

ANTICIPAZIONI

FRANCESCO SIRACUSANO

La tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica tra paradigmi convenzionali e garanzie costituzionali*

La “carente” tassatività e il *deficit* di determinatezza che caratterizza la struttura delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica continua ad alimentare il dibattito sul “sistema” della prevenzione. Le “severe reprimende” della Corte EDU, pur non potendo incidere direttamente sulle dinamiche applicative delle misure, hanno consentito che si sviluppasse un proficuo “dialogo tra le Corti”. Con la Cassazione, sempre più impegnata in un’opera tassativizzante delle disposizioni normative, e la Consulta, orientata a legittimare queste scelte giurisprudenziali. L’analisi dovrebbe, però, riguardare anche la particolare “natura” delle ipotesi previste dagli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011. All’interno di queste fattispecie, infatti, convivono elementi sostanziali e processuali. Modelli comportamentali e criteri legali di prova che integrandosi fra loro, fino al punto di sovrapporsi, diventano “indistinguibili”, consentendo l’individuazione del “fatto” della prevenzione attraverso i percorsi motivazionali del giudice.

The making mandatory of the danger to public safe cases between conventional paradigms and constitutional guarantees.

The lack of obligatory nature and the deficit of determination characterize the structure of the danger to public safety cases and continue to feed the debate on the prevention "system". Although the severe "reprimands" of the ECHR (European Court of Human Rights) could not directly affect the application of the measures, they allowed the development of a profitable "dialogue between the Courts". The Court of Cassation is increasingly engaged in a making mandatory work of regulatory provisions and the Constitutional Court is oriented to validate these jurisprudential choices. However, the analysis should concern also the particular "nature" of the hypothesis dictated in Articles 1 and 4 of D.lgs. n.159/2011. Indeed, in these types of offence there are elements of substantive and procedural law. These behavioural models and legal proof criteria, integrating themselves to the point of overlapping, become indistinguishable and allow the identification of the "fact" of prevention through the motivational paths of the judge.

SOMMARIO: 1. La “carente” tassatività delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica. – 2. La legittimazione del modello preventivo tra i “dubbi” del giudice europeo e le scelte “conservative” della giurisprudenza interna. – 3. Il “dislivello” tra la dimensione convenzionale e quella costituzionale del “sistema” della prevenzione: il diritto consolidato e il dialogo tra le Corti. – 4. L’individuazione del “fatto” nelle attuali categorie dei soggetti pericolosi per la sicurezza pubblica tra tassatività sostanziale e tassatività processuale. – 5. Il modello “misto” delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica. – 6. Il *deficit* di determinatezza delle fattispecie di pericolosità e gli obblighi motivazionali del giudice della prevenzione.

1. La “carente” tassatività delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica. Il “sistema” delle misure di prevenzione ha ormai assunto, come appare evidente, una posizione centrale nell’attività di contrasto ad alcuni modelli criminali. Negli ultimi decenni questo “sistema”, inizialmente pensato come strumento di polizia finalizzato al controllo di aree di disagio sociale e di dissenso politico, è stato trasformato in un efficace e “irrinunciabile” meccanismo, in cui convivono profili di prevenzione con profili di repressione, estremamente funzionale per contrastare gravi forme di criminalità, soprattutto di natura economica¹.

Una vera e propria “mutazione genetica” dettata (e legittimata) dall’efficienza e dalle molteplici possibilità applicative delle misure di carattere patrimoniale². È giustificata dal riconoscimento della funzione di “prevenzione” del crimine come “una componente ontologicamente necessaria di ogni società organizzata”³, rivestendo “un compito imprescindibile dello Stato”⁴.

*Il presente lavoro è destinato agli “Studi in onore del prof. Giovanni Grasso”.

¹ Per MAGI, *Principio di tassatività e misure di prevenzione. Un circuito virtuoso tra le corti negli anni 2014 -2019*, in *Studi in onore di Antonio Fiorella*, a cura di Catenacci, D’Ascola, Rampioni, tomo I, Roma, 2021, 1006, saremmo in presenza di vero e proprio “sotto - sistema di controllo della devianza”, diventato, ormai, “un laboratorio di intervento giurisdizionale specialistico sul contrasto alle accumulazioni patrimoniali illecite”. Il “sistema” delle misure di prevenzione riveste, oggi, un’“importanza strategica ... sul fronte della lotta alla criminalità”, e deve essere considerato come un nuovo e “moderno strumento di contrasto, più celere, certo ed efficace di quello repressivo che da molti anni soffre una profonda crisi di effettività” (CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont. (online)*, 3 dicembre 2015, 2).

² Secondo PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 2017, 140, “le misure di prevenzione si installano sempre più radicalmente nel sistema secondo una linea evolutiva che ne corrobora la funzione prima surrogatoria e indiziaria e poi, con il potenziamento della confisca, la funzione extrapenale di salvaguardia del sistema economico”. Anche per MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.*, 2018, 1018, sarebbe proprio “la scoperta delle potenzialità della confisca ... ad aver dettato la metamorfosi di una disciplina originariamente volta a fronteggiare fenomeni di devianza e marginalità sociale nel contesto della legislazione di pubblica sicurezza ... e successivamente reindirizzata al contrasto di fenomeni criminali caratterizzati da una rilevante dimensione economica”.

³ BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, ora in BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 921. Rappresentando “una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta dalla nostra Costituzione” (Corte cost., n. 27 del 1959).

⁴ NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1976, 634. Proprio perché “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” (Corte cost., n. 27 del 1959). Nello stesso senso Corte cost., n. 45 del 1960; Corte cost., n. 126 del 1962; Corte cost., n. 23 del 1964; Corte cost., n. 68 del 1964; Corte cost., n. 32 del 1969; Corte cost., n. 76 del 1970.

Questa trasformazione del “sistema”, caratterizzata dal “paradigma dell’effettività ad ogni costo”⁵, non è stata accompagnata, però, per quanto attiene alla dimensione fattuale del “tipo” criminale pericoloso per la sicurezza pubblica, dall’indispensabile coordinamento con la continua e progressiva estensione ed espansione delle categorie dei destinatari delle misure: all’ampliamento delle classi dei proposti non è seguito l’opportuno concomitante “controllo” sulla “tassatività” delle previsioni legali⁶. Il nostro legislatore, infatti, antepoendo l’efficacia/efficienza dei risultati concreti da ottenere al pieno rispetto dei principi costituzionali in materia di diritto sanzionatorio⁷, condizionato, probabilmente, dalla “tentazione di svincolare gli strumenti di controllo della devianza dai binari classici del giudizio penale”⁸, ha volutamente “omesso” di intervenire sulla base legale delle singole fattispecie di pericolosità, rinunciando a conferire un più elevato livello di tassatività, determinatezza e precisione ai modelli criminali tipizzati negli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011.

L’esigenza di un’adeguata “tassativizzazione” delle condotte dei destinatari delle misure di prevenzione si è scontrata, così, con l’“inerzia” del legislatore⁹. Del legislatore delegato del 2011, soprattutto, che, ignorando le prescrizioni contenute nell’art. 1, comma 3, lett. a) della legge delega n. 136 del 2010, non ha disciplinato “in maniera organica la categoria dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali”, rinunciando ad ancorare la loro previsione “a presupposti chiaramente definiti e riferiti in particolare all’esistenza di circostanze di fatto”. E del legislatore del 2017 che, con le successive scelte trasfuse nella legge n. 161 del 2017, ha ignorato il “monito” proveniente dai *dicta* della giurisprudenza europea e nazionale¹⁰, trascurando

⁵ In questi termini BERTOLINO, *Diritti fondamentali e diritto penale della prevenzione nel paradigma dell’efficienza*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di Paliero, Viganò, Basile, Gatta, vol. II, Milano, 2018, 851.

⁶ Infatti, secondo GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2019, 3, “in questo quadro di espansione irrefrenabile dei destinatari e dell’area di applicazione delle misure di prevenzione non si nascondevano certo le criticità del sistema”.

⁷ Sul punto BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Dir. pen. cont. (online)*, 20 luglio 2018, 2.

⁸ Così MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 494.

⁹ Le categorie dei destinatari delle misure sono strutturate, infatti, rimandando a “tipologie soggettive, che hanno caratteristiche, per usare un eufemismo, di estrema labilità, indicano spesso modi di essere piuttosto che comportamenti” (PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, 27).

¹⁰ Sul punto v. LASALVIA, *La riforma del Codice Antimafia: prime osservazioni critiche*, in *questa Rivista*, 2017, 3, 2, secondo il quale “la riforma del codice antimafia imprime un duro arresto a quel pro-

la possibilità di adeguare le tipologie di pericolosità dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011¹¹ agli *standards* di legalità convenzionale e, rispetto alle categorie dei soggetti previsti nell'art. 4, rinunciando ad individuare il livello indiziario rilevante, attraverso “un radicale intervento di razionalizzazione mediante lo sfoltimento dei soggetti destinatari e la precisazione dei presupposti”¹².

All'interno del ricco ed eterogeneo elenco di potenziali destinatari delle misure di prevenzione, previsto negli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011, si alternano, così, modelli comportamentali in cui la fattispecie di pericolosità è costruita in termini sintomatici – soggettivi (art. 1) ad altri nei quali è, invece, caratterizzata dalla presenza di un elemento normativo coincidente con uno specifico delitto (art. 4).

Nelle prime ipotesi il destinatario della misura è individuato, utilizzando un tipo descrittivo ad impronta empirico - probatoria¹³, attraverso un generico richiamo a “traffici delittuosi”, ad “attività delittuose” ed alla “commissione di reati”, accompagnato dalla necessaria verifica sugli “elementi di fatto” dai quali far derivare la pericolosità per la sicurezza pubblica. Negli altri casi si ricorre, invece, per l'individuazione del proposto, ad un modello esplicitamente indiziario di alcune specifiche e tassative fattispecie delittuose¹⁴.

All'interno delle fattispecie di pericolosità la “genericità” delle formule con cui vengono descritti i differenti modelli comportamentali verrebbe, però, attenuata dal ricorso agli “elementi di fatto” e agli “indizi di reità”. Modalità di accertamento probatorio in giudizio, queste, in grado di permettere una valutazione processuale condotta attraverso una verifica diagnostica e prognostica della pericolosità. Consentendo, così, di vincolare la valutazione giudiziale sulla sussistenza della pericolosità per la sicurezza pubblica non solo sulle caratteristiche personali e sugli stili di vita del destinatario, ma anche verificando il collegamento tra il comportamento tenuto ed un elemento normativo costi-

cesso di miglioramento, trascura tutto il recente dibattito accademico e giurisprudenziale, ignora *in toto* le forti censure che pochi mesi fa ha rilevato la Corte di Strasburgo”.

¹¹ Un timido sforzo di tassativizzazione è stato, però, compiuto con la legge n. 48 del 2017 in relazione alla lett. c) dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011, al cui interno si è dato specifico rilievo alle “reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa”.

¹² In questi termini VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 146.

¹³ Così MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it.*, 2015, 1524.

¹⁴ “E' facile rendersi conto che pressochè tutte le categorie di destinatari delle misure fanno riferimento al *sospetto di reati commessi*” (PALAZZO, *op. cit.*, 137). Sul punto pure PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 439 ss.

tuito, in un caso, dal pericolo della futura commissione di una “generica” fattispecie criminosa e, nell’altro, dal rischio dell’eventuale realizzazione di una “qualificata” ipotesi delittuosa.

La precisa e puntuale individuazione dei singoli destinatari delle misure e dei “modelli criminali” ad essi riconducibili dovrebbe, in questo modo, rappresentare il necessario presupposto per il successivo accertamento diagnostico - prognostico della pericolosità, da condurre all’interno di un vero e proprio “giudizio bifasico”¹⁵: ad una preliminare fase destinata a collocare il proposto nell’ambito delle catalogazioni previste negli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011, analoga e parallela alla funzione tipizzante che in sede penale è affidata alle fattispecie incriminatrici¹⁶, ne segue un’altra che ha per oggetto la concreta verifica giudiziale sull’“attualità” e sull’“effettività” del pericolo per la sicurezza pubblica, attraverso la valutazione di probabili condotte future, offensive di beni meritevoli di tutela¹⁷. All’interno di un percorso valutativo in cui si alternano giudizi di tipo diagnostico e prognostico, relativi a generici e specifici “tipi” di autore e ai “rischi” di future attività criminali. Accertamento, questo, imposto dagli artt. 2 e 6 del d.lgs. n. 159 del 2011 che, esplicitamente, richiedono un giudizio sulla pericolosità per la sicurezza pubblica sia rispetto alle “persone” indicate nell’art. 1, sia in rapporto a quelle individuate nell’art. 4¹⁸. Accertamento richiesto proprio per evitare i rischi collegati all’applicazione di misure *praeter delictum* sulla base della sola astratta riconducibilità del destinatario della prevenzione ad una delle categorie della pericolosità.

Una “doppia” valutazione di carattere giudiziale in cui i diversi momenti, pur autonomi, devono integrarsi vicendevolmente. Lungo un percorso contrasse-

¹⁵ Così MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino, 2017, 103. Sul punto Cass., Sez. I, 14 giugno 2017, Sottile, n. 54119, in *Mass. Uff.* n. 271543, in *Cass. pen.*, 2018, 2133, secondo cui “l’attribuzione al proposto della condizione di pericolosità richiede il preliminare e attuale inquadramento del soggetto in una delle categorie criminologiche tipizzate negli artt. 1 e 4 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, che descrivono sia la pericolosità generica che quella specifica, cui può seguire la fase prognostica in senso stretto, ossia la valutazione delle probabili future condotte della persona in chiave di offesa ai beni tutelati”. Necessità di un “giudizio bifasico” prevista già dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 1969, secondo cui “l’appartenenza a quelle categorie è invero condizione necessaria, ma non sufficiente per la sottoposizione a misure di prevenzione: perché in concreto tali misure possano essere adottate occorre, infatti, anche un particolare comportamento che dimostri come la pericolosità sia effettiva e non meramente potenziale”.

¹⁶ In questi termini Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018, Carnovale, n. 11846, in *Mass. Uff.* n. 272496.

¹⁷ Così Cass., Sez. I, 15 giugno 2017, Bosco, n. 349, in *Mass. Uff.* n. 271996, in *Guida dir.*, 2018, 6, 41.

¹⁸ Attraverso un percorso giudiziale in cui al riscontro processuale dell’inserimento del proposto all’interno di una delle classi dei destinatari delle misure “dovrà aggiungersi la valutazione dell’effettiva pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ai sensi del D. Lgs. n. 159 del 2011, art. 6, comma 1” (Cass., Sez. VI, 8 aprile 2020, Ruffini, n. 21045).

gnato dall'iniziale individuazione di un presupposto di carattere oggettivo destinato a delineare un astratto ambito soggettivo di applicazione, seguito da una verifica individualizzata e specifica rivolta ad accertare la concreta ed attuale pericolosità per la sicurezza pubblica del singolo proposto¹⁹. Così, ad una prima fase valutativa di tipo "statico" deve, necessariamente, seguirne un'altra incentrata su un giudizio di carattere "dinamico", da condurre in chiave diagnostico - cognitivo, attraverso una valutazione prognostica basata sull'"apprezzamento di fatti storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta indicatori della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge". E questo secondo tipo di verifica giudiziale dovrebbe rappresentare la vera e propria "parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio"²⁰.

Un giudizio "bifasico" che, all'interno di una valutazione inevitabilmente sganciata dalla concreta realtà fattuale di fattispecie carenti sotto il profilo della tassatività²¹, non sarebbe, però, in grado di garantire l'accertamento della pericolosità per la sicurezza pubblica della condotta del proposto²², asseritamente pericolosa. In vicende giudiziali in cui "il grado di determinatezza si fa necessariamente più duttile in relazione ai giudizi prognostici"²³.

