

Riflessione

— La prevenzione personale *ante delictum*: alla ricerca di un fondamento costituzionale*

The ante delictum prevention: searching for a constitutional basis

di Edoardo Zuffada**

Contributo destinato alla rivista *Criminalia* e sottoposto ai relativi criteri di valutazione, qui anticipato contestualmente alla sua pubblicazione su [disCrimen](#).

Abstract. Le misure di prevenzione ante delictum, vecchi arnesi del diritto di polizia di epoca ottocentesca e fascista, sono sopravvissute all'entrata in vigore della Costituzione e oggi godono di grande considerazione sia presso il legislatore sia nelle aule dei tribunali. Tuttavia, mentre si registra una continua espansione del diritto della prevenzione, resta irrisolto un problema di fondo, e cioè quello dell'esistenza di un fondamento costituzionale del potere statale di prevenzione dei reati e dei suoi eventuali limiti. Il presente saggio, una volta riguardati i lavori dell'Assemblea costituente e ripercorso il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, propone di ricondurre il potere preventivo dello Stato sotto l'art. 25, co. 3, Cost., mettendo in luce le principali implicazioni di tale impostazione.

Abstract. The ante delictum preventive measures, old tools of administrative law used during the nineteenth-century and the fascist era, survived the entry into force of the Constitution and are now highly regarded both by the legislator and in the courtrooms. However, while we are witnessing a continuous expansion of the ante delictum preventive law, a fundamental problem remains unresolved, namely the existence of a constitutional basis for the state power to prevent crime and

* La presente ricerca è stata condotta grazie alla borsa di studio post-doc della Fondazione F.lli Confalonieri.

** Dottore di ricerca in diritto penale e borsista post-doc Fondazione F.lli Confalonieri.

its possible limits. After considering the work of the Constituent Assembly and retracing the doctrinal and jurisprudential debate, the essay proposes to lead back the preventive power of the State to art. 25 co. 3 of the Constitution, and highlights the main implications of this approach.

SOMMARIO: 1. Introduzione: il “silenzio” della Costituzione in materia di prevenzione dei reati. – 2. Il dibattito dottrinale all'indomani della promulgazione della Costituzione. – 2.1. Primo orientamento: incostituzionalità delle misure di prevenzione. – 2.2. Secondo orientamento: esistenza di un fondamento costituzionale delle misure di prevenzione. – 3. La posizione della Corte costituzionale e della Corte EDU. – 3.1. L'individuazione, all'interno della Costituzione, di un principio di prevenzione e di sicurezza sociale... – 3.2. ...e i principali contenuti della “legalità preventiva”. – 3.3. Segue: la “legalità preventiva” intesa come affievolimento probatorio dei presupposti soggettivi di applicazione delle misure. – 3.4. Il parametro di compatibilità costituzionale delle misure questorili (in particolare, del foglio di via obbligatorio). – 3.5. Il parametro di compatibilità costituzionale e convenzionale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. – 3.5.1. La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza nella giurisprudenza costituzionale. – 3.5.2. La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4. Alla ricerca di un fondamento costituzionale del potere preventivo dello Stato. – 4.1. Verso l'abbandono delle misure affidate alla competenza dell'autorità amministrativa. – 4.2. Verso il superamento delle fattispecie di pericolosità caratterizzate da uno *standard* di prova evanescente. – 4.3. Verso un coordinamento tra misure di prevenzione e misure di sicurezza.

SUMMARY: 1. Introduction: the “silence” of the Constitution on crime prevention. – 2. The doctrinal debate after the promulgation of the Constitution. – 2.1. First opinion: the unconstitutionality of *ante delictum* preventive measures. – 2.2. Second opinion: the existence of a constitutional basis for *ante delictum* preventive measures. – 3. The position of the Italian Constitutional Court and the ECtHR. – 3.1. The identification of a principle of prevention and social security within the Constitution... – 3.2. ...and the main contents of “preventive legality”. – 3.3. (Cont.): the “preventive legality” interpreted as a low standard of proof for the subjective conditions required for the application of the measures. – 3.4. The constitutional basis for measures ordered by the police commissioner (in particular, for the Expulsion Order). – 3.5. The constitutional and conventional basis for the Special Police Supervision. – 3.5.1. The Special Police Supervision in the case-law of the Italian Constitutional Court. – 3.5.2. The Special Police Supervision in the case-law of the ECtHR. – 4. In search of a constitutional basis for the preventive power of the State. – 4.1. Towards the unconstitutionality of measures ordered by administrative authorities. – 4.2. Towards overcoming the low standards of proof for the subjective conditions required for the application of preventive measures. – 4.3. Towards coordination between preventive measures and security measures.

1. Introduzione: il “silenzio” della Costituzione in materia di prevenzione dei reati.

Varie tipologie di misure preventive applicabili a prescindere dalla commissione di reati, da sempre oscillanti tra il diritto amministrativo e il diritto penale¹, prima conosciute come misure di polizia e oggi denominate misure di prevenzione, sono presenti

¹ Sul punto v., per tutti, G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, p. 223 ss. e p. 288 ss.; G. Corso, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, p. 259 ss.

nell'ordinamento italiano almeno dalla metà dell'Ottocento².

Com'è noto, all'interno di questo vasto strumentario *praeter delictum* figurano sia misure *personali*, le quali, con differenti gradi di intensità, incidono sulla libertà personale, sulla libertà di circolazione, sulla libertà di iniziativa economica o sui diritti politici del destinatario; sia misure *patrimoniali* che, invece, incidono sul patrimonio del proposto.

Nel presente saggio, tuttavia, concentreremo la nostra attenzione esclusivamente sulle misure di prevenzione personali, posto che le misure patrimoniali, oltre ad avere una diversa matrice storica, presentano caratteristiche e problematiche peculiari, che richiedono una trattazione separata.

Originariamente impiegate per neutralizzare i pericoli per l'ordine borghese derivanti dalla marginalità sociale e dai ceti subalterni³, le misure *ante delictum* hanno ben presto mostrato la loro duttilità applicativa, venendo impiegate, già in epoca liberale, per reprimere il fenomeno del brigantaggio, prima, e le forme più allarmanti di dissenso politico, dopo⁴.

Il fascismo ha poi brutalmente esaltato l'impiego delle misure di polizia per eliminare dalla scena pubblica tutti gli oppositori politici, in particolare attraverso lo strumento del confino di polizia⁵.

Caduto il regime fascista, anche il governo provvisorio si è servito della prevenzione di polizia: svestite della camicia nera, misure di carattere personale e patrimoniale sono state impiegate proprio nei confronti di tutti i fiancheggiatori della dittatura⁶.

² Per una sintetica ricostruzione storica delle misure di prevenzione v. F. Basile, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali* (con la collaborazione di E. Zuffada), Torino, 2021, p. 9 ss.

³ Cfr. L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini: ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo: 1865-1913*, Milano, 1990; Id., *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 413 ss.; I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, p. 197 ss.

⁴ In particolare, con la l. 15 agosto 1863, n. 1409 (c.d. legge Pica), veniva per la prima volta introdotto, come misura a carattere temporaneo, il domicilio coatto, al fine di assicurare al nascente Stato italiano uno strumento in più per reprimere il fenomeno del brigantaggio nelle regioni del Sud. Successivamente, con l. 19 luglio 1894, n. 316, la misura del domicilio coatto veniva nuovamente utilizzata a fini di controllo degli oppositori politici che in quella fase storica rappresentavano una minaccia per lo Stato, vale a dire gli anarchici.

⁵ Come nota D. Petrini, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Annali della storia d'Italia*, Torino, 1997, p. 913, le misure di prevenzione fasciste e, in particolare, il confino si indirizzavano a tutte le categorie di oppositori, dai comunisti e socialisti, fino ai liberali, agli anarchici, ai disfattisti e ai partigiani legati al movimento "Giustizia e libertà".

⁶ Anzi, il governo provvisorio inaugurò anche nuove misure "preventive", a rinforzo di quelle già esistenti: con il d.lgs.lgt. 27 luglio 1944, n. 159, venivano introdotte due misure patrimoniali svincolate dall'accertamento della responsabilità penale (una confisca "senza condanna" e la c.d. avocazione dei profitti di regime), le quali erano destinate ad ablare i beni dei cittadini che avessero tradito la patria mettendosi al servizio degli invasori tedeschi, nonché quelli lucrati attraverso le attività di collaborazionismo con il fascismo; con d.lgs.lgt. 26 aprile 1945, n. 149, veniva poi introdotta una serie di sanzioni «a carico dei fascisti politicamente pericolosi», tra i quali vale la pena di rammentare la sospensione per un massimo di dieci anni dei diritti elettorali attivi e passivi, l'interdizione temporanea dagli uffici pubblici o la privazione dei diritti politici.

Nonostante la bruttissima prova di sé che gli istituti in questione avevano dato sia in epoca ottocentesca sia soprattutto durante il fascismo, l'Assemblea costituente ha sorprendentemente dedicato scarsissima attenzione allo spinoso tema delle misure *ante delictum* e della loro compatibilità con i diritti e le libertà che, nell'approvando testo costituzionale, si intendevano affermare e proteggere dagli arbitri del potere politico e giudiziario⁷.

I motivi di un tale silenzio devono essere rintracciati, anzitutto, nell'imbarazzo molto probabilmente provato da una gran parte dei Costituenti, in ragione dell'utilizzo in chiave di lotta politica antifascista che, delle misure preventive, era stato fatto durante il governo provvisorio⁸; inoltre, si è intravista, nell'atteggiamento dell'Assemblea, una certa «tendenza a sottovalutare l'importanza, sopra un piano generale, del ruolo svolto da istituti come l'ammonizione», in una fase storica in cui le forze di polizia risentivano ancora dell'irreggimentazione fascista⁹.

In ogni caso, nessun riferimento alle misure di prevenzione si trova nella *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, elaborata in seno alla Commissione di studio del Ministero per la Costituente, curata da Costantino Mortati¹⁰. L'unico implicito accenno è quello relativo ai limiti apponibili alla libertà di circolazione che, nell'opinione della Commissione di studio, avrebbero potuto essere imposti solo «con carattere generale e per opera di legge (con esclusione quindi di leggi particolari, regionali o personali)»¹¹.

Nemmeno durante i lavori della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione il tema delle misure di prevenzione è stato adeguatamente affrontato. Per vero, un tentativo di introdurre nell'ordine del giorno della Sottocommissione il tema delle misure di polizia è stato fatto dagli onorevoli Moro e De Vita i quali, in occasione della discussione in merito alla libertà personale e ai casi e ai modi della sua limitazione, hanno chiesto che fosse affrontato anche il tema del confino di polizia¹². Nei resoconti delle sedute successive, tuttavia, non si ha più nessuna traccia delle misure *ante delictum*¹³.

Anche in Assemblea vi è stato un generale silenzio sul tema delle misure di polizia, con due sole eccezioni. Un primo richiamo è stato fatto per mezzo di un emendamento

⁷ G. Corso, *L'ordine pubblico*, cit., p. 299 ss.

⁸ Come riflette L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 25, se è vero che l'utilizzo del confino e di altre misure preventive nei confronti dei fascisti fu dovuto a provvedimenti legislativi presi al di fuori delle deliberazioni dell'Assemblea costituente, nondimeno «le forze politiche presenti nei governi di coalizione erano largamente rappresentate in seno all'Assemblea e ciò spiega il senso di imbarazzo e di disagio provocato dall'argomento».

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ La *Relazione sui diritti pubblici subiettivi*, contenuta all'interno dei documenti di studio del Ministero per la Costituente attinenti alla riorganizzazione dello Stato (pp. 79-144), è reperibile sul sito <http://legislatureprecedenti.camera.it/>, nella sezione relativa ai lavori dell'Assemblea costituente.

¹¹ *Ivi*, p. 102.

¹² Cfr. il *Resoconto sommario* della I Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, seduta del 12 aprile 1946, p. 49, reperibile sul sito <http://legislatureprecedenti.camera.it/>, nella sezione relativa ai lavori dell'Assemblea costituente.

¹³ L. Elia, *Libertà personale*, cit., p. 26.

aggiuntivo, presentato dagli onorevoli Bulloni e Mortati, al testo dell'articolo relativo alla libertà personale, con il quale si disponeva che le «misure di polizia restrittive della libertà personale a carico di persone socialmente pericolose» avrebbero dovuto sottostare alla riserva di legge e di giurisdizione e che, in nessun caso, tali misure avrebbero potuto essere usate per fini politici¹⁴. Senonché si è trattato di un vero e proprio «emendamento fantasma»¹⁵, dal momento che non è mai stato sottoposto a discussione né, tantomeno, al voto dell'Assemblea.

Un secondo e indiretto accenno alla prevenzione *ante delictum* è stato poi fatto in occasione del confronto sul tema delle misure di sicurezza, al preciso fine di marcare la netta differenza intercorrente tra queste ultime e le misure di polizia. In particolare, l'onorevole Bettiol, dopo aver riconosciuto l'opportunità di non privare l'ordinamento delle misure di sicurezza quali strumenti di difesa sociale contro la delinquenza, affermava recisamente che esse «non sono misure di polizia», trattandosi, piuttosto, di «misure preventive di sicurezza, che devono essere applicate, a norma del Codice penale nei confronti di individui imputati o imputabili in occasione della perpetrazione di un reato»¹⁶ (v. anche *infra*, 4.).

Al di là degli argomenti spesi dal Bettiol, sembra percepirsi in taluni momenti la preoccupazione dei Costituenti di non lasciare “campo libero” alle misure di polizia; allo stesso tempo, però, questa preoccupazione non è mai stata portata alle sue logiche conseguenze, e cioè a un'espressa disposizione costituzionale che bandisse una volta per tutte dall'ordinamento le misure di prevenzione *ante delictum*, o che comunque introducesse una più rigida regolamentazione delle stesse (mediante la previsione della duplice riserva di legge e di giurisdizione, unitamente al divieto di utilizzo per fini politici).

