

QUESITI

FRANCESCO PIO LASALVIA

La prevenzione insostenibile. Scenari post *De Tommaso*.

La sentenza della Grande Camera della Corte Edu De Tommaso ha messo in luce tutti i malcelati *deficit* delle misure di prevenzione: alcuni di essi sono inevitabilmente conaturati alla loro struttura, quindi esistono da sempre, ma la decisione europea ne ha reso non rinviabile un qualche tentativo di risoluzione. Nel presente contributo, si analizzano prima e si offre poi una *possibile* soluzione di tre dei nodi *irrisolti* delle misure di prevenzione: a) se la *De Tommaso* sia diritto consolidato della Corte Edu e i giudici nazionali debbano conformarsi e sollevare questione di legittimità costituzionale; b) se la recente lettura tassativizzante della Corte di cassazione abbia superato i *deficit* di determinatezza del giudizio di prevenzione riscontrati in sede europea; c) se la recente lettura ermeneutica non implichi una sovrapposizione della natura e del campo applicativo delle misure di prevenzione con quelli delle misure di sicurezza.

The ruling of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, De Tommaso v. Italy, has highlighted all the ill-concealed deficits of preventive measures: some of them are inevitably conatural to their structure, and therefore they have always existed, but the European decision has made it not possible to postpone any attempt of resolution. This paper will firstly analyze the three unresolved issues concerning prevention measures: a) if the "De Tommaso" decision can be considered as established jurisprudence of the European Court and the national courts must comply with it and, eventually, raise questions of constitutional legitimacy; b) if the recent interpretation of the Court of cassation has already solved the deficits found at the European level; c) if the recent hermeneutical interpretation does not imply an overlap of the nature and field of application of preventive measures with those of security measures. This paper will, then, offer a possible solution to these issues.

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Sul dialogo tra le Corti e sul diritto vivente. - 3. Sullo sforzo tassativizzante della Corte di cassazione. - 4. (segue) Le fattispecie indiziarie di pericolosità qualificata. Le *irrecuperabili* "pene del sospetto". - 5. (segue) Le fattispecie di pericolosità generica. Le *recuperabili* misure di sicurezza.

1. Premessa.

Dalla sentenza della Grande Camera *De Tommaso*, tante e di notevole rilievo sono le vicende che hanno interessato le misure di prevenzione, tanto in ambito scientifico, quanto in ambito normativo e giurisprudenziale interno. Da un lato, dopo un periodo di sostanziale disinteresse, la dottrina è insistentemente tornata a concentrarsi alla scottante materia¹, mentre la giurisprudenza

¹ Su tutti, i contributi di autorevole dottrina raccolti in *"Delle pene senza delitto". Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*, Atti del V Convegno nazionale dell'AIPDP, Milano 18 e 19 novembre 2016, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2017, 399 ss.; nonchè, da ultimo, BERTOLINO, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell'efficienza*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Scritti in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile, Gatta, Milano, 2018, 847 ss.; in ambito monografico, di notevole interesse è l'opera di MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017.

za ha tentato, con uno sforzo meritevole di attenzione, di rendere il giudizio di prevenzione maggiormente conforme ai principi costituzionali e convenzionali². Viceversa, anche il legislatore si è interessato della materia, ma non nella stessa ottica garantistica cui mirava la giurisprudenza, ma ricorrendo alla prevenzione come strumento di una politica populistica nell'ottica di una graduale sostituzione di una giustizia penale classica, eccessivamente garantita, a una recentemente definita *postmoderna* o "dell'alta velocità"³. Ne è una conferma anche la recente riforma del codice antimafia⁴, espressione di un *trend* di politica criminale consolidato nel segno di un avanzamento del nuovo diritto penale a sfavore di quello classico, evidentemente troppo lento e macchinoso per raggiungere urgenti obiettivi di politica penale⁵.

Nel presente lavoro, si intendono approfondire alcuni nodi del sistema delle misure di prevenzione che, a parere di chi scrive, restano *irrisolti*. Alcuni di essi, invero, esistevano *ante De Tommaso*, ma la decisione europea, di

² Prima della *De Tommaso*, su tutte, tenuto conto del valore di orientamento sulle decisioni successive, v. Cass. pen., 4 giugno 2015, Friolo, in *Mass. Uff.*, n. 264386; Id., 24 marzo 2015, Scagliarini, *ivi*, n. 264321; Id., 11 febbraio 2014, Mondini, *ivi*, n. 260104; dopo la *De Tommaso*, in senso conforme a tale indirizzo, *ex multis*, Id., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco, *ivi*, n. 271996; Id., 19 gennaio 2018, Carnovale, *ivi*, non massimata; nella giurisprudenza di merito, v., su tutte, Trib. Milano, decr. 7 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2017; Trib. Palermo, decr. 28 marzo 2017, *ivi*, 13 aprile 2017; Trib. Parma, decr. 28 aprile 2017, in *Questa Rivista* (online). Per una panoramica sulle letture dei giudici di merito nel *post De Tommaso*, sia consentito il rinvio a LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Questa Rivista* (online), 2017, 2.

³ In tale senso, MANNA, LASALVIA, *"Le pene senza delitto": sull'inaccettabile "truffa delle etichette"*, in *Questa Rivista* (online), 2017, 1, 23 ss.; sulla graduale sostituzione del giustizia preventiva a quella classica, D'ASCOLA, *Un codice non soltanto antimafia. Prove generali di trasformazione del sistema penale*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di Furfaro, Milanofiori Assago, 2013, 53 - 55; nonché, nello stesso senso, BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, a cura di Basile, in *Giur. it.*, 2015, 1521.

⁴ Cfr. L. 27 settembre 2017, n. 161, recante *"Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate"*. Per i primi commenti, sia consentito il rinvio a LASALVIA, *La riforma del codice antimafia: prime osservazioni critiche*, in *Questa Rivista*, 2017, 863 ss.; nonché, MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, *ivi*, *Speciale riforme* (online), 2018; TONA, VISCONTI, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 14 febbraio 2018; VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. pen. e proc.*, 2018, 145 ss.

⁵ Tale indirizzo, in relazione alla confisca di prevenzione, è chiaramente esposto nello scritto di MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie* (Atti del Convegno del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Milano, 27 novembre 2015), Milano, 2016, 129 ss.

forte rottura di un sistema che solo apparentemente è in regola con i principi costituzionali, ne rendono evidente la presenza e quindi adesso urgente la risoluzione, e che per questi motivi sono divenuti oggetto di costante e intenso dibattito nell'immediato *post De Tommaso*.

Come ormai noto, ma solo per riepilogare, la Corte Edu ha rilevato un *deficit* di prevedibilità di alcune delle fattispecie di pericolosità generica che, troppo imprecise nella loro formulazione, non consentono al cittadino di conoscere anticipatamente le conseguenze giuridiche del suo agire e lasciano una eccessiva discrezionalità al giudice al momento della loro applicazione⁶.

Tanto premesso, primo nodo: se la *De Tommaso* sia diritto consolidato o meno, secondo il *dictum* della Consulta *post Varvara*, e quindi se il giudice comune sia vincolato al suo contenuto e debba darvi seguito oppure possa discostarsene e adottare una diversa interpretazione della normativa interna.

Secondo nodo: se le interpretazioni tassativizzanti offerte dalla giurisprudenza nazionale rendano irrilevanti e superate *in toto* le censure del giudice europeo, e quindi siano tali da rendere il giudizio di prevenzione conforme ai canoni di determinatezza della legge e prevedibilità delle conseguenze.

Terzo nodo: se, invero, la lettura consolidata offerta dalla giurisprudenza interna al giudizio di prevenzione determini, o renda più evidente, il rischio di una sovrapposizione delle misure di prevenzione con altre misure di contenimento della pericolosità sociale, come quelle di sicurezza e quelle cautelari. Ciò, in sé, non costituisce un problema, ma solleva un dubbio in ordine alla effettiva utilità, proporzionalità e ragionevolezza del ricorso ad un sistema di prevenzione, cotanto criticato in dottrina e a fortissimo rischio di incostituzionalità, in luogo di altri, come quello cautelare o di sicurezza, che invece sono meno *discussi*, oltre che *espressamente* legittimati a livello costituzionale⁷.

⁶ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*. Tra i primi commenti alla decisione, sia consentito il rinvio a LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci "europee" e ombre "nazionali" su un sentenza "storica"?*, in *Questa Rivista*, 2017, 339 ss.; nonché, v. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 370 ss.; 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*, *ivi*, 2017, 3, 15 ss.; MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità del sistema della prevenzione*, *ivi*, 2017, 4, 127 ss.; FATTORI, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione. Osservazioni su Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia*, *ivi*, 2017, 4, 83 ss.; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1039 ss.

⁷ Si intende fare riferimento alla tesi di BRICOLA, *Forme di tutela «ante-delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione (Atti del Convegno del Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, Alghero, 26-28 aprile 1974)*, Milano, 1975, 29 ss., secondo il quale le limitazioni consentite alla libertà costituzionale sarebbero solo quelle serventi allo scopo della repressione penale, che sono espressamente richiamate dalla Costituzione nella forma delle pene e delle misure di sicurezza.

2. Sul dialogo tra le Corti e sul diritto vivente.

Primo nodo irrisolto: se la *De Tommaso*, in quanto pronunciata dalla Grande Camera, sia o meno espressione di diritto consolidato⁸. Tale quesito, che sembra di fondamentale importanza in ordine alle ricadute che la decisione europea potrebbe avere sul sistema delle misure di prevenzione, va necessariamente risolto sulla scorta dei parametri, recentemente elaborati dalla Consulta⁹.

Va effettivamente tenuto conto che la Corte Edu non ha censurato una applicazione concreta della normativa nazionale, ma ha demolito *in toto* alcuni profili della disciplina interna, e in particolare il giudizio di prevenzione, eccessivamente indeterminato e dai possibili effetti imprevedibili al cittadino¹⁰.

Tanto premesso, si sono formate due letture di segno opposto nella giurisprudenza nazionale: secondo un primo orientamento, la *De Tommaso*, essendo emessa dalla Grande Camera, è espressione di diritto consolidato e vincola il giudice nazionale; secondo altri, invece, la decisione europea non vincola il giudice comune, che è libero di non darvi seguito e quindi di ribadi-

za e non altre, in effetti mai menzionate; in tale senso, seppure con qualche sfumatura, ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, *passim*; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, *passim*.

⁸ Sul punto, in senso affermativo, v. su tutti VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo*, cit., 377; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, cit., 1044; RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza "De Tommaso c. Italia" (e confermata dalle Sezioni Unite Paternò)*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 129 ss.; da ultimo, MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1023; in senso negativo, su tutti, MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia*, cit., 154 - 159; nonché sia consentito il rinvio al citato LASALVIA, *Le misure di prevenzione personali. Il dialogo tra Corti, senza un legislatore*, in GIUNCHEDI, *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa, 2018, 573 - 580; nei primi commenti, anche MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica*, cit., 34 - 35, che equiparava la *De Tommaso* ad "una rondine che non fa primavera"; posizione che pare mutata in seguito in *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, cit., 16.

⁹ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, in *Questa Rivista*, (online), 2015, 1, con nota critica di CIVELLO, *La sentenza Varvara c. Italia "non vincola" il giudice italiano: dialogo tra Corti o monologo di Corti?*; in www.penalecontemporaneo.it, con nota adesiva di BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, *ivi*, 30 marzo 2015; nonché in *Giur. cost.*, 2015, 411 ss. con nota di REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, secondo il quale la Consulta avrebbe elaborato una vera e propria "dottrina generale" sul rilievo che il precedente CEDU ha sull'ordinamento interno.

¹⁰ Posizione comune in dottrina: v., *ex multis*, PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *"Delle pene senza delitto"*, cit., 652, il quale sostiene che, quale che sia il vincolo formale di adeguamento, la Grande Camera ha messo in discussione inaccettabili deficit legalità/determinatezza delle misure di prevenzione.

re la lettura costituzionalmente e convenzionalmente conforme della normativa interna censurata dalla Corte Edu.

Trattasi, a parere di chi scrive, di un contrasto giurisprudenziale che affonda le sue radici in una differente visione di dialogo che, elaborata a monte dai vari giudici comuni, determina a valle esiti applicativi divergenti. Eppure, la Corte costituzionale, con la sentenza *post Varvara*, ha offerto una precisa ricostruzione dei modi, tempi e condizioni dei rapporti che dovrebbero intercorrere tra il giudice europeo e quelli nazionali¹¹. Ebbene, il giudice delle leggi, portando a compimento un processo di ridimensionamento della sottoposizione del giudice comune a quello sovranazionale¹², ha precisato che «è solo un diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo»¹³. In tale senso, “diritto consolidato” non indica il risultato di «un’imposizione verticistica di linee interpretative», ma il frutto di «un *confronto*, fondato sull’*argomentare*, in un’ottica di *cooperazione* e *dialogo* tra le Corti», in cui il giudice nazionale assuma il ruolo, non di mero passivo esecutore di ordini sovranazionali, ma di *parte attiva nella formazione del diritto della Cedu*, di cui rimane il primo e fondamentale motore¹⁴.