2. La legittimazione del modello preventivo tra i "dubbi" del giudice europeo e le scelte "conservative" della giurisprudenza interna. Gli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 prevedono due differenti modelli di fattispecie di pericolosità

¹⁹ Sul punto BERTOLINO, *op. cit.*, 864 ss.

²⁰ In questi termini Cass., Sez. I, 11 febbraio 2014, Mondini, n. 23641, in *Mass. Uff.* n. 260104. Sul punto pure Cass., Sez. VI, 11 novembre 2016, Agù, n. 50128, inedita. Vagliando "il rispetto del principio di determinatezza in relazione al doppio livello di giudizio" (PELISSERO, *op. cit.*, 450). Una verifica giudiziale, in questo modo, condotta "attraverso il giudizio individuale di pericolosità che sarà possibile progredire dalla comminatoria in astratto all'effettiva inflizione del rimedio", spostando "l'attuazione del fatto, dalla sua tipicità offensiva, al suo autore, alla disobbedienza" (MARTINI, *Il mito della pericolosità. Alla ricerca di un senso compiuto del sistema della prevenzione personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 537).

²¹ "La presenza del controllo giurisdizionale ... non può compensare la maggiore vaghezza delle condizioni di applicazione delle misure di prevenzione, in quanto la garanzia del controllo è effettiva solo se ha ad oggetto una fattispecie che, per quanto sia di pericolosità, sia sufficientemente determinata" (PELISSERO, *op. loc. cit.*).

²² Condotte e comportamenti che rappresentano i presupposti di applicazione delle misure di prevenzione e che sono "tipizzati" utilizzando "una tecnica normativa a tratti volutamente incerta" (PELISSERO, *op. cit.*, 441).

²³ Così PELISSERO, *op. cit.*, 449, secondo il quale, in questi casi, "il giudizio sconterà inevitabilmente un grado più basso di precisione rispetto allo standard richiesto per l'accertamento degli elementi di una norma incriminatrice".

per la sicurezza pubblica: alla genericità delle ipotesi criminose richiamate come “presupposti” della pericolosità “generica” si contrappongono, per la pericolosità “qualificata”, solo alcune determinate e specifiche fattispecie delittuose. Identico sarebbe, però, il tipo di verifica giudiziale da adottare; collegato, in un caso, alla valutazione degli “elementi di fatto” e, nell’altro, agli “indizi”. Meccanismo di accertamento non in grado, però, di temperare le carenze in termini di tassatività, di determinatezza e di precisione delle fattispecie, derivanti da “una tecnica di normazione, scarsamente conforme al principio di legalità”²⁴. Anche e soprattutto rispetto alle ipotesi in cui, pur in presenza della specifica indicazione del reato in relazione al quale valutare gli *standards* di pericolosità, manchi la descrizione del “fatto”, della “condotta”, del “contributo”, del “modello comportamentale” richiesto, dal quale far derivare la possibilità – probabilità che il proposto possa commettere tale reato e su cui fondare la “prognosi” richiesta.

Attraverso una verifica giudiziale che nei casi di pericolosità “generica” per la sicurezza pubblica, pur in assenza di una precisa fattispecie criminosa di riferimento, può essere agganciata a determinati “indicatori fattuali”²⁵ e che, invece, per la pericolosità “qualificata”, nonostante la presenza di una specifica ipotesi delittuosa alla quale vincolare la condotta del proposto, può essere condizionata da “incerti elementi valutativi”²⁶.

²⁴ Secondo MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 26, “dovrebbero essere legislativamente descritti i comportamenti che costituiscono il presupposto del giudizio di pericolosità”. In assenza di questi requisiti si applicherà la misura di prevenzione personale “ai soggetti indiziati di commettere determinati reati, non descrivendo, quindi, in alcun modo i comportamenti che dovrebbero costituire i presupposti di fatto, il fondamento del giudizio di pericolosità”. Per MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, cit., 124, invece, le classi dei destinatari della prevenzione personale, anche se “imprecise e sfilacciate ... introducono, bene o male, alcuni limiti certi al potere di prevenire, legati alla natura del crimine di cui si teme o sospetta la possibile nascosta sostanza”.

²⁵ Nell’ipotesi di pericolosità “generica” l’accertamento “non offre, di regola, particolari difficoltà nell’arco temporale di riferimento, trattandosi di determinare, sulla base di incontrovertibili parametri di riferimento (quali i precedenti penali e giudiziari), il periodo in cui si è manifestata l’abituale dedizione al delitto del proposto” (Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880, in *Cass. pen.*, 2015, 3520).

²⁶ In questi termini MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, in *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, Milano, 2016, 49. Sul punto v. Cass., Sez. V, 31 marzo 2010, Spina, in *Cass. pen.*, 2011, 369, secondo cui “ci si accontenta di meri indizi, dati conoscitivi di minore efficacia probatoria ... che ... giustificano ... il sospetto che il proposto appartenga all’organizzazione criminale”; indizi che non devono necessariamente possedere i requisiti della gravità, precisione e concordanza richiesti dall’art. 192 comma 2 c.p.p., purchè “siano in grado di esprimere la pericolosità sociale della persona” (Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2016, Carlucci, n. 8389, inedita; Cass., Sez. VI, 18 settembre 2014, Catalano, n. 50946, in *Mass. Uff.* n.

Fin dall'introduzione con la legge n. 1423 del 1956 nel nostro "sistema" costituzionale²⁷, l'esigenza di conferire alle fattispecie di pericolosità più elevati *standards* di tassatività (insieme alla concomitante necessità di assegnare alle misure di prevenzione una piena e completa "giurisdizionalizzazione") è stata segnalata dalla giurisprudenza costituzionale che, nel ribadirne la legittimità, ne ha sempre subordinato l'applicazione all'astratta previsione legislativa e alla motivata decisione dell'autorità giudiziaria²⁸. Legittimando, all'interno del "sistema" costituzionale, le sole fattispecie di pericolosità caratterizzate da "comportamenti obiettivamente identificabili"²⁹, nel rispetto del "principio di stretta legalità"³⁰. Prevedendo una descrizione normativa delle condotte pericolose determinata e precisa. Individuando nell'elevato *standard* di tassatività "il parametro dell'accertamento giudiziale e, insieme, il fondamento di una prognosi di pericolosità, che solo su questa base può dirsi legalmente fondata"³¹. All'interno di una verifica giudiziale di carattere prognostico sulla pericolosità del destinatario della misura di prevenzione collegata proprio al "grado di determinatezza della descrizione legislativa dei presupposti di fatto"³². Leggendo, in questo modo, indissolubilmente, la concretezza dell'accertamento della pericolosità per la sicurezza pubblica al livello di tassatività del "fatto" asseritamente pericoloso. E facendo riferimento ad un percorso legislativo in

261590). Sui rischi di una progressiva valorizzazione del vissuto criminale nell'ambito del giudizio di accertamento MAZZACUVA, *op. cit.*, 1027, che paventa il pericolo "di un utilizzo strumentale in chiave punitiva, non diversamente dagli altri istituti penalistici che si fondano sul medesimo presupposto". *Contra*, però, Cass., Sez. II, 31 gennaio 2017, Zagaria, n. 8921, in *Mass. Uff.* n. 269555, che sembra individuare i tre indicatori fondamentali per l'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale "nel livello del coinvolgimento del proposto nella pregressa attività del gruppo criminoso, nella tendenza del gruppo di riferimento a mantenere intatta la sua capacità operativa, nonché nella manifestazione ... da parte del proposto di comportamenti denotanti l'abbandono delle logiche criminali in precedenza condivise". Nello stesso senso v. pure Cass., Sez. II, 9 febbraio 2018, Papalia, n. 24585, in *Mass. Uff.* n. 272937 e Cass., Sez. II, 13 marzo 2018, Marazzita, n. 18250, inedita.

²⁷ L'esigenza di prevenzione è specificamente "accolta e riconosciuta negli artt. 13,16 e 17 della Costituzione" (Corte cost., n. 23 del 1964).

²⁸ "In nessun caso l'uomo potrà essere privato o limitato nella sua libertà se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni" (Corte cost., n. 11 del 1956).

²⁹ In questi termini Corte cost., n. 23 del 1964.

³⁰ Così Corte cost., n. 11 del 1956.

³¹ Sul punto Corte cost., n. 177 del 1980.

³² Sempre Corte cost., n. 177 del 1980, secondo cui "decisivo è che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire".

grado di far convivere l'esigenza di legalità con "i necessari tratti di tassatività e determinatezza, corollario della legalità"³³.

La carenza di precisione e di determinatezza che caratterizza le fattispecie di pericolosità, i suoi "indici fattuali, i dati sintomatici che ne costituiscono la base"³⁴, così, inciderebbe, inevitabilmente, sulle valutazioni di carattere prognostico del giudice, destinate ad accertare "un dato incerto per definizione perché futuro"³⁵. Rischiano di "allontanare" ulteriormente da parametri di "ragionevole certezza" una verifica giudiziale già accompagnata da un "ragionevole dubbio", per un fatto solo probabilmente accertabile.

Alla carenza "strutturale" di tassatività ha provato ad ovviare, con un'interpretazione tassativizzante delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica, la giurisprudenza di legittimità³⁶.

Un'interpretazione tassativizzante "imposta" dalla natura e dalla conformazione normativa del "fatto" del proposto³⁷. Un'interpretazione tassativizzante "necessaria" per dare "contenuto" a modelli criminali scarsamente determinati e difficilmente riconducibili al caso concreto, proprio in assenza dell'intervento giudiziale³⁸. Un'interpretazione tassativizzante che si è non solo occupata di modellare i meccanismi per accertare la pericolosità del proposto³⁹, ma che ha anche provato a descrivere in modo più determinato e, ap-

³³ Così ORLANDI, *La "fattispecie di pericolosità". Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 476.

³⁴ In questi termini PALAZZO, *op. cit.*, 147.

³⁵ Ancora PALAZZO, *op. loc. cit.*

³⁶ Sul punto CERESA GASTALDO, *op. cit.*, 6, secondo il quale "i pur lodevoli tentativi della giurisprudenza di legittimità di circoscrivere l'area e di rendere più definito il presupposto non possono comunque risolvere il problema che sta alla base e che è di tipo normativo: la norma si accontenta dei sintomi di una potenziale (e neppure ben individuata) patologia per somministrare la cura ... quanto più si accentua (con aggiustamenti normativi o interventi interpretativi) l'esigenza della verifica probatoria dell'indizio, tanto più risulta contraddetta la logica della prevenzione ed appare abusiva la sottrazione della materia al diritto penale". V. pure PALAZZO, *op. cit.*, 143, che ritiene l'interpretazione tassativizzante "quasi un atto di usurpazione della giurisprudenza che si sostituisce al compito disatteso colpevolmente dal legislatore, avallandone in qualche modo le malefatte".

³⁷ "Le norme della prevenzione non descrivono fatti, e non possono dunque applicarsi in esito ad un giudizio di corrispondenza tra fatto tipico e fatto storico, ma delineano vaghe situazioni soggettive, la cui definizione è lasciata alla costruzione del giudice. Si tratta di fattispecie a contenuto indeterminato e indeterminabile, tutto giocato su presunzioni legali di pericolosità sociale" (CERESA GASTALDO, *op. cit.*, 5).

³⁸ In questo senso FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1997, 557 e 820.

³⁹ Come abbiamo visto con il "giudizio bifasico", abbinando ad "una fase di apprezzamento e ricostruzione delle condotte tenute dal soggetto proposto (spesso definita come fase constatativa) ... la fase prognostica in senso stretto, ossia la formulazione del giudizio di concreta probabilità della futura commissione, da parte del soggetto, di condotte aggressive di beni giuridici protetti dalle disposizioni regolatrici" (MAGI, *Principio di tassatività e misure di prevenzione. Un circuito virtuoso tra le corti negli anni 2014-*

punto, tassativo, il tipo di condotta asseritamente pericolosa, i modelli comportamentali ai quali fare riferimento, gli indicatori fattuali della pericolosità. Un'interpretazione tassativizzante indirizzata verso l'individuazione di più elevati *standards* di aderenza del "fatto" alla norma perché, anche in materia di "prevenzione" dovrebbero essere rispettati "rigorosamente ... i principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie"⁴⁰.

Un'interpretazione tassativizzante destinata, in questo modo, a descrivere con maggiore precisione il "fatto", la condotta e il modello comportamentale del proposto all'interno delle categorie previste negli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011⁴¹. Un'interpretazione tassativizzante orientata a confermare la necessaria presenza dei principi di garanzia del sistema penale per l'applicazione delle misure di prevenzione e dell'imprescindibile rispetto del principio di determinatezza della fattispecie come presupposto della prevedibilità dell'intervento giudiziale. Procedendo attraverso "una complessa operazione preliminare di inquadramento del soggetto ... in una delle categorie criminologiche tipizzanti di rango legislativo" ed escludendo la possibilità di applicare le misure di prevenzione in assenza di "una congrua ricostruzione di fatti idonei a determinare l'inquadramento del soggetto proposto in una delle categorie specifiche di pericolosità espressamente tipizzate dal legislatore"⁴².

Un'interpretazione tassativizzante in grado, così, di descrivere compiutamente la condotta del proposto, individuando e selezionando le caratteristiche fattuali che dovrebbero connotare l'"agire" pericoloso"⁴³. Un'interpretazione tassativizzante idonea, insomma, non solo ad assegnare alle fattispecie di pericolosità più elevati *standards* di tassatività e determinatezza, rafforzando la "prevedibilità" all'interno di dinamiche giudiziarie destinate a limitare e compri-

2019, 1009). Infatti "la giurisprudenza ritiene di non poter fare a meno dell'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto proposto (processuale) ... vistoso è l'impegno della giurisprudenza per consolidare l'altro punto di forza, o meglio di resistenza, delle misure di prevenzione: e cioè la loro legalità/determinatezza a fronte di previsioni legislative largamente deficitarie sotto questo profilo (sostanziale)" (PALAZZO, *op. loc. cit.*).

⁴⁰ Così Cass., Sez. II, 23 marzo 2012, Crea, n. 16348, in *Mass. Uff.* n. 252240, in *Guida dir.*, 2012, 27, 92. Infatti, "le misure di prevenzione, pur se sprovviste di natura sanzionatoria in senso stretto ... rientrano in una accezione lata di provvedimenti con portata afflittiva ... il che impone di ritenere applicabile il generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione" (Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, Scaglierini, n. 31209, in *Mass. Uff.* n. 264320).

⁴¹ Sul punto Cass., Sez. II, 4 giugno 2015, Friolo, n. 26235, in *Mass. Uff.* n. 264386.

⁴² In questi termini Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, Scaglierini, cit. Sul punto pure Cass., Sez. I, 11 giugno 2015, Pagano, n. 43720; Cass., Sez. I, 2 febbraio 2016, Targia, n. 16038.

⁴³ Prevedendo "una lettura di sistema che inevitabilmente condiziona la risposta preventiva alla osservanza di taluni principi di schietta matrice penalistica (tassatività/determinatezza)" (MAGI, *op. ult. cit.*, 1010).

mere diritti, ma anche capace di ridurre significativamente gli ambiti di discrezionalità del giudice.

Questo impegno della giurisprudenza di legittimità verso la tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità non è stato ritenuto sufficiente, dai giudici di Strasburgo, a garantirne una maggiore prevedibilità. Maggiore prevedibilità che sarebbe dovuta derivare da un livello di precisione e chiarezza del “fatto”, tale da consentirne una preliminare conoscenza e valutazione da parte del destinatario della misura.