Nelle pagine che seguono, prima di esporre quella che a noi sembra essere la soluzione più corretta del problema relativo all'esistenza di un fondamento costituzionale del potere statale di prevenzione dei reati e ai suoi eventuali limiti (v. *infra*, 4. ss.), ricostruiremo sinteticamente il dibattito dottrinale svoltosi perlopiù tra la fine degli anni

¹⁴ L'on. Bulloni sosteneva la bontà dell'emendamento nei seguenti termini: «La società deve difendersi dagli oziosi, dai vagabondi, dai senza mestiere, dalle persone socialmente pericolose. [...] Dobbiamo noi considerare il caso che il cittadino possa essere sottoposto a misure restrittive della libertà personale, quando egli rappresenti un pericolo per la società? Riteniamo debba affermarsi che misure restrittive della libertà personale a carico di persone socialmente pericolose possono essere disposte solo per legge e sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, ed aggiungere che in nessun caso la legge può consentire tali misure per motivi politici. Erano già sufficientemente indicati la ragione e il titolo per cui si possa procedere a misure restrittive della libertà personale anche fuori dell'accertamento di reato a carico di persona socialmente pericolosa; ma, a dirimere ogni legittima preoccupazione fatta sorgere dalla tragica e dolorosa esperienza che molti di noi abbiamo vissuto, è ben chiaro che questi provvedimenti, in ogni caso, non possono essere adottati per motivi politici; che i casi di misure restrittive della libertà nei confronti di persone socialmente pericolose devono essere tassativamente indicati dalla legge, ed il controllo per l'applicazione di queste misure è riservato esclusivamente all'autorità giudiziaria, e non anche all'autorità di polizia». Il brano è estrapolato dal *Resoconto stenografico* della seduta del 10 aprile 1947, p. 2685, reperibile sul sito <http://legislatureprecedenti.camera.it/>, nella sezione relativa ai lavori dell'Assemblea costituente.

¹⁵ L'espressione è di L. Elia, *Libertà personale*, cit., p. 28.

¹⁶ Il brano è estrapolato dal *Resoconto stenografico* della seduta del 15 aprile 1947, p. 2875, reperibile sul sito <http://legislatureprecedenti.camera.it/>, nella sezione relativa ai lavori dell'Assemblea costituente.

'50 e la metà degli anni '70 (v. *infra*, 2.), e la posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale ed europea (v. *infra*, 3.).

2. Il dibattito dottrinale all'indomani della promulgazione della Costituzione.

Come appena anticipato, il "silenzio" serbato dai Costituenti in merito alla possibilità per l'ordinamento di dotarsi di misure *ante delictum* di contenimento della pericolosità ha portato la dottrina, all'indomani della promulgazione della Costituzione, a interrogarsi in merito all'esistenza, o meno, di un fondamento almeno implicito di tali misure, ricavabile in via interpretativa dalla Carta costituzionale¹⁷.

Com'è noto, i commentatori del tempo si sono divisi tra chi ha apertamente escluso che la Costituzione consenta l'adozione di strumenti di prevenzione individuale modellati sulla falsariga delle misure di polizia vigenti a partire dalla seconda metà del XIX secolo e per tutta l'epoca fascista, e chi, al contrario, si è mostrato possibilista rispetto all'individuazione di un aggancio costituzionale della prevenzione *ante delictum*, a patto, ovviamente, di una previa ripulitura delle misure in discorso dalle scorie dell'autoritarismo ottocentesco e fascista.

2.1. Primo orientamento: incostituzionalità delle misure di prevenzione.

All'interno di questo primo orientamento è possibile distinguere due diverse impostazioni.

Secondo una prima tesi, le misure *ante delictum* non possono essere ancorate all'art. 13 Cost.: tale disposizione costituzionale – che, come noto, impone la riserva di legge e di giurisdizione ogni qualvolta una misura di qualsiasi tipo incida sulla libertà personale, da intendersi primariamente come libertà fisica – si limiterebbe infatti a disciplinare le forme e i modi della limitazione della libertà personale e, perciò, assumerebbe natura intermedia e "servente" rispetto alle altre norme costituzionali che contemplano la specifica finalità – punitiva (art. 25), educativa (art. 30) o sanitaria (art. 32) – in vista della quale la restrizione si giustifica. Posta questa premessa, ed esclusa senz'altro una finalità educativa o sanitaria delle suddette misure, secondo questa tesi non sarebbe nemmeno possibile ricondurre le misure preventive all'art. 25 Cost., in quanto quest'ultima norma autorizza il ricorso a strumenti di natura afflittiva a patto che essi siano modellati nella forma della pena o della misura di sicurezza e, dunque, solo se riferibili alla previa commissione di un reato o di un c.d. quasi reato. In questa prospettiva, una volta riconosciuta la natura afflittiva delle misure di prevenzione e constatata la loro autonomia applicativa rispetto all'accertamento di un reato, si deve necessariamente concludere per l'incostituzionalità delle misure in

¹⁷ Cfr. A. Celotto, *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, in S. Furfaro (a cura di), *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, p. 27 ss.; A.M. Maugeri, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 45 ss.

questione¹⁸.

Altra dottrina, invece, ha distinto tra un modello di prevenzione afflittiva e un diverso modello di prevenzione curativo-assistenziale. Secondo questa dottrina, la Carta costituzionale negherebbe cittadinanza a qualsiasi forma di prevenzione afflittiva, incidente sui diritti di libertà dell'individuo, mentre accoglierebbe un sicuro principio di prevenzione negli artt. 2, 3, 30, 32 e 38 Cost., volto «a garantire precise istanze del singolo e *indirettamente* a rimuovere le cause del reato»¹⁹: in quest'ottica, proiettata verso riforme di ampio respiro, le misure di prevenzione dovrebbero ispirarsi a una logica essenzialmente assistenziale-curativa, e mai scadente in una restrizione della libertà personale²⁰.

2.2. Secondo orientamento: esistenza di un fondamento costituzionale delle misure di prevenzione.

Un altro fronte della dottrina, invece, pur manifestando serie perplessità rispetto alla legislazione in quegli anni vigente in tema di misure *ante delictum*, ha tentato di enucleare in via interpretativa un principio costituzionale legittimante il potere di prevenzione.

All'interno di questa corrente di pensiero, una prima tesi, muovendo dall'assunto che la prevenzione *ante delictum* (le misure di polizia) e quella *post delictum* (le misure di sicurezza) non sono altro che due diverse declinazioni di un unico concetto di prevenzione, ha rintracciato il fondamento costituzionale delle misure in questione – oltretutto negli artt. 13, 25, 27 Cost. – in prima battuta nell'art. 2, il quale lascerebbe intravedere l'esistenza di un'obbligazione positiva in capo allo Stato di tutela dei diritti individuali prima che questi siano offesi²¹. In questa prospettiva, bisognerebbe tenere ben distinte la «legalità repressiva» dalla «legalità preventiva»: la prima, infatti, «tende a garantire l'individuo contro l'arbitrio di una sanzione punitiva non prevista specificamente dalla legge per quel caso»;

¹⁸ L. Elia, *Libertà personale*, cit., pp. 1-79. In senso sostanzialmente conforme G. Corso, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in G. Fiandaca, S. Costantino (a cura di), *La legge antimafia tre anni dopo. Bilancio di un'esperienza applicativa*, Milano, 1986, pp. 139-140.

¹⁹ F. Bricola, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, p. 74: «Da un lato la prevenzione cessa così di essere, come è attualmente, un comodo alibi attraverso il quale lo Stato si sottrae ai suoi compiti sociali e di riforma; dall'altro il collegamento tra prevenzione e difesa sociale acquista una diversa dimensione, dovendosi la seconda locuzione assumere non più in un significato tale da connotare la difesa dello Stato come entità distinta dai singoli cittadini, ovvero la difesa della società tramite l'emarginazione di alcuni suoi membri, bensì la difesa della comunità sociale attraverso l'integrazione in essa di soggetti, portati per cause diverse a rimanerne estraniati».

²⁰ Si esprimono in favore di misure preventive a carattere eminentemente curativo-assistenziale: F. Bricola, *Forme di tutela «ante delictum»*, cit., p. 75 ss.; M. Pavarini, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965 n. 575*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, p. 313; Id., «Il socialmente pericoloso» nell'attività di prevenzione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 450.

²¹ P. Nuvolone, *Relazione introduttiva*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, p. 16; Id., voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, p. 634.

la seconda, invece, vuole assicurare l'individuo che la misura di prevenzione sia contemplata dalla legge e che essa venga applicata solo in base all'accertamento di situazioni soggettive di pericolosità, «i cui indici devono essere previsti tassativamente dalla legge, e la cui prospettiva deve essere solo quella della cura, della rieducazione e di ogni scopo rigorosamente legato all'esigenza di rendere più difficile all'individuo la possibilità di commettere reati»²².

Per un'altra opinione, invece, le misure di prevenzione rinverrebbero il loro fondamento nell'art. 13 Cost. Dopo aver interpretato l'art. 16 Cost. nel senso che le misure limitative della libertà di circolazione possono soltanto impedire a chicchessia di circolare su una determinata porzione di territorio statale per motivi di sanità o di sicurezza, si è, infatti, affermato che i provvedimenti limitativi della libertà del soggetto in relazione alla sua particolare condizione di pericolosità rientrerebbero nell'ambito di applicazione della norma costituzionale relativa alla libertà personale: conseguentemente, le misure in discorso sarebbero legittime a condizione che sottostiano alla riserva di legge e di giurisdizione²³.

Una terza opinione, poi, ha individuato la legittimazione delle misure preventive nel concetto di "sicurezza pubblica", che viene inteso come «limite *particolare* delle situazioni soggettive di vantaggio previste dalla costituzione»: in particolare, i limiti previsti agli artt. 13, 14 e 16 Cost. potrebbero legittimare il sistema di prevenzione, «a patto, s'intende, di limitare al massimo la discrezionalità dell'organo competente ad applicarle, rispettandosi in tal modo la riserva *assoluta* di legge contenuta negli artt. 13, co. 2, e 25, co. 3, Cost.»²⁴.

Un'ultima voce dottrinale, infine, reputando come «sempre più irrealistica» l'atteggiamento di chiusura verso le misure di prevenzione, ha sostenuto che «l'unica ed obbligata via di uscita» sarebbe quella di radicare il sistema di prevenzione nell'art. 25, co. 3, Cost.: così impostato, il problema delle misure di prevenzione diventerebbe esclusivamente «un problema di compatibilità fra gli standards della legalità e i connotati peculiari della pericolosità sociale»²⁵.

²² P. Nuvolone, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., p. 635. L'A. ritiene, dunque, che il problema delle misure di prevenzione sia duplice: per un verso, attiene alla previsione legislativa degli indici di pericolosità in relazione alle garanzie di obiettività del giudizio; per altro verso, riguarda la compatibilità con il principio di legalità della «relativa indeterminatezza della durata della misura personale di prevenzione *ante delictum* e *post delictum*, che sembra derivare necessariamente dallo scopo che la misura si propone, e che non si può *a priori* stabilire quando sarà raggiunto».

²³ A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, p. 219 ss.

²⁴ P. Barile, *La pubblica sicurezza*, in *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La tutela del cittadino – 2. La pubblica sicurezza*, Firenze, 1967, p. 49.

²⁵ Così G. Amato, *Potere di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 346. Sostengono la medesima tesi: R.A. Frosali, *La giustizia penale*, in P. Calamandrei, A. Levi (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, p. 221; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 238 ss.

3. La posizione della Corte costituzionale e della Corte EDU.

In numerose occasioni la Corte costituzionale è stata chiamata a valutare la conformità alla Costituzione del sistema di prevenzione sotto diversi profili²⁶. Salvo alcune rarissime eccezioni, bisogna rilevare sin da subito l'atteggiamento complessivamente "conservatore" del Giudice delle leggi, il quale, dal 1956 a oggi, ha per lo più respinto le questioni di legittimità sollevate in relazione alle misure in parola e ha ripetutamente ribadito la compatibilità costituzionale di un sistema di prevenzione di reati svincolato dall'accertamento dei singoli illeciti penali.

Anche la Corte EDU, sollecitata più volte a vagliare la compatibilità convenzionale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ha sempre giudicato in linea con la CEDU il ricorso a misure preventive al fine di fronteggiare alcune delle più pericolose forme di criminalità (ad es., la criminalità mafiosa) e ha reputato la più grave misura personale prevista dalla normativa *ante delictum* italiana nel suo complesso in linea con l'art. 2 prot. 4 CEDU. Com'è noto, solo di recente la Corte di Strasburgo ha assunto un atteggiamento più critico rispetto alle misure di prevenzione italiane, censurando, nel caso *De Tommaso*, non tanto la concreta applicazione della sorveglianza speciale nel caso sottoposto alla sua attenzione, quanto piuttosto la qualità (*sub specie* precisione e prevedibilità) della legislazione.

3.1. *L'individuazione, all'interno della Costituzione, di un principio di prevenzione e di sicurezza sociale...*

In assenza di un preciso riferimento costituzionale cui ancorare le misure di prevenzione, fin dalle sue prime pronunce la Corte costituzionale si è trovata di fronte al quesito relativo all'esistenza di un principio legittimante un complesso di strumenti di contenimento della pericolosità *ante delictum*.

La risposta che il Giudice delle leggi ha convintamente dato all'anzidetto quesito è di segno positivo. In particolare, secondo i giudici costituzionali sarebbe ricavabile dalla Costituzione – precisamente, dagli artt. 13, 16, 17 e 25, co. 3, Cost. – un sicuro «principio di prevenzione e di sicurezza sociale», in base al quale «l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire»; principio che, peraltro, esprimerebbe «una esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento»²⁷.