¹¹ In dottrina, nel senso di un positivo invito della Corte costituzionale alla cautela rispetto alla Cedu, DI GIOVINE, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, a cura di Paliero, Moccia, De Francesco, Insolera, Pelissero, Rampioni, Riscato, Napoli, 2016, 185; nonché, MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Cass. pen.*, 2015, 2214 ss.; in senso critico, v., su tutti, ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *AIC*, maggio 2015, *passim*.

¹² Sembra trattarsi di un approdo naturale della Consulta impegnata in una precisa attività di ridimensionamento del vincolo di sottoposizione del giudice comune al diritto convenzionale, che invero aveva pure suscitato critiche da parte dei primi commentatori delle “sentenze gemelle” (v., su tutti, CRISAFULLI, *Intervento*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici* (Atti del Seminario, Roma, 6 novembre 2009), Milano, 2010, 303 ss.). Si esprimevano, in sostanza, perplessità sull’assenza di condizioni, limiti all’ingresso della giurisprudenza convenzionale, rimarcando la difficoltà di disegnare ordinatamente la garanzia di un diritto tutelato dalla CEDU a partire da decisioni del caso concreto. Nella giurisprudenza costituzionale, v., in seguito, Corte cost. 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. Cost.*, 2011, 3021 ss.; Id., 26 novembre 2009, n. 311, in *Giur. Cost.*, 2009, 4657 ss.; Id., 4 dicembre 2009, n. 317 *ivi*, 4747; in dottrina, una prima posizione in tale senso si rinviene, prima della nota decisione della Consulta, in CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l’adattamento nell’ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Dir. umani e diritto internaz.*, 2008, 310, il quale accenna – si suppone nel medesimo senso – a “orientamenti stabilizzati” della giurisprudenza europea.

¹³ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, §7.

¹⁴ Così, BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto*

Alla luce di una tale visione di dialogo, che sembra preferibile in quanto permette al sistema nazionale di contribuire attivamente allo sviluppo della Cedu, sembra quantomeno prematuro considerare la *De Tommaso* quale espressione di diritto consolidato e come tale vincolante il giudice nazionale, solo in quanto pronunciata dalla Grande Camera¹⁵.

Ebbene, una tale soluzione lascia alquanto perplessi, tanto in ordine alla anomalia che connota un tale concetto di dialogo tra Corti - se tale possa, a questo punto, definirsi -, quanto con riguardo alla forza vincolante che una tale soluzione finisce per attribuire alla singola decisione europea. Non esiste, in tale ottica, alcun dialogo, posto che il giudice nazionale non deve partecipare alla discussione, argomentare al riguardo, ma solo tacitamente dare seguito alla decisione europea, degradando al ruolo di «passivo ricettore di un comando esegetico imposto altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato»¹⁶.

Con maggiore impegno esplicativo, la soluzione adottata dai giudici di Napoli e Udine, che si risolve in una mera accettazione di un ordine, seppure della autorevole Grande Camera, soffoca il confronto, esclude il giudice interno dalla formazione del diritto convenzionale, lo riduce a mero “passacarte” del giudice europeo, le cui decisioni assumono una forza vincolante che, paradossalmente, neppure possiedono, allo stato, quelle delle Sezioni unite della Corte di cassazione. Vero è che esiste un obbligo costituzionale di rispettare gli impegni internazionali assunti¹⁷, ma altrettanto vero è che esiste un

vivente, cit., 3, secondo il quale «la collaborazione del giudice nazionale si salda, nell'ambito della Corte internazionale, ad un processo formativo del diritto giurisprudenziale che è tutto in divenire, e dunque soggetto ad incertezze, ripensamenti, affinamenti indotti dall'approccio casistico alle vicende [...] questo è un punto di forza, non di debolezza, perché il confronto dialettico, per di più condotto nelle forme razionali del processo, conduce alla fine, e pur a prezzo di iniziali tensioni, ad un equilibrio stabile e maggiormente condiviso, il solo capace di sottrarre il diritto fondamentale ad uno stato di precarietà»; nonché, MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia*, cit., 29, secondo il quale convince della sentenza il tentativo di giungere a un risultato in cui siano partecipi i giudici nazionali e quello europeo attraverso progressivi approfondimenti e avvicinamenti che consentano a tutti i soggetti di essere protagonisti del risultato finale.

¹⁵ Viceversa, nel senso della vincolatività, ad esempio, v. MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, cit., 1023, che ricava tale assunto dal fatto che se un esempio di diritto *non* consolidato è quello che promana da una sezione semplice e non ha avuto avallo dalla Grande Camera, allora deve dedursi che se invece promana da questa è consolidato. Nondimeno, la decisione della Consulta elenca alcuni parametri che se presenti nel caso concreto, *tutti o anche solo alcuni di questi*, debbono orientare il giudice comune nel senso della non vincolatività del precedente della Corte EDU. Vero, quindi, che la decisione proviene dalla Grande Camera e non da una sezione semplice, ma è vero altresì che rilevano nel caso concreto quasi tutti i restanti parametri; invita, quindi, alla cautela, MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia*, cit., 58.

¹⁶ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49 cit., §7.

¹⁷ Cfr. art. 117, co. 1, Cost; v., su tutte, Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348, 349, in *Corr. Giur.*, 2008,

principio, indubbiamente di valore superiore, che «esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare in giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto» e ciò vale ovviamente anche per le norme della Cedu¹⁸.

Non solo, non sembra questo neanche un procedere virtuoso, posto che la Corte Edu, per quanto autorevole, da un lato, ragiona su ordinamenti eterogenei, che appartengono a famiglie giuridiche differenti, sganciata da sistemi nazionali in cui non è inserita, di modo che sarebbe di gran lunga preferibile una strada che richieda un previo confronto con gli operatori nazionali. Da un altro, come sostiene attenta dottrina, il sistema che sta gradualmente disegnando la Corte di Strasburgo non è lineare e sistematico, ma confusionario, e non potrebbe essere altrimenti posto che il giudice europeo si pronuncia, secondo una impostazione improntata al *case by case approach* e, per di più, su di un numero ormai altissimo, e in continua crescita, di ricorsi individuali¹⁹.

Eppure in *De Tommaso* ricorrono *quasi tutti* i parametri che la Consulta considera indici dell'inesistenza di un diritto consolidato europeo. Essi sono

185 ss.

¹⁸ Cfr. Corte cost., 6 dicembre 1976, n. 234, in *Giust. Pen.*, 1977, I, 40 ss.; sul punto, v. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e distinzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2017, 1271 - 1272, che definisce il vincolo di adeguamento alle sentenze della Grande Camera come un "assunto inaccettabile", che contrasta con il principio costituzionale di cui all'art. 101 co. 2 Cost.; nonché, POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 20, il quale paventa il rischio che l'impegno di fedeltà alla Cedu si trasformi surrettiziamente in un impegno di fedeltà alla Corte di Strasburgo.

¹⁹ In tale senso, DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, 2013, 1, 175, secondo la quale il procedere casistico, tipico di quella Corte, offre «l'impressione generale ed allarmata che si trae dall'osservazione della giurisprudenza Cedu è che questa stia disegnando non già un percorso luminoso e rettilineo, armonicamente proteso verso il progressivo e lineare ampliamento delle garanzie, bensì una strada accidentata e dallo sviluppo casuale», motivo per il quale, conclude, si comprende come «può essere dura la vita del giudice interno che confidi nella capacità orientativa della giurisprudenza europea». Basti riflettere, in via meramente esemplificativa, basti riflettere sulle incertezze evidenziate in materia di *confische*, come apertamente denuncia il giudice Pinto de Albuquerque («sotto il *nomen juris* di confisca, gli Stati hanno creato misure di prevenzione penale *ante delictum*, delle sanzioni penali (accessorie o anche principali), delle misure di sicurezza *lato sensu*, delle misure amministrative adottate nell'ambito di un procedimento penale o al di fuori di quest'ultimo e delle misure civili *in rem* [...] di fronte a questo complesso immenso di mezzi di reazione di cui lo Stato dispone, la Corte *non ha ancora sviluppato una giurisprudenza coerente fondata su un ragionamento di principio* [tanto che] alcune misure civili e certe misure di prevenzione penale nascondono una vera misura di annientamento delle capacità economiche degli imputati [ma] sono sottoposte a un controllo debole e vago, sfuggono addirittura al controllo della Corte, mentre alcune misure di natura intrinsecamente amministrativa sono talvolta assimilate alle pene») e a quelle mostrate in materia di *ne bis in idem* (v. Corte eur. dir. uomo, 16 novembre 2016, A e B c. Norvegia; Id., 2 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia).

accomunati dalla medesima *ratio*, ossia quella evitare che il giudice comune sia condizionato da un *dictum* non ancora consolidato, e in tale modo evitare che muti proprie interpretazioni consolidate o, in caso di incidente di costituzionalità, una normativa nazionale, a fronte di una lettura, ancora instabile, offerta dalla Corte Edu²⁰. In tale senso, la presenza di numerose opinioni dissenzienti, alcune sorrette da robuste argomentazioni e provenienti da un cospicuo numero di componenti della Corte di Strasburgo²¹, sono indicative di come in seno alla Corte non esista ancora un indirizzo consolidato sul punto, e ciò rende ragionevole in ottica di prudenza che il giudice nazionale richieda ulteriori conferme dalla Corte di Strasburgo prima di mutare i propri orientamenti, e il legislatore le proprie normative. Si pensi ancora alla creatività e alla novità del principio espresso²², che necessita di opportuni assestamenti, precisazioni, ripensamenti, che sono naturali nella formazione di qualsiasi giurisprudenza, e a *fortiori* di una che si basa su di un approccio casistico, e che pertanto, necessita di continue discussioni interne ed esterne alla corte, affinché il principio possa trovare una idonea esplicazione nei vari ordinamenti nazionali. Ciò implica uno scambio, connotato da un circolo di argomentazioni che consente un graduale affinamento dei principi e la correzione di eventuali incertezze. Si pensi al *dubbio* che il giudice europeo non abbia apprezzato i tratti peculiari dell'ordinamento nazionale²³, parametro che esprime un interesse a che si svolga il tanto discusso dialogo tra le Corti, che a sua volta presuppone incontri e avvicinamenti progressivi ma anche scontri e

²⁰ Secondo, LATTANZI, in *Tavola Rotonda su "Lo statuto delle garanzie"*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale*, cit., 127, «non è pensabile che la Corte costituzionale debba pronunciare l'illegittimità di una legge sulla base di un'interpretazione della Corte Edu di cui non è certa la stabilità».

²¹ Seppure con riferimento a profili differenti e partendo da opinioni non unitarie, ben dieci (Raimondi, Villiger, Šikuta, Keller e Kjølbrog; Dedov; Sajó [Presidente]; Vučinić; Pinto de Albuquerque; Kūris) su diciassette componenti della Grande Camera nel caso De Tommaso hanno espresso riserve sul contenuto della decisione.

²² «The Court notes that to date, it has yet to conduct a detailed examination of the foreseeability of Act no. 1423/1956», Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, §114. Che il principio sia nuovo, mai precedentemente espresso, e in qualche modo scostante rispetto alla consolidata giurisprudenza europea, costantemente espressasi nel senso della compatibilità della disciplina delle misure di prevenzione italiane, si desume anche dalla scelta di rimettere il ricorso alla Grande Camera (cfr. art. 30 Cedu, «Se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o di uno dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischia di condurre ad una contraddizione con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte [...]»).

²³ Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, §30-66: a dispetto dell'analisi della normativa nazionale, e con solo riferimento allo stato della giurisprudenza interna, la Corte EDU esamina la storica giurisprudenza della Corte costituzionale in materia in modo alquanto esaustivo (sent. n. 2 del 1956, n. 27 del 1959, n. 45 del 1960, n. 126 del 1962, n. 23 del 1964, n. 32 del 1969, n. 76 del 1970, n.177 del 1980, n. 93 del 2010, n. 282 del 2010), ma non potrebbe sostenersi lo stesso in relazione a quella di legittimità (Sez. un., n. 10281 del 2010; Sez. I., n. 23641 del 2014).

tensioni, in un ideale *forum* delle alte Corti nazionali e sovranazionali. Tale *modus operandi* consente peraltro una migliore ponderazione di un principio nuovo espresso, un suo adattamento alle peculiarità di un ordinamento nazionale e ai fini cui le diverse giurisdizioni tendono e dei quali si deve necessariamente tenere conto²⁴. Del resto, ulteriore riprova di quanto si va sostenendo, e quindi di uno scambio imprescindibile di conoscenze, è la recente vicenda *Taricco*, che ha offerto una conferma evidente di quanto sia fondamentale il confronto tra i vari punti di vista, e invece di quanto l'imposizione di linee sovranazionali, come ordini, sia dannosa per la tutela comune dei diritti fondamentali, e determini solo il rischio di inutili tensioni e rotture nei rapporti tra sistemi nazionali e internazionali.

Quanto affermato, sia chiaro, non esclude che il giudice comune, se persuaso dalla forza degli argomenti utilizzati, possa porre una decisione europea alla base del proprio processo decisionale, avviare un dibattito giurisprudenziale interno, mutare un proprio orientamento consolidato.