La sentenza De Tommaso della Grande Camera della Corte EDU del 23 febbraio 2017, infatti, pur apprezzando lo “sforzo” della Corte costituzionale che con la pronuncia n. 177 del 1980 ha conferito piena legittimazione alla prevenzione personale, collegandola al concetto di fattispecie legale e vincolandola a “garantiti esercizi di potere giurisdizionale”⁴⁴, ha assestato un “duro colpo” all’intero sistema della prevenzione⁴⁵. Dichiarando tale disciplina incompatibile, in particolare, non tanto con la libertà personale, garantita dall’art. 5 § 1 CEDU, ma con la libertà di circolazione, riconosciuta dall’art. 2 Prot. IV della Convenzione.

La Corte EDU ha individuato, così, un vero e proprio *vulnus* alla libertà di circolazione, determinato dalla tecnica di costruzione del modello normativo, incapace di selezionare le “prove fattuali” e le “specifiche tipologie di comportamento” da prendere in considerazione per valutare “il pericolo che la persona rappresenta per la società”⁴⁶. Censurando una disciplina che, proprio perché affetta da imprecisione, genericità ed indeterminatezza, rischierebbe di compromettere la stessa prevedibilità e accessibilità del diritto sia scritto che giurisprudenziale e “la soglia minima di riconoscibilità della legalità convenzionale”⁴⁷. E sanzionando, in questo modo, una normativa formulata in termini “vaghi ed eccessivamente ampi”, una normativa carente sotto il profilo della “precisione e della chiarezza sufficienti”, una normativa che non “risponde ai requisiti di prevedibilità fissati dalla giurisprudenza della Corte”⁴⁸.

⁴⁴ In questi termini MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1041.

⁴⁵ Così VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 370.

⁴⁶ Corte EDU, De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017, n. 43395/2009, § 117.

⁴⁷ In questi termini MAIELLO, *op. ult. cit.*, 1040.

⁴⁸ Corte EDU, De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017, n. 43395/2009, § 125. Norme che per “la loro assoluta indeterminatezza”, rischierebbero di venire considerate dei “contenitori vuoti esposti a gestioni inevitabilmente discrezionali e, perciò, fomite di intollerabili manifestazioni di arbitrio giudiziale” (MAIELLO, *op. ult. loc. cit.*).

Una normativa, quella riferibile alle fattispecie di pericolosità generica e, in particolare, alle modalità comportamentali previste dall'art. 1 lett. a) e lett. b) ed alla disciplina delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale ai sensi dell'art. 8, comma 3 del d.lgs. n. 159 del 2011, che violerebbe la Convenzione per la scarsa qualità della legge, determinando un *deficit* di prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli del proprio agire. Evidenziando, in questo modo, la necessità di configurare le fattispecie di prevenzione attraverso la chiara e precisa previsione dei presupposti applicativi, individuati nelle specifiche tipologie di condotta su cui fondare il giudizio di pericolosità. E assestando un “duro colpo” non solo alle fattispecie di pericolosità generica⁴⁹, ma all'intero sistema della prevenzione personale e patrimoniale⁵⁰, pur escludendo la natura e le garanzie della materia penale in ragione delle finalità prevalentemente preventive.

Le “scosse telluriche”⁵¹ con cui è stata posta in dubbio la legittimità costituzionale della disciplina delle misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali, fondate sulle fattispecie di pericolosità generica, e le “onde telluriche”⁵² con cui le Sezioni unite Paternò⁵³ hanno riconosciuto la “vincolatività” della sentenza De Tommaso, hanno solo momentaneamente “rallentato” l'impegno giurisprudenziale verso la tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità. Non riuscendo ad incidere sulle “onde di superficie” di una lettura giudiziale del sistema della prevenzione già costituzionalmente (e convenzionalmente) orientata.

Lo sforzo interpretativo destinato all'adozione di un più elevato *standard* di “aderenza alla norma”, da individuare nella fase “constatativa” per rendere

⁴⁹ Ma anche a “quelle di pericolosità qualificata di cui alla legge n. 575/1965, oggi trasfusa nel d.lgs. n. 159/2011” (GRASSO, *op. cit.*, 5).

⁵⁰ “Anche se la sentenza De Tommaso concerne le misure personali contestando la violazione dell'art. 2 del IV Protocollo che tutela la libertà di circolazione ... nondimeno i principi in essa espressi riguardano anche le misure patrimoniali in quanto la normativa di riferimento, che stabilisce i destinatari della pericolosità generica delle misure di prevenzione personali, è richiamata dalle norme che dispongono le misure patrimoniali” (MAUGERI, PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria* (C. Cost. 24/2019), in *Sist. pen.*, 2019, 3).

⁵¹ Sul punto VIGANÒ, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3, 296. Ed anche MAIELLO, *op. ult. cit.*, 1045.

⁵² In questi termini VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, 146.

⁵³ Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, Paternò, n. 40076, in *Cass. pen.*, 2018, 2348 ss.

possibile il successivo giudizio prognostico di pericolosità, ancorandolo a un “fatto” determinato e preciso, ha continuato a caratterizzare le scelte della giurisprudenza interna, orientate, nella condivisione delle opzioni di principio contenute nella sentenza De Tommaso, a censurare “non già il difetto della legge quanto la sua cattiva applicazione al caso concreto”⁵⁴. Forse anche con l’obiettivo di neutralizzare l’“effetto dirompente”⁵⁵ della pronuncia della Corte EDU, nel tentativo di “svincolare” le decisioni della giurisprudenza nazionale dalle censure del giudice europeo, affrancando il giudizio di prevenzione dai pericolosi canoni di indeterminatezza della legge e di imprevedibilità delle conseguenze. E in questo modo ridimensionando l’incidenza stessa della sentenza De Tommaso, alla quale verrebbe, così, riconosciuta una portata priva di risvolti di carattere generale, limitandone gli effetti solo ed esclusivamente alla specifica vicenda giudiziaria oggetto del giudizio⁵⁶.

Un’interpretazione tassativizzante che considerando la natura afflittiva, ma non sanzionatoria, delle misure di prevenzione, ha ritenuto necessario fare riferimento “al generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione come fonte giustificatrice di dette limitazioni”⁵⁷. Fondando il giudizio di pericolosità non “su meri sospetti, ma sulla verifica, obiettivamente riscontrabile, della consumazione abituale, o, comunque, non episodica, di condotte criminose qualificabili come delitti”⁵⁸. E individuando, così, la pericolosità del proposto nel “suo precedente agire ... elevato ad indice rivelatore della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell’ordine sociale costituzionale o dell’ordine economico”⁵⁹. Lungo un percorso giurisprudenziale perfettamente coerente con il sistema dei rapporti tra CEDU e legislazione interna e degli eventuali

⁵⁴ Così MAGI, *op. ult. cit.*, 1009.

⁵⁵ Così GRASSO, *op. cit.*, 8.

⁵⁶ Sul punto LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci “europee” e ombre “nazionali” su una sentenza “storica”?* *Appunti di Cedu De Tommaso c. Italia*, in *questa Rivista*, 2017, 3, 5 ss. Nello stesso senso MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 38.

⁵⁷ In questi termini Cass., Sez. I, 15 giugno 2017, Bosco, cit., secondo cui “l’iscrizione del proposto in una categoria criminologica tipizzata può aver luogo sulla base, non già di meri sospetti, bensì esclusivamente di un giudizio di fatto che ricostruisca le condotte materiali del medesimo, onde successivamente valutarle ai fini della verifica della sua pericolosità sociale, con la conseguenza che la legge interna non incorre in alcun difetto di chiarezza, determinatezza, precisione e prevedibilità degli esiti applicativi, integrante un vizio di qualità avente rilievo convenzionale”.

⁵⁸ Così Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2017, Pomilio, n. 2385, in *Mass. Uff.* n. 272230.

⁵⁹ In questi termini Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018, Carnovale, cit. Cfr. sul punto Cass., Sez. II, 1 marzo 2018, Saracchini, n. 30974, in *Guida dir.*, 2018, 32, 36.

conflitti tra norme interne e norme della Convenzione, risolvibili, in queste ipotesi, in via interpretativa⁶⁰.

Un'interpretazione tassativizzante (e tipizzante) delle fattispecie di pericolosità ricercata nella sentenza delle Sezioni unite Gattuso⁶¹ che, all'interno di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata del quadro normativo del sistema di prevenzione, avrebbe individuato il percorso da seguire, tracciando e definendo in modo specifico gli elementi fattuali in grado di giustificare l'applicazione della misura. Utilizzando la strada dell'onere motivazionale da porre "in antitesi con qualsiasi automatismo dimostrativo" e sottolineando la necessità di procedere, per l'individuazione del destinatario della prevenzione, prima, e per la verifica sull'attualità della pericolosità, dopo, lungo la strada di un "giudizio bifasico".

3. Il "dislivello" tra la dimensione convenzionale e quella costituzionale del "sistema" della prevenzione: il diritto consolidato e il dialogo tra le Corti. L'incessante impegno giurisprudenziale orientato alla tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità e alla tipizzazione dei criteri per applicare le misure di prevenzione⁶², successivo alle "criticità" segnalate dalla Corte EDU, ha riproposto il tema dei "rapporti" tra il giudice nazionale e quello europeo. E, più in particolare, degli eventuali "vincoli" derivanti alla giurisprudenza interna dalle pronunce sovranazionali.

Con la sentenza De Tommaso la Grande Camera della Corte EDU avrebbe esercitato un vero e proprio "sindacato di legittimità della normativa interna, apprezzabile ben oltre la tutela dello *ius litigatoris* del ricorrente nel caso sottoposto"⁶³. Intervenendo sulla stessa qualità della normativa di prevenzione, non solo limitandosi a ribadire la necessità di garantire una "base legale" delle misure, idonea a permettere la loro "accessibilità", ma anche censurando le

⁶⁰ Sul punto GRASSO, *op. loc. cit.* Proprio perché "al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme" (Corte cost., n. 348 del 2007). Dovendosi ricorrere, in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne e la normativa della CEDU, alla Corte costituzionale "solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa" (Corte cost., n. 239 del 2009).

⁶¹ Cass., Sez. un., 4 gennaio 2018, Gattuso, n. 111, in *Cass. pen.*, 2018, 1078 ss. Sentenza, questa, attraverso cui l'"elaborazione giurisprudenziale interna offre segnali concreti di ripensamento sistematico e di maggior aderenza del sistema della prevenzione - personale e patrimoniale - al paradigma della tassatività" (MAGI, *op. ult. cit.*, 1015).

⁶² Secondo BASILE, *op. cit.*, 15, la lettura tassativizzante della pericolosità rappresenterebbe una vera e propria "necessità".

⁶³ Così MAIELLO, *op. ult. cit.*, 1042.

carenze di “comprensibilità” del dato legislativo e di “determinatezza” dei contenuti. Criticando la concreta applicazione della legge interna e contestando la stessa legittimità del giudizio di prevenzione, eccessivamente indeterminato e dai possibili effetti imprevedibili per il cittadino.

Proprio per queste ragioni verrebbe considerata una pronuncia di carattere “para – costituzionale”, incidendo “direttamente” sui rapporti tra la legislazione nazionale e le fonti sovraordinate, vincolando il giudice nazionale perchè rappresenterebbe un’ipotesi di “diritto consolidato”, secondo quanto stabilito dalla sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale⁶⁴. Nel solco dei parametri previsti dalla Consulta per orientare il giudice nazionale nel suo percorso di “discernimento”⁶⁵. E degli indici che vincolerebbero le decisioni giudiziali interne al recepimento della norma individuata dalla Corte EDU, al fine di evitare eventuali possibili contrasti con la normativa nazionale, attraverso l’utilizzo di “ogni strumento ermeneutico a disposizione” o, in casi estremi, ricorrendo all’“incidente” di legittimità costituzionale⁶⁶. Ma solamente nell’ipotesi in cui il conflitto tra la normativa interna e la disciplina contenuta nella Convenzione EDU non dovesse apparire “risolvibile in via interpretativa”, riservandosi al giudice nazionale il compito di “interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme”⁶⁷, con i vincoli derivanti da un “adeguamento interpretativo ... impossibile” o da un “eventuale diritto vivente” formatosi e dai “dubbi sulla sua legittimità costituzionale”⁶⁸.

In questo modo, solo ed esclusivamente in presenza di un’ipotesi di “diritto consolidato” le scelte giudiziali provenienti dai giudici di Strasburgo potrebbero imporsi e vincolare il giudice nazionale “a fondamento del proprio pro-

⁶⁴ Sulla riconducibilità della sentenza De Tommaso nell’alveo del “diritto consolidato” v. soprattutto GRASSO, *op. loc. cit.*; VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, cit., 377; MAZZACUVA, *op. cit.*, 1023.

⁶⁵ La sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale ha previsto una serie di parametri da seguire per escludere che si sia in presenza del diritto convenzionale consolidato, individuandoli nella “creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea”, negli “eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto di altre pronunce della Corte di Strasburgo”, nella “ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni”, nella “circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera” e nel “dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano”.

⁶⁶ In questi termini Corte cost., n. 80 del 2011.

⁶⁷ Sul punto Corte cost., n. 348 del 2007.

⁶⁸ Così Corte cost., n. 239 del 2009.

cesso interpretativo”, non sussistendo alcun obbligo “a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo”⁶⁹.

La sentenza De Tommaso rispetterebbe, invero, solamente uno dei parametri per venire riconosciuta come espressione di “diritto consolidato”: la sua provenienza dalla Grande Camera. Ma non potrebbe rientrare fra quelle frutto di orientamenti della Corte EDU ormai stabilizzatisi. E proprio le diverse opinioni dissenzienti al suo interno rappresenterebbero l’assenza di un univoco e consolidato indirizzo sul tema⁷⁰.

Un indirizzo, quello contenuto nella sentenza De Tommaso, nuovo e bisognoso di ulteriori conferme giudiziali per potersi stabilizzare come orientamento “definitivo” e “tradizionale” della giurisprudenza europea e venire adattato alle specifiche esigenze dell’ordinamento nazionale. Un indirizzo, in questo modo, inidoneo ad obbligare “il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU”⁷¹. Anche perché, basandosi su un approccio di tipo casistico, per “confermarsi” come espressione di “diritto consolidato” dovrebbe, ancora, ottenere l’avallo di future scelte condivise, interne ed esterne alla Corte EDU. Un indirizzo, quello inaugurato con la sentenza De Tommaso, con cui verrebbe segnalata la carenza di tassatività, di determinatezza e di conoscibilità del precetto penale⁷²: tutte violazioni che prima di incidere sulla Convenzione EDU e sulla libertà di circolazione, riconosciuta dall’art. 2 Prot. IV, lederebbero i principi di riserva di legge e di ragionevolezza “che nella Costituzione italiana abbracciano anche i settori esterni ai confini del diritto *stricto sensu* penale”⁷³.

⁶⁹ In questi termini sempre Corte cost., n. 49 del 2015.

⁷⁰ *Contra* MAIELLO, *op. ult. cit.*, 1044, secondo il quale “pensare che un arresto della Grande Camera, in materie controverse e di speciale rilevanza, sia qualificabile come *diritto vivente consolidato* solo se non registra opinioni dissenzienti implicherebbe condannare a morte il diritto convenzionale e la sua capacità di interagire col diritto interno”. Sul punto Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Dasgupta, n. 27620, in *Cass. pen.*, 2016, 3203, con cui si individua il vincolo per il giudice nazionale “esclusivamente con riguardo a un orientamento convenzionale consolidato ovvero a una decisione pilota in senso stretto, la quale, cioè, con riferimento a un determinato ordinamento nazionale, ne evidenzia lacune o contrasti strutturali con la CEDU”. Le opinioni dissenzienti, in questo contesto, sarebbero “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” (LASALVIA, *La prevenzione insostenibile. Scenari* post De Tommaso, in *Arch. pen. (web)*, 2018, 2, 8).

