

L'INDICE PENALE

Rivista fondata da
PIETRO NUVOLONE

Diretta da
ALESSIO LANZI

Tra l'altro in questo numero:

- La nuova legittima difesa
- Il cyberbullismo
- L'autoriciclaggio
- La castrazione farmacologica

SEZIONE ONLINE



Giuridica Editrice
Roma

Direttore

Alessio Lanzi

Comitato di Direzione

Alberto Cadoppi, Luigi Stortoni, Piermaria Corso. Stefano Canestrari, Gaetano Insolera, Nicola Mazzacuva, Filippo Sgubbi. Antonio Cavaliere.

Comitato Scientifico

Franco Coppi, Angelo Giarda, Antonio Pagliaro, Mario Pisani, Fabrizio Ramacci, Roland Riz, Giorgio Spangher, Sergio Vinciguerra, Renato Bricchetti, Ubaldo Giuliani Balestrino, Bartolomeo Romano, Giulio Ubertis, Paolo Veneziani, Salvatore Aleo, Gabriele Fornasari.

Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Fausto Giunta, Vittorio Manes, Domenico Pulitanò, Francesco Tagliarini, Marco Zanotti, Roberto E. Kostoris.

Josè de Faria Costa-*Coimbra*, Fermin Morales Prats-*Barcelona*, Jean Pradel-*Poitiers*, Alexander McCall Smith-*Edinburg*, Gonzalo Quintero Olivares-*Tarragona*.

Kai Ambos-*Göttingen Georg August*, Nilo Batista-*Rio de Janeiro*, Luisa Cuerda Arnau-*Castellon*, Victor Moreno Catena-*Madrid Carlos III*, Helmut Satzger-*Monaco di Baviera*, Josep Maria Tamarit Sumalla-*Lleida*, John Vervaele-*Utrecht*.

Comitato di Redazione Milanese

Paolo Aldrovandi, Daniele Carra, Paolo Damini, Gian Paolo del Sasso, Stefano Delsignore, Letizia d'Altia, Massimiliano Lanzi, Luca Monticelli, Cosimo M. Pricolo, Stefano Putinati, Lorenza Tosato, Luca Beltrami, Jessica Bertolina, Malaika Bianchi, Mario L'Insalata, Maria Chiara Parmiggiani, Angelo Giuliani (Segretario), Matteo Leonida Mattheudakis, Flavio Argirò, Pietro Sorbello.

Comitato di Redazione Bolognese

Enrico Amati, Davide Bertaccini (Segretario), Marco Bortoluzzi, Gian Marco Caletti, Paolo Caroli, Francesca Consorte, Désirée Fondaroli, Emanuela Fronza, Alessandro Gamberini, Tommaso Guerini, Pietro Insolera, Federico Mazzacuva, Fabio Nicolichia, Antonio Pugliese, Nicola Recchia, Valeria Torre.

Comitato Scientifico per la valutazione

Enrico Mario Ambrosetti, Giuseppe Bellantoni, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Andrea Castaldo, Luigi Foffani, Giovanni Grasso, Roberto Guerrini, Vincenzo Maiello, Marco Mantovani, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Sergio Moccia, Michele Papa, Costantino Visconti, Pier Paolo Paulesu, Laura Scomparin.

Javier Alvarez Garcia-*Madrid Carlos III*, Carlos Maria Romeo Casabona-*Bilbao*, Miriam Cugat Mauri-*Barcelona Autonoma*, Roberto D'Avila-*Rio Grande do Sul Cattolica*, Nicolas Garcia Rivas-*Castilla La Mancha*, Guillermo Portilla Contreras-*Jaen*, Inmaculada Valeije Alvarez-*Vigo*, Eugenio Raul Zaffaroni-*Buenos Aires*.

Hanno diretto la Rivista:

Pietro Nuvolone dal 1967 al 1984

Mario Pisani dal 1985 al 1996

Realizzazione editoriale

Studio Editoriale Cafagna, Barletta

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 81, in data 27 marzo 2015

N° 3/2019

Editoriali e opinioni

ROBERTO RAMPIONI – «La nuova legittima difesa».....	429
---	-----

Saggi e studi

CRISTINA COLOMBO – Il cyberbullismo una particolare tipologia di devianza	441
ETTORE CRIPPA – Vicissitudini processuali del reato permanente	459
GIULIA FIORELLI – Il “doppio binario” <i>in executivis</i> , tra nuove tendenze e residue incertezze.....	489
ANNALISA LUCIFORA – La tutela dei diritti dei migranti quale parametro irrinunciabile delle politiche di controllo dell’immigrazione	530
FEDERICO MAZZACUVA – Il delitto di autoriciclaggio a quasi un lustro dalla sua entrata in vigore: un bilancio provvisorio	545
ANTONIO PUGLIESE – La costruzione del ricordo. Osservazioni sui rischi di “inquinamento” giornalistico del testimone	570
MARIANGELA TELESCA – La proposta di legge sulla castrazione farmacologica. Verso la riscoperta delle pene corporali: ossia prove di arcaismo penale	596

Temi e questioni della giustizia penale e politica criminale

GABRIELE MARRA – I fondamenti liberali del diritto di punire, oggi, tra norma e società	631
FRANCESCA JOLE GAROFOLI – Il segreto e l’informazione nel processo penale: a proposito degli strumenti di ricerca delle verità.....	667

Recensioni e schede

PAOLO CAROLI, recensione a Kai Ambos, <i>Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung</i>	699
--	-----

PAOLO CAROLI, recensione a E. Maculan, *Los crímenes internacionales en la jurisprudencia latinoamericana* 705

GIUSEPPE DI FEDERICO, Riflessioni sul libro di Edmondo Bruti Liberati, *“Magistratura e società nell’Italia repubblicana”* 711

Hanno collaborato 715

On Line:

- Osservatori
 - Corte europea dei diritti dell’uomo (di LAURA BARTOLI, GIAN MARCO CALETTI, LORENZO CARSETTI, ANNARITA DE RUBEIS, NICOLA MARIA MAIELLO, FABIO NICOLICCHIA, ANTONIO PUGLIESE e ALESSANDRA SANTANGELO)..... 1
 - Corte costituzionale italiana (di ENRICO AMATI, DAVIDE BERTACCINI e PIETRO INSOLERA)..... 24
 - Tribunale costituzionale spagnolo (di ANTONIO PUGLIESE)..... 38
 - Corte suprema britannica (di GIAN MARCO CALETTI) 40
 - Corte suprema statunitense (di PIETRO INSOLERA)..... 42
 - Processo penale (di VINCENZO GAROFOLI) 67
 - Misure di prevenzione (di CARLOTTA CASSANI, FRANCESCA CONSORTE e FABIO NICOLICCHIA) 72

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Art. 2 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 25 giugno 2019, Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania (ric. n. 41720/13)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194307>

La Grande Camera della Corte di Strasburgo interviene, con una soluzione a maggioranza e non completamente condivisa (atteso il numero di opinioni dissenzianti allegate alla sentenza), sui rapporti tra art. 2 e art. 3 CEDU in caso di c.d. *non-fatal cases*.

Il caso oggetto della sentenza concerne un'ipotesi di gravi lesioni personali conseguenti ad un incidente stradale. Il ricorrente, che all'epoca dei fatti era un giudice in servizio, era rimasto coinvolto in un sinistro con altre due vetture (di cui una era, peraltro, una camionetta dell'esercito) a seguito del quale aveva riportato serissime lesioni. L'incidente era stato oggetto di numerosi procedimenti, sia civili che penali, i quali tutti però avevano avuto un esito negativo per la vittima. In particolare, il ricorrente lamentava la mancata completezza delle indagini, sostenendo che nei procedimenti penali riguardanti l'incidente la raccolta delle prove era stata incompleta (avendo le diverse autorità giudiziarie rifiutato molte delle sue istanze per acquisire altre prove) e viziata da errori e irregolarità.

Come è noto, la Corte EDU ha nel tempo esteso la portata dell'art. 2, che protegge il diritto alla vita, fino a ricomprendervi anche eventi dannosi dall'esito non fatale per la vittima, così arrivando a lambire l'ambito di applicazione dell'art. 3 CEDU, che è nel tempo divenuta la norma di riferimento per la tutela dell'integrità psico-fisica dell'individuo. Entrambe le norme garantiscono elevati standard di tutela ed, in particolare, prevedono l'obbligo positivo dello Stato di approntare un sistema giudiziario che riconosca una tutela effettiva ed immediata per la vittima.

Con la sentenza in commento la Corte chiarisce definitivamente – superando alcune pronunce che avevano ricondotto nell'alveo dell'art. 3 casi di incidenti stradali (*Kraulaidis v. Lithuania*, ric. n. 76805/11, 8 novembre 2016) e incidenti sul

lavoro (*Mažukna v. Lithuania*, ric. n. 72092/12, 11 aprile 2017) – che gli eventi dannosi derivanti da condotte colpose (“*bodily injuries and physical and mental suffering experienced by an individual following an accident which is merely the result of chance or negligent conduct*”) non rientrano nell’ambito dell’art. 3 il quale, nel riferirsi ad un “trattamento inumano o degradante”, limita la propria operatività a condotte *dolose*. I casi riguardanti condotte colpose, coinvolgono o meno le autorità pubbliche, devono essere esaminati nel contesto dell’art. 2 CEDU.

Specificando meglio, la Corte afferma che l’art. 2 è applicabile agli incidenti derivanti da condotte colpose se l’attività nel cui contesto avviene l’incidente sia dannosa nella sua propria natura e abbia posto la vita del ricorrente in un pericolo attuale ed imminente, o se le lesioni da questo subite siano tanto serie da costituire una minaccia alla vita stessa. Afferma ancora che meno evidente è l’attualità del pericolo che deriva dalla natura dell’attività, maggiormente significativo deve essere il requisito della gravità delle lesioni patite dalla vittima. Quest’ultimo è propriamente il caso in cui un’attività altamente rischiosa svolta da privati, quale la circolazione stradale, sia tuttavia regolata in dettaglio con un impianto normativo e amministrativo riconosciuto come adeguato e sufficiente a ridurre il rischio per la vita.

La Corte chiarisce ancora che quanto ai contenuti della tutela offerta dall’art. 2, essa comprende l’obbligo di garantire un procedimento giurisdizionale effettivo ed imparziale, che tuttavia si articola diversamente a seconda della tipologia di condotta posta in essere: un vero e proprio obbligo di incriminazione sussiste, infatti, soltanto a fronte di atti dolosi volti a porre in pericolo la vita, mentre per i fatti colposi viene ritenuto sufficiente anche un procedimento civile o disciplinare (§158-159). Esprime, inoltre, a chiare lettere che l’art. 2 non garantisce in caso di incidente derivante da una condotta colposa l’apertura di un procedimento penale (§172) e men che meno di una condanna penale (§185).

Più nello dettaglio, si afferma che l’obbligo di svolgere un’indagine adeguata nel caso di incidente stradale è assolto se le autorità compiano tutti gli sforzi ragionevolmente esigibili data la realtà del lavoro investigativo, vale a dire mettere a disposizione le risorse necessarie, assicurarsi che vengano svolti i rilievi sul posto e siano raccolte nell’immediatezza tutte le prove necessarie, che queste siano trattate e custodite in modo da eliminare il rischio di omissioni che possano successivamente minare la possibilità di stabilire eventuali responsabilità (§162).

Ciò posto, la Corte ritiene non violato l’art. 2 nel merito perché benché le indagini siano durate a lungo e non siano riuscite ad accertare la responsabilità di alcuno, tuttavia le autorità avevano fatto tutto quanto in loro potere per chiarire la dinamica dell’incidente.