Tuttavia, tale ipotesi dovrebbe verificarsi nell'ottica di una *facoltà*, giammai di un *obbligo* di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ebbene, come costantemente ribadito dalla Corte costituzionale, il principio di soggezione del giudice solo alla legge impone che un interprete nazionale «non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare in giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto». In tale ottica, la sentenza della Corte Edu, tuttavia, costituisce, più che una fonte di diritto, «un importante argomento interpretativo che può essere utilizzato per supportare un'argomentazione giuridica e convincere l'uditorio [...] un argomento dotato di un certo peso, vista l'autorevolezza della fonte, ma, come tutti gli argomenti interpretativi, bilanciabile con altri argomenti antagonisti»²⁵.

Tale prospettiva sembra confermata dalla recente sentenza delle Sezioni unite, in materia di delitto di inosservanza delle prescrizioni riconducibili all'*honeste vivere*, duramente censurate dalla Grande Camera di Strasburgo²⁶.

²⁴ Cfr. MANNA, *Il difficile dialogo tra le Corti Nazionali e Corti Europee nel diritto penale: analisi di due casi problematici (Taricco e Contrada)*, in *Questa Rivista*, 2016, 673 - 674.

²⁵ SALCUNI, *Il dialogo fra Corti: dalla "giurisprudenza fonte" alla "giurisprudenza argomento"*, in *Questa Rivista*, 2015, 830.

²⁶ Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, Paternò, in *Mass. Uff.*, n. 270496, secondo cui «l'inosservanza delle prescrizioni generiche di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non integra la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. 159 del 2011. Essa può, tuttavia, rilevare ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione personale»; con commenti di CISTERNA, *Le crepe nella legittimità costituzionale dell'art. 75, co. 2, D.lgs. 159 del 2011, dopo la sentenza De Tommaso*, in *Questa Rivista* (online), 2017,

In questa occasione, il giudice di legittimità riprende la *De Tommaso* che considera, non un obbligo cui adeguarsi, ma «l'occasione per verificare la coerenza di una giurisprudenza che, costantemente, ha ritenuto che le prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi integrasse [quel] delitto»²⁷. In particolare, i *deficit* di determinatezza che il *dictum* europeo rileva non appaiono tali da contrastare soltanto con la prevedibilità europea, ma soprattutto con alcuni principi costituzionali, come la determinatezza, la tassatività, ma soprattutto la conoscibilità del precetto penale e ciò impone quindi al giudice una interpretazione costituzionalmente, prima che convenzionalmente, conforme²⁸.

Nulla esclude che, seguendo tale *modus operandi*, nel caso in cui fosse impossibile una lettura conforme, anche una singola decisione europea possa financo stimolare il giudice nazionale alla proposizione di una questione di legittimità costituzionale, tuttavia, si badi, per contrasto con le tradizionali garanzie costituzionali²⁹. Ebbene, val la pena sottolineare come quei *deficit* riscontrati nella *De Tommaso* - che non sono in discussione - integrino parametri costituzionali prima che convenzionali, quali la determinatezza, la tassatività, la conoscibilità di norme che limitano, in vario modo, la libertà personale del cittadino, come anche sostenuto tempo addietro da autorevole dottrina³⁰. Ciononostante, il giudice comune, come ad esempio la Corte di appello napoletana, propone questione di legittimità alla Corte costituzionale, in relazione al mancato rispetto delle garanzie convenzionali per come interpretate dalla decisione della Grande Camera, anziché alla violazione delle garanzie costituzionali. Eppure, è qui che si comprende il motivo - pure meritevole

3; BASILE, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò*, in *Giur. it.*, 2018, 455 ss.; 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. 159/2011: luci e ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 163 ss.

²⁷ Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, Paternò, cit., §2 del *Considerato in diritto*.

²⁸ Le Sezioni unite sottolineano come, peraltro, la Corte costituzionale abbia anticipato il concetto di prevedibilità, elaborato dalla giurisprudenza europea, posto che «la sufficiente determinatezza della fattispecie penale è funzionale tanto al principio di separazione dei poteri, quanto a quello di riserva di legge in materia penale [...] assicurando al contempo la libera determinazione dell'individuo, cui consente di conoscere le conseguenze giuridico-penali del proprio agire» (§8 del *Considerato in diritto*). Tale connessione, nel senso di determinatezza come connessa alla conoscibilità, quale elemento riconducibile alla colpevolezza si rinviene, per la prima volta, nella storica Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 686 ss.

²⁹ Cfr. artt. 13, co. 2, e 25, co. 3, Cost. (v., su tutte, Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177, in *Giust. Pen.*, 1981, I, 41 ss).

³⁰ BRICOLA, *Forme di tutela ante-delictum*, cit., *passim*; recentemente, ritiene che le garanzie convenzionali violate in *De Tommaso* siano sovrapponibili con quelle costituzionali, MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, cit., 1019.

per il fine che si intende perseguire, ossia rendere la prevenzione conforme alle garanzie *lato sensu* penalistiche - di un interesse a qualificare la *De Tommaso* come diritto consolidato. Qualificando la *De Tommaso* come diritto consolidato, infatti il giudice comune evita di elaborare argomentazioni che possano convincere la Consulta a superare uno storico *self-restraint* in materia di determinatezza³¹, rifugiandosi in un "comodo obbligo formale" di rispettare la Cedu.

Ciò, tuttavia, implica un doppio costo per il sistema del diritto nazionale. Da un lato, una tensione con il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge, dato che si introduce di fatto un vincolo del giudice al precedente della Corte Edu: vero che la Cedu costituisce fonte di diritto *subcostituzionale*, secondo i *dicta* delle "sentenze gemelle", ma vero anche che lo è solo con riferimento al testo della Convenzione, ma non delle singole decisioni della sua Corte³². Del resto, nessuno dubita che il giudice nazionale, e prima di lui il legislatore, debba dare seguito alle sentenze che rilevano una violazione della Cedu da parte del sistema nazionale, e non solo nel caso nazionale che riguarda il ricorrente, ma finanche nei casi identici, ovverosia dei famosi "fratelli minori" del ricorrente, nelle ipotesi in cui ricorrano le condizioni stabilite dalle Sezioni Unite Ercolano³³. Da un altro, tale *modus operandi* rischia di estendere eccessivamente il concetto di diritto consolidato, che fu elaborato, invece, al fine opposto di prevedere un qualche paletto all'ingresso indiscriminato nell'ordinamento nazionale di una qualsiasi giurisprudenza della Corte Edu, in modo da stimolare una riflessione comune e consentire che il giudice interno dovesse uniformarsi solo a quelle letture europee che, reggendo al confronto con le Corti nazionali, potessero quindi ritenersi stabilizzate. Invero, anche la "scorciatoia" intrapresa - si ripete, *ragionevolmente* - dai due citati giudici di merito rischia di soccombere di fronte al concetto di diritto consolidato, come interpretato dalla Consulta, posto che il recente *dictum* n. 49 del 2015 resta oggi insuperato e al momento non sembra sussistano elementi da cui desumere un imminente *revirement* della Corte costituziona-

³¹ Cfr. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazioni e complessità di un "principio fondamentale"*, in *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quaderni Fiorentini*, XXXVI, Milano, 2007, 1313 ss.

³² POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa*, cit., 20, che, come sopra detto, paventa il rischio che l'impegno di fedeltà alla Cedu si trasformi surrettiziamente in un impegno di fedeltà alla Corte di Strasburgo.

³³ Cass., Sez. Un., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 258651; sul tema della esecuzione delle sentenze della Corte Edu e sul problema del superamento del giudicato penale, GRASSO, GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it.

le sul punto.

Peraltro, ancora nello stesso senso, come anticipato nelle premesse, va affermandosi un *trend* interpretativo nella giurisprudenza nazionale, che offre una lettura tassativizzante del giudizio di prevenzione. Considerate anche le valutazioni sopra espresse, ciò rende probabile che la Consulta pronunci una interpretativa di rigetto, *in primis*, precisando che non sussiste un obbligo di conformazione alla *De Tommaso* e, ciononostante, in secondo luogo, possa spingersi fino a convalidare lo sforzo interpretativo da tempo profuso dalla giurisprudenza nazionale³⁴.

3. Sullo sforzo tassativizzante della Corte di cassazione. Secondo nodo: se le interpretazioni tassativizzanti offerte dalla giurisprudenza nazionale rendono irrilevanti e superate *in toto* le censure del giudice europeo, e quindi siano tali da rendere il giudizio di prevenzione conforme ai canoni di determinatezza della legge e prevedibilità delle conseguenze.

Il dubbio deriva dal *trend* interpretativo che, avviato dalla giurisprudenza di legittimità e avallato da qualche giudice comune nell'immediato *post De Tommaso*, ha consentito di superare le censure europee, tracciando un quadro del giudizio di prevenzione già sufficientemente determinato, dai contorni prevedibili all'interessato e quindi in linea con i canoni costituzionali e convenzionali in materia. Infatti, la Corte di cassazione aveva da tempo avviato uno sforzo tassativizzante del giudizio di prevenzione, in una ottica di *contenimento di un evidente rischio* di rottura costituzionale del sistema e della disciplina normativa delle misure di prevenzione, e ciò a prescindere dalla *De Tommaso* della Corte Edu³⁵.

Come confermato in una recente sentenza³⁶, infatti «*le misure di prevenzione sono limitative dei diritti della persona costituzionalmente garantiti, incidono pesantemente e in via definitiva sul diritto di proprietà e quindi anche se sprovviste di natura sanzionatoria in senso stretto rientrano in una accezione lata di provvedimenti con portata afflittiva [...] il che impone di ritenere*

³⁴ In tale senso anche, MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, cit., 1031, auspica che una "prevenzione sostenibile" come frutto del dialogo tra le Corti. Eppure, vien da domandarsi, che dialogo tra Corti sarebbe se i giudici nazionali fossero meri esecutori di direttive - nella forma di provvedimenti giurisdizionali - provenienti da Strasburgo?

³⁵ *Ex multis*, Cass. pen., 2 febbraio 2016, Targia, in *Mass. Uff.* (non massimata); Id., 11 giugno 2015, Pagone, *ivi*, (non massimata); Id., 4 giugno 2015, Friolo, *ivi*, n. 264387; Id., 24 marzo 2015, Scagliarini, *ivi*, n. 264320; Id., 11 febbraio 2014, Mondini, *ivi*, n. 260104 (la lettura interpretativa esposta nel testo è ricavata dalle appena menzionate decisioni, alle quali pertanto si eviterà di rinviare di volta, salvo nei casi in cui siano riportate parti di una sentenza).

³⁶ V. Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco, cit., §3.3 del *Considerato in diritto*.

loro applicabile il generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione come fonte giustificatrice di dette limitazioni».

Di qui, una rilettura in chiave tassativizzante del giudizio di prevenzione che, «*lungi dall'essere un giudizio di marca soggettivistica e incontrollabile*», si scompone in un doppio momento valutativo, basato su un apprezzamento di fatti obiettivamente accertabili, con ferma esclusione di meri sospetti e congetture³⁷. La prima fase, di natura preliminare e constatativa, consiste in un inquadramento del proposto in una delle fattispecie criminologiche tipizzate, che siano di pericolosità generica o qualificata. Con particolare riferimento ai pericolosi generici³⁸, il giudice della prevenzione offre una ricostruzione determinata di quelle fattispecie, ancorate alla dedizione abituale del proposto a traffici delittuosi e al ricavo di proventi illeciti da essi, che siano destinati al proprio sostentamento o di quello del proprio nucleo familiare. In altri termini, si richiede una ricostruzione del vissuto criminale - quindi la valutazione di fatti penalmente rilevanti commessi in passato dal proposto - sulla base di sentenze passate in giudicato³⁹ o, in mancanza, sulla scorta di una autonoma valutazione del giudice della prevenzione quando in sede penale in relazione a quei fatti, purché non esclusi⁴⁰, non sia stato possibile emettere sentenza di condanna, per insufficienza di prove o per estinzione del reato per qualsiasi causa, come il decorso del termine di prescrizione⁴¹.

Con i termini di una recente sentenza⁴², il proposto va ricondotto preliminarmente a quelle fattispecie, quando sia abitualmente dedito ad una condotta di vita criminale, connotata dal sistematico ricorso a forme di crimine in-

³⁷ Già nel senso della esclusione di valutazioni basate su sospetti e congetture, Corte cost., 23 marzo 1964, n. 23, in *www.giurcost.org*; sulla doppia fase del giudizio di prevenzione, per prima, Cass. pen., 11 febbraio 2014, Mondini, cit.

³⁸ Cfr. art. 1, lett. a) e b), D.Lgs., 6 settembre 2011, n. 159.

³⁹ Si badi che, non possono, tuttavia essere utilizzate al fine di applicare una misura di prevenzione, le sentenze di condanna, pure se passate in giudicato, a pena sospesa, posto che il giudizio di prognosi positiva che tale istituto postula è logicamente incompatibile con quello necessario in sede di prevenzione (cfr. art. 166 co. 2 c.p.)

⁴⁰ Rileva, sul punto, il principio della presunzione di innocenza, che opera nel senso che di non consentire una revisione *in malam partem* da parte del giudice della prevenzione in relazione a reati che quello della cognizione ha escluso con sentenze ormai passate in giudicato (così, IACOVIELLO, *Schema di requisitoria del 19 marzo 2018, Processo Righi*, punto 5.2).