⁷¹ Ancora Corte cost., n. 49 del 2015.

⁷² La connessione tra determinatezza e conoscibilità del precetto, quale elemento riconducibile alla colpevolezza, si rinviene, per la prima volta, nella sentenza della Corte cost., n. 364 del 1988.

⁷³ In questi termini MAZZACUVA, *op. cit.*, 1019, secondo il quale il rispetto delle “garanzie previste dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo ... sono del tutto sovrapponibili a quelle che si rinvengono già nel tessuto costituzionale interno”.

Un indirizzo non ancora stabilizzatosi nella giurisprudenza europea e che non vincolerebbe il giudice nazionale, libero di non darvi seguito e di continuare ad ispirarsi alle interpretazioni costituzionalmente e convenzionalmente conformi della normativa interna censurata dalla Corte EDU⁷⁴. Utilizzando il principio di tassatività - determinatezza - precisione come “canone ermeneutico a disposizione del giudice comune per ridurre l’area delle fattispecie criminose rispetto al loro tenore letterale”⁷⁵. Non potendosi spogliare della tipica funzione assegnatagli dall’art. 101, comma 2 della Costituzione, con cui si individuano esclusivamente nella legge le indicazioni “delle regole da applicare nel giudizio”, precludendo ad un’“altra autorità” la possibilità di “dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto”⁷⁶.

In assenza delle condizioni per far rientrare questa pronuncia fra le ipotesi di “diritto consolidato”, la decisione dei giudici di Strasburgo potrebbe, però, offrire lo spunto per stimolare un proficuo dialogo tra le Corti. Un confronto ermeneutico, in un contesto di cooperazione, al cui interno il giudice nazionale non dovrebbe rivestire il ruolo di mero passivo esecutore dei *dicta* sovranazionali, assumendo, invece, una funzione attiva e propositiva nella formazione del diritto della Corte EDU⁷⁷.

Un dialogo tra le Corti che consentirebbe, così, di escludere l’“imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato”, risultando “di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali”⁷⁸. Un dialogo tra le Corti auspicato proprio al fine di raggiungere un quadro di condivisa stabilizzazione nella formazione del diritto giurisprudenziale. Un dialogo tra le Corti che si svilupperebbe non solo lungo un percorso di avvicinamento e di condivisione progressiva di indirizzi e orientamenti giurisprudenziali differenti, ma che potrebbe, però, anche caratterizzarsi e venire accompagnato da pericolose ed

⁷⁴ Sul punto Cass., Sez. un., 27 aprile 2017, Paternò, cit., che considera il parametro della sufficiente determinatezza della fattispecie penale “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”.

⁷⁵ Così VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, cit., 149-150.

⁷⁶ Sempre Corte cost., n. 49 del 2015. Sul punto FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. 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 previsto dall’art. 101, c. 2 Cost.

⁷⁷ In questo senso ancora Corte cost., n. 49 del 2015.

⁷⁸ Così Corte cost., n. 49 del 2015.

inutili tensioni nei rapporti tra sistemi nazionali e sovranazionali, qualora non tenesse nella dovuta considerazione il “confronto” giurisprudenziale interno⁷⁹.

4. *L'individuazione del “fatto” nelle attuali categorie dei soggetti pericolosi per la sicurezza pubblica tra tassatività sostanziale e tassatività processuale.* La sentenza De Tommaso della Corte EDU pur non potendo, allora, rappresentare una tipica ipotesi di “diritto consolidato” e non riuscendo a vincolare, sul piano formale, il giudice nazionale, ha posto dal punto di vista sostanziale questioni che non si limitano a riguardare una singola e specifica vicenda processuale ma che investono l'intero sistema della legislazione italiana in materia di misure di prevenzione personali⁸⁰.

Le censure dei giudici di Strasburgo, riferendosi alle carenze degli elementi fattuali e delle particolari tipologie di condotta da prendere in considerazione per valutare la pericolosità dell'individuo, colpirebbero l'impianto complessivo della normativa di “prevenzione”. Di un “sistema”, al cui interno, non sono stati disciplinati, con sufficiente chiarezza, lo scopo e le modalità di esercizio dell'amplessima discrezionalità conferita al giudice nazionale. Impedendo, in questo modo, al singolo di prevedere in maniera apprezzabilmente certa l'imposizione delle misure.

Censure, quindi, relative soprattutto alla tecnica di descrizione delle condotte asseritamente pericolose dei destinatari dei provvedimenti preventivi e all'insufficiente tasso di chiarezza delle fattispecie, prive di contenuti certi e riconoscibili. Carenze strutturali che rischierebbero, così, di comprimere la verifica processuale indispensabile per individuare il “proposto”, per valutare la sua pericolosità e per evitare i pericoli derivanti dalla legittimazione di un “tipo” sintomatico d'autore.

La Corte costituzionale, “approfittando” delle censure provenienti dal giudice sovranazionale e delle “severe reprimende”⁸¹ contenute nella sentenza De Tommaso, con la pronuncia n. 24 del 2019 ha posto le basi per un “forte re-

⁷⁹ Anche perché il procedere casistico, tipico della Corte EDU, rischierebbe di offrire l'impressione “generale e allarmata” di indirizzi giurisprudenziali rivolti non tanto al “progressivo e lineare ampliamento delle garanzie”, quanto verso una “strada accidentata e dallo sviluppo causale”, accrescendo le difficoltà del giudice interno che “confidi nella capacità orientativa della giurisprudenza europea” (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).

⁸⁰ Sul punto GRASSO, *op. cit.*, 7. Nello stesso senso VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, *cit.*, 376-377.

⁸¹ Così MAIELLO, *Gli adeguamenti della prevenzione ante delictum nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 107.

cupero di organicità e compatibilità costituzionale del sistema della prevenzione”⁸², contribuendo, significativamente, ad alimentare il “dialogo tra le Corti” e tracciando il percorso in cui incanalare le successive scelte giudiziali della Cassazione⁸³, attraverso la “riformulazione del sistema delle misure di prevenzione”⁸⁴.

La pronuncia, prendendo spunto dalla giurisprudenza della Consulta e della Cassazione, colloca l’intera materia nel quadro delle garanzie costituzionali (e convenzionali), confrontandosi con le rilevanti censure mosse all’impalcatura del sistema della prevenzione dalla sentenza De Tommaso⁸⁵, dopo aver ribadito la natura non penalistica di tali misure⁸⁶. Sul presupposto della prevalenza delle finalità preventive rispetto alle innegabili finalità punitive⁸⁷, conferendo centralità al diritto giurisprudenziale nei settori estranei al perimetro stretta-

⁸² In questi termini MAGI, *op. ult. cit.*, 1016.

⁸³ Cass., Sez. I, 5 marzo 2019, Calabretto, n. 14629; Cass., Sez. II, 22 marzo 2019, Morello, n. 27854; Cass., Sez. VI, 9 aprile 2019, Coluccia, n. 21513, in *Mass. Uff.* n. 275737; Cass., Sez. II, 16 aprile 2019, Germanò, n. 27263, in *Mass. Uff.* n. 275827; Cass., Sez. V, 10 luglio 2019, Giorgitto, n. 38737, in *Mass. Uff.* n. 276648; Cass., Sez. I, 10 gennaio 2020, Pilato, n. 11661, in *Mass. Uff.* n. 278738; Cass., Sez. II, 13 ottobre 2020, Sabatelli, n. 33641, in *Mass. Uff.* n. 279970; Cass., Sez. V, 30 novembre 2020, Zangrillo, n. 182, in *Mass. Uff.* n. 280145, in *Foro it.*, 2021, n. 9, 519; Cass., Sez. I, 15 gennaio 2021, Liuzzi, n. 14825.

⁸⁴ Così GRASSO, *op. cit.*, 14. Sul punto MAUGERI, PINTO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, 78, secondo i quali, “nell’ambito di un proficuo dialogo tra le Corti e c.d. costituzionalismo multilivello la sentenza della Corte costituzionale rappresenta sicuramente un apprezzabile passo in avanti in termini di garanzie del sistema delle misure di prevenzione”. Ritiene, invece, PISANI, *Misure di prevenzione e pericolosità “generica”, tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, in *Giur. cost.*, 2019, 323, che con la sentenza n. 24 del 2019 si sia compiuto solamente “un mezzo passo sulla strada che riporta tali misure nell’alveo dei principi cardine dello Stato di diritto”.

⁸⁵ Estendendo alle garanzie, richieste in ambito convenzionale e costituzionale, dell’“idonea base legale delle misure in questione e della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati” anche quella “della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione” (Corte cost., n. 24 del 2019, § 9.7.3.). E questa estensione delle garanzie deriverebbe per MAIELLO, *op. ult. cit.*, 108, da “una sorta di orgoglio identitario” con cui si attribuisce “alla tutela costituzionale un livello *potiore* rispetto alla protezione accordata alla materia dalla CEDU”.

⁸⁶ La sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019, al § 9.7.1., rileva in modo esplicito, infatti, come “la stessa Corte EDU ... ha espressamente escluso che le misure di prevenzione personali ... costituiscono sanzioni di natura sostanzialmente punitiva, come tali soggette ai vincoli che la Convenzione detta in relazione alla materia penale”. E come neanche “la Corte costituzionale ... ha mai ritenuto che esse soggiacciano ai principi dettati, in materia di diritto e di processo penale, dagli artt. 25, secondo comma, 27, 111, terzo, quarto e quinto comma, e 112 Cost.”. Anche se “al di fuori della *matière pénale* non esiste una zona franca dove le ingerenze nei diritti degli individui sono prive di limiti garantistici” (MAZZACUVA, *L’uno - due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 991).

⁸⁷ “Non comporta che le misure in questione abbiano nella sostanza carattere sanzionatorio - punitivo, sì da chiamare in causa necessariamente le garanzie che la CEDU, e la stessa Costituzione, sanciscono per la materia penale” (Corte cost., n. 24 del 2019, § 9.7.1.).

mente penalistico⁸⁸ ed estendendo le garanzie proprie della riserva di legge, del giusto processo e della giurisdizione ad aree ben più vaste di quelle tipicamente penalistiche, affiancando, in questo modo, l'art. 13 Cost. all'art. 2 Prot. IV della CEDU⁸⁹. E, soprattutto, considerando "cruciale" l'opera tassativizzante della giurisprudenza successiva all'intervento dei giudici di Strasburgo. Tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità idonea ad "assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi"⁹⁰ solamente ai modelli comportamentali previsti e descritti nell'art. 1 lett. b) del d.lgs. n. 159 del 2011⁹¹ e non anche a quelli contemplati nell'art. 1 lett. a), ipotesi quest'ultima "affetta da radicale imprecisione", non emendata dalla stessa giurisprudenza⁹². Con la pronuncia n. 24 del 2019 la Corte costituzionale, a distanza di quasi quarant'anni dalla sentenza n. 177 del 1980, è tornata, così, sulla questione della determinatezza delle fattispecie di pericolosità (generica), sottolineando l'esigenza di una loro maggiore chiarezza, affidata all'opera tassativizzante della giurisprudenza, in modo da evitare ambiguità di significati e conseguenti

⁸⁸ Sul ruolo del diritto giurisprudenziale, destinato a svolgere, se caratterizzato da orientamenti interpretativi consolidati, un'essenziale funzione di completamento dei precetti contrassegnati da un certo tasso di imprecisione *ex plurimis* Corte EDU, Gochev c. Bulgaria, 26/11/2011, n. 34383/2003.

⁸⁹ Ma proprio la sottoposizione delle misure di prevenzione, quelle fondate sulle pericolosità generica, alle garanzie costituzionali "ne mette in discussione la natura, evidenziando ancora di più il carattere sostanzialmente repressivo", con la conseguente impossibilità di sottrarle a "tutte le garanzie proprie del sistema penale" (GRASSO, *op. cit.*, 15).

⁹⁰ In questi termini Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.2.

⁹¹ Conferendosi alla pronuncia n. 24 del 2019 il carattere di "una sentenza interpretativa di rigetto che vincola l'interprete ad una certa scelta ermeneutica, l'unica costituzionalmente e convenzionalmente conforme" (GRASSO, *op. cit.*, 14). Sul punto Cass., Sez. I, 5 marzo 2019, Calabretto, cit., secondo cui "la tipologia di decisione emessa - quanto ai contenuti della previsione di legge di cui al D. Lgs. n. 159 del 2011, art. 1, comma 1 lett. B - sia quella di una cd. interpretativa di rigetto, che nel comporre il denunciato contrasto tra la norma di legge ordinaria e il contenuto delle norme costituzionali segna il percorso interpretativo idoneo ad evitare la demolizione della norma di legge ordinaria, riconoscendolo - in larga misura - in quello già espresso in numerosi arresti da questa Corte di legittimità. In particolare va evidenziato che proprio la ricognizione del contenuto di tali arresti (citati in motivazione) ha consentito alla Corte Costituzionale di superare i dubbi sollevati in sede sovranazionale nella decisione Corte Edu De Tommaso contro Italia, essendosi nel tempo stabilizzata una chiave di lettura della disposizione che attraverso il recupero di connotati di tassatività ... assicura la predeterminazione legale dei tipi di comportamento assunti a presupposto delle misure, sia personali che patrimoniali. Ciò conferisce un particolare valore di orientamento ai contenuti della decisione, nel senso che eventuali deroghe dalla suddetta linea di assegnazione di significati alle parole utilizzate dal legislatore porrebbero il caso concreto non solo fuori dall'attuale recinto interpretativo maggioritario ma fuori dal perimetro di legalità costituzionale e convenzionale". Cfr. sul punto Cass., Sez. I, 10 gennaio 2020, Pilato, cit. Anche se "la fattispecie di pericolosità generica di cui alla lett. b) pare afflitta da un deficit di determinatezza difficilmente rimediabile in via ermeneutica" (MAZZACUVA, *op. ult. cit.*, 992).

⁹² Così Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.3.

rischi di distorsioni sul piano applicativo⁹³. Intervento tassativizzante della giurisprudenza autorizzato e, sembrerebbe, quasi auspicato, “al di fuori della materia penale”⁹⁴ ed escluso, invece, *in criminalibus*⁹⁵. Tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità condotta attraverso le scelte interpretative della Cassazione che hanno conferito, a queste norme, “un grado di sufficiente precisione, imposta da tutti i parametri costituzionali e convenzionali invocati”⁹⁶. Tassativizzazione che riguarderebbe, però, esclusivamente le carenze di precisione, di determinatezza e di prevedibilità degli elementi costitutivi delle fattispecie legali e non anche le “modalità di accertamento probatorio in giudizio”⁹⁷. Una tassativizzazione limitata, quindi, al profilo “sostanziale” delle fattispecie di pericolosità e al *thema probandum* e non estesa alle forme di verifica processuale del “fatto” e al *quomodo* della prova⁹⁸.

Un “doppio livello” di tassativizzazione e due differenti modelli di legalità che dipenderebbero, nella sentenza n. 24 del 2019, dalla riconducibilità delle modalità di accertamento in giudizio della pericolosità ai paradigmi del diritto di difesa e del giusto processo, non evocati nelle ordinanze di rimessione e

⁹³ Anche se colpisce, nella sentenza n. 24 del 2019 della Consulta, “il *logos* contraddittorio e una certa sudditanza verso la logica di semplificazione efficientista che percorre la legislazione in materia e che la rende distante dalla maestà sontuosa e libera da scopi del discorso sviluppato dai giudici di Strasburgo” (MAIELLO, *op. ult. loc. cit.*).

⁹⁴ “Sulla base dell’interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall’uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione” (Corte cost., n. 24 del 2019, § 12).