In conclusione, la Corte con la sentenza in commento chiarisce il discrimine tra gli articoli 2 e 3 CEDU in caso di *non-fatal cases*. La riconduzione delle condotte colpose che cagionino lesioni personali nell’ambito della tutela offerta dall’art. 2 piuttosto che in quello dell’art. 3 se, da un lato, presenta minime conseguenze quanto ai contenuti della stessa, atteso che gli artt. 2 e 3 garantiscono sostanzial-

mente analoghi standard, dall'altro potrebbe incidere sul livello di severità della lesione richiesto per l'attivazione della tutela stessa, essendo diversi i parametri cui le norme fanno riferimento ed, in particolare, richiedendo l'art. 2 un rischio imminente e reale per la vita della vittima o una lesione di gravità tale da costituire essa stessa una minaccia alla vita. D'altra parte, anche tale differenza pare sdrammatizzata dal fatto che anche nel contesto dell'art. 3 la Corte richiede una "*soglia minima di gravità*" della lesione dell'integrità fisica adeguata all'elevato standard di tutela richiesto dalla norma, parametro che ha finora evitato il rischio di "bagatelizzazione" delle controversie relative.

ANNARITA DE RUBEIS

* * *

Art. 3 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 13 giugno 2019, Marcello Viola c. Italia (n. 2) (ric. n. 77633/16)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194036>

La sentenza che si segnala appare particolarmente significativa in quanto, per la prima volta, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata in materia di ergastolo ostativo (artt. 22 c.p., 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit.), rilevandone l'incompatibilità con l'art. 3 Cedu e stabilendo che la previsione di una "pena perpetua", destinata a rimanere tale a meno che il reo non assuma una condotta di collaborazione con la giustizia, è in contrasto con il principio della dignità umana, principio fondante l'intero articolato convenzionale.

La vicenda giudiziaria oggetto della pronuncia è relativa alla condizione penitenziaria di Marcello Viola, uno dei protagonisti di un sanguinario conflitto tra clan della 'Ndrangheta avvenuto tra la metà degli anni '80 e la fine degli anni '90. Il ricorrente era stato condannato all'ergastolo all'esito di due distinti procedimenti, uno per il reato di associazione per delinquere di stampo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), aggravata dall'aver operato in veste di promotore/organizzatore, l'altro per la realizzazione di una serie di "delitti-scopo" (tra cui anche più omicidi), aggravati dall'uso del "metodo mafioso".

Rispetto a tali crimini, il Sig. Viola si è sempre proclamato innocente.

Questi, nel 2015, a seguito di un fallito tentativo di accesso al beneficio del permesso premio, ha presentato istanza di liberazione condizionale. La richiesta è stata respinta dal magistrato di sorveglianza in ragione della rilevata assenza della "collaborazione" con l'autorità giudiziaria (*ex* artt. 4-*bis* e 58-*ter* ord. penit.), come noto elemento indispensabile per l'accesso alle misure premiali. Il provvedimento di diniego è stato impugnato e sottoposto al vaglio del Tribunale di Sorveglianza, investito anche di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la (asserita)

contrarietà del regime di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. al finalismo rieducativo della pena sancito dall'art. 27, comma 3, Cost. Il contrasto veniva in particolare individuato dalla difesa di Viola nell'“automatismo” in forza del quale la collaborazione si presenta come l'unica via di accesso ai benefici penitenziari per coloro che sono sottoposti al regime detentivo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. La questione è stata tuttavia dichiarata manifestamente infondata da tutti i giudici “interni”, compresa la Corte di Cassazione, la quale non si è discostata dalle argomentazioni emerse nei giudizi di merito.

Così la vicenda di Viola è giunta a Strasburgo, ove, come detto, si è rilevata l'incompatibilità del paventato “meccanismo automatico” con l'art. 3 della Cedu. La Corte, prendendo le mosse dai principi enucleati nella sua giurisprudenza in materia di “pene perpetue”, riconosce che l'ergastolo ostativo si conforma come una pena “non riducibile” *de jure e de facto*. A differenza dell'ergastolo ordinario che consente di sospendere la pena dopo che siano stati scontati ventisei anni di reclusione, l'ergastolo ostativo prevede un divieto di accesso alla liberazione condizionale, ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione. Viene osservato che tale divieto si fonda su una presunzione assoluta di pericolosità sociale, desunta direttamente ed esclusivamente dall'assenza di collaborazione da parte del reo, dalla quale viene automaticamente dedotta la persistenza dei rapporti tra il condannato e l'organizzazione criminale mafiosa di appartenenza. Difetta, dunque, a giudizio della Corte, in questo meccanismo, una qualsivoglia forma di valutazione “concreta” da parte del giudice del percorso di rieducazione effettivamente operato dal condannato, nonché della effettiva pericolosità sociale dello stesso. Di contro, nessuna rilevanza è concessa, ove manchi la collaborazione con l'autorità giudiziaria, all'aver soddisfatto i requisiti previsti all'art. 22 c.p. in materia di reinserimento progressivo del condannato all'ergastolo, vale a dirsi la positività della condotta assunta in carcere dal detenuto, la sua adesione a eventuali percorsi di rieducazione, la progressione del percorso di trattamento e la prova positiva dell'emenda. La descritta presunzione, inoltre, incide sulla possibilità per il giudice, in sede di valutazione, di prendere in considerazione altri elementi, dai quali si potrebbe dedurre la persistenza o meno di collegamenti con l'organizzazione criminale. Il legislatore considera la personalità del condannato come se questa restasse “immutata” e rimanesse identica a quella che lo caratterizzava nel momento in cui ha commesso i fatti penalmente rilevanti. Ciò appare in antitesi con qualsiasi logica rieducativa, nonché in contrasto con la stessa centralità della progressività e flessibilità della pena, ai fini del graduale reinserimento del condannato nella società, che è stata recentemente evidenziata dalla Corte Costituzionale italiana (sent. 149/2018).

La Corte di Strasburgo si sofferma specificatamente pure sul requisito della “collaborazione” (art. 58-*ter* ord. penit.), sottolineando come gli unici casi in cui il condannato non è tenuto a prestarla sono quelli della sua impossibilità o irrilevanza. Ancorché tale regime sia dettato dall'apprezzabile volontà di contrastare a tutto tondo il fenomeno mafioso, viene osservato nella motivazione come tale scel-

ta legislativa finisca per anteporre in modo evidente la finalità general-preventiva a quella rieducativa, la cui preminenza è affermata nella Carta Costituzionale italiana e ribadita in molteplici occasioni dalla Corte Edu.

La Corte, poi, spostandosi sul piano “sostanziale” osserva che l’assenza di collaborazione con la giustizia non sempre è indice della volontà di mantenere i rapporti con l’associazione di appartenenza, ma può configurarsi come la conseguenza di altri fattori, come il timore che dall’atto di collaborazione possano derivare pregiudizi e pericoli, a causa di possibili ritorsioni, a danno propri familiari. Non solo: nelle ipotesi in cui si chiede di collaborare ad un soggetto che si professa innocente (come nel caso di specie), la collaborazione può risultare, di fatto, una richiesta implicita di rinuncia alla manifestazione della propria convinzione di innocenza, che si traduce in un costringimento ad assumere una posizione in senso opposto alla direzione che discernerebbe dal proprio convincimento interiore. Ne consegue una possibile lesione della sfera della libertà morale dell’individuo, della sua dignità.

In conclusione, manca la possibilità per il reo di sapere cosa potrà fare perché prima della propria morte possa tornare in stato di libertà: condizione che è il requisito di liceità di qualsiasi forma di ergastolo, che altrimenti assume i caratteri di un trattamento inumano. Nelle more della pubblicazione del presente osservatorio, la pronuncia commentata è diventata definitiva in ragione del rigetto da parte della Corte della richiesta del Governo Italiano di rinvio alla Grande Camera.

GIAN MARCO CALETTI

* * *

Art. 6 Cedu

1) Corte europea dei diritti dell’uomo, Grande Camera, 25 giugno 2019, Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania (ric. n. 33349/10)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194307>

Il signor Tănase, giudice, ricorre alla Corte e.d.u. lamentando principalmente l’inadeguatezza e l’eccessiva durata delle indagini relative a un grave incidente stradale in cui era rimasto coinvolto.

Il procedimento penale per lesioni colpose gravi ai danni del ricorrente era infatti stato archiviato a seguito di sette anni e sei mesi di indagini chiuse e riaperte, consulenze tecniche opposte negli esiti e ricostruzioni contrastanti della dinamica dell’incidente. La richiesta di risarcimento del ricorrente, parte civile del procedimento penale, non era quindi mai stata esaminata del merito, nonostante gli anni trascorsi tra accertamenti e opposizioni.

Il signor Tănase ipotizza quindi – tra l’altro – la violazione dell’art. 6 § 1 C.e.d.u., da considerare qui rilevante nel suo versante civilistico data la qualità di parte civile

che il soggetto rivestiva nel giudizio. In particolare, le doglianze fondate sulla disposizione erano due: da un lato, il ricorrente riteneva violato il suo diritto d'accesso alla giustizia; dall'altro, lamentava l'irragionevole durata del procedimento.

A suo avviso, l'archiviazione del caso aveva nei fatti impedito un esame nel merito della sua domanda, precludendogli l'accesso a un giudice. La Corte, richiamandosi a numerosi precedenti, ha ricordato che ciascun cittadino ha diritto a vedere esaminata la propria causa; tuttavia, le concrete modalità d'accesso alla giustizia sono disciplinate dai singoli stati, che non possono non godere di un certo margine d'apprezzamento. Tale discrezionalità è censurabile soltanto se le norme si dimostrano talmente restrittive da pregiudicare l'essenza stessa del diritto o se le limitazioni poste non sono proporzionali al fine (legittimo) che perseguono.

Inoltre, la Corte ha precisato che la Convenzione non garantisce il diritto alla condanna o all'apertura di un processo penale a carico di terzi; gli stati possono consentire alla vittima d'introdurre una richiesta di risarcimento nell'ambito del processo penale. Se la domanda della parte civile non fosse però mai esaminata in questa sede, è necessario chiedersi se esistano alternative efficaci per presentarla a un giudice.

Nel caso di specie, il ricorrente non solo avrebbe potuto scegliere sin dall'inizio in quale sede – civile o penale – far valere la propria pretesa; ma avrebbe potuto introdurre una causa civile anche dopo la conclusione sfavorevole delle indagini in sede penale. Il suo diritto d'accesso alla giustizia, quindi, non deve ritenersi violato.

Quanto alla durata del procedimento, che il ricorrente riteneva irragionevole, la Corte ha posto l'accento da un lato sulla complessità del caso – fattore di per sé in grado di giustificare una dilatazione temporale – e dall'altro sulla condotta del ricorrente, che non aveva collaborato pienamente con gli investigatori; aveva chiesto uno spostamento della sede del processo; aveva impugnato ogni decisione della procura; aveva contrastato le conclusioni di tutte le memorie presentate dai consulenti tecnici, richiedendo e spesso ottenendo ulteriori accertamenti in ogni fase. Al ricorrente – conclude la Corte – non può essere rimproverato di aver fatto uso di tutti gli strumenti che la legge gli metteva a disposizione, ma allo Stato non può essere rimproverato l'allungamento dei tempi che inevitabilmente ne è derivato. In più, le autorità sono rimaste attive per tutti i sette anni e mezzo di definizione della vicenda, senza causare ritardi degni di nota. La Corte ha così dichiarato che la durata del procedimento, globalmente considerato, appare ragionevole.

2) Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, 18 giugno 2019, Chernenka e altri c. Ucraina (ric. n. 74768/10)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193877>

Nel 2010, a Kharkiv, iniziava la costruzione di una strada il cui progetto prevedeva l'abbattimento di 503 alberi nel Gorky Park; l'inizio delle operazioni di taglio, tuttavia, aveva attirato le proteste di alcuni cittadini. I più decisi avevano attivamente tentato di bloccare i lavori, mentre la polizia cercava di allontanare i manifestanti dal cantiere.

Nell'ambito di questa vicenda s'innesta il ricorso, che raccoglie le doglianze di undici diversi soggetti; solo due hanno lamentato la violazione dell'art. 6 § 1 C.e.d.u.

Stando alla loro versione dei fatti, i due soggetti si erano trovati nell'area del cantiere, rispettivamente, per caso e per curiosità, non sapendo di entrare in un'area cui fosse vietato l'accesso. I due sono stati arrestati e accusati di aver disobbedito all'ordine della polizia di allontanarsi, un'infrazione amministrativa; entrambi i ricorrenti, tuttavia, sostenevano di non aver ricevuto – o almeno, di non aver udito – alcun ordine a loro diretto; nonostante ciò, il tribunale comminava loro il massimo della pena: quindici giorni di detenzione amministrativa.