⁴¹ In senso critico sulla autonoma valutazione del giudice della prevenzione, ancora IACOVIELLO, *Schema di requisitoria*, cit., *ibidem*, secondo il quale «non ci può essere nell'ordinamento - al tempo stesso - un non reato per il giudice della cognizione e un reato per il giudice della prevenzione [...] saremmo al paradosso del gatto di Schroedinger della meccanica quantistica: che il gatto è vivo e morto nello stesso tempo, a seconda dell'osservatore e dei mezzi di osservazione [sic!]».

⁴² Cass. pen., 19 gennaio 2018, Carnovale, cit., §3.7 del *Considerato in diritto*.

prontate a «*traffici delittuosi o alla destinazione dei proventi, almeno in parte, alla diretta fruizione da parte del soggetto per le sue esigenze di vita*». Ciò vale anche al fine di delimitare il novero dei fatti valutabili, che debbono necessariamente essere dotati di rilevanza penale, posto che *delittuoso* «*non è connotazione di disvalore generico della condotta pregressa*», ma implica il richiamo esclusivamente a quei fatti «*che siano rispondenti al tipo di una previsione di legge penalmente rilevante*» e si connotino per una «*tipica attività trafficante*», per una «*finalità patrimoniale o di profitto*», oppure per «*l'approfittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili*». La valutazione dei medesimi fatti, che sono già stati valutati in sede penale, non implica una violazione del *ne bis in idem*, precisa frequentemente la giurisprudenza, posto che sulla scorta di essi il proposto «*non viene ritenuto colpevole o non colpevole [...], ma viene ritenuto pericoloso o non pericoloso in rapporto al suo precedente agire [...] elevato ad indice rivelatore della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico*»⁴³.

Tuttavia, tale preliminare inquadramento del proposto in una delle fattispecie di pericolosità che, secondo la Cassazione, svolge la medesima funzione tipizzante che in sede penale è affidata alle fattispecie incriminatrici⁴⁴, è «*condizione necessaria ma non sufficiente per l'applicazione della misura di prevenzione personale*». Fondamentale, *in subiecta materia*, è la fase prognostica, che consiste in un accertamento della pericolosità sociale - attuale - del proposto, che si manifesta nella valutazione delle probabili future condotte, in

⁴³ Cass. pen., 19 gennaio 2018, Carnovale, cit., §3.6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ In senso contrario, già NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 633, evidenziava le nette differenze, nel senso che nell'applicazione della pena «i presupposti sono dati dall'accertamento del fatto-reato, sulla sua attribuibilità al soggetto, del nesso psichico tra il soggetto e il fatto, della personalità del soggetto come strumento di valutazione dell'azione criminale: elementi che, pur nella loro complessità, si pongono in un angolo visuale di obiettiva conoscibilità [...] pur nelle variabili di giudizio, vi è un nucleo necessario ineliminabile: la fattispecie descritta dalla legge come base dell'affermazione di responsabilità [viceversa] allorchè si tratta di applicare una misura di prevenzione [...] i fatti da accertare sono i "sintomi" di un pericolo e, come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una norma legislativa; e la correlazione tra questi fatti e il futuribile è oggetto di un giudizio che non può essere, se non in via di discutibili presunzioni proprio del legislatore». Non solo, ma nella stessa direzione va altresì osservato che tale assimilazione non regge con riferimento al ruolo che svolge una fattispecie, necessariamente condizionato dalla sede in cui essa si colloca. Nell'ambito di un giudizio penale, rivolto alla ricostruzione del passato, la fattispecie è *tutto*, tanto che la sua integrazione, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, conclude il giudizio di colpevolezza del reo; viceversa, nell'ambito delle misure di prevenzione, la fattispecie, anche se riproduce fatti passati che corrispondono ad una fattispecie incriminatrice, è mero presupposto storico e premessa di partenza, mentre il cuore del giudizio è l'accertamento della pericolosità sociale dell'interessato, coerentemente rivolto al futuro.

chiave di offesa ai beni tutelati, logicamente influenzata dai risultati della prima⁴⁵. Si intende sostenere che la prognosi di pericolosità risulta condizionata dal preliminare inquadramento del proposto, e ciò riduce «*la discrezionalità del giudice agli ordinari compiti di interpretazione del valore degli elementi di prova e di manifestazione di un giudizio prognostico che da quelle risultanze probatorie è oggettivamente influenzato, come accade anche nel sistema cautelare penale*»⁴⁶. In tale senso, in ottica tassativizzante, tale valutazione non si fonda su di una «*prognosi di probabile e concreta reiterabilità di qualsivoglia condotta illecita*» ma, considerato il «*precedente inquadramento del soggetto in una delle categorie criminologiche tipizzate dal legislatore [...], l'espressione della prognosi negativa deriva dalla constatazione di una specifica inclinazione mostrata dal soggetto [...] cui non siano seguiti segni indicativi di un tangibile ravvedimento o dissociazione*»⁴⁷.

Ciò valorizza le indicazioni del legislatore, che in tale senso acquistano rilievo tipizzante, tanto nella fase preliminare, quanto in quella prognostica, e determinano la irrilevanza di quelle condotte che, «*pur potendo inquadarsi come manifestazione di pericolosità soggettiva, risultino estranee al perimetro descrittivo*» delle fattispecie in rilievo nel caso concreto (evasioni fiscali, reati predatori, reati fallimentari o di corruzione *lato sensu* intesa). Pertanto, constatato il modello criminologico, la pericolosità sociale deve essere *attuale* - almeno in sede di applicazione di una misura personale, tenuto conto delle Sezioni Unite Spinelli⁴⁸ - e ricavata «*dall'intensità dei sintomi di deviazione riscontrati ed alla loro prossimità temporale rispetto al momento della decisione*» e ciò «*costituisce presupposto applicativo generale, da riferirsi ad ogni categoria criminologica specifica, derivante dalla detta previsione di legge, oltre che dal necessario rispetto dei principi costituzionali sul tema*»⁴⁹.

⁴⁵ Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco, cit., §3.3 del *Considerato in diritto*; su tutti, rimarca la centralità del requisito della pericolosità sociale, in relazione a qualsiasi tipo di misure preventive, autorevolmente, CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946, 42 - 43.

⁴⁶ Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco, cit., §3.4 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷ Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco, cit., §3.3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁸ Cass. pen., Sez. un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Spinelli, in *Mass. Uff.*, n. 262604, in cui si statuisce, come noto, che pure se non si richiede che sia attuale, la pericolosità sociale del proposto resta presupposto ineludibile che deve sussistere al momento della acquisizione del bene al suo patrimonio.

⁴⁹ Cass. pen., 2 febbraio 2016, Targia, cit., §3.2 del *Considerato in diritto*, che richiama implicitamente le statuizioni delle Sezioni Unite nel caso Gattuso, che avevano ribadito come la verifica dell'attualità della pericolosità sociale connota tutte le fattispecie di pericolosità, anche quella dei soggetti indiziati di appartenere alle associazioni mafiose, ed esclude che tale requisito possa essere desunto dal mero inquadramento dell'interessato nelle categorie soggettive di riferimento.

Tanto premesso, sebbene lo sforzo giurisprudenziale sia meritorio⁵⁰, sussistono notevoli dubbi in merito al fatto che esso riesca, per via interpretativa e quindi *de iure condito*, a colmare le pesanti censure espresse dalla Corte Edu. La *De Tommaso* ha statuito che la legge non indica «*le prove fattuali o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tenere conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dare luogo a misure di prevenzione*», che non enuncia «*con sufficiente chiarezza la portata o la modalità di esercizio della ampissima discrezionalità conferita ai tribunali interni*» e che pertanto non è formulata «*con sufficiente precisione in modo da fornire una protezione contro le ingerenze arbitrarie e consentire al ricorrente di regolare la propria condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l'applicazione di misure di prevenzione*».

Il giudizio di prevenzione *in action* tenta di colmare un *gap*⁵¹, che pare riuscire a superare solo in parte, e solo con riguardo alla prima fase, quella constatativa, di preliminarare inquadramento del proposto in una delle fattispecie in questione e solo con riferimento a quelle di pericolosità generica⁵². Sotto tale ottica, la lettura in *action*, al netto della criticabile operazione di riempimento ermeneutico delle lacune normative, rende più o meno definiti i contorni di quelle fattispecie⁵³, precisando i confini semantici dei concetti chiave

⁵⁰ Sui risultati dello sforzo profuso dalla giurisprudenza nazionale, tanto in relazione a profili sostanziali quanto a quelli processuali, si trova un elenco di essi in MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *"Delle pene senza delitto"*, cit., 499 - 500, che, infatti, scrive di una "responsabilizzazione della magistratura" in materia di fronte al rischio di rottura con il dato costituzionale.

⁵¹ Sulla indeterminatezza delle fattispecie di pericolosità generica, in tempi oramai remoti, ma con considerazioni in parte attuali, note le critiche di ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 946 - 947 ss.; NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1973, 470 - 473.

⁵² In senso contrario, RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza "De Tommaso v. Italia" (e confermata dalle Sezioni unite "Paternò")*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 10, 129 ss., secondo la quale il *gap* di determinatezza affligge la sola *law in the books*, mentre sul lato della *law in action*, la giurisprudenza offre una lettura determinata delle fattispecie e che la pericolosità, impalpabile nella legge, è concreta nelle decisioni dei giudici di merito.

⁵³ La posizione della Corte costituzionale in materia di determinatezza, si rinvia nella decisione relativa al delitto di disastro innominato: «l'inclusione nella formula descrittiva dell'illecito di espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili, ovvero di clausole generali o concetti "elastici", non comporta un vulnus del parametro costituzionale evocato, quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice - avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca - di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato: quando cioè quella descrizione consenta di esprimere un giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile; e, correlativamente, permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore pre-

di *dedizione abituale*, *traffici delittuosi*, e di *destinazione dei proventi al sostentamento del proposto o del suo nucleo familiare*, ma non offre soluzioni in ordine ad una endemica quanto insuperabile indeterminatezza del concetto di *indizio*, nucleo fondante delle fattispecie di pericolosità qualificata⁵⁴. In effetti, quali comportamenti possano essere qualificati come indizi, quale sia lo *standard* probatorio che li connota, è questione ancora *irrisolta* e ciò rende evidente come sia *liquido* nei suoi presupposti di partenza il giudizio di prevenzione di quelle fattispecie⁵⁵, che è inevitabilmente rimesso alla definizione del giudice del caso concreto, quindi evidentemente arbitrario e imprevedibile al proposto⁵⁶.

Eppure, il *gap* evidente che la recente giurisprudenza non sembra avere colmato, e anzi pare avere trascurato, non tocca la fase constatativa del giudizio di prevenzione, ma quella prognostica come accertamento della pericolosità sociale attuale del proposto. Trattasi di un momento valutativo ineludibile, che richiede una autonoma valutazione e che non va confuso con la fase precedente, sotto il profilo temporale e dei fatti storici da valutare: nella fase constatativa si valutano condotte passate penalmente rilevanti, al fine di inquadrare il fenomeno criminale da prevenire, nella fase prognostica, i comportamenti concomitanti alla decisione, che offrono spunti per prevedere le condotte future. Quanto al secondo momento, infatti il giudizio sembra rimesso a

cettivo [...]In tal modo, risultano soddisfatti i due obiettivi fondamentali sottesi al principio di determinatezza: obiettivi consistenti - come lo stesso rimettente ricorda - per un verso, nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e il illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (Corte cost., 30 luglio 2008, n. 327, in *www.giurcost.org*).

⁵⁴ In senso critico sul concetto di indizio, che non sarebbe altro che un "sospetto qualificato", su tutti, PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, 265 - 272.

⁵⁵ Secondo FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7^a, Bologna, 2014, 926, lo *standard* probatorio in ambito preventivo si muove nell'area che «va dal sospetto oggettivamente suffragato all'indizio confinante con quello sufficiente ad attivare la normale repressione penale»; secondo CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale*, cit., 54, si tratta dello *standard* probatorio necessario alla iscrizione della *notitia criminis* nell'apposito registro. Sulla esistenza di una zona grigia tra sospetto e indizio penalmente rilevante, autorevolmente GALLO E., voce *Misure di prevenzione*, in *EG*, XX, Roma, 1990, 7; *contra*, PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, 222, che afferma come tra sospetto e indizi penalmente rilevanti non esista una zona grigia in cui collocare l'indizio che fonda le misure di prevenzione e che, pertanto, il concetto utilizzato serve a mascherare il sospetto, solo in apparenza bandito.

⁵⁶ In tale senso, da ultimo, MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale*, in *"Delle pene senza delitto"*, cit., 549; secondo PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 19, «le misure di prevenzione si reggono [infatti] su un meccanismo di *self control* da parte dell'applicazione giudiziale».

valutazioni arbitrarie del giudicante, che, nella stessa sede, prima decide quali siano le «*specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tenere conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società*», e poi le valuta come espressive di pericolosità sociale, ossia di probabile ricaduta nel delitto, in assenza di qualsiasi criterio orientativo⁵⁷.