⁹⁵ “L’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non vale, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale” (Corte cost., n. 327 del 2008). Anche perché “nessuna interpretazione può surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*”, risultando indispensabile l’esistenza di un “diritto scritto di produzione legislativa” rispetto al quale “l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo” (Corte cost., n. 115 del 2018). Critico rispetto a questa impostazione della sentenza n. 24 del 2019 della Corte costituzionale e alla creazione di un vero e proprio “doppio binario di legalità/determinatezza” è, soprattutto, MAIELLO, *op. ult. cit.*, 111, secondo il quale “l’assoggettamento della prevenzione personale alla cornice disciplinare dell’art. 13 Cost. avrebbe dovuto accompagnarsi al riconoscimento della piena operatività della riserva assoluta e rinforzata di legge, con messa al bando di norme contenenti clausole generali o espressioni indeterminate affidate al riempimento e alla stabilizzazione ermeneutica del potere giudiziario”.

⁹⁶ In questi termini Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.1.

⁹⁷ Nonostante “i pur significativi sforzi della giurisprudenza – nella perdurante assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione – di selezionare le tipologie di evidenze ... suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle fattispecie di pericolosità generica” (Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.1.).

⁹⁸ Riconducibili, invece, “a differenti parametri costituzionali e convenzionali tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. e il diritto a un giusto processo ai sensi, assieme, dell’art. 111 Cost. e dell’art. 6 CEDU” (Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.1.).

che non potrebbero venire “in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità”⁹⁹. Così dimostrando, invero, un “eccesso di prudenza”¹⁰⁰ nel voler tenere distinti la tipicità e la tassativizzazione del “fatto” dai parametri cognitivi della verifica processuale sull’appartenenza alle categorie soggettive di pericolosità per la sicurezza pubblica.

Thema probandum e *quomodo* della prova rappresentano, invece, due aspetti complementari fra loro, che integrandosi finiscono per sovrapporsi e confondersi. Riguardando modelli comportamentali, indicatori fattuali, parametri probatori, indici sintomatici e regole processuali che costituiscono l’ineliminabile base del giudizio prognostico¹⁰¹. Al punto da far dipendere il grado di tassativizzazione e di legalità delle fattispecie dal livello di effettiva dimostrabilità in giudizio della condizione di pericolosità¹⁰². E non solo perché l’indispensabile legame tra il “fatto” e la disposizione normativa viene necessariamente mediato dal processo (e nel processo)¹⁰³, all’interno di vicende giudiziarie in cui le funzioni di garanzia tipiche del principio di legalità sostanziale si combinano con le regole processuali rivolte ad ottenere la “certezza della prova in ordine alla commissione del fatto da parte dell’accusato e della sua colpevolezza”¹⁰⁴. L’oggetto del giudizio di prevenzione è, invero, soprattutto

⁹⁹ In questi termini Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.1. Sul punto MAIELLO, *op. ult. loc. cit.*, che considera questa scelta determinata da “una certa superficialità”. Infatti, non vi sarebbe “motivo di dubitare che anche nella materia delle fattispecie di pericolosità l’individuazione degli *standards* indiziaro/probatori rilevanti sia questione che rientra a pieno titolo nei compiti di garanzia della legalità sostanziale” (*op. ult. cit.*, 113). Anche perché, “se da un lato l’oggetto dell’incidente di legittimità costituzionale non può che essere rappresentato dal contenuto sostanziale della previsione di legge, è pur vero che il *modus* applicativo della legge ne condiziona in modo decisivo la reale portata” (MAGI, *op. ult. cit.*, 1018/1019).

¹⁰⁰ In questi termini MAGI, *op. ult. cit.*, 1019. *Contra* Cass., Sez. I, 5 marzo 2019, Calabretto, cit., secondo cui occorrerebbe “eliminare ogni equivoca sovrapposizione tra il concetto di tassatività sostanziale ... e quello di cosiddetta tassatività processuale”.

¹⁰¹ “Un materiale di dati di fatto indicati dalla legge al giudice come ragionevole premessa da cui muovere per formulare il giudizio di pericolosità” (PALAZZO, *op. cit.*, 147).

¹⁰² “Il ruolo che la qualità e la consistenza degli elementi di prova giocano negli equilibri interni del principio di legalità emerge dalla nettezza con la quale in *De Tommaso* la Corte EDU ha posto sul medesimo piano di rilevanza i *types of behaviour* e le *prove fattuali*” (MAIELLO, *op. ult. loc. cit.*).

¹⁰³ L’intervento del giudice nel processo “non avrebbe significato sostanziale - o ne avrebbe uno pericolosamente distorto la funzione giurisdizionale nel campo della libertà personale - se non fosse preordinato a garantire, nel contraddittorio tra le parti, l’accertamento di fattispecie legali predeterminate” (Corte cost., n. 177 del 1980).

¹⁰⁴ Così RONCO, *Legalità penale e legalità processuale*, in *questa Rivista*, 2017, 2, 9, secondo il quale la regola dell’*in dubio pro reo* “costituisce, sul piano del fatto, il complemento del principio di legalità. Come la legalità dice che il giudice non può andare oltre alla formula della legge ... così l’*in dubio pro reo* non può andare oltre il senso oggettivo fatto proprio dal compendio delle prove”. Negli stessi termini MAIELLO, *op. ult. loc. cit.*

to indirizzato verso una verifica processuale che, in tema di certezze probatorie deve inevitabilmente seguire percorsi differenti da quelli propri del sistema penale, proprio perché “la prognosi di comportamenti futuri non è mai il frutto di un giudizio di certezza, ma, al più, di un giudizio di probabilità”¹⁰⁵, riguardando un accertamento della pericolosità condizionato da una verifica di carattere ipotetico, che necessariamente si rivolge ad un’ipotesi futura e che “si proietta nell’avvenire”¹⁰⁶.

L’avvenuta giurisdizionalizzazione del sistema preventivo, disciplinata da autonome scansioni processuali, dotata di proprie regole investigative, munita di peculiari canoni decisorii e amministrata da giudici specializzati e taluni orientamenti giurisprudenziali della Cassazione in grado di conferire “dignità” costituzionale ad alcuni modelli e criteri fattuali per l’applicazione delle misure¹⁰⁷, hanno consentito la creazione di un percorso “probatorio” sganciato da

¹⁰⁵ NUVOLONE, *op. cit.*, 633.

¹⁰⁶ Sempre NUVOLONE, *op. cit.*, 634, secondo il quale “l’applicazione di queste misure si inserisce, perciò, nel quadro di quei provvedimenti che incidono sulla persona in virtù di un giudizio composito di elementi di fatto e di elementi ipotetici”. Sul punto CERESA GASTALDO, *op. cit.*, 4, che individua l’oggetto dell’accertamento nel giudizio di prevenzione nell’“apparenza di un fatto puramente ipotetico”.

¹⁰⁷ Rivelando che la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall’art. 192 c.p.p., né le chiamate in correità o in reità devono essere necessariamente sorrette da riscontri individualizzanti (Cass., Sez. V, 15 marzo 2018, Buggea, n. 17946, in *Mass. Uff.* n. 273036, in *Cass. pen.*, 2019, 335; Cass., Sez. V, 8 ottobre 2019, Cottitto, n. 50202, in *Mass. Uff.* n. 278049), specificando le modalità richieste per le allegazioni difensive in ordine alla legittima provenienza dei beni (Cass., Sez. VI, 10 aprile 2018, Salanitro, n. 21347, in *Mass. Uff.* n. 273388), ribadendo che il giudizio di prevenzione si basa su elementi cognitivi autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale (Cass., Sez. I, 20 febbraio 2019, Crocè, n. 21735, in *Mass. Uff.* n. 276400), riconoscendo l’efficacia “para - vincolante” del giudicato assolutorio penale in sede di prevenzione (Cass., Sez. I, 21 marzo 2019, Zinzi, n. 18579), richiedendo la previa commissione di delitti produttivi di redditi illeciti da parte del proposto (Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, cit.), ritenendo indispensabile un accertamento “sostanziale” della responsabilità da reato, anche se estinto, quale base indiziaria del giudizio di pericolosità (Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018, Carnovale, cit.), rilevando, ai fini del giudizio sulla pericolosità, fatti sintomatici di tale condizione, anche quelli non costituenti reato (Cass., Sez. VI, 25 giugno 2020, Castagnino, n. 21060), ricostruendo sulla base di precisi elementi di fatto - il possesso di beni, le spese necessarie al godimento e all’utilizzazione di tali beni, la propensione a specifiche categorie di consumi - il tenore di vita e le capacità economiche del proposto (Cass., Sez. II, 26 febbraio 2021, Pg in c., n. 13634, in *Mass. Uff.* n. 281128), individuando il rimedio esperibile per far valere il difetto originario dei presupposti per l’inquadramento del proposto nelle categorie dell’art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011 nell’incidente di esecuzione (art. 11) e non nella revocazione prevista dall’art. 28 (Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2020, Iannuzzi, n. 36582, in *Mass. Uff.* n. 280183; Cass., Sez. I, 8 aprile 2021, Spinelli, n. 20827, in *Mass. Uff.* n. 281544; Cass., Sez. VI, 22 aprile 2021, Carnovale, n. 29840, in *Mass. Uff.* n. 281751; Cass., Sez. VI, 18 maggio 2021, Mollica, n. 27689, in *Mass. Uff.* n. 281692) e indicando quale rimedio esperibile avverso il provvedimento definitivo di confisca fondato sulla pericolosità generica, ex art. 1, comma 1, lett. a) del d. lgs. n. 159 del 2011, al fine di far valere il difetto originario dei presupposti della misura, la richiesta di revocazione ai sensi dell’art. 28, comma 2 del d.lgs. n. 159 del 2011 (Cass., Sez. un., 16 dicembre

quello tradizionale del sistema repressivo¹⁰⁸. Un “doppio binario processuale” imposto dalla diversità genetica delle fattispecie di pericolosità rispetto a quelle di reità. Una distinzione, questa, che prima di riguardare la struttura della norma è soprattutto culturale, perché si antepone l’efficacia dello strumento utilizzato per raggiungere lo scopo alla sua legittimità. All’interno di un contesto legislativo – giudiziario nel quale la centralità assegnata agli obiettivi da perseguire inevitabilmente incide sulla costruzione della fattispecie e sui mezzi di cui ci si serve per realizzarli.

In questo modo l’autonomia del procedimento di prevenzione dal processo penale si giustificerebbe per l’ineliminabile margine di indeterminatezza che accompagna il giudizio di pericolosità, per sua natura prognostico¹⁰⁹. E dipenderebbe proprio dalla mancanza di parametri legislativi certi e predeterminati, sui quali modellare il giudizio prognostico del giudice, e dal “carattere ancora irrimediabilmente anticognitivo della fattispecie probatoria a trascinare la procedura di prevenzione al di sotto della soglia di giurisdizionalità”¹¹⁰.

Allontanare l’accertamento giudiziale della prevenzione dai classici canoni seguiti nel giudizio penale¹¹¹ rischierebbe, però, di indirizzare la verifica processuale sulla pericolosità del proposto lungo i binari di “compendi probatori affievoliti ed a scarsa capacità dimostrativa”¹¹². Con il pericolo di trasformare la misura di prevenzione in una “pena del sospetto”¹¹³, all’interno di un giudi-

2021, Fiorentino, n. 3513).

¹⁰⁸ Nonostante questa progressiva “giurisdizionalizzazione” le misure di prevenzione continuano ad essere considerate “l’istituto più discutibile sul piano delle garanzie fra tutti quelli che appartengono alla galassia penalistica” (PULITANO, *L’evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni settanta e ottanta*, in *Il diritto penale tra scienza e politica*, a cura di Donini, Stortoni, Bologna, 2015, 26). Sulla giurisdizionalizzazione del sistema preventivo v. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale*, in *Sist. pen.*, 2020, 10, 5 ss.

¹⁰⁹ Secondo PALAZZO, *op. loc. cit.*, “si potrebbe dire che il giudizio di pericolosità *accerta* un dato *incerto* per definizione perché futuro, cioè la probabile commissione di fatti criminosi di là da venire”, e l’accertamento della “probabile esistenza di un fatto futuro, non può che consistere in un ragionevole dubbio”. Sul punto, però, CAPRIOLI, *Fatto e misure di prevenzione*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale. Effettività e garanzie*, a cura di CNDPS, Milano, 2016, 61, per il quale “pretendere le garanzie del giusto processo penale nel procedimento di prevenzione e al contempo accontentarsi di un livello attenuato di prova finirebbe per rivelarsi un controsenso”.

¹¹⁰ In questi termini CAPRIOLI, *op. loc. cit.*

¹¹¹ Secondo MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, cit., 494, questa sarebbe un’esigenza del legislatore per rassicurare la collettività “su cui si fonda il consenso elettorale”, utilizzando “campagne mediatiche tese a far emergere da un lato l’imponenza dei fenomeni, dall’altro l’adeguatezza delle forme di contrasto offerte da chi governa”.

¹¹² Così CISTERNA, voce *Prevenzione personale e patrimoniale (prassi giudiziarie e riforma normativa)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. X, Torino, 2018, 2018.

¹¹³ Rischiando di configurare “fattispecie di sospetto di commesso reato ... riducendo il ruolo del sistema

zio esclusivamente affidato all'intuito del giudice¹¹⁴, in assenza di criteri certi di verifica processuale e di precisi indici ai quali parametrare il momento prognostico dell'accertamento¹¹⁵.

Ma questa è la "fisiologica" natura delle valutazioni giudiziarie relative all'applicazione delle misure di prevenzione e delle verifiche probatorie sempre condizionate da logiche efficientiste, a discapito del rispetto del principio di tassatività¹¹⁶.

5. Il modello "misto" delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica. La questione sembra, quindi, investire i rapporti tra legalità sostanziale e legalità processuale, all'interno dell'indissolubile nesso che lega il diritto al processo penale "nell'intreccio fra legalità ed aspirazione alla verità"¹¹⁷. In vicende giudiziarie relative all'applicazione delle misure di prevenzioni personali in

preventivo alla sola - criticabilissima - funzione di surrogato di una repressione penale inattuabile per mancanza dei normali presupposti probatori" (FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 116). Nello stesso senso v. DI LELLO FINUOLI, *Tutto cambia per restare in line uguale. Le Sezioni unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum*, in *Cass. pen.*, 2015, 3545, secondo cui l'accertamento della pericolosità del proposto sarebbe condizionato "non già dal timore della futura commissione di reati fondato su provate condotte attuali, ma dal timore della già avvenuta commissione di reati che non si possono provare". Sul punto pure MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1265, per il quale "lo strumento prevenzionistico non si pone più in posizione vicaria ma in chiave (preoccupantemente) co - protagonista rispetto ai dispositivi del diritto penale classico della legalità e dell'imputazione personale colpevole".

¹¹⁴ In questi termini 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*, in *questa Rivista, Speciale riforme (web)*, 2018, 22. E' infatti "innegabile che quanto più la fattispecie legale risulta riferibile ad una serie indefinita di comportamenti, tanto più cresce la discrezionalità dell'organo incaricato di agire *secundum legem*" (ORLANDI, *Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 570).

¹¹⁵ Sulle garanzie di obiettività della verifica processuale NUVOLONE, *op. cit.*, 635, ritiene che "il giudizio di prevenzione dev'essere, sì, garantito, ma è pur sempre, e necessariamente, un giudizio di probabilità, e non di certezza. Il pretendere che il giudizio di prevenzione si svolga con le caratteristiche del giudizio di accertamento del reato e della responsabilità dell'agente, è pretendere l'impossibile".

¹¹⁶ Sul punto BERTOLINO, *op. cit.*, 853 ss.