La condanna, immediatamente esecutiva, veniva quindi impugnata il 10 giugno 2010; l'appello era trattato nell'udienza del 18 giugno 2010, mentre i due ricorrenti erano ancora in carcere. La Corte d'Appello, in parziale riforma della condanna, ha portato la pena da quindici a nove giorni di reclusione; la sentenza è divenuta definitiva l'indomani, giorno in cui i ricorrenti venivano rilasciati per aver scontato il castigo per intero.

I due condannati lamentavano dunque la violazione dell'art. 6 § 1 C.e.d.u. perché la decisione d'appello era stata emessa senza che loro partecipassero all'udienza. Non avevano fatto richiesta di essere tradotti dal luogo di detenzione, infatti, perché sapevano che una tale domanda avrebbe fatto slittare in avanti il giorno dell'udienza, lasciandoli in carcere per l'intera durata della loro condanna e rendendo perfettamente inutile un'eventuale riforma *in melius* della sentenza impugnata.

Il Governo, d'altro canto, ha fatto notare come i due ricorrenti fossero rappresentati nel processo d'appello da un difensore di fiducia; non erano state richieste o presentate nuove prove e la pena era comunque stata rivista al ribasso: l'assenza degli imputati, quindi, non era sembrata pregiudizievole.

La Corte e.d.u. nota innanzitutto che la severità della pena è tale da consentire l'applicazione del *volet* penale dell'art. 6 C.e.d.u., nonostante la natura amministrativa che il procedimento riveste sul piano interno. Il ragionamento della Corte prosegue poi ammettendo che gli stati non hanno l'obbligo di allestire un giudizio d'appello ma, se è previsto, anche questo deve svolgersi nel rispetto delle garanzie dettate dall'art. 6 C.e.d.u.; in questo frangente, una corte chiamata a valutare della colpevolezza o dell'innocenza di un soggetto non può astenersi dall'ascoltare direttamente le dichiarazioni eventualmente rese dall'accusato. La presenza dei due ricorrenti al loro processo d'appello sarebbe quindi una condizione senza la quale l'art. 6 C.e.d.u. non potrebbe dirsi rispettato, a meno che i soggetti non abbiano validamente deciso di fare a meno, in maniera espressa o tacita, del loro diritto di partecipazione. Nulla, nel testo della Convenzione, vieta infatti di abdicare a questa prerogativa; tuttavia la rinuncia deve essere inequivoca e circondata da alcune salvaguardie minime, proporzionate all'importanza della scelta. Non è necessaria una decisione espressa; occorre però che l'individuo acconsenta, volontariamente e scientemente, a non avvalersi di un diritto.

Perché la rinuncia sia valida, bisognerà dimostrare che il soggetto poteva ragionevolmente prevedere le conseguenze delle sue azioni; il sacrificio, poi, non può essere contrario a un importante interesse pubblico.

A questo livello, nota la Corte, si collocano due problemi. Il primo è che non risulta, dal fascicolo, che ai ricorrenti fosse stato dato avviso dell'udienza, né risulta che il giudice d'appello abbia in qualche modo rimediato al vizio. Anche se avessero saputo, inoltre, i due ricorrenti si trovavano in stato di detenzione: perché l'art. 6 C.e.d.u. possa dirsi rispettato, occorre che esistano procedure tali da consentire la traduzione degli imputati in udienza e che queste siano debitamente chiarite agli interessati. Nel caso di specie, la legge non sembra esprimersi sul punto, né il Governo ha documentato l'esistenza di una prassi precisa in tal senso. In queste circostanze, non si può quindi affermare che la rinuncia al diritto di partecipare all'udienza sia stata inequivoca e, comunque, le garanzie offerte dall'ordinamento non sembrano bastare.

La Corte e.d.u. ha quindi dichiarato la violazione dell'art. 6 § 1 C.e.d.u.

3) Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 20 giugno 2019, Chiarello c. Germania (ric. n. 497/17)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193736>

Il signor Chiarello era una guardia carceraria coinvolta in un'indagine per corruzione avviata nel 2006. Nel 2008, il ricorrente era venuto a sapere del procedimento a suo carico e si era sottoposto a interrogatorio. Nel 2010, il primo grado si era concluso con la condanna del signor Chiarello a 1 anno e 4 mesi di reclusione.

Nel 2011, il ricorrente veniva assolto in secondo grado; il pubblico ministero impugnava la decisione e, dopo un periodo di stasi dovuto alla difficoltà di calendarizzazione delle udienze, la vicenda proseguiva nel 2015. Questo grado di giudizio si concludeva con una condanna del ricorrente a 8 mesi di reclusione, considerando in favore dell'imputato una serie di circostanze – incluso il lungo tempo trascorso dal fatto – come ragioni per applicare una pena clemente. Inoltre, tre degli otto mesi venivano dichiarati come già scontati, a titolo di compensazione per il ritardo nel procedere.

La condanna ha resistito a un'ultima impugnazione proposta dal ricorrente, dichiarata inammissibile nel 2016.

Il signor Chiarello lamentava una durata eccessiva del processo: la vicenda aveva infatti occupato oltre 8 anni dal momento in cui ne ha avuto conoscenza, più i due anni d'indagine. La vicenda, inoltre, non era particolarmente complessa e la dilatazione dei tempi era principalmente dovuta a periodi di completa inattività.

Il governo ha eccepito la perdita di qualità di vittima di cui all'art. 34 della Convenzione e.d.u.: il ricorrente, infatti, sarebbe stato già compensato con uno sconto di pena di tre mesi sugli otto che avrebbe dovuto scontare.

Il ricorrente e l'Ordine degli avvocati federale (*Bundesrechtsanwaltskammer*) – ammesso a presentare i propri commenti alla Corte – hanno tuttavia osservato che la sostanziale diminuzione di pena, in questo caso, è rimasta solo sulla carta: la sanzione era comunque sospesa e il ricorrente non ha avuto nessun vantaggio concreto. Questa compensazione teorica, quindi, non dovrebbe essere considerata come un rimedio alla violazione dei diritti del ricorrente.

La Corte e.d.u. s'è pronunciata innanzi tutto sulla possibilità di considerare il signor Chiarello come vittima di una eventuale violazione, ricordando per prima cosa che non basta un provvedimento in qualche modo favorevole al soggetto per sanare i vizi e impedirgli di ricorrere; perché un beneficio possa essere considerato come riparazione, occorre che sia misurabile e direttamente, esplicitamente ricollegato alla lesione lamentata.

Nel caso di specie, la Corte e.d.u. osserva che la rideterminazione della pena da 1 anno e 4 mesi a 8 mesi di reclusione era stata motivata sulla base di una moltitudine di parametri: il riferimento al lungo tempo trascorso dalla commissione del fatto non basta a trasformare il consistente alleggerimento in una riparazione espressa e misurabile. Tuttavia, il dichiarare tre mesi di pena come già scontati era giustificato esclusivamente come contrappeso alla durata eccessiva del processo, ponendosi in rapporto diretto con la violazione dell'art. 6 § 1 C.e.d.u. lamentata dal ricorrente.

Una compensazione, dunque, c'è stata; resta solo da chiarire se il fatto che ad essere diminuita fosse una pena sospesa basti a rendere al ricorrente la sua originaria qualità di vittima. La Corte e.d.u. ha risposto in senso negativo: è vero, da un lato, che il signor Chiarello non ha violato i termini della sospensione condizionale; non è mai entrato in penitenziario nella veste di detenuto, né ha concretamente fruito dello "sconto" concesso dalla corte nazionale. Tuttavia, ha osservato la Corte e.d.u., una simile diminuzione allevia comunque la minaccia del carcere, connotata a ogni condanna condizionalmente sospesa: il ristoro offerto, quindi, non può dirsi meramente teorico.

Venuta quindi meno la qualità di vittima, la Corte e.d.u. ha dichiarato insussistente la lamentata lesione dell'art. 6 § 1 C.e.d.u.

4) Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 16 luglio 2019, Júlíus Þór Sigurþórsson c. Islanda (ric. n. 39797/17)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194232>

Nell'ambito di un processo per accordo illecito sui prezzi di vendita di attrezzi e ferramenta, il ricorrente veniva assolto in primo grado sulla base delle sue dichiarazioni, corroborate da quelle di un coimputato e quelle di un testimone. In particolare, secondo la versione dei fatti accolta dal tribunale, il ricorrente aveva ricevuto una telefonata – puntualmente intercettata – con cui gli si offriva un accordo quanto ai prezzi di vendita della merce. Il signor Sigurþórsson, pur non troncando immediatamente la conversazione, non avrebbe detto nulla di incriminante al te-

lefono e, stando alle testimonianze, avrebbe riferito l'accaduto ai suoi superiori manifestando così il suo distacco dall'iniziativa illecita del terzo.

La Corte suprema islandese (*Hæstiréttur*), nel chiudere il giudizio di secondo grado, aveva però criticato il metodo seguito dal tribunale nell'assunzione e nella valutazione delle prove orali. Durante l'esame degl'imputati, infatti, era stato permesso a tutti gli altri accusati di assistere all'escussione, anche se dovevano ancora deporre; inoltre, il tribunale non aveva propriamente distinto tra gli *status* assunti di volta in volta dai soggetti ora imputati, ora testimoni. Per queste ragioni, la Corte suprema aveva valutato le dichiarazioni assunte come inaffidabili e rovesciato di conseguenza otto delle assoluzioni del primo grado, tra cui quella del ricorrente, senza assumere altro materiale all'infuori di osservazioni scritte; né gli imputati né i testimoni erano stati chiamati a deporre nuovamente.

Il ricorrente lamenta quindi la violazione del suo diritto a un'udienza equa: la Corte suprema avrebbe proceduto a una nuova valutazione delle testimonianze poste alla base dell'assoluzione senza ascoltarle direttamente; ritenendole del tutto inaffidabili, si sarebbe limitata a decidere sulla base delle sole intercettazioni. Ad avviso dei rappresentanti del governo islandese, la Corte suprema avrebbe semplicemente ristabilito il rispetto delle norme processuali, affermando di conseguenza che le dichiarazioni sembravano avere un valore probatorio ridotto perché assunte con metodi inaffidabili e valutate secondo massime inesatte.

La Corte e.d.u. ha concluso per la sussistenza di una violazione del diritto all'equo processo. Se lo studio delle prove documentali non appare particolarmente problematico, una Corte investita del secondo grado di giudizio non può rivalutare le prove orali poste alla base di un'assoluzione senza escuterne nuovamente le fonti. Se in teoria la Corte suprema si era limitata a far valere punti meramente tecnici, essa ha invece assunto una posizione chiara sulla diminuita affidabilità delle dichiarazioni senza però esaminare direttamente imputati e testimoni. Ad avviso della Corte e.d.u., l'operazione non può passare sotto l'etichetta della semplice applicazione di regole di procedura, ma implica una rivalutazione dell'intero quadro probatorio che avrebbe richiesto la nuova audizione delle fonti di prova o da parte della Corte suprema o da parte di un tribunale in sede di giudizio di rinvio.

Infine, a nulla è valso il rilievo per cui l'imputato non aveva chiesto di essere riascoltato: se è necessario procedere alla rinnovazione – come lo era in questo caso – è dovere della Corte procedere, senza che sul punto sia doverosa un'iniziativa della difesa.

5) Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 25 luglio 2019, Rook c. Germania (ric. n. 1586/15)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194614>

Il ricorrente, condannato per vari episodi di corruzione in pratiche commerciali, lamentava un accesso inadeguato alle conversazioni e ai messaggi intercettati,

nonché al materiale informatico che era stato sequestrato nell'ambito dell'indagine a suo carico.

L'intero *corpus* delle attività investigative, in effetti, era particolarmente consistente. Si trattava di quasi 45.000 conversazioni captate; 34.000 messaggi istantanei e 14 milioni di file sequestrati tramite copia immagine. Di questi ultimi, 1.100 erano stati selezionati dalla procura, stampati e inseriti del fascicolo d'indagine cartaceo.