Eppure, il tema non è nuovo allo studioso di diritto penale, posto che il problema scottante e *irrisolto* della indeterminatezza del concetto stesso di pericolosità sociale, come dei criteri per il suo accertamento in giudizio, si ripropone con le stesse declinazioni in tutti i campi in cui esiste⁵⁸: quali sono le basi del giudizio, quali i criteri orientativi del giudice, quali i comportamenti valutabili e quale lo *standard* probatorio e, sullo sfondo, lo sconcertante giudizio, che è consolidato in ambito psichiatrico, circa la prevedibile fallibilità delle prognosi giudiziarie, che avrebbero infatti «le stesse possibilità di successo di una persona che si affidi al lancio di una moneta per prendere una decisione»⁵⁹. Del resto, ciò è quasi scontato, posto che il passato è esistito e quindi può essere ricostruito mediante prove, come accade nel processo penale; viceversa, il futuro non è mai esistito e tutt'al più può essere predetto. Se non che, come si ricava da studi in ambito medico e psichiatrico, non si possono predire i comportamenti futuri di un individuo se non nel brevissimo periodo e ciò riduce notevolmente la affidabilità di un giudizio di prognosi di pericolosità sociale⁶⁰. Si pensi quindi alle misure di sicurezza, nella cui materia il concetto di pericolosità trova la sua unica definizione, secondo cui come la persona è pericolosa quando ha commesso un fatto previsto dalla legge come reato, «quando è probabile che [ne] commetta nuovi»⁶¹. In quella sede, il giudice, partendo da un fatto noto, la commissione di un fatto di reato accertato,

⁵⁷ In tale senso, v. da ultimo FURFARO, *Per una definizione normativa di pericolosità sociale nel Codice delle misure di prevenzione*, in *Questa Rivista* (online), 2017, 3, 9, che rileva come «la norma [l'art. 6 D.Lgs. 159 del 2011, che indica come requisito la pericolosità per la sicurezza pubblica] non propone alcun elemento utile alla bisogna e costituisce un evidente esempio di approssimazione del giudizio di pericolosità sociale che investe sia la *base* per la formulazione di siffatto giudizio, sia i *criteri* per la sua formulazione, sia la determinazione del *grado di probabilità* rilevanti ai fini della sussistenza del pericolo»; nonché, MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 95 ss., secondo cui il metodo seguito dai giudici è di tipo intuitivo, quindi esente da un processo di falsificazione logica ed esposto a valutazioni del giudicante sostanzialmente non verificabili dalle parti e quindi di fatto arbitrarie.

⁵⁸ Come rileva PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *"Delle pene senza delitto"*, cit., 645.

⁵⁹ Analizza alcune criticità del giudizio di pericolosità sociale, LOMONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità nelle misure di prevenzione. Le ragioni di un disagio*, in *Quest. Giust.*, 1999, 730 ss.

⁶⁰ Così, MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, cit., 16, e bibliografia scientifica *ivi* citata.

⁶¹ Cfr. art. 203 c.p.

avrebbe dovuto inferire un fatto ignoto, la probabilità che lo stesso soggetto ricadesse nel delitto, pure se in assenza di altri criteri orientativi⁶². Si pensi poi alle misure cautelari, che possono applicarsi, nel caso che interessa in questa sede, «quando, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità della persona, [...], desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, sussiste il pericolo attuale e concreto di commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede o di altri specificamente indicati»⁶³.

Nonostante il problema del vuoto di criteri sia lo stesso, tanto nella prima come nella seconda sede, il ragionamento inferenziale del giudicante si ancora a un fatto di reato accertato, o quantomeno connotato da *fumus delicti*, e ciò offre una base valutativa solida da cui muovere qualsiasi valutazione prognostica, che il giudice della prevenzione potrebbe avere nelle ipotesi di pericolosità generica, come rilette dalla recente giurisprudenza nazionale, e quindi fondate sul vissuto criminale del proposto per come accertato in sede penale, ma che non ha evidentemente nelle ipotesi di pericolosità qualificata, oppure nelle ipotesi in cui sia ricostruito il passato criminale del proposto sulla base di condotte delittuose accertate in via incidentale in sede di prevenzione e sulla base di *standard* probatori ignoti⁶⁴.

Il rischio, che diviene pressante anche alla luce delle mancate risposte offerte dalla giurisprudenza recente, è duplice: da un lato, che, priva di una sua identità, la fase prognostica sia *de facto* appiattita sulla prima fase di constatazione e inquadramento del proposto, e che quindi si appaghi dei risultati di quella⁶⁵. Come a ritenere che se il proposto ha per decenni abitualmente vissuto di evasioni fiscali, dalle quali ha tratto proventi destinati al suo sostentamento, allora *in assenza* di particolari segni di ravvedimento, deve desumersi che sia probabile che ne commetterà altre in futuro, oppure, allo stesso modo, che se il proposto è stato indiziato di appartenere a una associazione mafiosa, come di avere commesso un fatto di *stalking* o di truffa allo stato, ipote-

⁶² Secondo ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del Codice penale*, III, Milano, 1994, 400, secondo i quali «la giurisprudenza procede alla formulazione di un giudizio di pericolosità sulla base di un "metodo induttivo" [sic!], che affida nella sostanza l'attribuzione della qualifica di soggetto socialmente pericoloso alla intuizione del giudice. che, di volta in volta, presceglie l'elemento sul quale fondare la propria valutazione», di qui sono coerenti le conclusioni di FIANDACA MUSCO, *Diritto penale*, cit., 816-817, per i quali «così stando le cose, non deve sorprendere troppo se il giudizio di pericolosità spesso risulta, oltre che intuitivo, arbitrario e assai poco affidabile».

⁶³ Cfr. 274 lett. c) c.p.p.

⁶⁴ V. MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit., 17; FURFARO, *Per una definizione normativa di pericolosità sociale*, cit., 13.

⁶⁵ Così, CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, cit., 52 - 54; MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, cit., 1022.

si recentemente introdotte, allora è probabile che commetterà altri fatti simili. Ciò sarebbe evidentemente *contra legem*, posto che la *littera legis* richiede una verifica della pericolosità sociale, come momento valutativo altro e successivo al preliminare inquadramento criminologico del proposto⁶⁶. A tutto volere concedere, e quindi ammesso che sia trattata come fase autonoma di giudizio, il rischio è tuttavia che essa sia rimessa *in toto* all'arbitrio del giudice⁶⁷.

Secondo la recente lettura interpretativa, il precedente inquadramento del soggetto in una delle categorie criminologiche tipizzate dal legislatore *condiziona* la prognosi negativa che deriva dalla constatazione di una *specifica inclinazione mostrata dal soggetto* e determina la irrilevanza di quelle condotte che, «*pur potendo inquadrarsi come manifestazione di pericolosità soggettiva, risultino estranee al perimetro descrittivo*» delle fattispecie in rilievo nel caso concreto. Ebbene, anche tale tentativo di restringere le condotte rilevanti come manifestazioni di pericolosità sociale del proposto, evidenzia che *la coperta è corta*. Per delimitare il giudizio di pericolosità sociale, la Cassazione finisce per delineare un sistema che frustrerebbe il fine preventivo che mira a realizzare, se portato alle estreme conseguenze: si dovrebbe quindi ritenere che se il proposto fosse dedito a reati contro il patrimonio, ma offrisse manifestazioni di pericolosità contro la vita o l'integrità fisica, egli non potrebbe essere considerato pericoloso in relazione al suo precedente agire, connotato da offese a beni differenti rispetto a quelle attuali. Pertanto, il soggetto non potrebbe essere destinatario di una misura preventiva e l'ordinamento sarebbe tenuto ad attendere che egli commetta più delitti contro la persona, perché possa essere preliminarmente inquadrato nella categoria di pericolosità *ad hoc* e soltanto a quel punto, il sistema, dopo avere atteso che quel bene fosse violato reiteratamente, intervenire per prevenire altre violazioni omogenee. Tuttavia, a prescindere da questo rilievo, tale perimetrazione appare ancora insufficiente, dato che se si precisa che i comportamenti valutabili debbono essere espressivi, non di una qualsiasi inclinazione, ma di una specifica ten-

⁶⁶ Sul punto, di recente, conferma che la verifica dell'attualità della pericolosità sociale del proposto è essenziale e ineludibile, e impone al giudice un dovere di motivazione in positivo, senza ricorrere a presunzioni, che non trovano alcuna giustificazione nella disciplina normativa in materia (cfr. art. 6, D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), Cass. pen., Sez. un., 30 novembre 2017, Gattuso, in *Cass. pen.*, 2018, 1486 ss. con nota di PICCARDI, *Nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali anche per gli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso è necessario accertare l'attualità del requisito della pericolosità sociale*.

⁶⁷ V. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 277, che, quanto al giudizio di pericolosità sociale, scrive che «la legge non c'è, è labile e consegna al giudice un "foglio in bianco", evidentemente l'unica garanzia che può sussistere è quella della "bontà umana" del giudice».

denza criminale, nulla ancora si afferma su quali siano le tipologie di condotte che possano orientare il giudice nella valutazione di un proposto come pericoloso o non pericoloso. In tale senso, *de iure condito*, come la lettura della giurisprudenza recente conferma, la fase valutativa rimane un *salto nel vuoto* per il giudice stesso, che di volta in volta valuta i comportamenti che lui stesso seleziona, e *a fortiori* per l'interessato, che non può calcolare le conseguenze sfavorevoli delle sue azioni.

Infine, a scanso di equivoci, va precisato come ciò che la Corte Edu sembra censurare è la indeterminatezza dei *presupposti di partenza* e, in particolare, dei *parametri orientativi* del giudizio di pericolosità, che logicamente, essendo rivolto alla previsione di un condotte delittuose nel futuro, non potrebbe che essere, per forza di cose, probabile e giammai certo. In tale senso, quindi, il giudizio di prevenzione dovrebbe mirare a assicurare almeno «*certezza giuridica di partenza* e di un'ipotesi futura».

Ebbene, secondo autorevole dottrina⁶⁸, nella materia delle misure di prevenzione, rileva una accezione di legalità preventiva, intesa come «certezza di premesse legislative generali, di criteri di giudizio validi per l'ordinamento, di finalità che l'ordinamento giuridico riconosce», e non una legalità repressiva, che invece sarebbe connessa alle sole misure *stricto sensu* penali, connotate dalla sequenza "violazione del comando - responsabilità - castigo", per le quali rileva invece anche la previa conoscibilità della norma incriminatrice e dei suoi effetti quale espressione del principio di colpevolezza per il fatto.

Al netto delle diverse opinioni sul punto, che affondano le radici in una disputa irrisolta sulla natura delle misure di prevenzione, il *deficit* di determinatezza è tanto grave che è possibile sostenere che il principio di legalità, che sia letto in accezione preventiva o repressiva, sia ugualmente violato. Nonostante una qualche determinatezza delle fattispecie soggettive, la totale assenza di criteri orientativi del giudice rende il giudizio di pericolosità sociale un vero e proprio *salto nel vuoto*, che mina alla radice il principio di legalità, come tutela del singolo dall'abuso dei poteri pubblici⁶⁹. La attuale formulazione viola

⁶⁸ NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633 - 634; *contra*, nel senso della rilevanza anche in materia di prevenzione del profilo della previa conoscibilità del dato normativo e prevedibilità delle conseguenze, oltre che la giurisprudenza Cedu, MARTINI, *Il mito della pericolosità*, cit., 547; VIGANO, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 1362.

⁶⁹ Condivisibilmente, MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, cit., 1021, secondo il quale, in effetti, «è però l'idea di Stato di diritto [...] ad imporre che qualsiasi provvedimento limitativo di determinati diritti fondamentali [...] abbia una sufficiente base legale al momento (non dell'azione dell'individuo bensì) della sua applicazione [...] non si tratta soltanto di assicurare l'origine democratica delle scelte o di scongiurare derive arbitrarie delle decisioni giudiziali [...] ma altresì di una esigenza di auto-limitazione

tanto il profilo della certezza dei presupposti e dei criteri valutativi al momento della decisione, che non permette al proposto di conoscere il percorso valutativo del giudicante, quanto quello della prevedibilità delle conseguenze giuridiche da parte del singolo, che al momento delle condotte non sa quali di esse potranno essere valutate come indicative di una pericolosità sociale e quindi saranno poste alla base dell'applicazione di una misura preventiva. In particolare, nonostante lo sforzo tassativizzante della giurisprudenza, non sembra ancora chiaro quali comportamenti possono essere valutati come manifestazione di una probabile ricaduta nel delitto, dai quali il giudice deve muovere una valutazione e formulare una prognosi negativa⁷⁰. Tanto per riportare qualche esempio, se fatti come denunce per delitti dolosi oppure provvedimenti di applicazione di misure cautelari personali possono essere qualificati come espressione di una pericolosità sociale, concreta e attuale, resta irrisolta la sorte di altre condotte *border line*, che sono spesso evidentemente equivoche, e che si prestano a valutazioni arbitrarie del giudice del caso concreto, con connessi svantaggi anche in punto uguaglianza davanti alla legge o altre non imputabili a libere scelte dell'individuo. Tra le prime, si pensi a tendenze criminali, come accompagnarsi a pregiudicati, frequentare zone notoriamente abitate da criminali, riportare segnalazioni di polizia o qualsiasi altra sanzione amministrativa, mutare frequentemente residenza e rendersi irreperibile; tra le seconde, il non avere un lavoro fisso o lecite fonti di reddito proporzionate al proprio tenore di vita, tutte condotte o stili di vita soggetti a valutazioni diverse⁷¹.