¹¹⁷ Così PULITANO', *Sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 956. Rapporto tra diritto penale e processo pericolosamente condizionato, però, "da scelte legislative deliberatamente orientate a fornire al processo un materiale di diritto sostanziale duttile, pronto ad essere piegato alle esigenze processuali, la cui soddisfazione sembra d'altra parte esaurire gli orizzonti prospettici della politica criminale di questi ultimi anni" (FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli, 2007, 27).

cui, però, “il rapporto tra *principio di legalità* e *principio di giurisdizionalità* si atteggia in maniera del tutto particolare”¹¹⁸.

Particolarità rappresentata anche dall'accertamento della pericolosità che patisce, oltre ad una difficile valutazione da condurre sulla “porosità semantica” del pericolo per la sicurezza pubblica¹¹⁹, da un lato la carenza di tassatività nella descrizione della condotta e del “fatto” asseritamente pericoloso e, dall'altro, la vaghezza della formula degli “elementi di fatto” (per la pericolosità generica) e l'insuperabile indeterminatezza del concetto di “indizio” (per la pericolosità qualificata). Particolarità che impone, perciò, un “giudizio bifasico”: la fattispecie di pericolosità è una “fattispecie concreta, composta di fatto storicamente circostanziato e qualifica giuridica”¹²⁰. Ricorrendosi ad una verifica giudiziale in cui non sarà sufficiente la mera rispondenza del “fatto” al tipo di comportamento tenuto dal destinatario della misura, ma che dovrà concludersi con l'accertamento della pericolosità del proposto. In cui le due fasi, l'una relativa alla “sostanziale” individuazione del “fatto” del destinatario e l'altra collegata alla valutazione “processuale” degli “elementi di fatto” o dell’“indizio”, complementari tra loro, si integreranno vicendevolmente¹²¹. Un “giudizio bifasico” indispensabile, quindi, a garantire il raggiungimento delle finalità tipiche della prevenzione, non coincidenti con quelle proprie del giudizio penale. E diversità degli obiettivi che non possono non incidere sulla tipologia e sulla conformazione strutturale delle fattispecie di pericolosità¹²².

Le misure di prevenzione, e la loro applicazione, dovrebbero, così, collocarsi in un'area diversa da quella dell'accertamento della responsabilità penale e

¹¹⁸ In questi termini NOBILI, *Le “informazioni” della pubblica sicurezza e la prova, nel processo di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di CNPDS, Milano, 1975, 243.

¹¹⁹ L'espressione è utilizzata da MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., 1527.

¹²⁰ In questi termini ORLANDI, *La “fattispecie di pericolosità”. Presupposti di applicazione delle misure e tipologie soggettive nella prospettiva processuale*, cit., 474. Anche se, pur in presenza di una “fattispecie presuntiva ... il giudizio di pericolosità non può non essere inficiato dalla mancanza di prove” (NUVOLONE, *op. cit.*, 643).

¹²¹ “All'esito positivo della fase constatativa svolta sulla base degli indici fattuali indicati si ricollega funzionalmente il successivo giudizio prognostico di pericolosità” (Cass., Sez. II, 15 luglio 2020, Fornaro, n. 23929). “Tale giudizio dovrà essere compiuto in concreto attraverso un processo di integrazione degli indici legislativi con criteri di prognosi validi secondo i dati della scienza e dell'esperienza” (NUVOLONE, *op. cit.*, 633).

¹²² “Discende, pertanto, dalla natura delle dette misure che nella descrizione delle fattispecie il legislatore debba normalmente procedere con criteri diversi da quelli con cui procede nella determinazione degli elementi costitutivi di una figura criminosa, e possa far riferimento anche a elementi presuntivi” (Corte cost., n. 23 del 1964). Sul punto Cass., Sez. I, 20 febbraio 2019, Crocè, cit., secondo cui “la conformazione legislativa del tipo di pericolosità prevenzionale è descritta in modo sensibilmente diverso rispetto ai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto del giudizio penale”.

della conseguente inflizione della pena. In contesti giudiziari in cui “la prova indiziaria non deve possedere i caratteri prescritti dall’art. 192 c.p.p.”¹²³, proprio perché il rigoroso requisito della gravità, precisione e concordanza dell’indizio deve essere richiesto esclusivamente per l’accertamento della responsabilità penale dell’autore del reato e non anche per la verifica attinente la pericolosità del proposto, per la cui valutazione sarebbe, invece, sufficiente un’analisi basata “su elementi di minore efficacia probatoria”¹²⁴. Utilizzando materiale probatorio “di sicuro valore sintomatico”, in grado di giustificare, sul piano “razionale ed empirico”, il sospetto che il soggetto, nei cui confronti è stata proposta l’applicazione della misura di prevenzione “sia persona pericolosa” e valutando la sussistenza di elementi di fatto “storicamente accertati e obiettivamente verificabili”¹²⁵. Non richiedendosi, però, un “minor rigore” nella previsione e nell’adozione delle misure, ma un “diverso rigore ... rispetto alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene”¹²⁶.

Il “fatto” della norma penale appare, allora, ben diverso dal “fatto” della fattispecie di pericolosità. Ma la diversità non riguarda il grado di determinatezza e il livello di tassatività.

¹²³ *Ex plurimis* Cass., Sez. V, 8 ottobre 2019, Cottitto, cit. Sul punto CAPRIOLI, *op. cit.*, 54, per il quale “non serve la certezza razionale necessaria per la condanna (ossia la prova oltre ogni ragionevole dubbio della colpevolezza), né l’elevata probabilità propria delle misure cautelari personali, e neppure una prevalenza probabilistica dell’ipotesi d’accusa misurata sul canone civilistico del *pù probabile che non*”. Per NOBILI, *op. cit.*, 253, invece, proprio “la particolarità della fattispecie di prevenzione, sotto il profilo sostanziale e del *thema probandum*, sotto il profilo processuale, pretenderebbero una tecnica di accertamento ancor più rigorosa e scrupolosamente tutelata anziché una maggiore *sommarietà*”.

¹²⁴ In questi termini Cass., Sez. VI, 29 gennaio 1998, Consolato, n. 332, in *Cass. pen.*, 1999, 1597. Nello stesso senso PADOVANI, *op. cit.*, 269, secondo il quale si tratterebbe “di indizi basati su un fatto che sia certo, ma sulla cui consistenza probatoria non possiamo dire in effetti nulla. Possono essere non gravi, possono anche non essere precisi. Non possono essere discordanti in modo tale che essi siano smentiti da altri indizi, perché non si potrebbe più parlare di indizi, però potrebbero anche non essere concordanti. L’indizio potrebbe anche essere revocato in dubbio da altri in un quadro indiziario di per sé non ben definito”.

¹²⁵ In questi termini Cass., Sez. I, 23 gennaio 1992, Barbaro, in *Cass. pen.*, 1993, 926. V. pure Cass., Sez. I, 23 gennaio 1992, Rossetti, in *Cass. pen.*, 1993, 1827. “Su tali premesse, lo standard cognitivo si direbbe non dissimile da quello necessario per l’iscrizione della *notitia criminis* nell’apposito registro” (CAPRIOLI, *op. loc. cit.*). All’interno di un’area processuale che va “dal sospetto oggettivamente suffragato all’indizio confinante con quello sufficiente ad attivare la normale repressione penale” (FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Bologna, 2019, 934). “L’applicazione delle misure avviene dunque solo quando le persone siano pericolose per la sicurezza pubblica, e quindi non sempre” (PADOVANI, *op. cit.*, 275).

¹²⁶ In questo senso Corte cost., n. 23 del 1964; Corte cost., n. 127 del 1979; Corte cost., n. 282 del 2010. Per NOBILI, *op. cit.*, 254, però, “il carattere particolare delle fattispecie sostanziali di prevenzione sembra erodere irrimediabilmente anche le garanzie che normalmente ineriscono ... al requisito della motivazione”.

E' sicuramente vero, infatti, che i parametri utilizzati dal legislatore della prevenzione, così come quelli della normazione tipicamente penalistica, possono apparire "inevitabilmente sfumati e duttili"¹²⁷, in grado di "prestarsi ad un uso flessibile" risultando, così, "processualmente più maneggevoli"¹²⁸, al fine di garantire una funzionale efficienza nel controllo sociale. E che la non conformità ai richiesti canoni di determinatezza e di tassatività non solo potrebbe comportare l'inevitabile espansione di un'incontrollata discrezionalità giudiziale, generando una "diffusa insicurezza sociale"¹²⁹, ma rischierebbe anche di incidere sul "fatto" e sul *thema probandum*¹³⁰. Il pericolo, però, di utilizzare regole processuali per trasferire "il parametro del sospetto anche nella struttura del giudizio"¹³¹ riguarderebbe esclusivamente l'applicazione delle misure di prevenzione. Un "sospetto" coincidente con la proposta - imputazione e corrispondente alla condotta tenuta dal soggetto asseritamente pericoloso e alle previsioni normative degli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011.

Quella di prevenzione sembra essere una fattispecie "mista" in cui coabitano elementi sostanziali e profili processuali, la generica descrizione di un modello comportamentale da cui desumere la pericolosità del proposto e l'indicazione dei criteri legali e fattuali per la verifica probatoria della sua sussistenza¹³². Al cui interno, accanto alla condotta del proposto, vengono espressamente indicati gli indici processuali destinati a provare l'appartenenza del soggetto ad una delle categorie di pericolosità. Una fattispecie "mista" perché la processualizzazione del fatto non avviene con il (e nel) processo ma già nella norma¹³³. Utilizzando una tecnica normativa che consente di coordinare gli

¹²⁷ In questi termini NOBILI, *op. cit.*, 243.

¹²⁸ Così FIORE, *op. cit.*, 38, secondo il quale si rischierebbe, in questo modo, "di rinunciare a ciò che, se visto a livello dei principi, appare irrinunciabile ... il requisito della determinatezza/tassatività".

¹²⁹ Ancora FIORE, *op. cit.*, 52.

¹³⁰ Secondo PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. I, Milano, 2000, 323, "quando l'oggetto stesso della prova è incerto, la prova surroga l'oggetto, e si verifica un interscambio di piani di valutazione: il piano sostanziale (dominato da un criterio applicativo) si confonde con il piano processuale (ispirato dall'esigenza probatoria), come in un gioco di specchi nel quale prova ed oggetto di essa prima si confondono, poi si alternano ed infine si sovvertono".

¹³¹ In questi termini FIORE, *op. cit.*, 80. Infatti, secondo NOBILI, *op. cit.*, 253, "il *thema probandum* si differenzia ... da quello consueto al processo penale e al processo di sicurezza: si tratta di formulare una prognosi in termini di probabilità, ossia di *accertare un sospetto*".

¹³² Anche perché "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" (NUVOLONE, *op. loc. cit.*).

¹³³ Secondo GALLO, *Grammatica delle frasi che chiamiamo fattispecie*, in *questa Rivista*, 2021, 3, 5, la regola processuale rappresenterebbe il vero e proprio "elemento dinamico della norma reale, statica

indicatori fattuali di riferimento per l'accertamento probatorio ai comportamenti del proposto, gli "elementi di fatto" ai "traffici delittuosi", alle "attività delittuose" e alla "commissione di delitti", e gli "indizi" a specifiche condotte delittuose. Una fattispecie "mista" che permettendo la convivenza di parametri sostanziali e regole processuali, accomuna questi elementi in un'ipotesi di tipizzazione "integrata"¹³⁴, di un "dispiegamento sincronico della fattispecie e del fatto l'uno sull'altro"¹³⁵. Nella quale, l'espressa previsione normativa di precisi indici di rilevanza probatoria, potrebbe garantire un più elevato *standard* di determinatezza anche agli elementi della condotta tipizzata, vincolando il giudice, limitandone l'incontrollata discrezionalità e "restringendo in tal modo il campo di quel che può assurgere rilevanza in sede processuale"¹³⁶.

Una fattispecie strutturata in modo da prevedere e "tenere insieme", nel fatto tipico, *thema probandum* e *quomodo* della prova non potrebbe, infatti, consentire scelte giudiziali sganciate dagli indici fattuali previsti legislativamente e dai criteri legali di valutazione probatoria utilizzati, nella norma, "per descrivere il peculiare significato da attribuire ad un determinato elemento di fatto"¹³⁷. Una fattispecie "mista" e, potremmo dire, a "processualizzazione progressiva", prima ad opera del legislatore e poi del giudice, già strutturalmente "integrata" dal punto di vista processuale e "pronta" per la verifica finale nel processo¹³⁸.

per quanto concerne il suo profilo cosiddetto sostanziale". In queste ipotesi la integrazione tra elementi sostanziali e elementi processuali si fonderebbe "sulla predeterminazione legislativa, contenuta nella fattispecie astratta, di che cosa è necessario accertare per potersi dire conseguita la prova della sussistenza, nel caso concreto, di un certo elemento tipico, che viene in questo modo definito per via processuale" (FIORE, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di Foffani, Orlandi, Bologna, 2016, 143). Sul punto HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, 2007, Napoli, 188, secondo il quale "la fattispecie non contiene le decisioni ... essa è incompleta e ha bisogno del fatto. L'interprete stabilisce la fattispecie solo nella decisione di un fatto, così come ne ha bisogno ai fini della decisione stessa".

¹³⁴ Così FIORE, *op. ult. cit.*, 139, secondo il quale, in questi casi, "l'elemento costitutivo non viene quindi definito attraverso un percorso descrittivo diretto, bensì mediante la selezione a livello di fattispecie astratta di indici fattuali al cui accertamento processuale viene attribuito un significato univoco rispetto alla sussistenza dell'elemento tipico".

¹³⁵ Ancora HASSEMER, *op. cit.*, 177.

¹³⁶ In questi termini FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 142.

¹³⁷ Così FIORE, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, cit., 141.

¹³⁸ "La integrazione si manifesta infatti attraverso l'adozione di una tecnica normativa che colloca all'interno della norma sostanziale i criteri di accertamento processuale riferiti ad un elemento del fatto tipico" (FIORE, *op. ult. cit.*, 139). Sul punto HASSEMER, *op. cit.*, 172, secondo il quale "ciò che è elemento del fatto si può dire solo una volta stabilito ciò che è elemento della fattispecie, ciò che è fatto può stabilirsi solo dopo la chiarificazione della fattispecie".

Una fattispecie, quella di pericolosità, allora, geneticamente diversa e distante dalla norma penale ma che, come l'imputazione nel processo penale, riproduce al suo interno la sussunzione del fatto concreto nell'alveo dell'astratta previsione legale.

Il "fatto" oggetto dell'imputazione, così come il "fatto" delle fattispecie "miste", è, infatti, un "fatto" processuale, "riverbero del concetto di fattispecie concreta"¹³⁹. E l'imputazione, rappresentando "la ricerca e l'esposizione in segni significanti di ciò che si ha giustificato motivo di ritenere possa essersi verificato"¹⁴⁰, come le fattispecie di pericolosità, circoscrive e limita l'oggetto dell'accertamento giudiziale alle sole circostanze in essa indicate, ergendosi anche a "limite assoluto di ogni possibilità di modificazione del *thema decidendum*"¹⁴¹. Impedendo verifiche probatorie su un "fatto" non espressamente previsto al suo interno e vincolando l'attività cognitiva del giudice esclusivamente sul *thema probandum* in essa enunciato¹⁴². In questo modo, come l'art. 187 c.p.p. perimetra l'oggetto della prova, collegandolo ai "fatti che si riferiscono all'imputazione"¹⁴³, così le fattispecie previste dagli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 vincolano le scelte giudiziali al rispetto dei criteri legali di prova e degli indici fattuali in esse indicati, funzionali all'accertamento del "fatto"¹⁴⁴.

All'esito dell'attività investigativa, il "fatto" contenuto nell'imputazione rappresenta il "dato storico costante e ineliminabile", da cui prende avvio il processo penale, e consente di fissare il *thema probandum* dell'intera vicenda processuale¹⁴⁵, collocandosi in una posizione centrale nelle dinamiche probatorie e

¹³⁹ Sul punto CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1982, 3. Anche se "l'imputazione non può essere considerata semplicemente il riflesso processuale della categoria sostanziale" (FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 137).