Per l'esame di tutto il materiale, il collegio difensivo del ricorrente – composto da tre difensori – aveva richiesto copia delle piste audio, nonché di tutto il materiale informatico raccolto.

Il tribunale rigettò la prima richiesta: da una tale mole di comunicazioni era ragionevole aspettarsi una certa quantità di dati irrilevanti, la divulgazione dei quali avrebbe violato il diritto alla riservatezza di terzi. Le piste audio vennero comunque messe a disposizione dei difensori, che avrebbero potuto consultarle o presso i locali della procura, sotto sorveglianza di un agente; o presso il carcere, su un apposito computer, così da poterle esaminare insieme al ricorrente che si trovava in stato di custodia cautelare. Anche in questa seconda ipotesi, le attività della difesa sarebbero state controllate da un ufficiale, così da evitare l'ascolto illegittimo di conversazioni non rilevanti. Il tribunale aveva poi concesso alla difesa di avvalersi di un ausiliario della corte per procedere più speditamente nelle proprie attività.

Quando al materiale informatico sequestrato, tutto era consultabile presso i locali della procura. Ad ogni modo, una copia era stata consegnata alla difesa; i dati erano però leggibili soltanto tramite il *software* utilizzato dagli inquirenti per l'analisi, e una licenza del programma costava oltre € 4.000. La difesa aveva quindi chiesto al tribunale che lo stato mettesse a disposizione una licenza d'uso del programma. Il tribunale rilevava tuttavia che l'imputato disponeva di un collegio difensivo ben più oneroso: il prezzo d'acquisto del *software*, in queste condizioni, non era apparso come una barriera tale da rendere impossibile la consultazione delle risultanze d'indagine. Inoltre, una copia dei 14 milioni di file, questa volta in un formato gratuitamente leggibile, fu consegnata alla difesa il 4 settembre 2012.

La sentenza di primo grado veniva emessa il 21 dicembre dello stesso anno.

Il ricorrente lamentava dunque una violazione dell'art. 6 § 1 e § 3 (b) C.e.d.u.: il processo non sarebbe stato equo perché egli non avrebbe avuto il tempo e le facilitazioni necessarie alla preparazione della difesa. La questione si riferisce in particolare alla negata copia delle conversazioni intercettate, nonché ai soli tre mesi che separavano la consegna della copia dei file sequestrati dall'emissione della sentenza di primo grado.

La Corte ha innanzitutto ribadito che l'accusato deve avere tutte le possibilità di preparare e organizzare la sua difesa così da poter avere un impatto effettivo sul processo in corso; ha inoltre precisato che l'accesso al fascicolo d'indagine dev'essere garantito. In particolare, la mancata *disclosure* di elementi che potrebbero

giovare all'imputato costituirebbe certamente una violazione dell'art. 6 § 3 (b). Tuttavia, l'accesso illimitato a ogni atto non è un diritto assoluto: per cominciare, lo stato può chiedere alla difesa di motivare la sua necessità di visionare il materiale. Inoltre, gli interessi in gioco possono essere molti e in conflitto tra loro; una compressione del diritto alla *discovery* potrebbe essere giustificata per tutelare i diritti di terzi o un rilevante interesse pubblico, purché bilanciata dalle procedure seguite dall'autorità giudiziaria. Quanto all'adeguatezza del tempo e delle facilitazioni, essa va valutata in base alle circostanze del caso.

Nell'analizzare le specificità del processo al signor Rook, la Corte e.d.u. procede per gradi: innanzi tutto, c'è da considerare l'accesso al fascicolo cartaceo – composto dal materiale selezionato dall'accusa come rilevante e presentato in giudizio – liberamente accessibile dalla difesa in ogni momento. Quanto ai nastri delle intercettazioni, la Corte considera che le facilitazioni offerte siano state sufficienti: i punti d'accesso erano due; l'indagato era certamente in grado di navigare con sicurezza almeno la parte delle conversazioni in cui era la sua voce ad essere registrata. Il mancato rilascio di una copia è pienamente giustificato dalla protezione della *privacy* di terzi.

Quanto ai file, è vero che la mole di materiale era gigantesca, ma è anche vero che la natura dei documenti consentiva di svolgere *query* e ricerche mirate, senza contare che alcuni degli hard disk sequestrati appartenevano ai dispositivi del ricorrente, che meglio di ogni altro ne conosceva il contenuto.

Il processo, quindi, non può che dirsi equo ai sensi dell'art. 6 § 1 C.e.d.u., anche considerato insieme all'art. 6 § 3 (b) C.e.d.u.

6) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 27 agosto 2019, Magnitskiy e altri c. Russia, (ric. n. 32631/09 e n. 53799/12)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-195527>

Entrambi i ricorsi ruotano attorno alla vicenda di Leonidovich Magnitskiy, il primo ricorrente, morto in stato di detenzione a meno di un anno dal suo ingresso in carcere. Il primo ricorso è stato proseguito e integrato dalla moglie del deceduto; il secondo è stato invece presentato dalla madre.

Il signor Magnitskiy, commercialista, era indagato per concorso in evasione fiscale; nel novembre del 2008, il Tribunale aveva disposto la custodia cautelare in carcere per scongiurare il pericolo di fuga denunciato dall'accusa. La misura venne poi successivamente prolungata, nonostante i gravi problemi di salute di cui il ricorrente iniziava a soffrire in carcere.

Nei trasferimenti di cella e d'istituti penitenziari, l'accesso alle cure mediche si era andato complicando fino a rendere improrogabile un intervento chirurgico. Trasferito il 16 novembre 2009 in un carcere dotato di sala operatoria, il signor Magnitskiy ebbe un crollo psicotico a seguito del quale i medici chiamarono sia le guardie sia l'unità di pronto intervento psichiatrico. Le guardie arrivarono verso le 19.30, circa mezz'ora prima del personale medico-psichiatrico che venne però

invitato ad attendere all'esterno della stanza. Quando fu loro permesso l'accesso, non potevano far altro che constatare la morte del ricorrente, cui è seguita una serie di accertamenti e di indagini.

L'aspetto rilevante ai fini dell'art. 6 C.e.d.u., tuttavia, non è legato alle cause della morte quanto al proseguimento del processo che vedeva il defunto imputato di concorso in evasione fiscale.

Inizialmente, il procuratore aveva deciso di archiviare le accuse proprio a causa della morte dell'indagato. In un secondo momento, tuttavia, la procura ha invece riaperto il caso, affidando la rappresentanza del deceduto alla moglie e alla madre e arrivando a fine processo. Nel luglio 2013, la sentenza che metteva fine al primo grado riconosceva il sig. Magnitskiy come l'ideatore dello schema criminale, e non come un semplice concorrente come inizialmente contestato. In base a questo accertamento, venivano negati i presupposti per la riabilitazione del defunto.

Le ricorrenti, quindi, chiedevano alla Corte e.d.u. di dichiarare la violazione dell'art. 6 della Convenzione poiché il sig. Magnitskiy è stato processato in sua assenza e non s'è mai potuto difendere dalle accuse.

La Corte, prima di tutto, ha affrontato una questione di legittimazione. Le persone che hanno proseguito e presentato i ricorsi sono diverse da quella i cui diritti sono stati violati: non era quindi certo che le ricorrenti potessero far valere la qualità di 'vittima' per come definita dall'art. 34 C.e.d.u. La Corte ha osservato che è riconosciuto ai prossimi congiunti il diritto di presentare un ricorso quando si ritengono violati gli articoli 2 e 3 della Convenzione; si era tuttavia ammesso un ricorso che lamentava una violazione dell'art. 5 § 1 della Convenzione, ma poiché la doglianza era strettamente legata all'asserita inosservanza dell'art. 2 C.e.d.u., cioè alla morte o alla scomparsa del titolare del diritto, in circostanze che indicavano la responsabilità dello stato. La stessa logica, dice la Corte, può essere applicata anche al ricorso che propone una questione rispetto all'equità del processo cui il sig. Magnitskiy è stato sottoposto dopo la morte in carcere.

Superato il problema di legittimazione, la Corte scende all'analisi del merito. Secondo quanto dedotto dal Governo, le ricorrenti avrebbero potuto bloccare il processo in qualsiasi momento: a seguito di una decisione della Corte costituzionale russa, un processo non può essere chiuso per morte dell'imputato senza il consenso dei prossimi congiunti; sarebbe stato sufficiente manifestare la propria volontà, mentre le ricorrenti avrebbero chiesto la riabilitazione del defunto. Le ricorrenti sostenevano invece che il processo si fosse svolto nonostante le molteplici richieste in senso contrario.

La Corte e.d.u., dopo aver brevemente richiamato la giurisprudenza sulla contumacia italiana, ha concluso *a fortiori* che il processo al deceduto è in ovvia violazione della parità delle armi e, più in generale, di tutte le garanzie consacrate dall'art. 6 C.e.d.u., nonché dei principi di buona fede ed effettività che ne stanno alla base. La Corte prosegue poi osservando che è legittimo riaprire casi nono-

stante la morte del soggetto, ma per consentire la correzione di errori di giustizia e puntare a una riabilitazione; questo non significa che lo strumento possa essere torto al punto da dichiarare per la prima volta la colpevolezza di un individuo solo dopo la sua morte.

La Corte non ha poi potuto fare a meno di riconoscere anche la violazione dell'art. 6 § 2 C.e.d.u.: la responsabilità penale non sopravvive infatti al soggetto, che avrebbe dovuto continuare a godere della presunzione d'innocenza.

7) Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, 27 agosto 2019, *Izmetstev c. Russia* (ric. n. 74141/10)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-195567>

La parte della sentenza che concerne l'art. 6 C.e.d.u. ha ad oggetto il diritto alla pubblica udienza. Il tribunale competente aveva infatti deciso di procedere in camera di consiglio poiché il fascicolo conteneva determinati elementi coperti da segreto. Ad avviso del ricorrente, la consistenza del materiale riservato non era tale da giustificare lo svolgimento a porte chiuse dell'intero processo: si trattava infatti di quattro documenti in un dossier che constava di oltre cento volumi da duecento pagine. In più, quegli atti non sono stati esaminati in udienza né sono stati utilizzati dal giudice ai fini della decisione.

Il Governo russo non ha proposto altra obiezione se non il mancato esaurimento dei rimedi interni, ma la decisione del tribunale quanto alla pubblicità dell'udienza, a norma del codice russo, era inoppugnabile.

La Corte ha quindi ribadito un principio stabile: il diritto all'udienza pubblica può essere limitato, ma non semplicemente perché il fascicolo contiene materiale coperto da segreto; occorre almeno una specifica valutazione sulla necessità di procedere a porte chiuse per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, beni che l'art. 6 C.e.d.u. esplicitamente riconosce come idonei a escludere la normale pubblicità del processo.

L'assenza di una valutazione specifica; l'assoluta minoranza e la marginalità del materiale riservato; la possibilità di adottare misure assai meno incisive e comunque idonee alla salvaguardia dei quattro documenti segretati hanno quindi spinto la Corte e.d.u. a ritenere ingiustificata la restrizione del diritto.

In più, la Corte ha ricordato che un vizio di pubblicità in primo grado avrebbe potuto essere purgato tramite un riesame completo e pubblico della vicenda da parte del tribunale superiore, così che l'insieme delle prove potesse dirsi raccolto in presenza dell'accusato, in pubblica udienza e nel contraddittorio. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte suprema russa non ha svolto un'operazione simile; la Corte e.d.u. ha quindi dichiarato la violazione dell'art. 6 CEDU.

* * *

Art. 8 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Seconda Sezione, 28 maggio 2019, Liblik e altri c. Estonia (ric. n. 173/15 + altri)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193251>

La Corte di Strasburgo riscontra nel caso in commento una violazione dell'art. 8 della Convenzione a seguito del ricorso proposto da diversi soggetti – tra cui alcune persone giuridiche – direttamente o indirettamente attinti da misure di sorveglianza segreta (quali pedinamenti, intercettazioni di comunicazioni e conversazioni) esperite nel contesto di un'indagine penale.