Come appena detto, nella sentenza n. 27/1959 il suddetto principio di prevenzione e di sicurezza sociale è stato desunto da una lettura combinata degli artt. 13, 16, 17 e 25,

²⁶ Per un'ampia lettura critica della giurisprudenza costituzionale in tema di misure di prevenzione v. G.P. Dolso, *Le misure di prevenzione tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Arch. pen.(web)*, 2017, n. 3.

²⁷ Corte cost., sent. 20 aprile-5 maggio 1959, n. 27.

co. 3, Cost.²⁸.

In particolare, secondo la Corte l'art. 13 Cost., nel disciplinare i modi e i limiti delle compressioni della libertà personale, «riconosce per ciò stesso la possibilità di tali restrizioni in via di principio, riconoscimento che giunge sino al punto di superare il limite normale della garanzia giudiziaria e di consentire che, quando alla necessità si unisca l'urgenza, provvedimenti provvisori di limitazione della libertà siano devoluti anche all'autorità di pubblica sicurezza».

Similmente, gli artt. 16 e 17 Cost. consentono limitazioni alla libertà di circolazione e alla libertà di riunione qualora ricorrano, rispettivamente, «motivi di sanità o di sicurezza» e «comprovati motivi di sicurezza e di incolumità pubblica».

Infine, l'art. 25, co. 3, Cost., nel sancire il principio di legalità delle misure di sicurezza, «accoglie per ciò stesso nell'ordinamento il sistema delle misure di sicurezza a carico degli individui socialmente pericolosi»; misure che, nell'opinione dei giudici costituzionali, condividono con le misure di prevenzione l'oggetto, e cioè la pericolosità sociale del soggetto destinatario.

In tutta la sua successiva giurisprudenza, la Corte costituzionale si è invariabilmente richiamata alla sentenza n. 27/1959 in ogni caso in cui si è reso necessario ribadire l'esistenza, all'interno dell'ordinamento italiano, di un principio costituzionale di prevenzione e sicurezza sociale²⁹. Va peraltro sottolineato come, al di là dell'affermazione di principio, il Giudice delle leggi si sia mostrato piuttosto ondivago in relazione alle norme costituzionali cui saldare l'anzidetto principio.

In una pronuncia del 1964, ad esempio, i giudici costituzionali, pur richiamando espressamente la sentenza n. 27/1959, hanno affermato che il fondamento delle misure *ante delictum* deve rinvenirsi negli artt. 13, 16 e 17 Cost., mentre non hanno fatto alcun accenno all'art. 25, co. 3, Cost.³⁰.

²⁸ Il riferimento all'art. 25, co. 2, Cost. contenuto all'interno dei *Considerato in diritto* deve ritenersi un semplice rifiuto. A riprova di ciò, basti considerare che, subito dopo aver menzionato la disposizione costituzionale in questione, i giudici costituzionali illustrano le coordinate generali delle misure di sicurezza siccome previste dal codice penale del 1930.

²⁹ Su questo aspetto v. G.P. Dolso, *Misure di prevenzione e Costituzione*, in F. Fiorentin (a cura di), *Le misure di prevenzione*, Torino, 2006, p. 33. In particolare, a proposito della giurisprudenza costituzionale posteriore alla sentenza n. 27/1959, l'A. osserva che «nella giurisprudenza successiva, non peraltro priva [...] di indicazioni interpretative di varia natura e portata, viene ad ogni modo tenuta ferma l'impostazione di principio contenuta nella pronuncia del 1959, decisamente orientata alla salvaguardia del sistema di prevenzione [...]». Il tema del fondamento delle misure viene quindi soltanto accennato, per lo più con riferimenti alla giurisprudenza pregressa, limitandosi la Corte a dare per scontata la non incompatibilità di un sistema di misure di prevenzione, accanto al sistema di sanzioni penali, con le norme e i principi costituzionali». L'A. ribadisce lo stesso pensiero in *Le misure di prevenzione personali nell'ordinamento costituzionale*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino, 2018, p. 76.

³⁰ Corte cost., sent. 4-23 marzo 1964, n. 23. Si vedano le note di P. Nuvolone, *Legalità e prevenzione*, in *Giur. cost.*, 1964 p. 197; L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938; R.G. De Franco, *Riserva di legge e "determinatezza" delle previsioni di pericolosità sociale ex legge n. 1423 del 1956*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 106.

In un'altra sentenza del 1964 la Corte ha addirittura escluso esplicitamente l'operatività dell'art. 25, co. 3, Cost. rispetto alle misure di prevenzione e ha confinato tale disposizione costituzionale alle sole misure di sicurezza, giustificando tale presa di posizione sulla base dei lavori dell'Assemblea costituente (che però, come si è visto e come si vedrà, sono tutt'altro che univoci sul punto: v. *supra*, 1. e *infra*, 4.)³¹.

Ancora, in un noto arresto del 1980 la Corte costituzionale, nel definire i contenuti del principio di legalità in materia di misure di prevenzione, ha posto sullo stesso piano l'art. 13 e l'art. 25, co. 3, Cost., senza tuttavia prendere posizione in merito a quale dei due articoli fondi il potere preventivo dello Stato³².

Infine, in tutti gli altri casi in cui è stata chiamata a occuparsi delle misure *ante delictum*, la Corte costituzionale ha limitato il proprio scrutinio alle garanzie costituzionali previste in relazione ai diritti di volta in volta incisi dalle singole misure personali (vale a dire: libertà di circolazione e libertà personale), senza però calare tali valutazioni all'interno del più generale problema dei limiti costituzionali dell'intervento preventivo da parte del legislatore (v. *infra*, 3.3. e 3.4.).

Riservandoci di ritornare più diffusamente sul punto (v. *infra*, 4.), ci limitiamo qui a rilevare come la 'timidezza' mostrata negli anni dalla Corte costituzionale lasci intravedere, per un verso, la consapevolezza di tutte le implicazioni relative ad un serio coinvolgimento dell'art. 25, co. 3, Cost. nella legittimazione costituzionale di un sistema di prevenzione dei reati e, per altro verso, l'estrema cautela nel valutare i profili di (in)costituzionalità di misure che, nel corso del tempo, sono "rifiorte" come efficaci strumenti antimafia.

3.2. ...e i principali contenuti della "legalità preventiva".

Una volta affermata l'esistenza di un generale principio di prevenzione e sicurezza sociale, la Corte costituzionale si è fatta carico di individuare i tratti salienti di tale principio.

Nella già citata pronuncia n. 23/1964, la Corte ha posto l'accento sul peculiare atteggiarsi della *legalità* nel diritto preventivo. In particolare, il Giudice delle leggi, nel ricordare che l'adozione delle misure di prevenzione è di regola collegata «non al verificarsi di fatti singolarmente determinati, ma a un complesso di comportamenti che costituiscono una "condotta", assunta dal legislatore come indice di pericolosità», ha affermato la piena legittimità di fattispecie soggettive formulate secondo criteri diversi rispetto a quelli necessariamente richiesti per la redazione delle norme incriminatrici, anche laddove dette fattispecie siano caratterizzate da meccanismi presuntivi (purché, precisano i giudici, corrispondenti a «comportamenti obiettivamente identificabili»)³³.

³¹ Corte cost., sent. 20-30 giugno 1964, n. 68, § 3 dei *Considerato in diritto*. Per un commento alla sentenza, v. R.G. De Franco, *Foglio di via obbligatorio e "riserva di giurisdizione": garanzia amministrativa o garanzia giurisdizionale?*, in *Foro it.*, 1965, I, c. 403 ss.

³² Corte cost., sent. 16-22 dicembre 1980, n. 177. Per un commento alla sentenza, v. M. Branca, *In tema di fattispecie penale e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 1538.

³³ Corte cost., sent. 4-23 marzo 1964, n. 23, § 3 dei *Considerato in diritto*.

Resta tuttavia fermo, secondo la Corte, che “legalità preventiva” non significa «minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nella adozione delle misure di prevenzione, rispetto alla previsione dei reati e alla irrogazione delle pene»³⁴.

Muovendo da tali osservazioni, nella sentenza n. 177/1980 la Corte ha poi precisato che il principio di legalità in materia di prevenzione impone che l'applicazione delle misure *ante delictum* trovi il suo «presupposto necessario in “fattispecie di pericolosità” previste – descritte – dalla legge», le quali vanno a costituire «il parametro dell'accertamento giudiziale e, insieme, il fondamento di una prognosi di pericolosità, che solo su questa base può dirsi legalmente fondata»³⁵.

Posta questa generale premessa, affinché il principio di legalità possa dirsi effettivamente garantito e la giurisdizione penale pienamente assicurata³⁶, diviene centrale il problema della piena valorizzazione del principio di determinatezza, da attuarsi attraverso la formulazione di fattispecie legali che permettano «di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire». Inoltre, discorrendosi di prevenzione di reati, occorre che nella fattispecie vi sia un «riferimento, implicito o esplicito», ai reati o alle categorie di reati della cui prevenzione si tratta³⁷.

Se la citata sentenza n. 177/1980 ha rappresentato un richiamo del legislatore a un più rigoroso rispetto del principio di legalità, *sub specie* determinatezza, nella recente pronuncia n. 24/2019 la Corte costituzionale sembra aver “rispolverato” la tradizionale distinzione dottrinarica tra “legalità repressiva” e “legalità preventiva”³⁸. In particolare, nella sentenza n. 24/2019 il Giudice delle leggi muove dall'assunto, corroborato anche dalla Corte EDU, che le misure di prevenzione, tradizionalmente estranee al diritto criminale, non siano nemmeno riconducibili alla “materia penale” di matrice convenzionale per il tramite dei c.d. criteri Engel, in ragione della prevalente finalità preventiva che le contraddistingue. Ebbene, una volta riconosciuta l'estraneità delle misure di prevenzione alla *matière pénale*, per la Corte «non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione»³⁹.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Corte cost., sent. 16-22 dicembre 1980, n. 177, § 4 dei *Considerato in diritto*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ivi*, § 5 dei *Considerato in diritto*.

³⁸ Come già visto (*supra*, 2.2.) la distinzione tra “legalità repressiva” e “legalità preventiva” è di P. Nuvolone, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 635.

³⁹ Corte cost., sent. 24 gennaio-27 febbraio 2019, n. 24, § 12 dei *Considerato in diritto*. Per un commento alla sentenza si rimanda a: F. Basile, E. Mariani, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti “abituamente dediti a traffici delittuosi”: questioni aperte in tema di pericolosità*, in *DisCrimen*, 10 giugno 2019; S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019; Fr. Mazzacupa, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio*

Gli sforzi ermeneutici della Corte costituzionale non si sono tuttavia limitati all'esplicitazione dei tratti salienti della legalità preventiva, ma hanno riguardato anche i limiti imposti al legislatore nella predisposizione di un sistema di misure preventive.

Con una sentenza del 2003, infatti, i giudici costituzionali hanno offerto alcune importanti indicazioni anche in merito al bilanciamento che deve essere operato dal legislatore tra l'esigenza di prevenzione della criminalità e quella di tutela dei diritti costituzionalmente riconosciuti. In particolare, in quell'occasione la Consulta ha esplicitato la necessità che «il legislatore eserciti la sua discrezionalità in modo equilibrato, per 'minimizzare' i costi dell'attività di prevenzione, cioè per rendere le misure in questione, ferma la loro efficacia allo scopo per cui sono legittimamente previste, le meno incidenti possibili sugli altri diritti costituzionali coinvolti», posto che «l'esercizio dei diritti costituzionali non può essere sacrificato oltre la soglia minima resa necessaria dalle misure medesime, cioè dalle esigenze in vista delle quali essa sia legittimamente prevista e disposta»⁴⁰.

Come è stato convincentemente osservato, la citata sentenza del 2003 assume particolare rilievo nella misura in cui suggerisce di ricorrere (anche) al canone della *proporzionalità* per valutare la conformità alla Costituzione delle misure di prevenzione⁴¹: in quest'ottica, che sembra postulare il carattere eccezionale delle misure *ante delictum*, «dovrebbero ritenersi ammissibili solo quelle limitazioni dei diritti che sono strettamente richieste per rendere efficace la misura adottata»; e, per contro, «tutte le altre che non sono strettamente funzionali rispetto al raggiungimento delle finalità insite nelle misure di prevenzione, potrebbero essere sospettate di illegittimità costituzionale»⁴².

3.3. Segue: la "legalità preventiva" intesa come affievolimento probatorio dei presupposti soggettivi di applicazione delle misure.

Il canone della legalità preventiva, delineato dalla Corte costituzionale, non ha comunque impedito la sopravvivenza o l'introduzione di fattispecie legislative di pericolosità caratterizzate da uno *standard* probatorio molto basso.

Per quanto riguarda le fattispecie di pericolosità "generica", l'allineamento (*rectius*, abbassamento) a tale *standard* era senz'altro evidente nella l. 27 dicembre 1956, n. 1423, nella sua formulazione originaria.

Tra i destinatari delle misure *ante delictum* figuravano infatti: 1) gli oziosi e i vagabondi abituali, validi al lavoro; 2) coloro che sono abitualmente e notoriamente dediti

di un ricollocamento su binari costituzionali?, in Riv. it. dir. proc. pen., 2019, p. 987 ss.; V. Maiello, La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante, in Giur. cost., 2019, p. 332 ss.; N. Pisani, Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale, in Giur. cost., 2019, p. 322 ss.

⁴⁰ Corte cost., sent. 1-7 ottobre 2003, n. 309.

⁴¹ G.P. Dolso, Le misure di prevenzione, cit., p. 21.

⁴² F. Fiorentin, Le misure di prevenzione personali, Milano, 2012, pp. 18-19.

a traffici illeciti; 3) coloro che, per la condotta e il tenore di vita, debba ritenersi che vivano abitualmente, anche in parte, con il provento di delitti o con il favoreggiamento o che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere; 4) coloro che, per il loro comportamento, siano ritenuti dediti a favorire o sfruttare la prostituzione o la tratta delle donne o la corruzione dei minori, ad esercitare il contrabbando, ovvero ad esercitare il traffico illecito di sostanze tossiche o stupefacenti o ad agevolare dolosamente l'uso; 5) coloro che svolgono abitualmente altre attività contrarie alla morale pubblica e al buon costume.