¹⁴⁰ In questi termini GALLO, *op. cit.*, 9.

¹⁴¹ Così DOMINIONI, voce *Imputazione (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 828.

¹⁴² RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 219.

¹⁴³ Sul punto UBERTIS, voce *Prova*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 297.

¹⁴⁴ Per evitare che la sorte della fattispecie finisca "in balia delle incontrollabili dinamiche dei singoli giudizi ed ancora prima, degli orientamenti assunti dagli organi investigativi ed inquirenti, naturalmente più inclini (anche per la natura della fase procedimentale in cui svolgono la loro peculiare funzione) ad operare in maniera più svincolata e obiettivamente meno contenibile, proprio per ragioni di tipo funzionale" (FIORE, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, cit., 142).

¹⁴⁵ "Che rappresenta l'immancabile contenuto dell'atto di imputazione" (DOMINIONI, *op. cit.*, 832-834-835). Nel processo viene ricostruito "il fatto che l'imputazione ha proposto in versione rudimentale", e nel processo viene sviluppata "una reiterazione di giudizi via via meno imperfetti, ciascuno dei quali eclissa il precedente" (CORDERO, *Procedura penale*, VII ed., Milano, 1983, 409). Sul punto FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, cit., 137, secondo il quale "all'imputazione risulta invece affidato un essenziale compito di conformazione dinamica del processo e del suo oggetto, vale a dire

decisionali. Legando, indissolubilmente, tra loro oggetto dell'investigazione e *thema decidendum*¹⁴⁶.

Allo stesso modo il “fatto” descritto nelle fattispecie di pericolosità, anche se costruito su un modello soggettivo – sintomatico di comportamento e accompagnato da parametri di accertamento probatorio diversi da quelli previsti dall'art. 192 c.p.p., consente di ricomprendere, tra i suoi elementi tipizzati, i comportamenti asseritamente pericolosi e i criteri legali di prova. Presupposti necessari per “integrare” il legame tra *thema probandum* e *quomodo* della prova, tra differenti circostanze e distinti indici fattuali, che “finiscono per essere ricoperti ed assorbiti dalla corrispondente questione probatoria”¹⁴⁷. Condizionando le successive scelte giudiziali e incidendo, così, in modo determinante, sul *thema decidendum*.

La fattispecie “mista” sarebbe in grado di anticipare, allora, proprio per la sua conformazione strutturale, la “fisiologica” e necessaria processualizzazione che investe le fattispecie di reità nel corso del processo penale¹⁴⁸. Prevedendo l'arretramento della soglia di punibilità e del limite obiettivo di rilevanza della condotta tipica e della sua pericolosità, attraverso il collegamento con indici fattuali dagli incerti contenuti, diversi e distanti dai canoni probatori e dai criteri di giudizio richiesti per l'accertamento del fatto “al di là di ogni ragionevole dubbio”. Una fattispecie caratterizzata, in questo modo, dalla sua base “sintomatico – preventiva”¹⁴⁹ e incentrata su elementi che, se provati, determi-

l'accertamento della ricorrenza o meno nel caso concreto, di cui rappresenta il vettore processuale, dei presupposti applicativi del diritto sostanziale”.

¹⁴⁶ L'imputazione, e il fatto in essa contenuto, non solo consente di instaurare il processo, ma ne determina l'esito attraverso una decisione giurisdizionale. In questi termini GIOSTRA, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, 12 ss. Sul punto Corte cost., n. 265 del 1991. Infatti l'azione penale, irrettabile ed obbligatoria, una volta esercitata, esce dalla sfera del suo autore, immesando il potere decisorio del giudice” (MARZADURI, voce *Azione (diritto processuale penale)*, in *Enc giur.*, vol. I, Roma, 1996, 1).

¹⁴⁷ In questi termini FIORE, *op. ult. cit.*, 102.

¹⁴⁸ Attraverso “l'ingresso nell'area del diritto penale di elementi ad esso estranei, ossia di fattori che dovrebbero servire a dimostrare qualche cosa che rientra nell'ambito del diritto penale” (GARGANI, *Processualizzazione del fatto e strumenti di garanzia: la prova della tipicità “oltre ogni ragionevole dubbio”*, in *Diritto e processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, a cura di Foffani, Orlandi, cit., 111). Una processualizzazione che, secondo PADOVANI, *op. ult. loc. cit.*, non riguarderebbe “l'ovvia esigenza che il diritto penale si attui solo attraverso i meccanismi del processo”, ma dimostrerebbe “il fatto che il diritto penale si sta conformando e plasmando, nelle sue stesse strutture, secondo moduli processuali”.

¹⁴⁹ Ancora GARGANI, *op. cit.*, 112, per il quale “i fattori processuali, attraverso la loro rilevanza sintomatico – probatoria, sostituiscono i corrispondenti elementi oggettivi, che in realtà non sono oggetto di una vera e propria identificazione e determinazione, cosicché il profilo dell'accertamento si trasforma in un momento fondante l'effettività e la sostanza del concetto o della categoria penalistica, secondo una rifrazione progressiva che vede confondersi le acque del processo con le acque del diritto sostanziale”.

rebbero una differente qualificazione giuridica del “fatto”, di piena rilevanza penale¹⁵⁰. Al cui interno la presenza tipizzata di criteri legali di prova e di regole processuali, decisivi per definire e individuare il “fatto”, consentirebbero di garantire “un equilibrio funzionale tra le parti del sistema”¹⁵¹.

6. Il deficit di determinatezza delle fattispecie di pericolosità e gli obblighi motivazionali del giudice della prevenzione. La fattispecie “mista”, come tutte le disposizioni normative in cui vengono individuati precetti e descritti modelli comportamentali, potrebbe, però, essere affetta da un *deficit* di determinatezza.

Come l'imputazione che, “quale primo atto del processo” potrebbe presentarsi “con un contenuto generico e provvisorio”¹⁵². La chiarezza e la precisione del “fatto”, anche di quello enunciato nell'imputazione, rappresentano, ai sensi dell'art. 417, comma 1, lett. b) c.p.p., alcuni tra i requisiti fondamentali per l'esercizio dell'azione penale: l'indeterminatezza del “fatto”, poco chiaro e preciso, rischierebbe di incidere negativamente sul corretto svolgimento del contraddittorio e, quindi, sull'esercizio del diritto di difesa. Per queste ragioni il giudice del dibattimento potrebbe dichiarare, ai sensi dell'art. 429, comma 2 con riferimento al comma 1 lett. c) c.p.p.¹⁵³, la nullità del provvedimento con cui sia stato disposto il rinvio a giudizio. Il pubblico ministero potrebbe intervenire, ai sensi dell'art. 423 c.p.p., sul *deficit* di chiarezza e precisione del fatto, modificando l'imputazione. E il giudice dell'udienza preliminare, ravvisando “nell'atto di imputazione l'assenza del contenuto minimo indispensabile o la sua imperfezione e inadeguatezza per difetto di chiarezza e precisione dei fatti storici contestati”, potrebbe esercitare il “potere - dovere di attivare i meccanismi correttivi ... richiedendo espressamente al pubblico ministero di provvedere ... alle opportune precisazioni e integrazioni”¹⁵⁴. Esigenza di de-

¹⁵⁰ In questi termini PADOVANI, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 636.

¹⁵¹ Così FIORE, *op. ult. cit.*, 147.

¹⁵² In questi termini DOMINIONI, *op. cit.*, 828.

¹⁵³ Ma, in modo del tutto analogo, quando è il pubblico ministero a poter da sé guadagnare la sede dibattimentale, come accade nelle ipotesi previste dall'art. 522, lett. c) c.p.p. con riguardo alla citazione diretta e dall'art. 450, comma 3 c.p.p. in riferimento al giudizio direttissimo.

¹⁵⁴ Sul punto Cass., Sez. un., 20 dicembre 2007, Battistella, n. 5307, in *Cass. pen.*, 2009, 632 ss., con cui si pone in evidenza “il potere del giudice dell'udienza preliminare di trasmettere gli atti al pubblico ministero per il nuovo esercizio dell'azione penale, qualora quest'ultimo rimanga inerte di fronte allo specifico provvedimento ordinatorio dello stesso giudice che abbia richiesto la revisione dell'imputazione, secondo il modulo contestativo - endofasico - predisposto dall'art. 423 c.p.p.”.

terminatezza dell'imputazione e di una chiara e precisa enunciazione del "fatto" che, nella prospettiva della necessaria correlazione tra accusa e sentenza ai sensi dell'art. 521 c.p.p. e del legame tra *thema probandum* e *thema decidendum*, verrebbe garantita da meccanismi esclusivamente endoprocessuali¹⁵⁵. Per "rimediare" al *deficit* di determinatezza delle fattispecie di pericolosità, che affligge l'intero sistema della prevenzione, a differenza della carenza di chiarezza e di precisione dell'imputazione, non si potrebbe, invece, fare riferimento ad alcun analogo meccanismo endoprocessuale. La presenza di termini "vaghi ed eccessivamente ampi", la poca "precisione e chiarezza"¹⁵⁶, l'assenza di "disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società"¹⁵⁷, insomma, l'indeterminatezza del contenuto e dei modelli comportamentali degli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 sarebbe stata "sanata", come sappiamo, dall'opera tassativizzante della giurisprudenza della Corte di cassazione, "riuscita nell'intento di conferire un grado di sufficiente precisione ... alle fattispecie normative in parola"¹⁵⁸, rispettando, in questo modo, i parametri costituzionali e convenzionali. Una tassativizzazione orientata, però, ad incidere esclusivamente sul *thema probandum* e non anche sul *quomodo* della prova, con le inevitabili conseguenze sul *thema decidendum*.

Una tassativizzazione che rischierebbe, così, di consentire una ricostruzione giudiziale del "fatto" priva dell'indispensabile coordinamento tra enunciati storico - fattuali, proposizioni normative e criteri legali di accertamento e di ascrivibilità al proposto della condizione di pericolosità. Generando una vera e propria "osmosi tra linguaggio legislativo e linguaggio giudiziario"¹⁵⁹. Il grado di determinatezza dell'oggetto della fattispecie non potrebbe non avere, in questo modo, ricadute sul "fatto" descritto al suo interno, incidendo sull'effettività del contraddittorio nella formulazione della prova¹⁶⁰.

¹⁵⁵ E tra questi potrebbe rientrare, nel quadro degli interventi di riforma promossi per la fase dell'udienza preliminare, il "nuovo" momento di controllo giurisdizionale sulla descrizione dell'ipotesi accusatoria, previsto dalla legge 27 settembre, n. 134 recante la "delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei provvedimenti giudiziari". Il criterio direttivo, racchiuso nell'art. 1, comma 9, lett. n) della legge delega, prescrive al Governo, infatti, di prevedere che, in caso di inosservanza degli *standards* descrittivi dell'addebito, imposti dall'art. 417, comma 1, lett. b) c.p.p., "il giudice, sentite le parti, quando il pubblico ministero non provvede alla riformulazione dell'imputazione, dichiara, anche d'ufficio, la nullità e restituisca gli atti".

¹⁵⁶ Corte EDU, De Tommaso c. Italia, 23/2/2017, n. 43395, § 125.

¹⁵⁷ Corte EDU, De Tommaso c. Italia, 23/2/2017, n. 43395, § 117.

¹⁵⁸ Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.1.

¹⁵⁹ Così RAFARACI, *op. cit.*, 295.

¹⁶⁰ Sul punto BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Ind. pen.*,

La necessità della descrizione “chiara e precisa” di un modello comportamentale deve essere, invero, indissolubilmente legata ad un “agevole accertamento empirico in sede processuale”, al fine di garantire gli stessi diritti di difesa¹⁶¹. E in presenza di una disposizione normativa dal contenuto ben determinato, così come con l'imputazione enunciata in forma “chiara e precisa”, verrebbe sensibilmente ridotto il rischio di assegnare alla descrizione del “fatto” una pluralità di differenti qualificazioni giuridiche.

All'interno della particolare struttura che caratterizza le fattispecie “miste”¹⁶², l’“equivoca sovrapposizione”¹⁶³ tra legalità sostanziale e legalità processuale è già prevista come “fatto” tipizzato¹⁶⁴. E l'eventuale *deficit* di determinatezza, relativo al solo modello comportamentale del proposto, non potrà non investire, inevitabilmente, gli indicatori fattuali e i criteri legali individuati, nella fattispecie, per misurare la pericolosità ascrivibile a quella condotta¹⁶⁵. Indici probatori espressamente tipizzati negli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 per assolvere ad una funzione specificamente delimitativa dei possibili significati da assegnare alla tipologia di comportamento. Contribuendo, in questo modo, attraverso criteri legali predeterminati, a “fissare i confini del fatto tipico”¹⁶⁶.

1989, 263. Sul punto FIORE, *op. ult. cit.*, 73, secondo il quale “un contraddittorio sulla prova si può svolgere solo quando oggetto dell'accertamento è un fatto”.

¹⁶¹ In questi termini FIANDACA, voce *Fatto nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. V, Torino, 1991, 160.

¹⁶² Una vera e propria “fattispecie concreta”, prevedendo al suo interno “situazioni che vengono a verificarsi nella realtà della vita e che sono suscumbibili nello schema astratto descritto da quella norma” (CONSO, *op. cit.*, 6).

¹⁶³ Termini, questi, utilizzati nella sentenza della Corte cost., n. 24 del 2019, § 12.1., per ribadire l'autonomia fra i due concetti, prendendo le distanze da ogni assimilazione. Anche se, secondo GARGANI, *Crisi del diritto sostanziale e vis expansiva del processo*, in *Criminalia*, 2016, 326, “l'interdipendenza tra atteggiarsi del sistema probatorio, da un lato, e tecniche di formulazione delle fattispecie incriminatrici e il loro livello di determinatezza, dall'altro, induce a ritenere che le esigenze di predeterminazione e di determinatezza sottese al criterio di tipicità non possono più essere interamente circoscritte al piano sostanziale”.

¹⁶⁴ In questi casi “il legislatore predefinisce e limita gli ambiti probatori ritenuti significativi per quello specifico oggetto, fissando un criterio legale di prova, che collega l'accertamento di determinate circostanze di fatto alla ricorrenza di una data condizione richiesta per la integrazione del fatto tipico” (FIORE, *Dal concreto all'astratto: genesi della fattispecie incriminatrice*, cit., 140).

¹⁶⁵ Rendendosi necessaria una “visione integrata dei parametri di garanzia di natura sostanziale e processuale” che “metterebbe in condizione l'interprete di misurare il peso esercitato dalla dimensione probatoria del fatto e di governarne le conseguenze” (GARGANI, *op. ult. cit.*, 327).