Sul piano delle proposte migliorative del giudizio di prevenzione, attenta dottrina ha rilevato come sia improcrastinabile intervenire non sulle fattispecie, ma sul giudizio di pericolosità, in sede di riforma quindi prevedere una riformulazione dei criteri orientativi del giudice sulla scorta di quelli utilizzati

dell'ordinamento nell'ambito delle strategie preventive».

⁷⁰ Cfr. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633, che chiarisce come «le premesse legislative devono contenere il riferimento ai reati, contemplando fattispecie soggettive che, attraverso la descrizione di elementi sintomatici esterni (tipi di comportamento) e di fattori di personalità interni suscettibili di rilevamento, quanto più possibile oggettivo, comprendono il maggior numero di indici criminologicamente significativi».

⁷¹ Secondo CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2015, 4, che, in ottica critica, sostiene come indicatori del pericolo siano «la povertà, la condizione di indigenza, l'ozio e il vagabondaggio, che non consentono un sostentamento senza crimine»; così anche in chiave storica, la concezione ottocentesca secondo cui «il non proprietario, senza fissa o con precaria dimora, è un potenziale *disturber* [...] difficilmente potrà soddisfare i propri bisogni senza infrangere la legge», LACCHÈ, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in *"Delle pene senza delitto"*, cit., 426.

in sede di accertamento del pericolo di reiterazione del delitto nelle misure cautelari personali che, come le misure di prevenzione, si baserebbero su di un fatto penalmente rilevante incerto⁷². In quella sede, infatti, ai sensi dell'art. 274 lett. c) del codice di rito, il giudice penale deve valutare il pericolo di reiterazione del delitto come attuale e concreto *sulla base delle specifiche modalità e circostanze del fatto, nonché della personalità della persona, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali*. Ebbene, a parere di chi scrive, tale prospettiva non sembra innovativa e risolutiva, considerato che il risultato interpretativo cui si perverrebbe non offre una situazione migliore di quella attuale, sia quanto ai presupposti del giudizio, sia quanto ai risultati finali. Prima di tutto, non è condivisibile la premessa, posto che, alla luce della recente lettura giurisprudenziale, quando si applica una misura di prevenzione ai pericolosi generici, il giudice deve ricostruire il vissuto criminale del proposto, frequentemente cristallizzato in sentenze di condanna passate in giudicato, che costituisce un presupposto storico di base dotato di maggiore certezza rispetto a quello posto alla base delle misure cautelari. A tutto volere concedere, la proposta non consente di fare passi in avanti verso la determinatezza del giudizio, dato che i suddetti criteri, se solo si esclude il riferimento ai precedenti penali e alle modalità riferite al fatto storico, sono altrettanto indeterminati, essendo incentrati sul richiamo a imprecisati *atti e comportamenti* dai quali si dovrebbe desumere la personalità del soggetto. Ma v'è di più, posto che va osservato che i parametri richiamati in sede cautelare non sono dissimili da quelli attualmente utilizzati dalla giurisprudenza, che sulla scorta dello *statuto unitario della pericolosità sociale*, applica in materia di misure di prevenzione l'art. 203 c.p., e quindi anche la parte in cui dispone che «*la qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133*», norma che riproduce una gamma ampia e in parte sovrapponibile di parametri, di natura oggettiva e soggettiva⁷³.

Se era lecito attendersi una *pars costruens*, non sembra tuttavia possibile formularne una in materia⁷⁴. Eppure, va dato atto che la Corte di cassazione

⁷² V. FURFARO, *Per una definizione normativa di pericolosità sociale*, cit., 10 ss.

⁷³ In senso contrario in ordine all'utilizzo dei criteri *ex art. 133 c.p.*, sia in ambito cautelare, che in ambito di applicazione di misure di sicurezza, visto che le misure di prevenzione sono sprovviste di un fatto di reato accertato o comunque connotato da gravi indizi di colpevolezza, MARTINI, *Il mito della pericolosità*, cit., 547.

⁷⁴ In altri termini, appare impossibile, e forse neppure immaginabile una disciplina delle misure di prevenzione "ideale", v. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 536, il quale sostiene come il pensiero di rendere le fattispecie di pericolosità determinate «si traduce in una pretesa impossibile»; ritiene che sia naturale una inevitabile indeterminatezza nella descrizione del giudizio di prevenzione, che si connota per un accertamento, non di fatti definiti, ma di «*sintomi di un*

ha superato, in parte e per quanto possibile in via interpretativa, quantomeno quei tratti insostenibili della prevenzione penale rispetto ai canoni costituzionali. La tipizzazione delle fattispecie di pericolosità sociale, quantomeno di quelle generiche, la definizione di uno *statuto unitario della pericolosità sociale*, consentono di ricostruire un giudizio di prevenzione conforme ad uno *standard* minimo che, se anche imperfetto, impreciso e a tratti arbitrario, ripropone a ben considerare le stesse incertezze e i medesimi dubbi di tipo dommatico, scientifico e costituzionale, di qualsiasi giudizio che, in sede penale, è ancorato ad una prognosi di pericolosità.

Resta soltanto, a questo punto della riflessione, da comprendere se un *vulnus* tanto insanabile, nonostante qualsiasi sforzo giurisprudenziale - e, se si volesse, anche normativo - possa considerarsi in ottica costituzionale accettabile, ma in particolare ragionevole e proporzionato in relazione alla prevenzione dei reati, scopo che rimane, sia chiaro, fondamentale in qualsiasi società civile.

4. (segue) *Le fattispecie indiziarie di pericolosità qualificata. Le irrecuperabili "pene del sospetto"*. Prima di andare oltre, sembra doverosa una precisazione, che consente una perimetrazione delle riflessioni che seguono, e che meglio consentono anche di comprendere quelle effettuate *supra*. Si intende sostenere che, differenziata la strada interpretativa che sembra destinato a percorrere il giudizio di prevenzione per le fattispecie di pericolosità generica da quello che fa riferimento invece alle fattispecie di pericolosità qualificata, le rispettive sorti sembrano essere ovviamente differenti. Senza riprendere le letture giurisprudenziali sopra esposte, appare evidente che i modelli di formulazione differenti che connotano le fattispecie di pericolosità generica e quelle di pericolosità qualificata non consentono di pervenire per entrambe a interpretazioni, per quanto possibile, dirette a sanare i *deficit* di determinatezza e tassatività più evidenti, che connotano entrambe le ipotesi.

Le prime, infatti, sono ancorate a condotte che possono essere collocate nel passato, sulla base di una formulazione letterale che consente letture che fondano il giudizio di prevenzione su di un vissuto passato criminale del proposto⁷⁵, nella maggioranza delle ipotesi accertato in sede penale con sentenze

pericolo che, come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una norma legislativa; e la correlazione tra questi fatti e il futuribile è oggetto di un giudizio che non può essere, se non per via di discutibili presunzioni, proprio del legislatore», NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633.

⁷⁵ Alcune fattispecie, in altri termini, contengono «agganci espressivi tassativizzanti», che consentono alla giurisprudenza letture, per quanto possibile, costituzionalmente conformi, v. MAGI, *Sul recupero di*

di condanna passate in giudicato. Ciò rende il giudizio di pericolosità sì *un salto nel vuoto*, ma ancorato a una base storica di partenza che fornisce un qualche indice concreto di una predisposizione del proposto a non mutare condotta di vita e quindi a *ricadere nel delitto*⁷⁶. Del resto, è quanto avviene in materia di misure di sicurezza, e così anche, ma con maggiore incertezza del dato storico delittuoso, nelle misure cautelari: eppure nessuno ha mai pensato di reclamare l'espulsione di queste tipologie di misure dall'ordinamento, perché incostituzionali.

Le fattispecie di pericolosità qualificata, invece, sono ancorate a un indizio di commissione di un delitto, ossia a una condotta che si colloca nel passato, ma solo da un punto di vista storico e fattuale, e che invece vive un *presente processuale incerto*, dato dalla mancanza di prove o indizi qualificati utili a pervenire a una sentenza di condanna in sede penale. Ciò, per un verso, ravviva il sospetto che sia applicata una misura di prevenzione per reprimere ciò che in sede penale non si è riuscito a dimostrare. Per un altro, rende che il giudizio di pericolosità un *salto nel vuoto, partendo da una base molle*, che si traduce in una assenza di un presupposto storico di partenza, ossia di un fatto che non è stato mai accertato e che è invece risulta dichiarato sulla base di indizi semplici, e quindi sul vuoto processuale⁷⁷.

Tanto premesso, appare evidente come diverse formulazioni consentano diverse letture, non tutte passibili quindi di una interpretazione costituzionalmente orientata, che determinano la formazione di problemi diversi e conseguentemente soluzioni diverse. In altri termini, pare che le strade dei due modelli di fattispecie di pericolosità siano ormai parallele, e non consentano riflessioni comuni.

Ebbene, quelle fondate su un indizio di avere commesso un delitto, per i problemi poco fa evidenziati, sono evidentemente inaccettabili e impassibili di una lettura costituzionalmente conforme, posto che sono sprovvisti di qual-

tassatività, cit., 501.

⁷⁶ Si tratta, in effetti, di misure non *ante delictum*, bensì *ante nova delicta*, cioè dirette a prevenire la recidivanza e quindi, coerentemente, non potrebbero essere applicate a 1) delinquenti primari; 2) delinquenti occasionali e non abituali; 3) delinquenti che, pure abituali in passato, non sono attualmente pericolosi.

⁷⁷ Riprendendo CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, cit., 54, «non serve, infatti, la certezza razionale necessaria per la condanna [...], né l'elevata probabilità propria delle misure cautelari personali, e neppure una prevalenza probabilistica dell'ipotesi di accusa misurata sul canone civilistico del "più probabile che no" [...] bastano indizi di sussistenza dell'illecito [...]» e citando Cass., 23 gennaio 1992, Barbaro, in *Mass. Uff.*, n. 189334, «acquisizioni probatorie che giustifichino, sul piano razionale ed empirico, il sospetto che il prevenuto abbia commesso il reato, pur dovendo sospetti e presunzioni essere saldamente ancorati ad elementi di fatto di sicuro valore sintomatico, storicamente accertati e obiettivamente verificabili».

siasi elemento che consenta una lettura tassativizzante. Infatti, se si esclude che il giudizio di pericolosità, come sopra visto e con valutazione che va estesa a tutti i campi del settore in cui esso esiste, non è passibile di una maggiore determinatezza in relazione ai criteri orientativi, e soprattutto ai suoi esiti finali, il *discrimen* diventa la base storica di partenza.

Essa, come sopra sostenuto, è presente in qualche modo nella fattispecie di pericolosità generica, ma è totalmente assente in quelle di pericolosità qualificata: ciò non può che condurle verso una bocciatura senza appello, posto che esse sono costruite in forme contrarie ai principi costituzionali, dal momento che la stessa Corte di cassazione ha statuito come le misure di prevenzione, anche se non penali, hanno portata afflittiva e «*ciò impone di ritenere loro applicabile il generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione come fonte giustificatrice di dette limitazioni*»⁷⁸. Valutazioni che si aggravano, se solo si pensa anche al costante rischio, che la prassi giudiziaria rende palpabile, che esse siano utilizzate come *pene del sospetto*, come, in altri termini, surrogati della giustizia penale in crisi, quando essa non riesca a raggiungere *standard* probatori utili a condannare⁷⁹. La funzione surrogatoria della giustizia penale è, peraltro, tacitamente accettata dalla giurisprudenza come un «male necessario» in ottica di efficienza giudiziaria, e quindi per il raggiungimento di obiettivi di politica criminale e giudiziaria nel campo della lotta al crimine, in particolare quello organizzato⁸⁰. La giustizia penale, infatti, attraversa un periodo di

⁷⁸ Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco, cit., §3.3 del *Considerato in diritto*. Oltre ai profili costituzionali relativi alla formulazione della fattispecie e del giudizio di pericolosità, non si possono trascurare le violazioni che il vuoto normativo produce sull'esercizio del diritto di difesa: come si difende il proposto da una "imputazione" basata su un sospetto di avere commesso un fatto di reato? La Difesa dovrebbe dimostrare la non pericolosità del proposto "oltre ogni ragionevole dubbio", posto che non sarebbe inutile contrastare un indizio di reità con un indizio di innocenza. In altri termini, se nel giudizio penale, l'accusa prova i fatti secondo uno standard di certezza processuale e la difesa si limita a provare il contrario, anche solo sulla base di indizi che siano tali da insinuare un dubbio, nel giudizio di prevenzione, tutto si capovolge, e l'accusa può accontentarsi di indizi, mentre la difesa è tenuta a contrastare un'accusa vaga, provando secondo standard di certezza processuale il contrario (insiste su tale profilo, IACOVIELLO, *Schema di requisitoria*, cit., 5.1).