A proposito delle categorie soggettive elencate dalla l. n. 1423/1956 in letteratura si discorreva di "fattispecie di sospetto", proprio per sottolineare come le condotte prese in considerazione dal legislatore, ben lungi dal far luce su concreti e attuali comportamenti devianti, fungevano «da comodi contenitori di condizioni di emarginazione sociale e da simbolo di stili di vita confliggenti con i valori socialmente dominanti, per cui la qualifica di pericolosità [finiva] con l'essere ideologicamente sovrapposta a soggetti censurabili soprattutto in base a un opinabile giudizio di demerito sociale»⁴³.

Come noto, con la l. 3 agosto 1988, n. 327, il legislatore ha poi riscritto le fattispecie di pericolosità generica, ed è ricorso alla locuzione «elementi di fatto» in contrapposizione alla precedente logica del "sospetto"⁴⁴; tale formulazione è poi stata mutuata, senza modifiche sostanziali, anche dal codice antimafia del 2011.

A nostro parere, tuttavia, l'introduzione dei più moderni e liberali «elementi di fatto» non sembra che abbia veramente spostato verso l'alto gli *standard* garantistici della valutazione richiesta al giudice della prevenzione ma, più semplicemente, abbia esplicitato l'ovvio, senza peraltro risolvere il problema del grado di persuasività che gli elementi presi in considerazione devono essere capaci di esprimere.

In effetti, come osservato da autorevole dottrina, a meno di non voler sostenere che l'organo procedente possa agire «in conformità a proprie fantasticherie od oniriche rivelazioni, è evidente che anche il più esile sospetto non possa che trarre spunto da elementi concreti»⁴⁵. Più precisamente, non va confusa «la scarsa persuasività di questi ultimi con la loro inesistenza: è piuttosto il riconoscimento della prima a far risaltare il bisogno di un'indagine accurata per suffragare con nuove risultanze le iniziali

⁴³ Per tutti, G. Fiandaca, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 115.

⁴⁴ Evidenziano il valore garantistico della locuzione «elementi di fatto» E. Gallo, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1996, p. 6; R. Guerrini, L. Mazza, S. Riondato, *Le misure di prevenzione*, II ed., Padova, 2004, p. 63. In senso parzialmente critico G. Fiandaca, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., p. 116, il quale ha sottolineato il rischio che «l'esplicito richiamo normativo degli elementi fattuali possa di fatto rivelarsi inidoneo ad influenzare in senso più garantistico l'accertamento probatorio concreto: infatti, se il giudice della prevenzione facesse troppo sul serio in punto di verifica probatoria, verrebbe meno la stessa esigenza pratica di attivare il procedimento preventivo, sussistendo gli elementi indiziari sufficienti per promuovere il normale processo penale».

⁴⁵ G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, p. 109.

inferenze»⁴⁶.

Analogamente, un'altra autorevole voce dottrinale ha osservato che «il richiamo agli "elementi di fatto", più che un effettivo passo in avanti – difficile da compiere in materie così intrinsecamente connotate da ambiguità – sembra piuttosto rappresentare l'enfaticizzazione della necessità di un dato obiettivo che rischia spesso di risultare sostanzialmente evanescente»⁴⁷.

Il problema centrale, allora, non va rintracciato nella base ontologica del giudizio (gli imprescindibili "elementi di fatto") in sé e per sé considerata, quanto piuttosto nello *standard* minimo di prova richiesto ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione. Ebbene, in base all'art. 1 cod. antimafia si ritiene sufficiente che, sulla scorta degli elementi presentati dall'organo proponente, "debba ritenersi" lo stile di vita delittuoso del soggetto così come descritto nelle lett. a), b) e c): a fronte di un tale dato normativo, a noi sembra che, in assenza di ulteriori specificazioni, il grado di convincimento richiesto dalla citata disposizione corrisponda tutt'al più a quello di una *probabilità*, non ulteriormente qualificata (detto altrimenti, in base al tenore letterale dell'art. 1 cod. antimafia potrebbero bastare anche indizi *meri*)⁴⁸.

Va peraltro osservato che la più recente giurisprudenza di legittimità, nel tentativo di meglio definire i contorni delle fattispecie di pericolosità c.d. generica, ha sfruttato il carattere "neutro" della locuzione «debba ritenersi» per provare a tracciare una linea di demarcazione tra tali categorie soggettive e le fattispecie indiziarie di cui all'art. 4 cod. antimafia, e ha affermato che il pericoloso generico non è un mero indiziato⁴⁹.

⁴⁶ *Ibidem*. Qualche riga prima l'A. esclude addirittura la possibilità di differenziare in maniera rigorosa l'*indizio* dal *sospetto*, sulla base della considerazione che «in ambedue i casi (...) dall'elemento che si pone alla base dell'inferenza può trarsi soltanto una conclusione incerta». Tutt'al più, secondo l'A. è «solo da una considerazione "quantitativa" che può desumersi la distinzione tra indizio e sospetto, riconoscendo che il dato di partenza del secondo costituisce, per così dire, un anello più lontano o più debole dell'elemento indiziaro lungo la catena che può condurre alla verifica dell'oggetto di prova».

⁴⁷ T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014, p. 248. In maniera non dissimile F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *DisCrimen*, 12 settembre 2018, pp. 17-18.

⁴⁸ La preoccupazione, insomma, è che il sospetto, cacciato fuori dalla porta, si ripresenti alla finestra del diritto della prevenzione. Cfr. G. Fiandaca, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., p. 116. Parla invece apertamente di fattispecie "indiziarie" anche in relazione alle categorie soggettive di cui all'art. 1 cod. antimafia F. Siracusano, *I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia"*, in *Arch. pen. (web)*, 2018, n. 2, p. 7. Addirittura, P. Pittaro, *La natura giuridica delle misure di prevenzione*, in F. Fiorentin (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., p. 151, afferma in maniera tranciante che «il "debba ritenersi" (...) è, alla fin fine, una fattispecie di sospetto».

⁴⁹ Cfr. Cass., sez. VI, 21 settembre (dep. 21 novembre) 2017, n. 53003, D'Alessandro, dove si esclude che l'accertamento giudiziale «possa limitarsi alla mera constatazione della mera condizione di indiziati per uno dei vari delitti da cui i proventi possono derivare». Secondo la Corte una siffatta considerazione sarebbe giustificata, per un verso, dalla «differente struttura del sistema della pericolosità qualificata» e, per altro verso, dalla «pressante esigenza di dare un contenuto concreto alla nozione di pericolosità generica, al fine di delimitarne i confini e sottrarla ai rilievi critici di vaghezza e genericità, come tali suscettibili di attribuire margini di eccessiva discrezionalità ai giudici in violazione del principio di certezza del diritto, provenienti non solo dalla giurisprudenza sovranazionale (...) ma anche da quella interna».

Ci sembra, tuttavia, che una tale interpretazione *praeter legem*, se da una parte cerca di valorizzare il più possibile in chiave garantistica il tenore letterale delle fattispecie di pericolosità c.d. generica, dall'altra parte porta a snaturare l'intervento preventivo, il quale finisce per atteggiarsi come vera e propria misura *post delictum* (meglio, *post plurima delicta*).

Anche con riferimento alle fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 4 cod. antimafia appare subito evidente un'analoga tecnica di "alleggerimento" probatorio.

Le fattispecie di cui alle lett. a), b), d) I pt., i) I pt., i-bis), i-ter) sono strutturate come vere e proprie *fattispecie indiziarie*, mentre nelle fattispecie di cui alle lett. e), g) e i) II pt. compare la medesima generica locuzione ("debba ritenersi") utilizzata nelle categorie di pericolosità generica. Tralasciando la lett. h)⁵⁰, le uniche fattispecie della quale è richiesta la *prova*, anche in forma indiziarie, sono quelle di cui alle lett. d) II pt. e f), che danno rilievo agli atti preparatori obiettivamente rilevanti ovvero agli atti esecutivi finalizzati, rispettivamente, al sovvertimento dell'ordinamento statale o alla commissione di reati con finalità di terrorismo (lett. d II pt.), e alla ricostituzione del partito fascista (lett. f).

Al di là degli sforzi profusi dai commentatori per razionalizzare il concetto di "indizio" nel settore della prevenzione⁵¹, un dato sembra certo: il riferimento agli "indiziati" – e forse anche ai soggetti inquadrabili nelle lett. e) e g), per i motivi appena sopra detti – non ulteriormente aggettivato, lascia intendere che siano sufficienti anche *meri* indizi⁵².

In questo senso, del resto, la giurisprudenza ha costantemente ripetuto che, in materia di prevenzione, la prova indiziarie non deve presentare i requisiti di gravità, precisione e concordanza di cui all'art. 192 c.p.p.⁵³. Insomma, come è stato icasticamente osservato da autorevole dottrina, «deve trattarsi di indizi su un fatto che sia certo, ma sulla cui consistenza probatoria non possiamo dire in effetti nulla»⁵⁴.

⁵⁰ La lett. h) estende l'applicazione della sorveglianza speciale agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati dalle lett. a)-g). Ferma restando la scarsa utilità di tale fattispecie di pericolosità (i medesimi soggetti, infatti, potrebbero essere collocati in una delle altre categorie di pericolosità qualificata come concorrenti ex art. 110 c.p.), sembra di poter dire che lo *standard* probatorio sia il medesimo richiesto per l'inquadramento nelle fattispecie di pericolosità cui si riferisce l'attività di istigazione e di finanziamento: sarebbe infatti assurdo pretendere la prova di tali attività, laddove invece ci si accontenta di meri indizi rispetto alle condotte-base.

⁵¹ Si vedano, pur con differenti sfumature, A. Bargi, *L'accertamento della pericolosità nelle misure di prevenzione. Profili sistematici e rapporti con il processo penale*, Napoli, 1988, pp. 72-75; G. Fiandaca, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., p. 121; E. Gallo, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 7; G. Tessitore, *Spunti di riflessione sui rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione nella nuova legge antimafia*, in *Foro it.*, 1984, V, c. 252.

⁵² Cfr. V. Contrafatto, *La sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali*, in A. Balsamo, V. Contrafatto, G. Nicastro (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, p. 64.

⁵³ Cfr., ex multis, Cass., sez. V, 15 marzo (dep. 20 aprile) 2018, n. 17946, Buggea; Cass., sez. V, 17 dicembre 2015 (dep. 18 gennaio 2016), n. 1831, Mannina; Cass., sez. V, 12 novembre (dep. 11 dicembre) 2013, n. 49853, L.; Cass., sez. II, 30 aprile (dep. 19 giugno) 2013, n. 26774, Chianese.

⁵⁴ T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., p. 269.

3.4. Il parametro di compatibilità costituzionale delle misure questorili (in particolare, del foglio di via obbligatorio).

In diverse occasioni la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla costituzionalità delle misure di prevenzione di competenza del questore e, più in particolare, sul rimpatrio con foglio di via obbligatorio.

Già a partire dalla sentenza n. 2/1956 – che ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina del foglio di via allora contenuta nel Tulp del 1931 nella parte in cui attribuiva all'autorità di pubblica sicurezza (e non all'autorità giudiziaria) il potere di ordinare la traduzione del soggetto – la Corte costituzionale ha ritenuto la misura in questione compatibile nel suo complesso con la Carta costituzionale e ha individuato come parametro di riferimento l'art. 16 Cost.⁵⁵.

Secondo la Corte vi è piena compatibilità tra la locuzione «limitazioni [alla libertà di circolazione] che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e sicurezza», di cui all'art. 16 Cost., e la disciplina del foglio di via obbligatorio.

Anzitutto, il Giudice delle leggi ritiene (e tale impostazione verrà sempre confermata nella giurisprudenza successiva) che l'espressione «in via generale» non rimandi a situazioni di carattere generale, come invece prospettato da una parte della dottrina⁵⁶, ma sia da intendersi «nel senso che la legge debba essere applicabile alla generalità dei cittadini, non a singole categorie»⁵⁷.

In secondo luogo, i «motivi di sicurezza» – gli unici, accanto a quelli di «sanità» che, secondo il disposto dell'art. 16 Cost., consentono limitazioni alla libertà di circolazione – sono pienamente compatibili con le finalità preventive proprie del foglio di via.

Con riferimento al concetto di “sicurezza” in generale, la Corte ha, infatti, affermato che esso si sostanzia non solo nell'incolumità fisica, ma acquista il significato di «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza»⁵⁸. Detto altrimenti, «sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'“ordinato vivere civile”, che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico»⁵⁹.

Posta questa premessa, la Consulta ha ritenuto, con un'interpretazione invero piuttosto estensiva, che le persone pericolose «per l'ordine e la sicurezza pubblica o per la pubblica moralità» di cui all'allora vigente art. 157 Tulp rappresentassero una minaccia per la “sicurezza” di cui all'art. 16 Cost. Le persone pericolose per la pubblica moralità

⁵⁵ Corte cost., sent. 14-23 giugno 1956, n. 2.

⁵⁶ Cfr. L. Elia, *Libertà personale*, cit., p. 26-29.

⁵⁷ Corte cost., sent. 14-23 giugno 1956, n. 2, § 5 dei *Considerato in diritto*.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

(allora ancora contemplate dalla legge) rientrerebbero, infatti, nell'ambito di operatività della menzionata disposizione costituzionale nella misura in cui «i cittadini hanno diritto di non essere turbati ed offesi da manifestazioni immorali, quando queste risultino pregiudizievoli anche alla sanità, indicata nell'art. 16 della Costituzione, o creino situazioni ambientali favorevoli allo sviluppo della delinquenza comune»⁶⁰; mentre le persone pericolose per l'ordine pubblico potrebbero subire limitazioni della libertà di circolazione qualora diano luogo a «manifestazioni esteriori di insofferenza o di ribellione ai precetti legislativi ed ai legittimi ordini della pubblica Autorità, manifestazioni che possono facilmente dar luogo a stati di allarme e a violenze, indubbiamente minacciose per la "sicurezza" della generalità dei cittadini, i quali finirebbero col vedere, essi, limitata la propria libertà di circolazione»⁶¹.