¹⁶⁶ “Al cui interno esclusivamente il giudice può esercitare il proprio libero convincimento circa la sussistenza o meno nel caso concreto degli indici fattuali che il legislatore utilizza per descrivere il peculiare significato da attribuire ad un determinato elemento di fatto” (FIORE, *op. ult. cit.*, 141). Secondo GIUNTA, *Dal governo della legge al Governo degli uomini? A proposito delle influenze reciproche tra diritto e processo*, in *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di Danovi, Torino, 2015, 153, vi sareb-

La particolare conformazione strutturale delle fattispecie “miste” permetterebbe, così, ai dati fattuali e agli indicatori probatori di divenire “indistinguibili” all’interno del “fatto”, rendendo inseparabile la fase prognostica da quella diagnostico - constatativa del giudizio di prevenzione e facendo dipendere l’accertamento degli elementi costitutivi della pericolosità da “un apprezzamento di fatti, costituenti a loro volta indicatori della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge”¹⁶⁷. Attraverso una tecnica di formulazione normativa idonea ad accrescere il livello di determinatezza e il grado di precisione di quanto previsto all’interno della fattispecie e conferendo alla norma più elevati *standards* di legalità, sia sostanziale che processuale¹⁶⁸. Vincolando l’attività giudiziale al rispetto di specificati elementi probatori predeterminati, ma senza incidere sul libero convincimento del giudice¹⁶⁹. E, in questo modo, anticipando, e in alcuni casi escludendo, l’eventuale “opera” di tassativizzazione della giurisprudenza. Resterebbero, però, per le fattispecie “miste” e nonostante la loro conformazione strutturale, in cui convivono e si sovrappongono fino a confondersi elementi sostanziali e processuali, le incognite relative al reale contenuto da assegnare alle formule utilizzate dal legislatore e da cui far dipendere il giudizio di pericolosità, alla loro attendibilità empirica e alla loro adattabilità alla singola vicenda processuale¹⁷⁰. Anche in queste ipotesi il *deficit* di determinatezza¹⁷¹ dei contenuti della norma potrebbe venire “compensato” dalla “crescente processualizzazione delle

be la “tendenza a ritenere che gli strumenti di garanzia di matrice processuale possano essere utilizzati quali equivalenti funzionali dei tradizionali argini e vincoli di ordine sostanziale, nel contesto di quella che è stata definita la relativizzazione dell’allocazione sistematica delle garanzie”. Sul punto, però, GARGANI, *op. ult. cit.*, 323, per il quale “l’inadeguatezza delle regole processuali a sostituire sul piano funzionale i tradizionali canoni di garanzia sostanziali assume particolare evidenza in riferimento al canone di determinatezza e di tassatività”.

¹⁶⁷ In questi termini Corte cost., n. 24 del 2019, § 11.4.

¹⁶⁸ Infatti, secondo GARGANI, *op. ult. cit.*, 327, “il problema dei limiti alla potestà punitiva non può che essere affrontato unitariamente, valorizzando le proiezioni processuali di garanzie sostanziali e i presupposti sostanziali di cautele processuali”.

¹⁶⁹ Sul punto GIANZI, *La motivazione dei provvedimenti relativi a misure di prevenzione*, in *Riv. proc. pen.*, 1961, 48, che ritiene necessario “ancorare la discrezionalità del giudice a criteri sicuri, di sottrarre tali provvedimenti ... ad ogni forma di arbitrio”.

¹⁷⁰ Per FIORE, *op. ult. loc. cit.*, questi pericoli non sussisterebbero proprio perché “la costruzione del fatto tipico segue appunto un percorso che va *dal concreto all’astratto*, in un senso, tuttavia, che non sembra confliggere, ma anzi assecondare le esigenze della legalità, nella misura in cui consente di restringere l’ambito applicativo della fattispecie applicando criteri delimitativi legislativamente predeterminati e vincolanti”.

¹⁷¹ Sulle difficoltà nell’accertamento del “fatto”, connesse al *deficit* di determinatezza che affligge le fattispecie di pericolosità v. PULITANÒ, *Dibattito*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di CNDPS, cit., 547,

garanzie¹⁷² e da un più incisivo ricorso alla “riserva di giurisdizione”¹⁷³. La stessa legittimità costituzionale del sistema di prevenzione dipenderebbe, infatti, dalla coesistenza del principio di legalità con le garanzie giurisdizionali, “due requisiti ugualmente essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell’uno vanifica l’altro, rendendolo meramente illusorio”¹⁷⁴. Una interdipendenza dell’uno rispetto all’altro che permetterebbe, in presenza del mancato rispetto del principio di legalità sostanziale, un significativo e “corrispettivo ampliamento di quello di giurisdizione”¹⁷⁵. Un meccanismo giudiziale attraverso il quale, in presenza di modelli comportamentali scarsamente determinati, verrebbero imposti, in modo sincronico, più incisivi oneri probatori. E bilanciando il minor tasso di determinatezza del *thema probandum* con il maggior rigore del *quomodo* della prova, potremmo assistere ad un vero e proprio “interscambio” tra elementi sostanziali e elementi processuali, tipico delle fattispecie “miste”¹⁷⁶.

Sembrerebbe, allora, che solamente attraverso la giurisdizionalizzazione del “fatto” e la processualizzazione della verifica si potrebbe giungere a sanare il *deficit* di determinatezza. Ricorrendo agli obblighi motivazionali del giudice che rappresentano l’insostituibile parametro attraverso cui “controllare la fe-

secondo il quale “l’indeterminatezza del parametro normativo comporta inevitabilmente la indeterminazione, l’indeterminabilità dei fatti da accertare e da riportare al parametro”.

¹⁷² Infatti, secondo GARGANI, *op. ult. cit.*, 322, “obbligo di motivazione, principio del contraddittorio, terzietà del giudice, sarebbero in grado di compensare la tipicità debole delle fattispecie e, dunque, di sopperire all’indeterminatezza della formulazione normativa”. Critico sul punto CERESA GASTALDO, *op. cit.*, 8, per il quale “il nodo critico è ancora a monte: non è concepibile un giusto processo di prevenzione, personale o patrimoniale”, perché “un processo senza fatto può essere celebrato nel rispetto di ogni forma, ma resta un mero simulacro della giurisdizione sin tanto che si chiede al giudice di limitare i diritti individuali sulla base di giudizi ipotetici o presunzioni”.

¹⁷³ Come auspicato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 2 del 1956, in cui si prevede obbligatorietà del ricorso alle garanzie giurisdizionali per ogni provvedimento limitativo della libertà personale, censurando la possibilità di giustificare il “sospetto” che, “anche se fondato, non basta, perché muovendo da elementi di giudizio vaghi e incerti, lascerebbe aperto l’adito ad arbitrii, e con ciò si trascenderebbe quella sfera di discrezionalità che pur si deve riconoscere come necessaria all’attività amministrativa”. Confermato nella sentenza n. 11 del 1956, che individua come cardini del sistema la “previsione legale”, l’instaurazione di un “regolare giudizio” e le “motivazioni dell’autorità giudiziaria”. E ribadito nella sentenza n. 24 del 2019, nella quale la “riserva di giurisdizione” rappresenterebbe l’ulteriore condizione per l’applicazione delle misure di prevenzione. Anche se “la funzione garantista, che è lo scopo teorico di ogni *riserva di giurisdizione*, si forma ... all’accertamento dei fatti; il passaggio successivo, la *giustificazione del sospetto*, risponde ad una logica che non è più garantista, ma poliziesca” (PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 548).

¹⁷⁴ In questi termini Corte cost., n. 177 del 1980.

¹⁷⁵ Così NOBILI, *op. cit.*, 243.

¹⁷⁶ Secondo PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 547, però, “quando il parametro normativo, come nel caso delle misure di prevenzione, è indeterminato e non determinabile, questa operazione giurisdizionale non può più compiersi secondo il suo modello normale”.

deltà del giudice alla legge in quell'opera di attuazione delle prescrizioni normative in cui si esprime la *iurisdictio*¹⁷⁷.

Obblighi motivazionali che dovranno, però, necessariamente venire parametrati ad una realtà processuale diversa da quella in cui si verifica l'esistenza di "reati" e rapportarsi con fattispecie strutturalmente differenti da quelle di "reati"¹⁷⁸. Nel procedimento di prevenzione il giudice, pur non potendo servirsi del parametro normativo dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" per la dimostrazione della fondatezza dell'accusa in ragione della verifica prognostica della pericolosità da accertare¹⁷⁹, dovrà ugualmente attenersi a criteri legali di prova predeterminati e a indici fattuali espressamente indicati nella fattispecie. La motivazione, in questi giudizi, dovrebbe assumere una funzione di garanzia per il proposto addirittura superiore a quella prevista per l'imputato nel processo penale, come contrappeso all'esercizio del potere discrezionale del

¹⁷⁷ "C'è un legame indissolubile tra motivazione e giurisdizione: indipendentemente dalla sede processuale ... dal contenuto della pronuncia ... dalla composizione dell'organo ... il provvedimento che fa applicazione della legge deve essere accompagnato dalla enunciazione della *ratio decidendi*" (AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1976, 189). "L'obbligo della motivazione ha anche una funzione di garanzia per il prevenuto ... esso esclude il carattere discrezionale del provvedimento del Tribunale, in quanto il provvedimento stesso ha la sua base nella legge, e la motivazione garantisce appunto che il caso concreto rientri negli schemi legislativi" (NUVOLONE, *op. cit.*, 647). V. però i dubbi di MAUGERI, *op. ult. cit.*, 21, che "pur apprezzando assolutamente tale approdo interpretativo", manifesta le sue perplessità sul fatto "che è rimessa alla mera discrezionalità giudiziaria la determinazione del livello indiziario sufficiente a ritenere soddisfatta per lo meno la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale".

¹⁷⁸ Secondo NOBILI, *op. cit.*, 255, "il tipo di fattispecie sostanziale sottoposto al giudice si riflette inevitabilmente sul requisito della motivazione; quanto più ampio è il margine di discrezionalità consentito, tanto più *intensa* dev'essere la motivazione del provvedimento".

¹⁷⁹ "Proprio perché ... si tratta di accertare *un sospetto*" (NOBILI, *op. loc. cit.*) e la regola di giudizio introdotta nell'art. 533 c.p.p. descrive, invece, "un atteggiamento valutativo imprescindibile che deve guidare il giudice nell'analisi degli indizi secondo un obiettivo di lettura finale e unitaria, vivificato dalla soglia di convincimento richiesto e che, per la sua immediata derivazione dal principio di presunzione di innocenza, esplica i suoi effetti conformativi non solo sull'applicazione delle regole di giudizio, ma anche, e più in generale, sui metodi di accertamento del fatto" (Cass., Sez. V, 19 aprile 2021, Maurici, n. 25272, in *Mass. Uff.* n. 281468). E che impone al giudice "l'adozione di un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria volto a superare l'eventuale sussistenza di dubbi, vuoi intrinseci ... vuoi estrinseci", impedendogli di assegnare "rilievo ad eventualità solo remote, astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura*, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benchè minimo riscontro nelle risultanze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e dell'ordinaria razionalità umana" (Cass., Sez. IV, 13 aprile 2021, La Rocca, n. 19571). Sul punto STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, II ed., Milano, 2002, 148, per il quale la regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" impone al giudice di "stabilire se le prove presentate dall'accusa, oggettivamente considerate, lasciano spazi a dei dubbi, anche se questi dubbi non sono sostanziali, gravi, seri, ben fondati, argomentati, purchè non si tratti di dubbi immaginari, possibilità remote, ombre di dubbio". Regola con cui sarebbe stata codificato il principio secondo il cui "è molto peggio condannare un innocente che assolvere un colpevole".

giudice, per evitare il rischio di sconfinamenti in valutazioni soggettive ed arbitrarie determinato proprio dalla natura prognostica dell'accertamento¹⁸⁰. E dalle caratteristiche della verifica processuale sulla pericolosità che sarebbe ancorata a regole di giudizio e a *standards* probatori lontani e diversi da quelli individuati dall'art. 192 c.p.p., più duttili e di tipo indiziario, ma a cui fare necessariamente riferimento nella motivazione. Criteri di cui il giudice deve immancabilmente "dare conto" nel suo percorso argomentativo¹⁸¹. In vicende giudiziarie dove gli obblighi motivazionali dovrebbero sempre più vincolare le scelte del giudicante proprio perché potrebbero venire condizionate da un più ampio potere discrezionale¹⁸².

Il ricorso alla motivazione, e ai suoi obblighi imposti dagli artt. 111, comma 6 Cost. e 125, comma 3 c.p.p.¹⁸³, rappresentando gli indispensabili punti di riferimento per il legislatore democratico e per l'interprete attraverso cui individuare "i principi naturali connessi al processo come garanzia"¹⁸⁴, appare, allora, l'unico meccanismo giudiziale, di carattere endoprocessuale, in grado di

¹⁸⁰ Secondo AMODIO, *op. loc. cit.*, "l'esclusione della valutazione delle prove ... svuoterebbe l'obbligo di motivare di ogni significato garantistico". In questi casi "il dovere di dar conto della fonte normativa che giustifica il provvedimento, perde ogni valore quando il giudice può manipolare le risultanze processuali ed adattare, senza timore di alcun controllo, il fatto alla norma così da mascherare l'arbitraria applicazione della legge".

¹⁸¹ Per GIANZI, *op. cit.*, 50, la completezza e il rigore della motivazione dei decreti di prevenzione non possono trovare "un limite in quegli stessi elementi d'incertezza che caratterizzano l'applicazione di tali misure ... si finirebbe in sostanza con il confondere due momenti che sono invece nettamente distinti, quello dell'accertamento e quello della motivazione".

¹⁸² Anche perché, sempre secondo GIANZI, *op. cit.*, 53, "di fronte ad una terminologia che dà luogo a possibilità di dubbio, di fronte a schematizzazioni ampie ed elastiche il giudice potrebbe essere portato a pronunciare un giudizio di pericolosità basata su semplici sospetti". Proprio per queste ragioni, secondo STELLA, *op. cit.*, 150, la libertà del giudice è "vincolata" al rispetto di taluni criteri predefiniti, non potendo valutare le prove "secondo un parametro purchessia, o ... secondo il suo imperscrutabile giudizio ... non è libero di valutare le prove secondo il criterio della preponderanza dell'evidenza o del più probabile che no ... nel processo penale non basta che l'accusa presenti *evidences* preponderanti, giacché il suo onere probatorio si modella sullo standard molto più stringente dell'oltre il ragionevole dubbio".

¹⁸³ Sul punto ancora GIANZI, *op. cit.*, 48, secondo il quale "la motivazione dei decreti che applicano misure di prevenzione deve perciò conformarsi al paradigma degli altri provvedimenti giurisdizionali ... alle sentenze ed alle ordinanze terminative del giudizio". Cfr. sul punto Cass., Sez. V, 19 aprile 2021, Coco, n. 19425.

¹⁸⁴ In questi termini MASSA, voce *Motivazione (motivazione della sentenza - dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990, 2, secondo il quale "principio naturale vuol dire ... che la decisione non esiste, se non come atto di arbitrio e di sopraffazione, se non è compiutamente motivata", individuando un ambito di estensione del dovere di motivare "il più ampio possibile, tale che non resti immotivato neppure il più infinitesimale frammento della decisione del giudice". Sul punto v., però, CORDERO, *op. cit.*, 954, che considera la motivazione come "un'autoapologia del giudice, che non garantisce l'esposizione fedele delle ragioni del decidere e anzi può servire a nasconderle".

limitare le aree di indeterminatezza delle fattispecie di pericolosità, riconducendo il “fatto” all’interno dell’ipotesi tipizzata. Soprattutto perché l’esposizione argomentativa della decisione, la sua completezza e la sua pubblicità, assolvendo alla fondamentale esigenza di garantire le parti sulla correttezza del giudizio e sul rispetto del *thema decidendum*, permettono alla motivazione di esteriorizzarsi nella “riserva di giurisdizione”¹⁸⁵ e di superare l’ingiustificatamente temuta ed immotivatamente esclusa “equivoca sovrapposizione” tra il concetto di tassatività sostanziale e il *thema probandum*, e quello di “cosiddetta” tassatività processuale e il *quomodo* della prova, paventata nella sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Anche se “il processo di prevenzione è il luogo in cui la prospettiva garantista, connotata alla forma giurisdizionale, resta più contaminata e oscurata dai fini e dai criteri (polizieschi) dell’istituto da applicare” (PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 549).

¹⁸⁶ Anche perché “le fattispecie e gli elementi di fattispecie non possono essere separati dalla loro funzione ermeneutica, anzi si potrebbe dire: essi sono questa funzione” (HASSEMER, *op. cit.*, 69).