Alcuni dei ricorrenti venivano infatti condannati in via definitiva dalla Corte Suprema estone anche sulla base delle risultanze dei controlli occulti sopra menzionati, eseguiti in forza di autorizzazioni contenenti solo generici riferimenti relativi alla gravità delle violazioni ascritte agli indagati ed alla necessità di attivare le misure in questione al fine di assicurare il raggiungimento della verità, senza che venisse addotta alcuna circostanza concretamente in grado di dimostrare l'esistenza di sospetti circostanziati circa il coinvolgimento dei ricorrenti in attività di carattere illecito.

Proprio in forza di ciò gli imputati tentavano senza successo di far dichiarare alle autorità nazionali l'inutilizzabilità dei dati acquisiti in assenza di adeguata giustificazione sostanziale. I giudici domestici tuttavia, pur riconoscendo l'esistenza di una violazione di carattere procedurale, disattendevano simile censura. Secondo la Corte estone la situazione in rilievo non sarebbe equiparabile a quella dell'esperimento di misure limitative del diritto alla riservatezza in totale difetto di qualsiasi autorizzazione giurisdizionale, essendo unicamente riscontrabile un vizio motivazionale dei provvedimenti che disponevano la sorveglianza. Almeno a dire dei giudici nazionali, simile carenza sarebbe peraltro stata legittimamente colmata grazie agli elementi conoscitivi successivamente raccolti nel corso del giudizio, atti a confermare retroattivamente l'effettiva sussistenza dei requisiti necessari a giustificare le attività di monitoraggio segreto.

Diversamente la Corte e.d.u., sulla scia di un proprio precedente giurisprudenziale (*Dragojević v. Croatia*, ric. n. 68955/11), ha invece unanimemente ravvisato la violazione del diritto al rispetto della vita privata, affermando altresì l'esistenza dello *status* di vittima ai sensi dell'art. 34 della Convenzione in capo alla persona giuridica non direttamente attinta dai controlli, quantomeno qualora tra i destinatari della sorveglianza figurasse un soggetto che stesse agendo nell'interesse dell'ente al momento delle operazioni (§ 109 ss.).

L'attivazione di misure di sorveglianza segreta in assenza di un quadro indiziario sufficientemente solido finisce infatti per minare le garanzie prescritte dall'art. 8 della Convenzione legittimando pericolose prassi abusive, e neppure la legittimità delle misure investigative potrebbe essere affermata in presenza di una giustificazione postuma, fondata su conoscenze assenti al momento della loro autorizzazione.

Sebbene condivisibile negli esiti, la pronuncia della Corte lascia aperti diversi interrogativi. In primo luogo, non è ben chiaro se i giudici abbiano inteso conformarsi al tradizionale indirizzo che si dimostra poco incline a far discendere dalla violazione dell'art. 8 C.E.D.U. l'inutilizzabilità processuale dei contributi raccolti in violazione dei diritti fondamentali del singolo. La Corte non sembra neanche in questo caso spingersi sino a affermare una simile conseguenza, sebbene vi sia da rilevare come le doglianze dei ricorrenti non sembrino investire tale specifico profilo.

Per altro verso, i giudici appaiono forse eccessivamente "morbidi" nello stigmatizzare un'allarmante prassi quale quella denunciata all'interno del ricorso nel momento in cui collegano la violazione convenzionale anche all'impossibilità – in forza delle previsioni di legge interne – di ottenere una compensazione di natura economica a fronte della violazione processuale riscontrata (si veda in particolare § 139).

A prescindere da tale ultimo aspetto, il contegno serbato dalle autorità domestiche avrebbe meritato una più incisiva censura, essendo di fatto capace di stravolgere la funzionalità dell'apparato di garanzie che precedono l'effettuazione dei controlli. Ammettere anche solo in via di principio la possibilità di un'integrazione postuma dei requisiti sostanziali necessari a giustificare l'impiego delle risultanze di invasive attività di sorveglianza segreta rischia infatti di far degradare i controlli occulti esperibili nel corso delle indagini penali a strumenti di carattere meramente esplorativo, in palese violazione del principio di proporzionalità.

FABIO NICOLICCHIA

* * *

Art. 10 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, 25 luglio 2019, Brzeziński c. Polonia (ric. n. 47542/07)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194958>

Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo è stata chiamata ad occuparsi dei confini individuabili nella libertà d'espressione, per come riconosciuta nell'art. 10 C.e.d.u., nell'ambito della dialettica politica ricollegata ad un'aspra campagna elettorale locale.

Più nel dettaglio, il ricorrente, impegnato anch'egli nella detta campagna politica, diffuse un opuscolo contenente critiche e riferimenti a fenomeni di *mala gestio* (contraddistinto dai toni accesi e ironici) verso l'operato di alcuni altri candidati, fra cui soprattutto il sindaco uscente. Comportamento che lo rese destinatario di un ordine di astenersi dal protrarre oltre la giudicata condotta; lo

condusse inoltre alla condanna ad una pubblicazione di scuse, tesa a correggere il tiro delle precedenti critiche; nonché, non per ultimo, ad una severa sanzione pecuniaria. In definitiva, nel bilanciamento tra libertà d'espressione e la preservazione della reputazione dei singoli, quest'ultima ha avuto priorità nelle decisioni domestiche.

Di diverso e opposto avviso la Corte europea dei diritti dell'uomo, che prende le mosse da una lettura convenzionalmente orientata dei principi riconducibili all'art. 10, § 2, C.e.d.u., pure per come emergenti dalla sua copiosa giurisprudenza sul punto (Cfr., *Lindon Otchakovsky-Laurenss e July c. Francia*, nn. 21279/02 e 36448/02; *Salr Libération c. Francia*, n. 20893/02; *Alves da Silva c. Portogallo*, n. 41665/07). Nello specifico, nel senso più autentico dell'art. 10, § 2, C.e.d.u., la Corte ha inteso analizzare se fossero "*necessary in una società democratica*" le misure e le sanzioni inflitte al ricorrente e se, quindi, queste fossero pertinenti nonché proporzionali agli scopi prefissati.

La risposta al quesito passa inevitabilmente per un più corretto inquadramento della vicenda. Invero, la Corte rammenta come le qualità personali delle parti interessate, nonché l'ambito in cui le espressioni ritenute lesive dell'altrui reputazione si calano, hanno una forza dirimente ai fini decisori. Non si tratta, infatti, di comuni cittadini che esprimono, con toni accesi, finanche aspri ed eccessivi, critiche sull'altrui operato; ma di politici (peraltro impegnati in una campagna elettorale) che utilizzano gli strumenti tipici della critica politica per imbonirsi la platea degli elettori; ciò che comporta pure il criticare "*l'avversario*", specie se uscente da una carica pubblica. Anche il soggetto destinatario della critica, quindi, è esposto nella locale politica. Nei confronti di questo, dunque, devono concedersi maggiori margini di giudizio; senza tacere che, sia pure nel più ristretto contesto locale, le notizie che concernono l'esercizio della pubblica funzione soddisfano di certo un interesse pubblico.

In definitiva, rammenta la Corte, nell'ambito del discorso politico i limiti e le estensioni della libertà d'espressione sono da intendersi in maniera più elastica e minore (rispetto ad un *normale* cittadino) deve essere l'aspettativa di tutela dell'esponente politico, specie quando abbia ricoperto una carica pubblica già di per sé esposta al giudizio degli elettori, anche se destinatario di critiche dal taglio aspro, sia pure sempre nel limite della continenza formale, come puntualmente anche i giudici rammentano.

In conclusione, ritenendo violato l'art. 10 C.e.d.u., i giudici rammentano come le sanzioni irrogate al ricorrente si contraddistinguano per severità esemplare e tale da inibire, in concreto e in maniera intollerabile oltre che sproporzionata rispetto pure alle esigenze di bilanciamento con gli altri valori in gioco, la sua libertà di espressione.

ANTONIO PUGLIESE

* * *

Art. 11 Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Sezione Quarta, 18 giugno 2019, Chernega e altri c. Ucraina (ric. n. 74768/10)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193877>

Un gruppo di cittadini ucraini denuncia l'indebita limitazione della libertà di riunione garantita dalla Convenzione per effetto delle determinazioni assunte, nell'esercizio delle rispettive funzioni, dalle autorità di polizia e giudiziaria di quel Paese.

Più in particolare, nel corso di una manifestazione indetta per protestare contro l'abbattimento degli alberi in un parco pubblico destinato all'edilizia privata, alcuni dei ricorrenti venivano tratti in arresto con l'accusa di aver disatteso l'ordine impartito dalla polizia di liberare il cantiere occupato.

La pronuncia, nel ribadire principi consolidati nella giurisprudenza di Strasburgo in materia, si segnala per il tessuto argomentativo che ha accompagnato la decisione della Corte di riconoscere o negare, a seconda delle singole posizioni individuali, la violazione delle garanzie convenzionali.

Ed invero la Corte ha preliminarmente respinto la tesi, avanzata da tutti i ricorrenti, secondo cui l'azione interruttiva sarebbe stata illegittima alla stregua del diritto interno in quanto non sorretta da alcun ordine giudiziario, argomentando nel senso che detta disciplina domestica risultava inapplicabile al caso di specie e la dedotta interferenza doveva quindi correttamente considerarsi "*prescribed by law*".

Il vaglio si è quindi spostato sul test di proporzionalità in concreto che ha prodotto, come detto, esiti diversificati a seconda dei manifestanti e alla luce dello scopo legittimo perseguito dalle autorità, vale a dire la salvaguardia della sicurezza dei lavoratori nel cantiere. La Corte ha censurato al riguardo la confusione di competenze e ruoli che ha contraddistinto nella specie l'operato delle guardie di sicurezza private, assunte dalle ditte appaltatrici responsabili dell'esecuzione dei lavori, rispetto alla forza pubblica, al punto che non è stato possibile risalire con certezza a chi avesse emanato il controverso ordine coercitivo di dispersione. Di qui il mancato rispetto del dettato di cui all'art. 11 Cedu, atteso che, come si rammenta in sentenza, gli Stati contraenti hanno il dovere di prevedere misure appropriate per garantire che tutte le adunanze, anche quelle viziata da profili di irregolarità, si svolgano in modo pacifico e sicuro, in primis attraverso la corretta e ordinata rimozione delle criticità in punto di ordine pubblico che dovessero emergere nel corso dell'assemblea stessa. D'altra parte, con riguardo ad altri e diversi attivisti, la violazione della libertà di riunione è stata esclusa in ragione della comprovata situazione di pericolo nella quale gli stessi soggetti si erano posti, con ciò giustificando la reazione legittima delle autorità che avevano fatto buon governo del "*margin of appreciation*" alle stesse rimesso nella salvaguardia dei beni collettivi individuati all'art. 11 par. 2 della disposizione in rilievo.

Il Collegio ha altresì dichiarato inammissibili, per quanto qui correlativamente interessa, gli enunciati profili di frizione con l'art. 3 Cedu dal punto di vista sostanziale, salvo poi aver accertato la sussistenza della violazione sul versante processuale della mancata inchiesta effettiva, posto che la Procura e la polizia avevano trattenuto o ritardato la trasmissione delle informative di reato riguardanti i presunti maltrattamenti subiti da due attivisti nel corso delle operazioni, oltre ad aver discutibilmente derubricato in materiale pre-investigativo, come tale rimasto inutilizzato, i referti medici che attestavano le lesioni arrecate.

LORENZO CARSETTI

* * *

Art. 1, prot. 1, Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Quarta Sezione, 4 giugno 2019, Rola c. Slovenia (ric. n. 12096/14 e 39335/16)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193493>

La sentenza in commento desta particolare interesse giacché la Corte di Strasburgo, dopo aver escluso la applicabilità del *nullum crimen* di cui all'art. 7 CEDU, ha deciso di condannare, all'unanimità, lo Stato firmatario per aver posto in essere una illegittima restrizione della proprietà privata, risultando impossibile al tempo del fatto prevedere l'applicazione retroattiva della misura interdittiva oggetto di giudizio.