Le valutazioni della Corte costituzionale non sono cambiate dopo l'entrata in vigore della l. n. 1423/1956. In tutti i casi in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della disciplina del "nuovo" foglio di via, il Giudice delle leggi ha, infatti, mantenuto ferma la riconduzione dell'istituto in questione all'art. 16 Cost., e ha sostanzialmente ribadito le considerazioni già espresse nel precedente del 1956⁶².

Per completezza, va segnalata anche una sentenza della fine degli anni '60, nella quale il Giudice delle leggi è stato chiamato a vagliare la costituzionalità del foglio di via (e della diffida, oggi sostituito dall'avviso orale⁶³) al metro dell'art. 3 Cost., con particolare riferimento alla discrezionalità attribuita al questore nell'applicazione delle misure ai soggetti destinatari indicati dalla legge⁶⁴.

La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione sulla base di un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, secondo la Corte la discrezionalità non deve essere confusa con l'arbitrio e, nel caso delle misure di prevenzione in parola, il margine di discrezionalità attribuito al questore è notevolmente limitato, dovendo egli basarsi su categorie di pericolosità già determinate dalla legge. Inoltre, l'elencazione delle categorie di persone pericolose per la sicurezza e per la moralità pubblica è sì tassativa, «ma non anche vincolante, nel senso che il solo fatto di essere compresi in una di quelle categorie renda obbligatoria, nei confronti di tutti coloro che vi appartengono, l'adozione di una misura di prevenzione»⁶⁵.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Il riferimento è alle seguenti pronunce: Corte cost., sent. 21-30 giugno 1960, n. 45; Corte cost., sent. 13-28 dicembre 1962, n. 126; Corte cost., sent. 20-30 giugno 1964, n. 68; Corte cost., ord. 29 ottobre-12 novembre 1987, n. 384.

⁶³ L'istituto della diffida è stato sostituito dall'avviso orale con l. n. 327/1988. Dapprima previsto come misura prodromica e "servente" rispetto alla sorveglianza speciale, l'avviso orale è stato poi trasformato in misura autonoma con l'entrata in vigore del codice antimafia.

⁶⁴ Corte cost., sent. 27 febbraio-17 marzo 1969, n. 32.

⁶⁵ *Ibidem*.

3.5. Il parametro di compatibilità costituzionale e convenzionale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza è la misura di prevenzione personale che più di ogni altra ha impegnato gli interpreti sotto il profilo dell'individuazione del parametro costituzionale di riferimento.

A ben vedere, non è immediatamente evidente il diritto inciso in via principale dalla misura in parola: il sorvegliato speciale, infatti, non è privato della libertà personale, potendo muoversi più o meno liberamente, anche se sottoposto all'obbligo o al divieto di soggiorno, all'interno di aree anche molto ampie (si pensi, ad esempio, al perimetro comunale di una grande città); pur tuttavia, egli è gravato da numerosi obblighi, divieti e decadenze, che di fatto limitano in maniera assai significativa la sua vita lavorativa e di relazione⁶⁶.

3.5.1. La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza nella giurisprudenza costituzionale.

Proprio ponendo l'accento sugli effetti incapacitanti appena richiamati, la giurisprudenza costituzionale ha, sin dalle sue prime pronunce, giudicato la compatibilità alla Costituzione della sorveglianza speciale al metro dell'art. 13 Cost., il cui ambito di operatività, secondo il Giudice delle leggi, non deve limitarsi alla c.d. libertà dagli arresti (c.d. *writ of habeas corpus*), ma deve ricomprendere anche quei casi in cui l'applicazione di una misura determina una "degradazione giuridica" del suo destinatario⁶⁷. Attraverso il concetto di "degradazione giuridica" – elaborato per la prima volta proprio in relazione a uno dei progenitori della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, l'ammonizione di epoca fascista⁶⁸ – la Corte costituzionale ha inteso dunque assicurare il massimo grado di garanzie (in particolare, riserva di legge e riserva di giurisdizione) a una misura, come la sorveglianza speciale, capace di incidere profondamente sullo *status* giuridico del suo destinatario.

⁶⁶ Per una panoramica di tutti effetti accessori alla sorveglianza speciale v. F. Basile, *Manuale delle misure di prevenzione*, cit., pp. 104-114 e pp. 122-127; per una sottolineatura della loro dimensione "punitiva", v. M. Catenacci, *Le misure personali di prevenzione fra 'critica' e 'progetto': per un recupero dell'originaria finalità preventiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 526 ss., nonché M. Marini, *Gli effetti 'punitivi' delle misure di prevenzione personali*, in *Cass. pen.*, 2018, n. 2, p. 692 ss.

⁶⁷ In dottrina, per tutti, v.: R. Bin, *Diritto costituzionale*, XX ed., Torino, 2018, p. 548 ss.; R. D'Alessio, *Art. 13*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 80 ss.

⁶⁸ Corte cost., 19 giugno-3 luglio 1956, n. 11, dove si legge che «l'ammonizione, attraverso le disposizioni che ora la regolano, si risolve in una sorta di degradazione giuridica in cui taluni individui, appartenenti a categorie di persone che la legge presume socialmente pericolose, magari designati come tali dalla pubblica voce, vengono a trovarsi per effetto di una pronuncia della pubblica autorità; che l'ordinanza di ammonizione ha per conseguenza la sottoposizione dell'individuo ad una speciale sorveglianza di polizia; che attraverso questo provvedimento si impone all'ammonito tutta una serie di obblighi, di fare e di non fare, fra cui, quello di non uscire prima e di non ricasare dopo di una certa ora, non è che uno fra gli altri che la speciale commissione prescrive». Sempre in materia di prevenzione, al concetto di "degradazione giuridica" hanno fatto ricorso anche Corte cost., sent. 20-30 giugno 1964, n. 68, e Corte cost., sent. 29-31 maggio 1995, n. 210.

L'ancoraggio della sorveglianza speciale all'art. 13 Cost. non solo non è più stato messo in discussione dalla giurisprudenza successiva⁶⁹, ma è stato anzi recentemente ribadito con convinzione dalla sentenza n. 24/2019, nella quale si legge che le misure della sorveglianza speciale "semplice" o "qualificata" «in tanto possono considerarsi legittime, in quanto rispettino i requisiti cui l'art. 13 Cost. subordina la liceità di ogni restrizione alla libertà personale, tra i quali vanno in particolare sottolineate la riserva assoluta di legge (rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione legale dei "casi e modi" della restrizione) e la riserva di giurisdizione»⁷⁰.

L'attrazione della misura in discorso nell'orbita dell'art. 13 Cost. implica, nel ragionamento della Corte, il rigoroso rispetto delle seguenti garanzie: a) anzitutto, «una idonea base legale», e cioè l'esistenza di una disciplina normativa dei presupposti applicativi e dei contenuti della misura che rendano sufficientemente chiari e prevedibili i "casi" e i "modi" della sua applicazione; b) inoltre, la «proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati»; c) infine, la riserva di giurisdizione, con esclusione, quindi, della possibilità che l'applicazione della sorveglianza speciale possa essere affidata a comparti della pubblica amministrazione (ad esempio, all'autorità di pubblica sicurezza)⁷¹.

3.5.2. La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza nella giurisprudenza della Corte EDU.

La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ha superato a più riprese anche il vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella cui giurisprudenza, in effetti, non è mai emersa alcuna censura rispetto all'esistenza, nell'ordinamento italiano, di misure finalizzate alla prevenzione e al contenimento delle più allarmanti manifestazioni di criminalità.

Diversamente, però, da quanto affermato dalla Corte costituzionale, la Corte EDU solamente in un caso – peraltro particolarissimo – ha giudicato la sorveglianza speciale al metro della libertà personale tutelata dall'art. 5 CEDU.

Si trattava del caso *Guzzardi c. Italia* del 1980, che però, come anticipato, presentava dei connotati fattuali molto particolari: il caso sottoposto all'attenzione della Corte EDU riguardava infatti un soggetto che, imputato per gravi reati di mafia e delitti connessi al traffico di sostanze stupefacenti, alla scadenza dei termini massimi di custodia cautelare era stato attinto dalla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno presso l'isola dell'Asinara⁷².

In quel caso la Corte di Strasburgo – nel ricordare che per determinare se una persona è stata privata della sua libertà ai sensi dell'art. 5 CEDU, bisogna guardare alle

⁶⁹ Si vedano, in tal senso, Corte cost., sent. 4-23 marzo 1964, n. 23; Corte cost., sent. 9-14 gennaio 1974, n. 3; Corte cost., sent. 7-21 maggio 1975, n. 113; Corte cost., sent. 16-22 dicembre 1980, n. 177.

⁷⁰ Corte cost., sent. 24 gennaio-27 febbraio 2019, n. 24, § 9.7.3. dei *Considerato in diritto*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Corte EDU, sent. 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*.

peculiarità della situazione concreta, e che la differenza intercorrente tra “privazione” e “restrizione” della libertà è di carattere puramente quantitativo, e non anche qualitativo – ha valutato in termini sostanzialmente equivalenti ad una privazione della libertà personale le condizioni cui era complessivamente sottoposto il sig. Guzzardi durante l’esecuzione della sorveglianza speciale, e ha dunque rinvenuto un’interferenza della misura con la disciplina dell’art. 5 CEDU⁷³. Non trovando, peraltro, tale interferenza nessuna giustificazione nelle ipotesi tassativamente previste dall’art. 5, la Corte EDU ha, in quel caso, concluso per la violazione della citata disposizione convenzionale.

In tutti gli altri casi, la Corte EDU ha utilizzato quale parametro di valutazione la libertà di circolazione di cui al § 3 dell’art. 2 Prot. 4 CEDU. Affinché un’interferenza con tale libertà possa dirsi convenzionalmente legittima, è richiesto un triplice ordine di condizioni⁷⁴: in primo luogo, deve essere rispettata la riserva di legge che – secondo un orientamento assolutamente consolidato in sede europea – non si limita alla mera reperibilità di una “base legale”, occorrendo al contrario che siano soddisfatti i requisiti qualitativi della “accessibilità” e della “prevedibilità” del dato normativo; in secondo luogo, la misura deve essere orientata al perseguimento di una delle esigenze specificamente indicate dalla norma⁷⁵; in terzo luogo, la misura deve essere necessaria all’interno di una società democratica, e cioè proporzionata rispetto al caso concreto⁷⁶.

In presenza di questi tre requisiti, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, lo

⁷³ In particolare, le condizioni di vita del sig. Guzzardi durante la sua permanenza sull’isola dell’Asinara sono descritte nel modo che segue (§ 95): a) sebbene l’area a disposizione del ricorrente fosse ben più ampia di una cella, essa si limitava comunque a una piccola porzione dell’isola, la quale è peraltro difficilmente raggiungibile ed è occupata per la sua quasi totalità da un penitenziario; b) il ricorrente risiedeva in una parte dell’isola occupata per lo più da edifici precedentemente adibiti al soccorso ospedaliero e le sue relazioni interpersonali si limitavano alla frequentazione di altri soggetti sottoposti, come lui, alla sorveglianza speciale; c) il ricorrente non poteva lasciare il suo luogo di dimora tra le dieci di sera e le sette di mattina senza previa comunicazione all’autorità di pubblica sicurezza competente; d) il ricorrente doveva presentarsi all’autorità di pubblica sicurezza due volte al giorno e, in caso di utilizzo del telefono, doveva fornire le generalità del suo interlocutore; e) il ricorrente doveva ottenere un’autorizzazione per lasciare l’isola e, in ogni caso, ogni suo movimento avveniva sotto stretta sorveglianza delle forze dell’ordine; f) ogni trasgressione delle prescrizioni imposte era sanzionata penalmente. Svolte tali osservazioni, la Corte, pur ammettendo che non possa discorrersi di privazione della libertà personale in relazione a ciascuna delle imposizioni singolarmente considerate, nondimeno ha osservato come, riguardata nel suo complesso, la situazione del ricorrente assomigliasse a uno stato di detenzione “aperta” e, quindi, interferisse con la libertà personale tutelata dall’art. 5 CEDU.

⁷⁴ Per una disamina dell’art. 2 Prot. 4 CEDU si rimanda a: C. Favilli, *Art. 2 Protocollo 4*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, p. 859 ss.; C. Grabenwarter, *European convention on human rights: commentary*, Oxford, 2014, p. 411 ss.; D. Harris, M. O’ Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2018, p. 943 ss.; F. Viganò, *Art. 2 Prot. 4*, in G. Ubertis, F. Viganò (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016, p. 353 ss.

⁷⁵ Ricordiamo che ai sensi del § 3 dell’art. 2 Prot. 4 CEDU, tali controinteressi sono: a) la sicurezza nazionale; b) la pubblica sicurezza; c) il mantenimento dell’ordine pubblico; d) la prevenzione delle infrazioni penali; e) la protezione della salute o della morale; f) la protezione dei diritti e libertà altrui.

⁷⁶ Come osserva F. Viganò, *Art. 2 Prot. 4*, cit., p. 358, il requisito della “necessità in una società democratica” «implica una connessione razionale tra la misura e la finalità perseguita» e presuppone «un test di proporzionalità in senso lato della misura nel caso concreto», mirante a verificare che l’interferenza con il diritto in gioco non sia maggiore di quanto necessario per perseguire tale finalità.

Stato può legittimamente incidere sulla libertà di circolazione del singolo; e può farlo – a differenza di quanto statuito dalla Corte costituzionale in relazione all’art. 13 Cost. (v. *supra*, 3.4.1.) – senza il necessario coinvolgimento di un giudice.