⁷⁹ In tale senso, come surrogati della pena, SCARPINATO, *Le indagini patrimoniali*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali*, a cura di Cassano, Roma, 2009, 236; nonché, FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 116; rileva in ottica problematica tale profilo, IACOVIELLO, *Schema di requisitoria*, cit., 5.1, che accenna al «rischio che il procedimento di prevenzione sia il procedimento di riserva del processo di cognizione [e] che la misura di prevenzione sia una pena senza reato e senza prova».

⁸⁰ Secondo CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale*, cit., 3, sarebbe ormai uno strumento "politicamente irrinunciabile"; di un boom e di «pilastro dell'opera statale di contrasto di alcune forme di criminalità» scrive BASILE, *Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione*, cit., 1521.

sofferenza⁸¹, per i tempi lunghi che richiede, per lo *standard* probatorio necessario che spesso diventa una *probatio diabolica* per le accuse, cui si sommano le garanzie, che in alcuni casi e di fronte all'urgenza di giungere ai risultati auspicati nel contrasto alla criminalità, diventano inutili *lacci e laccioli* dei cui è necessario e improcrastinabile liberarsi⁸².

Di qui, le misure di prevenzione personali che sostituiscono le pene, che non si riescono a irrogare, oppure le misure di sicurezza personali; di qui, le confische di prevenzione che sostituiscono quelle di sicurezza, che richiedono il nesso di pertinenza con il delitto accertato, oppure quella allargata, che comunque richiede la condanna passata in giudicato per il delitto presupposto.

5. (segue) Le fattispecie di pericolosità generica. Le recuperabili misure di sicurezza. Se la prevenzione *ante delictum* rivolta alle classi di pericolosi qualificati, ossia di coloro che sono sospettati di avere commesso un determinato delitto, è palesemente incostituzionale, e tuttavia resta tollerata e legittimata per fare fronte a pressanti esigenze di contrasto alle forme più allarmanti di criminalità, anche in sostituzione di una giustizia penale classica in sofferenza, le misure di prevenzione, personali e patrimoniali, rivolte alle classi di pericolosi generici si aprono a scenari inediti.

Come rilevato *supra*, la recente lettura giurisprudenziale in materia di misure di prevenzione ancora il giudizio di pericolosità alla previa ricostruzione del vissuto criminale del proposto, connotato da un ricorso abituale e sistematico al crimine e al ricavo di proventi illeciti destinati al sostentamento delle proprie esigenze di vita e del proprio nucleo familiare. Una tendenza ermeneutica rivolta alla ricerca di fatti penalmente rilevanti, come base per effettuare un giudizio di pericolosità del proposto, che non costituisce un momento *inedito* nel sistema della giustizia penale, ma è espressione di uno *statuto unitario della pericolosità sociale*, al quale si informano anche altre misure di contenimento dei soggetti pericolosi, come le misure cautelari, applicate durante il processo, e quelle di sicurezza, al termine di esso⁸³.

La tendenza sembra una diretta conseguenza della giurisdizionalizzazione, nel senso che il giudice, abituato a valutare fatti e non condotte che manife-

⁸¹ Già, in tale senso, NEPPI MODONA, *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità*, in *Giur. cost.*, 1975, 3097 - 3098.

⁸² Che sia un «male necessario», dato che il diritto penale non è sufficiente nell'attuale momento storico a tutelare i beni maggiormente rilevanti, MAGI, *Sul recupero di tassatività*, cit., 494.

⁸³ Sull'esistenza di un concetto di pericolosità sociale comune a tutti i settori della giustizia penale, BASTILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *La pena, ancora*, cit., 955 ss.

stano stati soggettivi della persona, muta *geneticamente* le misure di prevenzione, non ormai espressione di un agire di fatto, che è tipico della funzione di polizia, ma manifestazione di un agire di diritto, tipico della giurisdizione⁸⁴, che va alla ricerca di concrete condotte cui ancorare il giudizio e approda a quelle che considera maggiormente sintomatiche e accertate, ossia quelle penalmente rilevanti desunte dalle sentenze di condanna passate in giudicato⁸⁵. Eppure, pare abbastanza evidente come quei recenti approdi ermeneutici abbiano, in sostanza, finito con il determinare una *sovrapposizione* del giudizio di prevenzione con quelli che il giudice compie quando deve applicare le predette misure di contenimento, ossia le cautelari o quelle di sicurezza⁸⁶. Come anticipato *supra*, l'*iter* valutativo è lo stesso, nel senso che il giudice parte da un fatto noto, che corrisponde a una violazione di una legge penalmente rilevante [*rectius*, un delitto], più o meno accertata seppure secondo *standard* probatori diversi condizionati dal momento processuale in cui la valutazione si colloca, e di qui sulla base di esso, il giudicante compie una valutazione prognostica. Ebbene, se la base di partenza è la stessa, il fatto di reato che anche in sede di prevenzione *ante delictum* deve essere accertato da un punto di vista processuale o almeno storico, se il giudizio è rivolto a valutare un concetto *unitario* di pericolosità sociale, che accomuna tutte le misure di preven-

⁸⁴ Sull'agire di fatto, improntato ai canoni della utilità, convenienza e necessità del momento, solo con interesse alla tutela di tutti, a scapito di quella dei singoli individui, quale funzione propria della polizia di sicurezza e del potere amministrativo, RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1908, 256, come citato in LACCHÈ, *Uno "sguardo fugace"*, cit., 437.

⁸⁵ Anche se resta attuale il rischio che le misure di prevenzione personali siano utilizzate in chiave sanzionatoria di condotte passate, sembra che la tale lettura giurisprudenziale descritta qualifichi le condotte penalmente rilevanti, già accertate in sede penale, come sintomi da cui inferire un giudizio di pericolosità rivolto al futuro e, in tale senso, esse rifuggono dal pericolo di essere pene nascoste, e assumono una funzione marcatamente preventiva; viceversa, la confisca che, da un lato, è ormai sganciata dalla pericolosità attuale della persona, da un altro, si interessa più alla provenienza - passato - che alla destinazione - futuro - dei beni del proposto (così anche, di recente, MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, cit., 1027).

⁸⁶ In senso contrario, v. Cass., 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco, cit., §3.6 del *Considerato in diritto*, in cui si sostiene che tale lettura valorizza aspetti dogmatici, rispetto a una linea interpretativa basata sul testo di legge e resa necessaria da una lettura costituzionalmente e convenzionalmente conforme, e «non tiene conto della fondamentale differenza che rimane tra le due tipologie di misure preventive», ossia che se «le misure di sicurezza, ontologicamente, seguono il giudicato sul reato specifico cui sono correlate, le misure di prevenzione per pericolosità generica possono precederlo» nei casi di autonoma valutazione da parte del giudice della prevenzione di condotte penalmente rilevanti, ed «è evidente che tali condotte potrebbero essere (e spesso nell'applicazione concreta sono) già coperte da giudicato di condanna, ma ciò non equivale ad assimilare le due classi di misure, posto che le misure di prevenzione mantengono la loro ragion d'essere di natura essenzialmente anticipatoria (rispetto agli esiti dei giudizi penali correlati) e di verifica "complessiva" della condotta tenuta dal soggetto in un determinato arco temporale».

zione *lato sensu* intese, in quanto tutte rivolte allo stesso fine, allora si finisce per rendere le misure di prevenzione *ante delictum* un doppione delle altre, che finiscono per occupare tendenzialmente lo stesso spazio applicativo, quali misura dirette alla prevenzione speciale mediante incapacitazione e neutralizzazione del soggetto pericoloso, tutte tecnicamente *ante delictum*, ossia dirette a prevenire un nuovo delitto⁸⁷.

Si ha riprova di quanto appena sostenuto dalla analisi di alcune recenti decisioni di merito⁸⁸, in cui la giurisprudenza mostra di fare un uso *post delictum* delle misure di prevenzione personali, che applica a persone ritenute socialmente pericolose, precedentemente condannate per delitti di violenza domestica oppure contro le donne, quando la pena non ha sortito effetti utili alla rieducazione e sussistono elementi concreti per ritenere che il soggetto commetterà altri delitti, anche ai danni delle stesse vittime. Si tratta di casi emblematici che confermano i predetti rilievi e dimostrano come le due tipologie di misure siano interscambiabili: in quei casi il giudice della prevenzione applica misure di contenimento di una pericolosità sociale, quando il giudice della cognizione in sede di condanna penale, pure esistendone i presupposti normativi, non ha disposto che, una volta pena espiata, il condannato fosse destinatario di una misura di sicurezza personale, a tutela della vittima, come ad esempio la libertà vigilata, identica nei suoi contenuti alla misura preventiva della sorveglianza speciale.

Tanto premesso, ciò che rileva è che a fronte a misure identiche nei presupposti applicativi e nei fini di politica criminale, corrispondono rese diverse: come noto, si sostiene comunemente che le misure di sicurezza personali siano un *ramo secco* della giustizia penale nazionale, ma non si comprende

⁸⁷ Sulla identità di tutte le classi di misure preventive, fondate sulla comune esigenza di prevenire il delitto tramite contenimento della pericolosità sociale, e quindi tutte ontologicamente *ante delictum*, già CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 43; VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1624, che unificava le due classi sotto un criterio teleologico; *contra*, cfr. FERRI, *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, *passim*, che invece teneva separate misure *post delictum* - le sanzioni criminali, cioè le pene e le misure di sicurezza - e quelle *ante delictum*, cioè le misure di polizia, le prime dirette a contrastare la pericolosità criminale, le secondo la pericolosità sociale; nel senso di un *species* di un unico *genus*, da ultimo nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., 25 settembre 2013, n. 291, in www.penalecontemporaneo.it, 9 dicembre 2013, con nota di TRINCHERA, *Misure personali di prevenzione: nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va riveduta a sospensione esaurita*.

⁸⁸ Trib. Roma, decr. 3 aprile 2017, n. 30, in www.penalecontemporaneo.it; Trib. Palermo, decr. 1 giugno 2017, n. 62, *ivi*, con commento di RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta*, cit., 129 - 133, che rileva come i due giudici di merito abbiano dato alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con divieto di soggiorno una funzione marcatamente cautelare, sovrapponibile nel contenuto alla misure di sicurezza della libertà vigilata (artt. 228 - 231 c.p.) e della misura cautelare del divieto di avvicinamento alla persona offesa e ai luoghi da questa frequentati (artt. 282-*bis*, 282-*ter* c.p.p.)

come invece in vari ordinamenti europei siano in crescita, come in Germania, Svizzera e Francia⁸⁹. Ebbene, la risposta è facile e va ricercata, da un lato, in una sorta di *concorrenza sleale*⁹⁰ che le misure di prevenzione operano ai danni di quelle di sicurezza, che si concretizza in un uso processuale *facilitato* delle prime, quanto ai tempi, quanto allo *standard* di garanzie previste e al ruolo garantito alla difesa, che nel processo di prevenzione è relegata al ruolo di *mero osservatore* di un contraddittorio che si sviluppa tra accusa e giudicante. Non solo, ma va tenuto conto che la misura di sicurezza personale, diretta al contenimento di un pericolo attuale e concreto, si applica, una volta espia la pena detentiva comminata dal giudice, esecutiva solo una volta che la condanna sia passata in giudicato.

Ciò, da un lato, rende inesistente una esigenza di provvedere subito a tutela delle vittime, tanto che se esistesse un pericolo concreto e imminente, sarebbe disposta una misura cautelare; da un altro, disincentiva il giudice penale, che sarebbe chiamato a compiere uno sforzo valutativo rivolto a un futuro non prossimo, posto che la misura si applicherebbe all'esito di un processo penale che si snoda in almeno tre gradi di giudizio, e quando il condannato ha espia una pena, che si auspica possa avere effetti rieducativi, per un verso, e contenitivi della pericolosità sociale, per un altro.

Valutazioni che rendono ragionevole il *self restraint* del giudice penale e il ricorso quindi solo *postumo* a misure preventive nelle forme di quelle *ante o praeter delictum*, mentre durante il processo, quando il pericolo è imminente e concreto, esistono strumenti di contenimento come le misure cautelari personali, ma anche quelle di sicurezza, delle quali è possibile disporre una applicazione provvisoria, quando in entrambi i casi il pericolo sia concreto e imminente e urgente il bisogno di controllo.

Resta il problema dei casi in cui la pericolosità acquisisca rilievo dopo il processo, quando il condannato ha ormai espia una pena che tuttavia non ha avuto effetti rieducativi sul condannato, che viceversa manifesta una concreta predisposizione a offendere di nuovo i beni giuridici in precedenza violati: in questi casi, in assenza di altri strumenti, la giurisprudenza ricorre alla

⁸⁹ Per una ricostruzione esaustiva della rivalorizzazione delle misure di sicurezza in Europa, v. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi strumenti di incapacitazione*, Padova, Torino, 2008, 215 ss.; nonché, sul punto, v. VIGANO, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso*, cit., 1341 - 1343.

⁹⁰ L'espressione è di MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, cit., 1028, che aggiunge come un altro fattore da valutare nella crisi delle misure di sicurezza è la tendenza del giudice penale a delegare una incerta valutazione prognostica a collegi specializzati per le misure di prevenzione, in alcuni Tribunali già esistente a livello interno organizzativo, e con la recente riforma del codice antimafia, resa norma di organizzazione giudiziaria e di competenza processuale.

prevenzione *ante delictum*, come strumento diretto alla tutela delle vittime e alla eliminazione del pericolo di ricaduta nel delitto.