Quanto al dettaglio della vicenda, quindi, nel giugno 2010, il ricorrente era stato condannato, con pena sospesa, per comportamenti violenti posti in essere tra il 2003 e il 2004. Secondo le norme del Codice penale al tempo vigente, la sospensione della pena precludeva la applicazione di ulteriori misure restrittive nei confronti del reo (art. 99, § 2, sostanzialmente replicato dalla riforma intervenuta nel 2008 nella previsione di cui all'art. 78 del nuovo Codice penale). Nondimeno, in seguito alla sentenza di condanna divenuta definitiva, il Ministro della Giustizia revocava al Sig. Rola la licenza necessaria per svolgere la professione di liquidatore nelle procedure concorsuali, posseduta ormai da sette anni, in ragione della accertata inadeguatezza a svolgere detto incarico.

In particolare, infatti, la originaria disciplina circa i requisiti indispensabili per conseguire tale licenza (*Bankruptcy Act*) era stata a sua volta modificata nel corso del procedimento penale: il regime neo-introdotta (*Financial Operations Act*) stabiliva che la revoca dovesse intervenire in via automatica ogniqualvolta il professionista avesse subito una condanna definitiva per un reato intenzionale, procedibile d'ufficio. In seguito alla modifica legislativa, inoltre, non era possibile accordare una seconda licenza una volta che fosse intervenuto un provvedimento di revoca, neppure in caso di riabilitazione in sede penale. Al riguardo, poi, una norma tran-

sitoria inserita in sede di riforma estendeva l'effetto di tali previsioni anche alle licenze accordate in precedenza.

Avverso il provvedimento ablatorio, dunque, il Sig. Rola presentava tempestivo ricorso innanzi ai Tribunali amministrativi, prima, e alla Corte costituzionale, poi, sostenendo la illegittimità dell'effetto retroattivo dell'atto ministeriale che gli precludeva *sine die* di svolgere la professione con cui aveva, fino a quel momento, sostenuto i bisogni propri e dei familiari. Sennonché, dato l'esito negativo dei ricorsi interni, il medesimo ha domandato ai giudici di Strasburgo di accertare che la revoca, mancando una base legale antecedente al fatto di reato, contravenisse al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU nonché alla protezione della proprietà privata sancita dall'art. 1, Protocollo 1, alla Convenzione.

Al riguardo, è interessante osservare che la Corte ha, in prima battuta, avuto cura di ribadire il proprio orientamento quanto alla nozione autonoma di materia penale, da identificare "*behind the appearances*" attraverso l'applicazione dei noti criteri *Engel* (§ 53). Ne discende – ad avviso dei giudici di Strasburgo – che il provvedimento di revoca non possa essere considerato sanzione penale dal momento che, ancorché conseguente alla decisione di condanna, è imposto dalla autorità amministrativa, disciplinato da norme amministrative e sottoposto, in caso di ricorso, al rito amministrativo (§ 62). In aggiunta, è ribadito il costante orientamento secondo cui la gravità della misura, che rende il ricorrente incapace di svolgere la propria professione in via permanente, non è di per sé sufficiente a decretarne la natura penale laddove lo scopo perseguito non abbia funzione afflittiva ma, piuttosto, miri ad assicurare la fiducia da parte della opinione pubblica nella reputazione irreprensibile di una certa categoria professionale.

In tal senso, la Corte non si discosta dai propri precedenti secondo cui è da escludere il rilievo penale delle sanzioni disciplinari, che pur siano conseguenza di una sentenza di condanna (sent. 19 febbraio 2013, *Müller-Hartburg c. Austria*), qualora il legislatore nazionale abbia predisposto tali misure al fine di tutelare l'affidamento riposto dai terzi nella onorabilità dei professionisti che svolgano servizi di interesse pubblico. La preclusione perpetua di svolgere una certa funzione, quindi, ben può costituire utile strumento per ripristinare la fiducia della comunità nella integrità di un determinato ordine professionale.

Esclusa così la violazione del principio di legalità *ex art. 7 CEDU*, la Corte passa, però, a verificare la tenuta della legislazione nazionale in relazione alla protezione della proprietà privata, rilevante giacché il caso di specie attiene a un'ipotesi di ingerenza da parte del potere pubblico nel godimento del diritto al rispetto dei beni personali. Sul punto, è noto, ogni privazione della proprietà deve essere conforme alle condizioni stabilite dalla legge e rispondere a interessi generali, nel rispetto del rapporto di proporzione tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (sent. 28 giugno 2018, *G.I.E.M. et al. c. Italia*, § 292 s.). Pertanto, i giudici di Strasburgo si preoccupano, innanzitutto, di saggiare la base giuridica che ha giustificato il provvedimento di revoca: secondo la normativa vigente al tempo della condotta illecita, infatti, in caso di sospensione della sanzione penale, non era possibile applicare al

reo alcuna altra misura di carattere restrittivo, risultando quindi errato il riferimento posto in essere dall'atto ministeriale alla riforma intervenuta nelle more del procedimento penale e al conseguente automatico venire meno della licenza. D'altra parte, avendo riguardo al quadro normativo originario, il ricorrente non avrebbe potuto in alcun modo prevedere – quanto meno in termini ragionevoli – l'applicazione della revoca in caso di condanna a pena sospesa (§ 85). Ne deriva il mancato rispetto da parte dell'autorità nazionale dei requisiti di legge in vigore al tempo della condotta in palese violazione di quanto previsto dall'art. 1, Prot. 1, alla Convenzione.

Quanto alla protezione della proprietà privata, tuttavia, parte del Collegio ha ritenuto che la misura ablatoria fosse pienamente legittima attesa la previsione transitoria che legittimava la applicazione retrospettiva della riforma dei requisiti di accesso e mantenimento della licenza di liquidatore. Piuttosto, il contrasto con la Convenzione sarebbe da individuare in punto di proporzionalità giacché la presunzione di assoluta inadeguatezza a svolgere la professione introdotta dalla legislazione nazionale violerebbe gli standard minimi riconosciuti a tutela delle garanzie fondamentali della persona dall'art. 1, prot. 1, alla CEDU (opinione concorrente, giudici Ranzoni e Kjølbros).

Infine, preme segnalare la *dissenting opinion* dei giudici Pinto de Albuquerque, Bošnjak e K ris secondo cui il provvedimento di revoca rappresenta una misura punitiva ed è, quindi, da intendere come parte della materia penale in applicazione dei criteri *Engel*. Di talché, l'applicazione retrospettiva della normativa in questione avrebbe cagionato una violazione della Convenzione non già sotto il profilo della tutela della proprietà privata bensì in riferimento allo stesso *nullum crimen* dal momento che il ricorrente è stato sottoposto a una forma di esercizio arbitrario del potere punitivo da identificare con l'applicazione “a sorpresa” della sanzione sostanzialmente penale.

ALESSANDRA SANTANGELO

* * *

Art. 4, prot. 7, Cedu

Corte europea dei diritti dell'uomo, Quinta Sezione, 6 giugno 2019, Nodet c. Francia (ric. 47342/14)

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-193457>

Con la sentenza in esame, la Corte EDU dichiara la violazione del principio del *ne bis in idem*, sancito all'art. 4 prot. Add. 7 CEDU, sulla base di linee argomentative che ribadiscono l'indirizzo interpretativo inaugurato nella nota sentenza *A e B. c. Norvegia*.

Nell'occasione, la quinta sezione della Corte di Strasburgo riafferma con vigore il carattere vincolante di tutti i criteri enunciati nella richiamata pronuncia della Grande Camera.

Una breve esposizione del contesto fattuale appare utile può aiutare nella a comprendere il fondamento della decisione in commento.

Il signor Nodet, analista finanziario, era stato destinatario di una sanzione pecuniaria di 250.000 euro, irrogata dall'AMF – *Autorité des Marchés Financiers* – per aver posto in essere una serie di operazioni finanziarie che avevano determinato un aumento vertiginoso del prezzo delle azioni della FPR, società quotata nella borsa *Eurolist*. In virtù di tali transazioni, egli otteneva sostanziose plusvalenze, così realizzando condotte manipolative del mercato, di cui agli articoli 631-1 e 631-2 del regolamento generale AMF e art. L. 465-2 del codice monetario e finanziario (CMF).

Su queste basi, l'AMF irrogava nel dicembre 2007 la suddetta sanzione pecuniaria, confermata in sede di impugnazione dalla Corte d'appello di Parigi, nel settembre 2008 e, poi, divenuta definitiva a seguito del rigetto del ricorso dell'interessato da parte della Corte di cassazione.

Nell'aprile 2007, dunque, nella pendenza del giudizio di appello amministrativo, veniva avviato il procedimento penale per il reato di ostacolo al regolare funzionamento di un mercato finanziario, previsto agli articoli L. 465-1, par. 1, e L. 465-2 CMF. Il Tribunale di Parigi, nell'aprile 2010, condannava l'imputato alla pena di otto mesi di reclusione ma, in considerazione della sanzione pecuniaria inflitta dall'AMF, non gli applicava la pena pecuniaria, pur stabilita per quella fattispecie. La Corte d'appello di Parigi confermava, nel marzo 2012, la decisione di condanna, ma rideterminava la pena in mesi tre di reclusione, e la Corte di Cassazione, nel gennaio 2014, la faceva passare in giudicato, rigettando il ricorso del signor Nodet.

La scansione temporale delle due vicende processuali risulta di fondamentale importanza per comprendere le ragioni dell'arresto.

La Corte premette in diritto (§§ 40 ss.) che la fisionomia assunta dal *ne bis in idem* con *A e B c. Norvegia*, richiede che il giudice – dopo aver verificato la natura penale della sanzione (da ultimo *Grande Stevens c. Italia*, §§100-101 e 222) – proceda alla valutazione delle seguenti condizioni al fine di evitare di incorrere nella violazione del principio: *a)* la complementarietà degli scopi dei procedimenti; *b)* la prevedibilità, in termini legali o sul piano della prassi, della sovrapposizione dei due procedimenti per lo stesso fatto; *c)* la loro “*sufficiently close connection in substance and time*”; *d)* la proporzionalità del complessivo trattamento sanzionatorio, garantita ove il giudice del secondo procedimento tenga in considerazione – al momento dell'inflizione della pena – la sanzione irrogata dal primo giudice.

Nel caso di specie, la Corte ne ritiene la violazione di due: quello della complementarietà degli scopi e della sufficiente connessione materiale e temporale dei procedimenti.

È soprattutto a questo secondo indice di valutazione che i giudici di Strasburgo dedicano i passaggi più incisivi della sentenza.

La Corte, dopo aver rammentato che tale criterio è stato ritenuto dalla Corte di giustizia sub-valente a quello della proporzionalità delle sanzioni, nella sentenza emessa in re *Garlsson Real Estate, Menci, Di Puma-Zecca*, ha deciso di doverne

riaffermare la piena vincolatività, ripristinandone la pari rilevanza rispetto agli altri indici di accertamento della violazione del principio.

In pratica, la stretta connessione temporale e materiale tra i procedimenti impone che essi siano reciprocamente integrati al punto da rappresentare “un insieme coerente” (*A e B c. Norvegia*, §130), parte cioè di un unitario ed integrato meccanismo di penalità.

La valutazione del criterio temporale nella vicenda esaminata ha portato la Corte a rilevare che tra la fine del primo procedimento e quella del secondo sono passati quasi quattro anni e mezzo, con l'effetto che la durata complessiva dei due procedimenti è stata pari a quasi otto anni. Secondo la Corte, questo lungo tempo trascorso è sintomo dell'assenza di un legame temporale sufficientemente stretto (§53).

La Corte ha poi sancito che il ricorrente è stato danneggiato anche a causa della mancanza di un collegamento materiale tra i procedimenti. I giudici sottolineano che vi è stata una ripetizione nella raccolta e nella valutazione del compendio probatorio (§53): le indagini sono state riaperte dalla *Brigade Financière* dopo oltre un anno dalla archiviazione delle investigazioni della AMF, ottenendo prove analoghe.

La Corte, infine, ammette la prevedibilità della *procédure mixte*, ma esclude la loro teleologica complementarietà (§48), poiché le due sanzioni tutelano i medesimi interessi sociali. Alla medesima conclusione – rileva la sentenza – è giunto anche il *Conseil constitutionnel*, prendendo atto che il procedimento dinnanzi all'AMF e quello penale erano volti entrambi alla tutela del corretto andamento dei mercati finanziari. Ma, come precisa, la Corte, “le sanzioni non possono che essere della stessa natura” (§§27-48).