Tale impostazione, fatta propria dalla Corte europea già dai primissimi anni ’90⁷⁷, ha trovato una recente e ulteriore conferma nella ormai celebre sentenza *De Tommaso*, nella quale, com’è noto, i giudici di Strasburgo hanno censurato la disciplina italiana in materia di misure di prevenzione a causa della scarsa qualità della “base legale” delle fattispecie di pericolosità generica e di alcune delle prescrizioni accessorie alla sorveglianza, in rapporto proprio alla riserva di legge di cui all’art. 2 Prot. 4 CEDU⁷⁸.

4. Alla ricerca di un fondamento costituzionale del potere preventivo dello Stato.

Come si è visto, il dibattito relativo alla compatibilità costituzionale delle misure di prevenzione ha diviso, e ancora divide, i commentatori tra la tesi dell’ammissibilità di un tale complesso di misure nel nostro ordinamento⁷⁹ e quella opposta della radicale incostituzionalità delle stesse⁸⁰ (*supra*, 2.).

Dal canto suo, la Corte costituzionale, pur ricavando dalla Costituzione l’esistenza di un generale «principio di prevenzione e di sicurezza sociale»⁸¹, non ha mai veramente preso posizione in merito al fondamento costituzionale delle misure preventive (v. *supra*, 3.1., 3.2.).

⁷⁷ Il riferimento è, in particolare, a: Comm. EDU, 27 maggio 1991, *Ciancimino c. Italia*; Corte EDU, sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; Corte EDU, Grande Camera, sent. 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*; Corte EDU, sez. III, sent. 1° luglio 2004, *Sante Santoro c. Italia*; Corte EDU, sez. II, 20 aprile 2010, sent. *Villa c. Italia*; Corte EDU, sez. II, dec. 8 ottobre 2013, *S.M. c. Italia*.

⁷⁸ Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, con note di: S. Finocchiaro, *Le misure di prevenzione italiane sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 881 ss.; V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039 ss.; A.M. 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.*, fasc. 3/2017, p. 15 ss.; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 370 ss.

⁷⁹ Di recente, M. Pelissero, *La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale. Misure di prevenzione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2020, p. 383, il quale – seppure in un’ottica di drastico ridimensionamento della prevenzione personale e ammettendo che «in parte il mantenimento delle misure di prevenzione personali presenta un significato più simbolico che di controllo effettivo» – osserva che «le misure di prevenzione potrebbero essere mantenute in relazione a fattispecie a pericolosità qualificata connotate da particolare gravità: criminalità organizzata, comune e terroristica e violenza negli stadi, rispetto alle quali sarebbe illusorio pensare oggi all’arretramento della tutela».

⁸⁰ Ancora di recente F. Consulich, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *DisCrimen*, 1° ottobre 2019, propone l’abolizione della prevenzione personale sulla base dell’argomento che la prevenzione del crimine – la quale rimane «certamente uno dei doveri primari di ogni legislatore contemporaneo» – deve essere attivata «sul piano dell’intelligence e delle investigazioni preventive, piuttosto che attraverso obblighi o divieti di soggiorno, con il corredo di prescrizioni varieghe o ammonizioni a tenere condotte conformi alla legge».

⁸¹ Corte cost., sent. 20 aprile-5 maggio 1959, n. 27.

Nemmeno nella recente sentenza n. 24/2019 il Giudice delle leggi è riuscito a superare la sua tradizionale reticenza: nell'agganciare la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza al solo art. 13 Cost., la Consulta si è limitata a ribadire la necessità di una tutela rafforzata – e cioè: riserva di legge, proporzionalità e riserva di giurisdizione – rispetto alla misura più grave attualmente contemplata dal codice antimafia, ma non ha dato nessuna indicazione in merito alle garanzie minime che devono assistere il sistema di prevenzione *in generale*, a prescindere, quindi, dai contenuti della singola misura. Anzi – dichiarando l'incostituzionalità non già dell'art. 1, lett. a), cod. antimafia attraverso lo strumento dell'art. 27 l. n. 87/1953, bensì soltanto degli artt. 4 e 16 cod. antimafia nella parte in cui richiamano l'art. 1, lett. a), cod. antimafia⁸² – la Corte costituzionale ha in una certa misura implicitamente ammesso che al variare delle misure preventive possono variare anche gli *standard* qualitativi della base legale che le disciplina⁸³.

A fronte di uno scenario tutt'altro che definito, non sembra dunque un fuor d'opera tornare su un problema, qual è quello del fondamento costituzionale del potere statuale di prevenzione dei reati, che, a più riprese scandagliato dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale e mai definitivamente risolto, è invero gravido di implicazioni con riferimento sia alla disciplina vigente sia ai possibili scenari futuri del diritto preventivo.

Venendo subito al dunque, ci pare che il primario obiettivo da perseguire sia quello di contenere il diritto preventivo entro un recinto di tutele che, indipendentemente dalla libertà individuale incisa dalle singole misure, sia il più vicino possibile a quello previsto per il settore penale in senso stretto. A tal fine, riteniamo che si possa valorizzare fino in fondo l'asserita afferenza ad un unico *genus* delle misure di prevenzione e delle misure di sicurezza⁸⁴, e ricondurre anche il sistema della prevenzione *ante delictum* all'art. 25, co. 3, Cost.⁸⁵.

⁸² In altri termini, la Corte costituzionale ha affermato che l'art. 1, lett. a), cod. antimafia non è *tout court* incostituzionale, ma lo è soltanto nella misura in cui la fattispecie di pericolosità ivi descritta funge da presupposto per l'applicazione della sorveglianza speciale (art. 4, lett. c, cod. antimafia) e della confisca (art. 16, lett. a, cod. antimafia). Il principale argomento addotto dalla Corte a sostegno di tale decisione è la non rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 1, lett. a), cod. antimafia nei giudizi *a quibus*. Cfr. Corte cost., 24 gennaio-27 febbraio 2019, n. 24, § 6.1. del *Considerato in diritto*, dove la Corte osserva che è «estraneo al vaglio odierno il quesito se le previsioni in parola possano legittimamente operare anche quale presupposto applicativo di altre misure tuttora di competenza dell'autorità di polizia (in particolare, foglio di via obbligatorio e avviso orale)», e ciò in quanto «una simile questione, in effetti, non è stata sollevata dai giudici rimettenti; né avrebbe potuto esserlo, non essendo il tribunale l'autorità competente per l'applicazione di tali misure». È bene ricordare, però, che la Corte costituzionale, ai sensi dell'art. 27 l. n. 87/1953, in caso di pronuncia di incostituzionalità può sempre autonomamente dichiarare «quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza della decisione adottata».

⁸³ Critico rispetto a questa impostazione adottata dalla Corte costituzionale F. Basile, *Manuale delle misure di prevenzione*, cit., p. 48 ss., il quale osserva che la sopravvivenza dell'art. 1, lett. a), cod. antimafia quale presupposto applicativo delle misure questorili presuppone «il riconoscimento di *standard* differenti di "precisione" richiesti dalla legge quando essa disciplina la sorveglianza speciale e le misure di prevenzione patrimoniali (misure applicate dal giudice), rispetto a quelli richiesti dalla legge quando la stessa disciplina, invece, il foglio di via e l'avviso orale (misure applicate dal questore)».

⁸⁴ In questi termini Corte cost., sent. 16-22 dicembre 1980, n. 177.

⁸⁵ Come si ricorderà, si sono autorevolmente espressi in favore di questa tesi: G. Amato, *Potere di polizia*, cit., p. 346; R.A. Frosali, *La giustizia penale*, cit., p. 221; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 238 ss., il

Invero, poco è dato sapere sulle ragioni che spinsero i Costituenti a inserire il co. 3 dell'art. 25 Cost. A tal proposito, è possibile ricordare soltanto le (poche) parole spese da Bettiol a sostegno dell'approvazione dell'emendamento, da lui stesso presentato insieme con l'on. Leone, che portò all'aggiunta del citato co. 3.

In particolare, dopo aver riconosciuto che «lo Stato deve difendersi contro i delinquenti» e che «la misura di sicurezza si presenta con carattere indeterminato e, quindi, incide più marcatamente della pena stessa sulla libertà dell'individuo», l'illustre accademico osservava che «data la grande importanza di queste misure, dato il loro incidere sulla libertà personale, e dato che sono riconosciute anche dalle altre legislazioni moderne, è bene fissare anche per esse il principio di legalità, onde la discrezionalità sia bloccata, in modo che anche per queste misure si possa avere il presidio della legge scritta sull'arbitrio del giudice o delle altre autorità statali che possono privare il cittadino della libertà individuale»⁸⁶.

Quel che è certo, comunque, è che l'Assemblea costituente ha inteso fornire alla materia delle misure di sicurezza una copertura assimilabile, almeno per quanto concerne il principio di legalità, a quella propria della materia penale in senso stretto.

Sebbene una parte della dottrina abbia messo in guardia da un utilizzo strumentale della norma costituzionale richiamata come "alibi" per la sopravvivenza nell'ordinamento di misure incompatibili con uno Stato di diritto⁸⁷, merita nondimeno condivisione l'opinione

quale osserva: «È bensì vero che la misura di sicurezza presuppone necessariamente un precedente reato (o quasi reato), ma la sua applicazione "non discende dall'accertamento del reato, che è una semplice premessa storica, ma dall'accertamento di una situazione soggettiva di pericolosità criminale". Pertanto, poiché il presupposto, la natura e la funzione delle misure di prevenzione *ante delictum* sono identici al presupposto, natura e funzione delle misure di sicurezza, è plausibile concludere che con l'art. 25, terzo comma, Cost. abbiano implicitamente ottenuto fondamento costituzionale anche le misure di prevenzione individuale *ante delictum*».

⁸⁶ Il brano citato è estrapolato dal resoconto stenografico della seduta pomeridiana di giovedì 27 marzo 1947 dell'Assemblea costituente (reperibile sul sito istituzionale della Camera dei Deputati).

⁸⁷ F. Bricola, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3°, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, p. 262 ss., dove l'A. critica il richiamo all'art. 25, co. 3, Cost. come copertura costituzionale delle misure di prevenzione nei termini che seguono: «La precarietà dell'aggancio all'art. 25, 3° comma, delle misure di prevenzione è rimarcata dallo stesso orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale, la quale, nel legittimare le misure, fa appello, in forma cumulativa, ma prevalentemente in forma alternativa, all'art. 25 (es., soprattutto al 3° comma), e all'art. 13 Cost. O meglio: il riferimento all'art. 25, 3° comma è operato soprattutto quando la Corte deve decidere su eccezioni di illegittimità per difetto di tassatività dei presupposti delle misure. La ragione dell'aggancio va vista, anziché in chiave di maggior garanzia del cittadino, nel fatto che in tal guisa la Corte, sfruttando un "presunto", "minore" o meglio "diverso" rigore che l'art. 25, 3° comma, richiederebbe alla previsione e nell'adozione delle misure rispetto alla previsione dei reati e all'irrogazione delle pene, e ragionando, però in termini di analogia fra le misure di prevenzione e le misure di sicurezza, può respingere le eccezioni più agevolmente di quanto non avverrebbe passando per l'art. 13 in cui più netta appare l'affermazione della tassatività. La Corte, d'altro canto, è pronta ad abbandonare tale aggancio e a fare prevalente riferimento al combinato disposto degli art. 13 e 16 tutte le volte in cui si trova a decidere su questioni che concernono il mancato rispetto per talune misure di prevenzione (soprattutto per il rimpatrio obbligatorio) del principio di "giurisdizionalità" sotto il profilo del mancato affidamento all'autorità giudiziaria della competenza ad irrogarle».

di chi, al contrario, guarda con maggiore interesse all'art. 25 Cost., «non foss'altro per evitare che dette misure, altrimenti quasi vaganti per così dire tra gli artt. 13 e 16 Cost., restino non solo estranee all'oggetto della scienza penale, al quale invero non sembrano estendersi tali articoli, ma anche sguarnite, tutte od alcune, delle garanzie imposte dall'art. 25, terzo comma, Cost.»⁸⁸.

Anzitutto, per questa via si assicurerebbe anche al diritto preventivo un principio di legalità "forte", comprensivo di canoni di precisione e tassatività non troppo distanti da quelli imposti alla materia penale⁸⁹.

Non va poi dimenticato lo sforzo operato dalla dottrina più attenta per «far filtrare all'interno del sistema delle misure di sicurezza delineato dal codice penale i principi garantistici fissati dalla Costituzione»⁹⁰, primo fra tutti quello di giurisdizionalità: in effetti, nel delineare un sistema di prevenzione dei reati rispettoso dei diritti fondamentali, non sembra errato esigere che «anche l'applicazione delle misure dirette a prevenire la pericolosità sociale sia affidata a organi giudiziari»⁹¹. A favore di questa interpretazione, peraltro, giocherebbe anche un argomento di ordine sistematico: dalla lettura congiunta del co. 3 con i co. 1 e 2 dell'art. 25 Cost. potrebbe infatti ricavarsi in via interpretativa una riserva di giurisdizione delle misure ammesse e disciplinate dal comma in esame⁹².

Non opererebbe, invece, il principio di irretroattività, il quale non viene richiamato dall'art. 25, co. 3, Cost.: tuttavia, facendo appello alla migliore elaborazione dottrinale in materia di misure di sicurezza⁹³, si potrebbe pervenire a un'applicazione temperata del principio di retroattività anche nel settore delle misure di prevenzione, limitato cioè alla successiva modulazione sfavorevole della risposta preventiva e non anche alle modifiche *in malam partem* dei presupposti applicativi (vale a dire, delle fattispecie di pericolosità).

⁸⁸ F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 240.

