attività di *ius dicere*. E ciò è tanto più vero se il discorso giustificativo muove da un certo pregresso ed è proiettato su quello che potrebbe accadere domani. E se la componente prognostica del giudizio di prevenzione, cioè, il "vaticinio" si radica proprio sulla descrizione normativa delle condotte: la fonte giustificatrice delle limitazioni dei diritti inviolabili implica tassatività e definizione precisa dei contenuti giuridici.

Lo stato delle cose è ben diverso. La legislazione emergenziale produce un sistema normativo flessibile, a seconda delle caratteristiche del caso concreto: l'"indizio" di una resa dello stato di diritto che, rinunciando a talune sue prerogative significative, corre il "pericolo" di trasformarsi in stato di polizia.

⁸² Sul significato di violazione di legge, sia consentito il rinvio al nostro, *op. cit.*, 167 e ss.