In un passaggio incidentale dei “considerato in fatto” (§§27 ss.), i giudici di Strasburgo segnalano come il *Conseil constitutionnel* avesse dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina del cumulo dei procedimenti sanzionatori per fatti di *insider trading*, destinatario dello stesso meccanismo “misto” previsto in tema di condotte manipolative del mercato, per violazione sia del divieto di *bis in idem* sia del canone dell'*ultima ratio* dell'intervento penale. Tale censura di costituzionalità ha portato il legislatore francese ad emanare la L. 21 giugno 2016, n. 2016-819 che, agli artt. L. 465-3-1 e 465-3-6 CMF, ha introdotto un meccanismo volto ad evitare l'*overlapping* dei due procedimenti. Con la novella, infatti, l'ordinamento francese, da un lato, ha aumentato le pene pecuniarie stabilite dalla disposizione penale, allineandole all'importo delle sanzioni finanziarie dell'AMF; dall'altro, ha garantito un meccanismo di avvicendamento tra procedimento amministrativo e penale, proprio nell'ottica di salvaguardare il *ne bis in idem*, declinato nelle sue sfumature convenzionali.

NICOLA MARIA MAIELLO

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

**Corte cost., sent. n. 68 del 2019 (ud. 20 febbraio 2019, dep. 29 marzo 2019),
Pres. G. Lattanzi, Red. F. Viganò**

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/04/03/T-190068/s1>

La Corte costituzionale è stata interessata dalla Prima sezione penale della Corte di Cassazione della questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 31 e 27 Cost., degli artt. 29 d.P.R. 448/1988 e 657-*bis* c.p.p., nella parte in cui non prevedono che, in caso di esito negativo della messa alla prova di soggetto minorenni, il giudice determini la pena da eseguire tenuto conto della consistenza e della durata delle limitazioni patite e del comportamento tenuto dal minorenni durante il periodo di sottoposizione alla messa alla prova.

Nel respingere l'eccezione di inammissibilità avanzata dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui con il ricorso si solleciterebbe la Corte costituzionale a operare un intervento additivo mirante a introdurre nell'ordinamento una disciplina non costituente l'unica soluzione costituzionalmente obbligata, la Consulta ha rilevato che, in realtà, il remittente non ha chiesto di estendere la regola sancita per la messa alla prova degli adulti, secondo criteri di calcolo automatici attribuiti direttamente al pubblico ministero, ma di introdurre una regola nuova, che implicherebbe l'attribuzione al giudice della cognizione ed eventualmente dell'esecuzione di un potere discrezionale nella determinazione della pena da eseguire in caso di fallimento della messa alla prova per gli imputati minorenni [v. *Considerato in diritto*, pt. 2.1]. La Corte ha ricordato che, ciò nondimeno, l'intervento sollecitato appare modellato su quello già operato dalla stessa Consulta nella sentenza 343/1987 (con la quale l'allora c. 10 dell'art. 47 o.p. fu dichiarato illegittimo proprio nella parte in cui, in caso di revoca del provvedimento di ammissione dell'affidamento in prova per comportamento incompatibile con la prosecuzione della prova, non consentiva al tribunale di sorveglianza di determinare la residua pena detentiva da espiare, tenuto conto della durata delle limitazioni patite dal condannato e del suo comportamento durante il trascorso periodo di affidamento in prova) e che nemmeno in quel caso la soluzione poteva dirsi costituzionalmente obbligata, ma la Corte ritenne di doverla egualmente adottare per sanare un vizio ai principi di

proporzionalità e di individualizzazione della pena, senza che con ciò sia inibito al legislatore di dettare nuove regole [v. *Considerato in diritto*, pt. 2.2].

Nel giudicare infondate le questioni prospettate, la Corte ha sostenuto che la messa alla prova per i minorenni presenta caratteristiche peculiari, che la distinguono sia dall'omologo istituto per gli imputati maggiorenni (oggetto dell'art. 657-*bis* c.p.p.), sia dalla misura alternativa alla detenzione dell'affidamento in prova al servizio sociale (oggetto della sent. cost. 343/1987). Ad avviso della Consulta, infatti, tanto la messa alla prova per gli adulti quanto la misura alternativa dell'affidamento in prova sono caratterizzate da prescrizioni che, sebbene finalizzate alla risocializzazione del soggetto, assumono un'innequivocabile connotazione di trattamento sanzionatorio rispetto al fatto commesso [v. *Considerato in diritto*, pt. 3.2.1], mentre alla logica affatto diversa che ispira la messa alla prova per i minorenni non può essere ascritta alcuna funzione sanzionatoria, in quanto il senso delle prescrizioni inerenti al programma cui l'imputato deve essere sottoposto appare esclusivamente orientato a stimolare un percorso (ri)educativo del minore, finalizzato all'obiettivo di un'evoluzione della personalità nel senso del rispetto dei valori fondamentali della convivenza civile, al cui riscontro è subordinata la valutazione di esito positivo della prova; le stesse prescrizioni che limitano la libertà di autodeterminazione e di movimento dell'imputato minorenne non possono che considerarsi come altrettante occasioni educative, e qualsiasi processo educativo passa necessariamente attraverso l'imposizione di regole, che limitano nell'immediato la libertà di individui la cui personalità è ancora in formazione [v. *Considerato in diritto*, pt. 3.2.2], pertanto non può considerarsi contrario ai principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena, fondati sugli artt. 3 e 27 Cost., nemmeno alla luce delle superiori esigenze di tutela della personalità del minore, sottese all'art. 31 Cost., il fatto che, una volta riscontrato il fallimento della messa alla prova dell'imputato minorenne, non sia previsto alcun meccanismo di scomputo della parte della pena inflitta nei suoi confronti, all'esito della celebrazione del processo, né in proporzione alla prova eseguita come previsto dal codice di rito per gli imputati adulti, né in conformità al discrezionale apprezzamento del giudice come richiesto dal remittente.

DAVIDE BERTACCINI

* * *

**Corte cost., sent. n. 99 del 2019 (ud. 20 febbraio 2019, dep. 19 aprile 2019),
Pres. G. Lattanzi, Red. M. Cartabia**

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/04/24/T-190099/s1>

Alla Corte costituzionale è stata rimessa d'ufficio dalla Prima sezione penale della Corte di Cassazione, con riferimento agli artt. 2, 3, 27, 32 e 117, c. 1, Cost., e all'art. 3 Cedu, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, c. 1-*ter*,

o.p., nella parte in cui non prevede l'applicazione della detenzione domiciliare anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena.

Nel dichiarare fondata la questione ricevuta, la Corte costituzionale ha ritenuto condivisibile la ricostruzione dell'assetto normativo vigente compiuta dalla Corte di Cassazione. Innanzi tutto, l'art. 148, c. 1, c.p., dedicato ai casi di infermità psichica sopravvenuta al condannato, è oggi divenuto inapplicabile, perché superato da riforme legislative che, pur senza disporre espressamente l'abrogazione, l'hanno completamente svuotato di contenuto precettivo, sicché chiusi gli ospedali psichiatrici civili e giudiziari non può più farsi riferimento alla norma codicistica come unica disposizione dedicata alla condizione della condizione dei detenuti affetti da gravi patologie psichiche sopravvenute [v. *Considerato in diritto*, pt. 3.1]. Nel frattempo, il legislatore ha istituito le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, che però non sono destinate ad accogliere i condannati in cui la malattia psichica si manifesti successivamente, così per queste persone l'ordinamento non offre alternative al carcere, ove è possibile soltanto che siano istituite apposite sezioni speciali per gli affetti da infermità o minorazioni fisiche o psichiche, secondo quanto disposto dall'art. 65 o.p. [v. *Considerato in diritto*, pt. 3.2]. Per questo, rimasto incompiuto il complesso disegno riformatore di cui all'art. 1, c. 16, lett. d, l. 103/2017, il tessuto normativo odierno presenta serie carenze che gravano proprio sulla condizione dei detenuti affetti da infermità psichica sopravvenuta, in quali non hanno accesso né alle residenze per le misure di sicurezza né ad altre misure alternative al carcere, qualora abbiano un residuo di pena superiore a quattro anni. Tali detenuti non possono avere accesso alla detenzione domiciliare ordinaria di cui all'art. 47-ter, c. 1, lett. c, o.p., prevista per i detenuti che siano gravemente malati, indipendentemente dal tipo di patologia fisica o psichica di cui soffrono, ma solo con una pena residua inferiore a quattro anni. Neppure può essere applicato loro il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena di cui all'art. 146, c. 1, n. 3, c.p., perché la grave patologia psichica non integra il presupposto ivi previsto della malattia grave, in fase così avanzata da essere refrattaria alle terapie. Infine non possono nemmeno beneficiare del rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena di cui all'art. 147, c. 1, n. 2, c.p., poiché questa previsione riguarda solo i casi di grave infermità fisica, senza che vi siano margini di una diversa interpretazione tale da renderla applicabile anche al detenuto che soffra di una patologia psichica. Pertanto siccome il rinvio obbligatorio o facoltativo riguarda solo persone affette da grave infermità fisica, ne consegue che i malati psichici non possono giovare neppure della detenzione domiciliare umanitaria o in deroga, di cui al censurato art. 47-ter, c. 1-ter, o.p., che nel definire il suo ambito di applicazione rinvia a tali disposizioni [v. *Considerato in diritto*, pt. 3.3].

Secondo la Consulta, la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere per i detenuti affetti da grave malattia psichica sopravvenuta viola i principi costituzionali, invocati nell'ordinanza di rimessione della Cassazione. La malattia psichica è fonte di sofferenze non meno della malattia fisica, del resto il diritto fondamentale alla

salute deve intendersi come comprensivo non solo della salute fisica ma anche di quella psichica, alla quale l'ordinamento è tenuto ad apprestare un identico grado di tutela anche con mezzi adeguati a garantirne l'effettività, anzi specie per le patologie psichiche che possono aggravarsi e acutizzarsi proprio per la reclusione sino a determinare nei casi estremi una vera e propria incompatibilità tra carcere e disturbo mentale [v. *Considerato in diritto*, pt. 4.1]. Se è vero che la tutela della salute mentale dei detenuti richiede interventi complessi e integrati, che muovano anzitutto da un potenziamento delle strutture sanitarie in carcere, è vero altresì che occorre prevedere nondimeno percorsi terapeutici esterni, almeno per i casi di accertata incompatibilità con l'ambiente carcerario, mediante misure alternative alla detenzione carceraria, che il giudice possa disporre caso per caso, momento per momento, modulando il percorso penitenziario secondo la tutela della salute dei malati e della pericolosità dei condannati. Per tali ragioni, è ritenuta in contrasto con i principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 27, c. 3, 32 e 117, c. 1, Cost. l'assenza di ogni alternativa al carcere, che impedisca al giudice di disporre che la pena sia eseguita fuori dagli istituti di detenzione, anche qualora a seguito di tutti i necessari accertamenti medici sia stata riscontrata una malattia mentale che provochi una sofferenza talmente grave, che cumulata con l'ordinaria afflittività del carcere dia luogo a un supplemento di pena contrario al senso di umanità [v. *Considerato in diritto*, pt. 4.2].