⁸⁹ In questo senso M. D'Amico, G. D'Arconzo, *Art. 25 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006, p. 546; R. Bin, *Art. 25 Cost.*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, pp. 188-189, il quale osserva, però, che la giurisprudenza costituzionale meno recente ha sistematicamente negato che per le misure di sicurezza valga il principio di stretta legalità accreditato per la pena e che, anche nei casi di declaratorie di incostituzionalità che colpiscono fattispecie non sufficientemente precise (come nel caso della sent. n. 177/1980), la Corte costituzionale «sembra reagire soltanto ad ipotesi estreme, in cui manchi un "presupposto minimamente intellegibile"». V. anche F. Bricola, *Legalità e crisi*, cit., pp. 258-259, il quale ritiene che tra le garanzie di cui all'art. 25, co. 3, Cost. rientrino senz'altro la riserva assoluta di legge e la tassatività: con la differenza che «mentre la riserva di legge, rispetto al settore delle pene, non pare subire temperamenti, l'esigenza di tassatività viene adattata alle peculiarità del presupposto (pericolosità) che implicitamente, nella cornice di lettura descritta, sarebbe rimasto inalterato nell'art. 25, 3° comma».

⁹⁰ F. Bricola, *Legalità e crisi*, cit., p. 258.

⁹¹ G. Vassalli, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 301.

⁹² Questo argomento era già stato speso all'inizio degli anni '60 anche dal pretore di Cortina d'Ampezzo nell'ambito di un giudizio di costituzionalità promosso rispetto all'art. 2 l. n. 1423/1956. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 68/1964, aveva dichiarato infondata la questione sollevata, liquidando molto sbrigativamente il suddetto argomento senza tuttavia confutarlo.

⁹³ Per tutti, E. Musco, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, agg. I, Milano, 1997, p. 764; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, III ed., Milano, 2001, p. 258.

Quella appena individuata è, secondo un'autorevole dottrina che riteniamo di condividere appieno, la sola strada percorribile per chiunque «voglia contestare il consolidamento e forse l'espansione del sistema di misure preventive»; strada che conduce inevitabilmente «ad una radicale revisione delle misure, sia in ordine ai presupposti, dai quali debbono come minimo essere espunte tutte le fattispecie di sospetto, sia in ordine alle competenze, che per ogni misura dovrebbero essere ricondotte all'autorità giudiziaria, sia in ordine ai contenuti, che dovrebbero abbandonare le prescrizioni e i divieti di oggi, del tutto incapaci di frenare e ancor più di guarire la pericolosità di chi ne è colpito»⁹⁴.

Più precisamente, a noi sembra che l'individuazione del fondamento costituzionale del potere preventivo dello Stato nell'art. 25, co. 3, Cost. porti necessariamente con sé:

- l'abrogazione delle misure di prevenzione questorili dell'avviso orale, del foglio di via obbligatorio, nonché di tutte le altre misure c.d. atipiche di competenza dell'autorità di pubblica sicurezza (v. *infra*, 4.1.);
- il definitivo superamento delle fattispecie di pericolosità basate su *standard* probatori bassi (e, conseguentemente, dell'idea della prevenzione *ante delictum* come comoda "scorciatoia" rispetto al processo penale e alle garanzie che lo assistono), in favore di presupposti applicativi criminologicamente fondati da provarsi pienamente nel contraddittorio delle parti (v. *infra*, 4.2.);
- il progressivo superamento della vetusta (oltreché scarsamente convincente) dicotomia tra misure di prevenzione *ante delictum* e misure di prevenzione *post delictum*, in favore di un modello unitario di prevenzione dei reati (v. *infra*, 4.3.).

4.1. Verso l'abbandono delle misure affidate alla competenza dell'autorità amministrativa.

Una prima e più immediata implicazione derivante dal radicamento del sistema di prevenzione dei reati nell'art. 25, co. 3, Cost. è quella dell'incostituzionalità delle misure preventive affidate alla competenza del questore (o di qualsiasi altra autorità amministrativa).

Benché, infatti, nell'impostazione originaria del codice del 1930 le misure di sicurezza avessero natura "amministrativa" e il loro affidamento al giudice penale fosse dettato sostanzialmente da ragioni "pratiche" di economia processuale e da ragioni di connessione con i reati accertati nel processo⁹⁵, dopo l'avvento della Costituzione nessuno mette più in dubbio la competenza giurisdizionale delle misure di sicurezza, sicché nessuna possibilità di successo avrebbe un'ipotetica proposta di trasferire dal giudice penale all'autorità di pubblica sicurezza la competenza ad applicare le misure di

⁹⁴ Entrambe le citazioni sono di G. Amato, *Potere di polizia*, cit., p. 347.

⁹⁵ Nella *Relazione al Re*, in *Codice penale e di procedura penale con relazioni a S.M. il Re*, Roma, 1931, p. 12, il Ministro Rocco segnala che la scelta di affidare l'applicazione delle misure di sicurezza all'autorità giudiziaria trova spiegazione nella «stretta connessione che esiste fra tali misure e la materia penale propriamente detta»; in ragioni di «economia funzionale»; nonché in un'ottica di «maggior garanzia dei cittadini e di più sicura tutela della loro libertà individuale».

sicurezza. E ciò per due ordini di ragioni: da un lato, la lettura sistematica di tutti i commi dell'art. 25 Cost. depone per la riserva di giurisdizione delle misure di sicurezza (v. *supra*, 4.) e, dall'altro lato, un procedimento che si avvicini, in termini di garanzie, quanto più possibile al processo penale risulta indubitabilmente la sede più adatta per l'accertamento della pericolosità sociale⁹⁶.

Se quanto appena detto è vero, e se si concorda nella riconduzione all'alveo dell'art. 25, co. 3, Cost. di ogni potere statuale di prevenzione dei reati, è giocoforza concludere per l'incompatibilità costituzionale di misure preventive (*ante, praeter o post delictum*) affidate alla competenza di organi diversi da quello giurisdizionale.

Foglio di via e avviso orale, se conservati nel nostro ordinamento, dovrebbero quindi essere applicati solo dall'autorità giudiziaria.

4.2. Verso il superamento delle fattispecie di pericolosità caratterizzate da uno standard di prova evanescente.

Una seconda, per quanto meno immediata, implicazione derivante dall'individuazione dell'art. 25, co. 3, Cost. come fondamento del potere di prevenzione dei reati da parte dello Stato consiste nel definitivo congedo da fattispecie caratterizzate da *standard* probatori molto bassi, in quanto costruite come vere e proprie fattispecie indiziarie (lett. a, lett. b, lett. d I pt., lett. i I pt., lett. i-bis, lett. i-ter dell'art. 4 cod. antimafia) o comunque basate su un alleggerimento della prova dei fatti descritti (si tratta delle fattispecie che contengono la locuzione "debba ritenersi" non ulteriormente specificata, e cioè: artt. 1 e 4, lett. c, e, g, i II pt.).

Come già detto (v. *supra*, 3.3.) le uniche fattispecie di pericolosità che, a oggi, non sono caratterizzate da bassi *standard* di prova sono quelle di cui alla lett. d) II pt. e di cui alla lett. f) dell'art. 4 cod. antimafia, le quali richiedono l'accertamento di «atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti», rispettivamente, al sovvertimento dell'ordinamento statuale o alla commissione di reati di natura terroristica, ovvero alla ricostituzione del partito fascista⁹⁷.

A queste due fattispecie deve essere aggiunta quella di cui alla lett. h), che estende l'applicazione della sorveglianza speciale agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti.

Il motivo per cui le tipologie di fattispecie appena richiamate non dovrebbero avere più cittadinanza nel nostro ordinamento è presto detto: se l'oggetto di prova è (come quasi invariabilmente accade nel vigente sistema di prevenzione) un comportamento

⁹⁶ In termini simili G. Vassalli, voce *Nullum crimen*, cit., p. 301.

⁹⁷ Tali fattispecie di pericolosità, se per un verso si distinguono dalle altre categorie soggettive per un più elevato *standard* di prova, per altro verso appaiono assai problematiche nella misura in cui si sovrappongono alle fattispecie incriminatrici delle condotte di terrorismo. Sul punto v. S. Santini, *Prevenzione personale e terrorismo: profili di insostenibilità del sistema attuale*, in DPU – Diritto penale e Uomo, 26 maggio 2021, p. 17 ss.

penalmente rilevante e se tale comportamento non deve essere provato pienamente ai fini dell'integrazione della fattispecie di pericolosità (il che è per certi versi inevitabile, posto che, altrimenti, si dovrebbe avviare un procedimento penale), la prevenzione *praeter delictum* finisce fatalmente per operare come "concorrente sleale" del diritto penale: o surrogandosi alle sanzioni penali (quando, ad esempio, un soggetto sia prosciolto nel processo penale e, più o meno contestualmente, sia attinto dalla misura di prevenzione personale), oppure duplicandole in caso di applicazione congiunta con la pena (o con la misura di sicurezza).

Finché fattispecie di questo tipo costituiranno il punto di avvio dell'azione di prevenzione, qualsiasi sforzo volto al rafforzamento delle garanzie procedurali rappresenterà una soluzione soltanto precaria e, quindi, illusoria del problema concernente il bilanciamento tra le pur condivisibili esigenze di difesa sociale e l'ineludibile rispetto dei diritti fondamentali della persona.

Come giustamente evidenziato, infatti, il «giusto processo penale è una macchina cognitiva calibrata sulla prova piena del fatto di reato»⁹⁸: «tecniche probatorie e criteri valutativi non sono variabili indipendenti» e, quindi, «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»⁹⁹. In definitiva, «[l]a verità è che il vizio strutturale del procedimento di prevenzione è tuttora costituito dal suo oggetto, non dalle sue – pur zoppicanti – dinamiche»: è il «carattere ancora irrimediabilmente anticognitivo della fattispecie probatoria a trascinare la procedura di prevenzione al di sotto della soglia di giurisdizionalità» e, di conseguenza, se «non si scioglie il nodo di fondo – l'intollerabile evanescenza di quella fattispecie –, non c'è garanzia processuale che tenga: siamo fuori dal modello sovraordinario di giurisdizione, civile o penale che sia»¹⁰⁰.

Alla luce di quanto appena detto, ancorare il sistema di prevenzione all'art. 25, co. 3, Cost. significherebbe verosimilmente bandire una volta per tutte queste tipologie di fattispecie anticognitive e sostituirle con altre categorie di pericolosità pienamente rispettose del principio di legalità, oltreché criminologicamente pregnanti.

Quanto al primo aspetto, è stato giustamente osservato che la funzione fondamentale del principio di legalità in materia di misure di sicurezza è di consentire ai cittadini di conoscere previamente i "casi" in cui tali misure verranno applicate, e

⁹⁸ F. Caprioli, *Fatto e misure di prevenzione*, in Aa.Vv., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, p. 60, il quale subito aggiunge che «diritto alla prova, diritto al contraddittorio nel momento di formazione della prova, diritto al confronto con l'accusatore, diritto alla conoscenza dell'accusa sono regole funzionali a un più efficace accertamento dei fatti prima ancora che irrinunciabili garanzie individuali».

⁹⁹ *Ivi*, pp. 60-61, laddove poi l'A. precisa: «Se il risultato conoscitivo che si persegue rimane qualitativamente modesto, anche la portata garantistica di quei fondamentali diritti dell'individuo si attenua fino a svanire. Se la difesa è costretta a colpire bersagli nebulosi e incorporei come il sospetto (sia pure "oggettivamente suffragato") di commissione di un reato, o come l'indizio di generica "contiguità funzionale" agli interessi dell'associazione mafiosa, non fa molta differenza disporre di un'arma ad altissima precisione come il giusto processo penale o della rudimentale clava rappresentata dall'attuale processo di prevenzione».

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 61.

ovviamente di impedire al giudice decisioni arbitrarie: conseguentemente, se il legislatore, nell'indicare questi presupposti applicativi, usa formule generiche, vaghe, imprecise – anche attraverso il ricorso a *standard* di prova molto bassi – aggira ed elude il principio di legalità¹⁰¹. Una volta ricondotte le misure di prevenzione nell'alveo dell'art. 25, co. 3, Cost., i medesimi contenuti del principio di legalità si estenderebbero necessariamente anche al sistema *ante delictum*.

Quanto, invece, alla componente criminologica o comunque al rilievo attribuito al dato personologico dei destinatari, è stato acutamente osservato che l'art. 25, co. 3, Cost., scorrendo di «casi», e non già di «fatti» come al comma precedente, sembra riferirsi anche «agli elementi caratteristici della personalità assunta dalla legge come “socialmente pericolosa”»¹⁰².

Una volta ricondotta la prevenzione dei reati nell'alveo dell'art. 25, co. 3, Cost., lo sforzo della dottrina penalistica – con l'ausilio delle scienze criminologiche¹⁰³ – dovrebbe dunque essere diretto alla formulazione di presupposti soggettivi di applicazione delle misure di contenimento della pericolosità che debbano essere provati *pienamente* e che siano possibilmente modellati:

– o su fatti *non costituenti reato* ma al contempo sintomatici di una pericolosità in atto (un esempio su tutti, la mera affiliazione rituale a un'associazione mafiosa¹⁰⁴);

¹⁰¹ Si veda A. Malinverni, *Intervento*, in *Le misure di prevenzione*, cit., p. 567.

¹⁰² Così F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 242.

¹⁰³ Circa la necessità di un raccordo tra la scienza penale e le scienze criminologiche nella formulazione delle fattispecie di pericolosità, v. E. Mariani, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamento di interessi*, Milano, 2021, p. 496.