A questo punto, tuttavia si pone il concreto e inevitabile problema dei limiti di intervento sulla persona di un sistema penale preventivo: da un lato, la prevenzione dei delitti, che rimane scopo fondamentale e imprescindibile di qualsiasi società organizzata, che si traduce in *dovere* dello Stato a garantire i beni fondamentali dei suoi consociati, come ad esempio la vita e la integrità fisica⁹¹; da un altro, il dubbio di quanto e fino a che punto sia tollerabile una limitazione dei diritti di un soggetto che, anche se pericoloso sulla base di condotte *border line* e comunque non delittuose - chè altrimenti sarebbero valutate in sede penale e la pericolosità controllata mediante misure cautelari oppure misure di sicurezza, anche provvisoriamente applicate - rimane allo stato innocente.

Ciò posto, ci si deve domandare se il fine, pure imprescindibile⁹², rende tollerabile il ricorso a qualsiasi mezzo, e se quello della prevenzione dei delitti, pilastro delle società democratiche, debba essere perseguito con qualsiasi strumento, anche se incostituzionale sotto vari punti di vista⁹³.

La questione è scivolosa, dal momento che, quale sia la lettura adottata, si rischia evidentemente, sbilanciandosi verso una delle direzioni possibili, di costruire un sistema in frizione con i diritti costituzionalmente riconosciuti alla persona, che sia la vittima oppure il presunto pericoloso. Se è vero che i diritti dei consociati debbono essere tutelati dal pericolo di una loro violazione, è pure vero che nessuno può subire limitazioni al primordiale diritto dell'*habeas corpus* in nome di un pericolo tanto anticipato che non si traduce ancora in una messa in pericolo penalmente rilevante di quei beni giuridici,

⁹¹ Secondo consolidata giurisprudenza costituzionale, le misure di prevenzione «sono informate al principio di prevenzione e di sicurezza sociale, per il quale l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire [...] questa una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione» (su tutte, v. Corte cost., 20 aprile 1959, n. 27, in *www.giurcost.org*).

⁹² Secondo SAVATER, *Le torri gemelle*, in *Micromega*, 2016, 3, 106, sicurezza e libertà sono «i due pilastri fondanti del servizio che lo Stato deve garantire ai cittadini: le torri gemelle delle nostre società democratiche»; in tale senso, in ambito penalistico, sull'idea che «la prevenzione sia compito imprescindibile dello Stato», sembra ci sia una unanimità di vedute, che invece divergono sui mezzi da predisporre a tale scopo, NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 634; dello stesso Autore, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, cit., 462, che ribadisce come «la prevenzione dell'atto criminale, in quanto oggettivamente dannoso, è un dovere dello Stato»; BRICOLA, *Forme di tutela «antedelictum»*, cit., 88.

⁹³ V. PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit., 175, secondo il quale «l'esistenza del diritto-dovere dello Stato di prevenire i delitti non dice ancora nulla sul modo in cui tale compito possa e debba essere correttamente attuato»; così anche, PULITANO, *Misure di prevenzione*, cit., 639.

dato che per quanto siano rilevanti, tale è anche la libertà personale di un innocente. Non a caso, in un sistema liberale e orientato a un diritto penale del fatto, sono bandite forme di incriminazione di condotte inoffensive, che anticipano eccessivamente la tutela penale, mediante ricorso a misure limitative dei diritti individuali: si pensi, ai reati di sospetto, di pericolo astratto e presunto, la punizione del mero accordo criminoso, o dei meri atti preparatori, che non possono essere puniti, dove punizione corrisponde a misura afflittiva e limitativa della libertà personale.

In tale ottica, sembra facile comprendere verso quale direzione ci si va orientando, ossia nel senso che, a tutto volere concedere, sono tollerabili forme di richiamo del soggetto che mostra segni di inclinazione al crimine, come quelle previste nella forma dell'avviso orale, che consiste in un avvertimento che il questore rivolge al proposto, nella forma di un invito a cambiare condotta di vita, dalla quale non derivano limitazioni a diritti di libertà personale individuale, *lato sensu* intesi.

Sarebbe, tuttavia, utopistico ritenere che la prevenzione dei delitti sia affidata solo alla pena, con esclusione di qualsiasi altra misura limitativa⁹⁴, e che uno strappo al sistema sopra delineato non sia possibile: non a caso, in via eccezionale, la Costituzione fa riferimento alle *sole* misure di sicurezza, che quindi avrebbero la funzione di misure limitative di diritti individuali tollerate in quanto dirette alla prevenzione dei delitti. In tale senso, milita una condivisibile lettura della Carta costituzionale, che tempo addietro fu elaborata da autorevole dottrina, che finiva per ritenere incostituzionale *in toto* qualsiasi sistema di prevenzione *ante delictum* fondato su misure contenitive, incapacitanti e non riabilitative del pericoloso, che si concretavano in limitazioni della libertà personale, ai sensi dell'art. 13 co. 2 Cost.⁹⁵. Secondo tale opinione, tale norma costituzionale «non può essere la fonte prima di limitazioni della libertà personale», non è autosufficiente, ma ha natura *processuale* e *servente* a finalità estranee, ricavabili da altre norme costituzionali, come quella della repressione dei reati, al cui fine sono espressamente menzionate misure re-

⁹⁴ Sul significato della prevenzione dei reati, v. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 39.

⁹⁵ Cfr. BRICOLA, *Forme di tutela «ante-delictum»*, cit., 74 - 88; nonché, ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, cit., 949 - 951; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., *passim*; recentemente, in tale senso, PULITANÒ, 642, 653; *contra*, la consolidata giurisprudenza costituzionale, che condivide in sostanza la tesi della doverosità costituzionale delle misure di prevenzione e del "vuoto dei fini" in relazione all'art. 13 co. 2 Cost.; in tale senso, tra i maggiori e più noti esponenti, NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 634, che riconosce la legittimità costituzionale di un sistema di misure di prevenzione in virtù dei principi *ex artt.* 2, 13 co. 2, 25 co. 3 Cost.

pressive, come le pene, e preventive, come le misure di sicurezza⁹⁶. Esse tracciano lo strumentario a disposizione del sistema in funzione preventiva dei delitti, che si applicano nel rispetto di una riserva di giurisdizione e quindi nelle more di un giusto processo. Al contrario, non esistono riferimenti costituzionali a misure di natura preventiva diverse da quelle di sicurezza, che possano essere applicate secondo schemi processuali differenti, e in particolare non esiste menzione di quelle di prevenzione, nonostante fossero inevitabilmente conosciute ai padri costituenti, dal momento che esse furono costantemente applicate a partire dal periodo liberale ottocentesco e valorizzate in quello fascista. Tale ultimo rilievo, infine, offre un ulteriore spunto per ritenere che la mancata menzione delle misure di prevenzione fosse *intenzionale* e mirasse alla loro eliminazione dal sistema più che a un loro tacito recupero normativo sulla base di un implicito riconoscimento costituzionale e ciò è ulteriormente avvalorato dalla circostanza per cui la Costituzione si informa a uno spirito democratico, liberale e antifascista, di modo che appare antistorico ricavare da una lacuna costituzionale un implicito riconoscimento di misure fondate sul sospetto, espressione di strumenti illiberali, notoriamente utilizzati come strumenti di lotta politica nel regime autoritario precedente⁹⁷.

Non solo, ma a questi motivi di natura storica e sistematica, che mirano ad escludere *tout court* la legittimazione del sistema della prevenzione penale, si somma anche un altro, che invece fa riferimento al profilo, avente portata costituzionale, della ragionevolezza e proporzione, come di individuazione «specifiche ragioni che autorizzano il ricorso alle misure *praeter delictum* per fronteggiare esigenze preventive che [...] potrebbero essere assolte anche da strumenti tipici del diritto penale classico»⁹⁸.

Si intende sostenere che, riconsiderata la sostanziale sovrapposizione tra misure di prevenzione e di sicurezza o cautelari in punto di omogeneità di presupposti, di *iter* applicativo, e, *last but non least*, di scopi di prevenzione speciale *ante delictum*, tutto deve fare propendere verso una applicazione di

⁹⁶ Le espressioni riportate nel testo sono di ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, cit., 949.

⁹⁷ In tale senso, anche il giudice della Corte Edu Pinto de Albuquerque nella opinione dissidente alla *De Tommaso*, in cui scrive che "il silenzio dei padri fondatori della Repubblica Italiana è stato intenzionale [...] avevano in mente il precedente uso di tali misure da parte del regime fascista quale strumento di repressione politica».

⁹⁸ MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, cit., 1031; nello stesso senso, PULITANÒ, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, cit., 642; preferisce quelle di sicurezza alle misure di prevenzione, giacché le prime, da un lato, non sono colpite dalla crisi di legalità generata dalla *De Tommaso*, dall'altro, consentono il tempestivo esercizio del diritto di difesa, RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta*, cit., 133.

misure di contenimento della pericolosità sociale che siano meno *discusse* a livello costituzionale, più tollerabili, anche perché più *garantite* a livello di applicazione processuale. Il riferimento, ovviamente, va alle misure cautelari e a quelle di sicurezza, che oltre a essere considerate forme di limitazione della libertà personale consentite a livello costituzionale, offrono in sede applicativa una tutela del diritto di difesa conforme ai diritti individuali che sono in gioco, quanto alla acquisizione, formazione e valutazione della prova in giudizio, come allo *standard* probatorio in uso per provare i fatti posti a fondamento della formulazione di pericolosità sociale del soggetto interessato e alle impugnazioni⁹⁹. Tale lettura, come evidente, tuttavia conduce a una sostanziale eliminazione delle misure di prevenzione, di modo che o si sostiene ancora che il campo applicativo, per come le misure di prevenzione applicate ai pericolosi generici sono interpretate dalla recente giurisprudenza nazionale, sia lo stesso di quelle di sicurezza o cautelari, che le vanno preferite in quanto maggiormente garantite e costituzionalmente tollerate, oppure, va effettuato uno sforzo finale che consenta di recuperare uno spazio autonomo di applicazione a quelle di prevenzione, al fine di superare le censure di irragionevolezza, frutto della sovrapposizione applicativa con le altre predette misure preventive. In tale senso, le misure di prevenzione ai pericolosi generici in tanto avrebbero senso di esistere se fossero applicate autenticamente *ante delictum*, ossia prima che il soggetto interessato abbia commesso un qualsiasi delitto, e che sia qualificabile come *delinquente primario* incensurato, quando dia manifestazioni esterne di una concreta predisposizione al crimine, tale da rendere necessario un maggiore controllo a tutela delle potenziali vittime.

Nondimeno, pure tracciando uno spazio applicativo autonomo e *autentico* in relazione alla loro natura di misure fondate sul sospetto¹⁰⁰, tale lettura farebbe riemergere la figura dei *proclivi a delinquere* - che la Consulta ha tempo addietro eliminato dal sistema - e con essa un *disagio* evidente nel ritenere che sia possibile limitare la libertà personale di chi, ritenuto pericoloso ma mai condannato o indiziato di condotte illecite, si consideri predisposto alla commissione di un delitto, che potrebbe commettere se non meglio controllato.

Ciò, tirando le fila di queste riflessioni e riprendendo un *leit motiv* del pre-

⁹⁹ Sul procedimento di prevenzione e su i suoi *deficit* rispetto al "giusto processo", ORLANDI, *Le "fatti-specie di pericolosità": presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *"Delle pene senza delitto"*, cit., 470 - 484.

¹⁰⁰ E in effetti, «può esservi pericolo di reato da parte di chi non ne abbia ancora commesso alcuno come può non esservi da parte di chi sia già stato reo [...] non la reità dovrebbe essere il presupposto della misura di sicurezza, ma la pericolosità», CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, cit., 42.

sente contributo, rende evidente come *la coperta sia effettivamente corta*, come una prevenzione sostenibile sia evidentemente *impossibile* e di come i tentativi diretti a tale scopo facciano involontariamente emergere le ipocrisie che circondano da secoli quelle che restano assolutamente «le sanzioni più problematiche che un ordinamento ispirato ai principi garantistici dello stato sociale di diritto possa conoscere»¹⁰¹. D'altra parte, non sembra condivisibile la posizione di chi sostiene che le misure preventive personali siano *rami secchi* del sistema o *relitti storici* da mettere in cantina. Le misure rivolte alla prevenzione dei delitti costituiscono invece la problematica attuale *par excellence*¹⁰², considerata la evidente percezione di insicurezza dei cittadini, la connessa e pressante richiesta di difesa sociale, il che evidenzia come il tema sia assolutamente attuale e richieda una rapida soluzione mediante la ricerca di un bilanciamento equo e ragionevole di *tutti* i diritti in gioco, che allo stato pare ancora irrealizzato.

¹⁰¹ MOCCIA, *La perenne emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 2000, 75.

¹⁰² Come dimostra, soprattutto, la sorveglianza speciale, mentre altrettanto non può essere sostenuto per l'avviso orale, di ben scarsa efficacia "pedagogica" e, quindi, preventiva.