¹⁰⁴ Come noto, recentemente la prima sezione della Corte di cassazione ha sollecitato l'intervento delle Sezioni Unite per stabilire «se la mera affiliazione ad un'associazione di stampo mafioso (nella specie 'ndrangheta), effettuata secondo il rituale previsto dall'associazione stessa, costituisca fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione, tenuto conto della formulazione dell'art. 416-bis cod. pen. e della struttura del reato» [Cass., sez. I, ord. 28 gennaio (dep. 9 febbraio) 2021, n. 5071]. Al momento della pubblicazione del presente articolo si conosce soltanto la decisione delle Sezioni Unite del 27 maggio 2021, mentre non sono ancora state depositate le motivazioni. In particolare, nel comunicato si legge che «la condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso si sostanzia nello stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa della associazione. Tale inserimento deve dimostrarsi idoneo, per le caratteristiche assunte nel caso concreto, a dare luogo alla “messa a disposizione” del sodalizio stesso, per il perseguimento dei comuni fini criminosi. Nel rispetto del principio di materialità ed offensività della condotta, l'affiliazione rituale può costituire indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio, ove risulti – sulla base di consolidate e comprovate massime di esperienza – alla luce degli elementi di contesto che ne comprovino la serietà ed effettività, l'espressione non di una mera manifestazione di volontà, bensì di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione». Sembra, cioè, che la mera affiliazione non sia idonea, di per sé sola, a fondare una responsabilità penale ai sensi dell'art. 416-bis, co. 1, c.p., ma che essa debba essere suffragata da ulteriori elementi dimostrativi dell'operatività del soggetto all'interno del clan. Se così fosse – e sarebbe decisione saggia e condivisibile – si potrebbe ipotizzare l'impiego di una misura di prevenzione proprio nei confronti del soggetto rispetto al quale vi sia la prova del solo rituale di affiliazione e non anche della sua “messa a disposizione”. In questo modo si porrebbe rimedio al rischio di un uso indiscriminato della sanzione penale e, al contempo, si attiverebbe comunque una forma di controllo nei confronti di chi abbia inequivocabilmente manifestato vicinanza all'associazione mafiosa. Prospetta questa ipotesi applicativa anche D. Albanese, *Misure di prevenzione personali e giusto processo. Un equilibrio possibile in un sistema ai confini della giurisdizione penale*, Tesi di dottorato, UniMi, a.a. 2018/2019, pp. 474-5.

– oppure su fatti *costituenti reato* che, unitamente a dati legislativamente prestabiliti attinenti alla persona dell'autore, siano espressivi di una significativa pericolosità sociale, ma che, al contempo, non siano stati sanzionati all'esito del processo penale (perché, ad es., manca una condizione di procedibilità o è *medio tempore* sopraggiunta la prescrizione del reato).

In altri termini, lo sforzo del legislatore deve essere quello di attrarre nel raggio operativo della prevenzione *soltanto* quei comportamenti che, in ragione dell'allarme sociale suscitato e della loro intrinseca pericolosità, siano davvero *meritevoli* di un intervento statuale "di supplenza" rispetto a quello offerto all'interno del circuito penale strettamente inteso. La logica deve essere quella dell'*extrema ratio* dell'intervento preventivo: nella prospettiva suggerita in questo scritto, attribuendo al sistema di prevenzione una funzione *complementare* (e non più surrogatoria) rispetto al diritto penale, esso verrebbe impiegato solo nei (pochi e ben selezionati) casi in cui lo Stato non può permettersi di rimanere inerte di fronte al pericolo di commissione di gravi reati (su tutti, i reati di criminalità organizzata e di terrorismo, così come le più perniciose forme di criminalità economica).

Ovviamente, alla riscrittura dei presupposti applicativi dovrebbe seguire anche il ripensamento dei contenuti della risposta preventiva, i quali dovrebbero essere, al contempo, *meno afflittivi* rispetto alla complessiva risposta sanzionatoria comminata dal legislatore in relazione ai reati della cui prevenzione si tratta e *proporzionati* alla finalità perseguita (v. anche *infra*, 4.3.).

Solo in questo modo si raggiungerebbe il duplice obiettivo di un pieno rispetto del principio di legalità e dell'individuazione di un ambito di operatività autonomo del diritto preventivo rispetto al diritto (e al processo) penale in senso stretto.

4.3. Verso un coordinamento tra misure di prevenzione e misure di sicurezza.

Una terza e ultima implicazione della tesi che abbiamo cercato qui di sostenere riguarda il coordinamento (o, più auspicabilmente, l'unificazione) delle misure di prevenzione con le misure di sicurezza.

Del resto, che le misure di prevenzione e le misure di sicurezza siano per molti aspetti simili e perseguano il medesimo fine di contenimento della pericolosità sociale è da tempo riconosciuto sia dalla dottrina¹⁰⁵ sia soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale, la quale, oltre ad affermare espressamente che le due tipologie di misure possono considerarsi «due *species* di un unico *genus*»¹⁰⁶, ha in diversi casi richiamato la

¹⁰⁵ In questo senso F. Basile, *Manuale delle misure di prevenzione*, cit., p. 7; A. Marucci, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Rass. Studi penit.*, 1957, p. 589 ss.; P. Nuvolone, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 652; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza*, cit., p. 241.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. 16-22 dicembre 1980, n. 177, § 4 dei *Considerato in diritto*.

comunanza di finalità e contenuti dei due istituti¹⁰⁷ e, anche quando ha cercato di tenere ben distinte e separate le misure di prevenzione e le misure di sicurezza, si è invero limitata a una petizione di principio¹⁰⁸.

Poco convincente, poi, è il criterio attraverso il quale solitamente si differenziano le misure di prevenzione dalle misure di sicurezza, e cioè il riferimento all'operatività *ante delictum* delle prime e all'operatività *post delictum* delle seconde. E ciò per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, non sempre le misure di sicurezza presuppongono la commissione di un reato, potendo trovare applicazione anche nei casi di istigazione o accordo non seguiti dalla commissione del reato (art. 115 c.p.) e di reato impossibile (art. 49 c.p.). Inoltre, l'art. 202, co. 2, c.p. dispone che «la legge penale determina i casi nei quali a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non previsto dalla legge come reato», suggerendo dunque la possibilità per il legislatore di introdurre ulteriori ipotesi – diverse rispetto a quelle di cui agli artt. 49 e 115 c.p. – di applicazione delle misure di sicurezza in assenza della previa commissione di un reato.

In secondo luogo, come autorevolmente osservato, nell'applicazione delle misure di sicurezza non bisogna sovrastimare il ruolo giocato dal reato, potendo a esso attribuirsi tutt'al più il valore di mero «sintomo tra gli altri sintomi» della pericolosità sociale del soggetto¹⁰⁹. In altri termini, la previa commissione di un reato non è un dato suscettibile di caratterizzare univocamente le misure di sicurezza.

In terzo luogo, già oggi le misure di prevenzione presuppongono – o *per espressa previsione di legge* (il riferimento è all'art. 4, lett. g, cod. antimafia¹¹⁰) o *di fatto* (il riferimento

¹⁰⁷ Si vedano, ad es., Corte cost., sent. 20-30 giugno 1964, n. 68, dove si afferma che «[è] vero che il fondamento comune e la comune finalità delle misure di sicurezza e di quelle di polizia di sicurezza si trovano nella esigenza di prevenzione di fronte alla pericolosità sociale del soggetto»; Corte cost., sent. 20-25 marzo 1975, n. 69, § 5 dei *Considerato in diritto*, dove si estendono al procedimento di prevenzione considerazioni già svolte in relazione ai poteri investigativi del giudice di sorveglianza (art. 637 del previgente c.p.p.) nell'applicazione delle misure di sicurezza.

¹⁰⁸ Ad es., Corte cost., sent. 28 ottobre-5 novembre 2004, n. 321, § 3 dei *Considerato in diritto*, dove si legge che i rilievi formulati dai giudici rimettenti si basano sul confronto tra settori direttamente non comparabili, posto che il procedimento di prevenzione, il processo penale e il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza sono dotati di proprie peculiarità, sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali; tali peculiarità, tuttavia, non vengono indagate dalla Corte costituzionale.

¹⁰⁹ In questo senso B. Petrocelli, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940, p. 229, dove l'A. recisamente afferma che «[n]el nostro diritto positivo riceve piena conferma l'orientamento che assegna al reato come sintomo un valore, di regola, soltanto relativo, cioè di sintomo fra gli altri sintomi, e al reato come presupposto per la dichiarazione di pericolosità criminale e per l'applicazione delle misure di sicurezza un valore soltanto di limite legale di opportunità e di convenienza».

¹¹⁰ Ai sensi della lett. g) dell'art. 4 cod. antimafia, infatti, possono essere destinatari della sorveglianza speciale coloro che «siano stati *condannati* per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato nella lettera d)».

è alle fattispecie di pericolosità generica¹¹¹ e alle fattispecie indiziarie¹¹²) – la commissione di uno o più reati¹¹³.

Con quanto appena detto non intendiamo sostenere che le misure di prevenzione debbano essere *sic et simpliciter* trasformate in misure di sicurezza¹¹⁴, perché, come si è cercato di dimostrare andando oltre le etichette e alcuni equivoci classificatori, per certi versi le misure di prevenzione sono *già* misure di sicurezza, seppure con presupposti leggermente diversi.

La nostra idea – che in questa sede può essere soltanto accennata, ma che può comunque costituire un punto di partenza per proposte maggiormente strutturate in una prospettiva *de iure condendo* – è, invece, di più ampio respiro e può riassumersi nella definizione di strumenti di contenimento e controllo della pericolosità sociale, operanti tanto in un orizzonte *ante delictum* quanto in un orizzonte *post delictum*, che:

- a) siano basati su presupposti soggettivi *criminologicamente pregnanti* e *non intersecanti il diritto criminale* in senso stretto (v. *supra*, 4.2.);
- b) presentino contenuti proporzionati alle *specifiche finalità di prevenzione* che si intendono perseguire e siano idonei a contenere le *specifiche manifestazioni di pericolosità* delle singole tipologie di soggetti individuati come possibili destinatari di misure preventive;
- c) svolgano una funzione *complementare e di supporto* al diritto e al processo penale, solo ed esclusivamente in relazione ai *fenomeni criminali di maggiore allarme sociale*.

Si tratterebbe, in sostanza, di ripensare radicalmente non soltanto le misure di prevenzione, ma anche le misure di sicurezza: una prospettiva, quella della riforma complessiva delle misure di sicurezza, che peraltro è ormai da tempo avanzata dalla

¹¹¹ Si veda, ad es., Cass., sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), n. 349, Bosco, nella quale si legge espressamente che il pericoloso generico è colui che «ha, in precedenza, commesso dei “delitti”».

¹¹² Per loro natura, tutte le fattispecie indiziarie fanno operare la misura di prevenzione come misura *post delictum*: attribuendo rilievo, infatti, agli indizi di avvenuta commissione del reato, la misura preventiva interviene necessariamente *dopo* che il delitto è stato commesso, e svolge tutt'al più una funzione cautelare e/o antirecidivante.

¹¹³ Rileva questo aspetto già con riferimento alla legislazione precedente al codice antimafia G. Vassalli, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di B. Petrocelli*, Milano, 1972, p. 1627-1628, dove l'A., dopo aver osservato che «nemmeno ci sembra che sia molto importante, ai fini della distinzione tra misure di sicurezza e misure di prevenzione, il legame, indubbiamente più diretto, delle prime con il reato», rileva che «nel maggior numero dei casi anche le misure di prevenzione presuppongono la commissione di reati da parte del soggetto che vi viene sottoposto» e che «[l]a circostanza che tali reati non abbiano bisogno di essere stati giudizialmente accertati (...) non è decisiva per creare quella netta contrapposizione con la materia penale che il Ferri ed altri autori postulavano».

¹¹⁴ È la tesi di A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, p. 209 ss., e di D. Petrini, *Le misure di prevenzione personali: espansioni e mutazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1539.

dottrina¹¹⁵, purtroppo senza successo¹¹⁶.

Ci pare, in conclusione, che questa sia l'unica via per congedarsi definitivamente da due istituti – quali sono le misure di prevenzione e le misure di sicurezza – che oggi altro non sono che scorie di un passato di cui non siamo ancora riusciti a liberarci, sostituendoli con nuovi strumenti che, in un'ottica di *extrema ratio* e di piena protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, possano affiancare il diritto penale nella prevenzione della criminalità.

¹¹⁵ In particolare, una parte della dottrina già in passato aveva suggerito di abbandonare il doppio binario, in favore di un sistema sanzionatorio incentrato sulla pena e sul concetto di responsabilità personale: F. Antolisei, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, p. 132; di recente, nello stesso senso, S. Moccia, *Da Kant al 'binario unico'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 533 ss. Un'altra parte della dottrina, invece, ha proposto un ripensamento del sistema delle misure di sicurezza, il quale dovrebbe rivolgersi solamente ai soggetti non imputabili come complesso di misure alternative o "vicarie" rispetto alla pena, caratterizzate da contenuti trattamentali e curativi: in questo senso, pur con diverse sfumature, E. Musco, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1983, p. 9; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario: vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, p. 350 ss. Una terza voce dottrinale, infine, ha sostenuto la praticabilità di un doppio binario "corretto", caratterizzato da un rapporto di vicarietà della misura di sicurezza rispetto alla pena: G. Marinucci, *Politica criminale e riforma del sistema penale*, in G. Marinucci, E. Dolcini, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 92.

¹¹⁶ Il riferimento è, in particolare, all'art. 1, co. 16, lett. d), l. 23 giugno 2017, n. 103, con il quale legislatore aveva finalmente delegato l'esecutivo a riformare la disciplina delle misure di sicurezza sulla base dei criteri direttivi del ridimensionamento del doppio binario a vantaggio di misure riabilitative e terapeutiche e del minor sacrificio possibile della libertà personale. Nello specifico, veniva indicata la via dell'abbandono della doppia sanzione per i non imputabili e per i semimputabili, per i quali avrebbero dovuto essere predisposte misure curative e risocializzanti; mentre per gli imputabili la combinazione di pena e misura di sicurezza avrebbe dovuto essere confinata ai soli gravi reati di cui all'art. 407, co. 2, lett. a), c.p.p. Anche questa occasione, tuttavia, è alfine sfumata per il mancato esercizio della delega entro il termine di un anno fissato dalla l. n. 103/2017.