Per la Consulta, la misura alternativa della detenzione domiciliare umanitaria o in deroga, individuata dalla Cassazione quale giudice rimettente, si presta allo stato attuale a colmare le carenze evidenziate. L'istituto della detenzione domiciliare è una misura che può essere modellata dal giudice in modo tale da salvaguardare contemporaneamente il fondamentale diritto alla salute del detenuto, qualora sia incompatibile con la permanenza in carcere, e le esigenze di difesa della collettività, che deve essere protetta dalla potenziale pericolosità di chi è affetto da alcuni tipi di patologia psichiatrica [v. *Considerato in diritto*, pt. 5]. In definitiva, la detenzione domiciliare è uno strumento capace di offrire sollievo ai malati più gravi, per i quali la permanenza in carcere provoca un tale livello di sofferenza da ferire il senso di umanità, potendo essere configurata in modo variabile, con un dosaggio ponderato delle limitazioni, degli obblighi e delle autorizzazioni secondo le esigenze del caso, e che grazie a un'attenta individuazione del luogo di detenzione consente di perseguire finalità terapeutiche e di protezione, senza trascurare le esigenze dei familiari e comunque assicurare la sicurezza della collettività. Al giudice spetterà verificare, anche in base alle strutture e ai servizi di cura offerti all'interno del carcere, così come alle esigenze di salvaguardia degli altri detenuti e di tutto il personale che opera nel penitenziario, se il condannato affetto da grave malattia psichica sia in condizioni di rimanere in carcere o debba essere destinato a un luogo esterno, fermo restando che ciò non può accadere se nel singolo caso il giudice ritiene prevalenti le esigenze della sicurezza pubblica. In conclusione, si sottolinea che, anche alla luce della più recente giurisprudenza di legittimità, la detenzione domiciliare umanitaria offre al giudice una possibilità da attivare

quando le condizioni lo consentano, sulla base di una complessiva valutazione a cui non può rimanere estraneo «il giudizio di pericolosità ostativa a trattamenti extra-murari, opportunamente rinnovato e attualizzato in parallelo alla evoluzione della condizione sanitaria e personale del detenuto» (Cass., I sez. pen., sent. 28 novembre 2018-4 marzo 2019, n. 9410) [v. *Considerato in diritto*, pt. 5.3].

Per queste ragioni, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, c. 1-ter, o.p., nella parte in cui non prevede che, nell'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta, il tribunale di sorveglianza possa disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al c. 1 del medesimo art. 47-ter o.p.

DAVIDE BERTACCINI

* * *

Corte cost., sent. n. 112 del 2019 (ud. 6 marzo 2019, dep. 10 maggio 2019), Pres. G. Lattanzi, Red. F. Viganò

<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/05/15/T-190112/s1>

Chiamata (nuovamente) a pronunciarsi sulla conformità ai principi costituzionali di ragionevolezza e proporzione della confisca “amministrativa” di cui all'art. 187-sexies t.u.f., anche alla luce del nuovo contesto normativo nazionale e sovranazionale, con la pronuncia in esame la Corte ha dichiarato incompatibile con la Costituzione la previsione normativa nella parte in cui prevedeva – prima delle modifiche apportate dall'art. 4, co. 14, del d.lgs. n. 107 del 2018 – la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del *prodotto* dell'illecito e dei *beni utilizzati* per commetterlo, e non del solo profitto, nonché nella parte in cui, a seguito delle recenti modifiche, imponeva alla Consob l'applicazione della confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del *prodotto* dell'illecito, e non del solo profitto.

Giova ricordare come l'art. 187-sexies t.u.f., nel testo originariamente introdotto dalla legge 18 aprile 2005, n. 62 (c.d. Legge comunitaria 2004) e in vigore al momento dei fatti da cui trae origine la decisione in esame, stabiliva che l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste per gli illeciti amministrativi di abuso di informazioni privilegiate (art. 187-bis t.u.f.) e di manipolazione del mercato (art. 187-ter t.u.f.), «*importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo*», anche nella forma per equivalente.

In relazione a tale ipotesi di confisca obbligatoria, la Corte d'Appello di Torino aveva sollevato per ben due volte questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-sexies, commi 1 e 2, per contrasto con i principi di *ragionevolezza* e *proporzione* della risposta sanzionatoria nella parte in cui prevedeva la confisca anche per equivalente non solo del prodotto o del profitto, ma altresì dei *beni impiegati* per commettere gli illeciti amministrativi di abuso di mercato.

Siffatta disposizione sembrava in effetti ispirata ad un eccessivo rigore sanzionatorio, posto che in relazione alle fattispecie di *market abuse* ben può accadere che l'entità dei beni confiscati possa essere nettamente maggiore rispetto al profitto realizzato: non è infatti infrequente che al conseguimento di un profitto non particolarmente ingente si accompagni l'utilizzazione di mezzi economici – e, quindi, di valori da confiscare obbligatoriamente – per importi molto elevati e totalmente disancorati dal rapporto di proporzione con il profitto stesso.

La Corte Costituzionale, tuttavia, con la pronuncia n. 186 del 2012, pur prospettando una possibile rilevanza della questione, dichiarò l'eccezione inammissibile per l'indeterminatezza del *petitum*, privo dei necessari requisiti di chiarezza e univocità. Successivamente, con la decisione n. 252 del 2012, la Corte – pur evidenziato come il problema fosse in sé «*reale e avvertito, da sottoporre all'attenzione del legislatore*» – ritenne di la questione di nuovo inammissibile in considerazione della peculiare formulazione del *petitum* allora sottoposte. La richiesta del remittente era, infatti, volta a chiedere al Giudice delle leggi di sostituirsi al legislatore introducendo un «innovativo 'terzo regime', a carattere intermedio (la 'graduabilità'), a fronte del quale la discrezionalità amministrativa o giudiziale» avrebbe dovuto esplicitarsi in relazione al *quantum* confiscabile in relazione alla concreta gravità dell'illecito.

Alla luce del mutato quadro normativo sovranazionale in materia di *market abuse*, l'art. 8 della legge di delegazione europea 2016/2017 (legge n. 163 del 2017) aveva demandato all'esecutivo il compito di «*assicurare l'adeguatezza della confisca, prevedendo che essa abbia ad oggetto, anche per equivalente, il profitto derivato dalle violazioni delle previsioni del regolamento (Ue) n. 596/2014*».

Il citato Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio – che ha abrogato la direttiva 2003/6/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/Ce, 2003/125/Ce e 2004/72/Ce della Commissione – è, invero, ispirato proprio al *principio di proporzione* e manifesta un'opzione a favore di sanzioni ablative che si limitino a interessare il *profitto* dell'illecito. In generale, il diritto dell'Unione europea *non impone* la confisca del “prodotto” dell'illecito e dei “beni utilizzati” per commetterlo, bensì sembra chiaramente voler delimitare la confisca al solo *profitto* dell'illecito.

L'esecutivo ha, tuttavia, accolto solo in parte le indicazioni del legislatore: da un lato è stata infatti esclusa la confiscabilità dei “beni utilizzati” per commettere l'illecito amministrativo; dall'altro, si è mantenuto il riferimento alla confisca del prodotto dell'illecito (l'art. 187-*sexies*, co. 1, così come riformulato dal d.lgs. 107/2018 stabilisce che «*[l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente capo importa la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito*»).

Il caso che ha dato origine alla decisione in commento riguarda l'irrogazione, da parte della Consob, di sanzioni amministrative per un importo pari a 200.000 euro (oltre a sanzioni interdittive) a fronte di un fatto di *insider trading* realizzato attraverso l'acquisto di azioni di una società quotata – della quale l'*insider* era socio e consigliere d'amministrazione – sulla base del possesso dell'informazione privi-

legiata relativa all'imminente lancio di un'OPA su tale società promossa da altra società costituita *ad hoc* e della quale l'autore del fatto era socio.

In particolare, il ricorrente, grazie all'informazione privilegiata di cui disponeva, aveva speso 123.175,07 euro (*beni utilizzati* per commettere l'illecito) per acquistare titoli da cui aveva ricavato 149.760 euro (*prodotto* dell'illecito), ritraendo dall'operazione di *insider trading* una plusvalenza di 26.580 euro (*profitto* dell'illecito). Cosicché la Consob disponeva la confisca per equivalente per il maggiore dei tre importi, pari al *prodotto* dell'illecito (corrispondente al valore dei beni utilizzati per commetterlo cui si somma il profitto conseguito).

Di qui la prospettazione, da parte della difesa, di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* t.u.f., che la Cassazione ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata – in relazione agli artt. 3, 42, 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, nonché agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento agli artt. 17 e 49 CDFUE – «nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito».

Entrando nel merito della censure di legittimità costituzionale sollevate dal remittente, la Corte si sofferma anzitutto sull'analisi dell'evoluzione del sindacato di costituzionalità sulle scelte sanzionatorie del legislatore in materia penale, per poi verificare se i principi ricavati da tale ricognizione possano essere ritenuti applicabili anche alla materia delle sanzioni amministrative.

Per quanto riguarda il primo aspetto, attinente al rapporto tra i poteri del Giudice delle leggi e la discrezionalità legislativa in materia penale, occorre rilevare come nell'ipotesi in cui il limite all'intervento della Corte sia da circoscrivere alla mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata vi è, invero, da parte della più recente giurisprudenza costituzionale, un maggior sforzo per poter dare una risposta di merito al dubbio di costituzionalità.

In particolare, una significativa novità si coglie nella sentenza n. 222 del 2018 con la quale la Corte ha dichiarato illegittima la *pena accessoria fissa* prevista per il delitto di bancarotta fraudolenta, senza arrestarsi davanti alla constatazione che la pena con cui sostituirla non si imponeva “*a rime obbligate*”. Lo stesso modo di procedere è stato adottato dalla sentenza n. 40 del 2019, con la quale la Corte – in materia di *stupefacenti* – ha individuato nell'ordito legislativo la pena con cui sostituire quella sproporzionata ed eccessiva prevista dalla disposizione viziata da illegittimità costituzionale.

Il superamento dell'orientamento secondo il quale il giudizio di legittimità costituzionale sulla misura della pena doveva basarsi su uno *schema triadico* – imperniato attorno al confronto tra la previsione sanzionatoria e quella apprestata per altra figura di reato di pari o addirittura maggiore gravità, assunta quale *tertium comparationis* – si è reso possibile attraverso la valorizzazione (accanto all'art. 3 Cost.) del parametro rappresentato dall'art. 27, co. 3, Cost., e in particolare del necessario orientamento alla rieducazione che la pena deve possedere.

In questo modo, la Corte costituzionale ha esteso «il proprio sindacato anche a ipotesi in cui la pena comminata dal legislatore appaia manifestamente sproporzionata non tanto in rapporto alle pene previste per altre figure di reato, quanto piuttosto in rapporto – direttamente – alla gravità delle condotte abbracciate dalla fattispecie astratta» (par. 8.1.3).

Inoltre, il canone della necessaria individualizzazione della pena «esige che – nel passaggio dalla comminatoria astratta operata dal legislatore alla sua concreta inflizione da parte del giudice – la pena si atteggi come risposta proporzionata anche alla concreta gravità, oggettiva e soggettiva, del singolo fatto di reato; il che comporta, almeno di regola, la necessità dell’attribuzione al giudice di un potere discrezionale nella determinazione della pena nel caso concreto, entro un minimo e un massimo predeterminati dal legislatore» (par. 8.1.4).

Se il principio di proporzionalità della sanzione penale rispetto alla gravità dell’illecito è, quindi, strettamente connesso alla funzione rieducativa della pena, occorre chiedersi se tale principio sia applicabile anche alla generalità delle *sanzioni amministrative*.

Sotto questo profilo la Corte evidenzia, *in primis*, come talune garanzie riservate dalla Costituzione alla materia penale siano state estese alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente “*punitivo*” (quali certamente sono, in particolare, le ipotesi di *confisca per equivalente*).

Ad esempio, con la sentenza n. 223 del 2018, riguardante anch’essa la materia della confisca “amministrativa” per fatti di *insider trading* “secondario” (una figura che all’epoca dei fatti contestati ai ricorrenti rientrava nell’orbita di applicazione dell’illecito penale – e non amministrativo – di abuso di informazioni privilegiate), la Corte ha ritenuto che l’applicazione retroattiva della confisca per equivalente di cui all’art. 187-*sexies* si ponesse in contrasto con gli artt. 25, co. 2, e 117, co. 1, Cost., quest’ultimo in relazione all’art. 7 CEDU, nella parte in cui imponeva di applicare la nuova disciplina anche qualora essa risultasse in concreto più sfavorevole di quella precedentemente in vigore.

Sempre in tema di *market abuse*, con la sentenza n. 63 del 2019, la Corte ha dichiarato incostituzionale la disciplina della fase transitoria che derogava alla retroattività dei nuovi e più favorevoli quadri sanzionatori introdotti con il d.lgs. n. 72 del 2015, con la conseguenza che vanno applicate anche per il passato le più lievi sanzioni amministrative previste per l’abuso di informazioni privilegiate e la manipolazione del mercato. Non v’è dubbio, infatti, precisa il Giudice delle leggi, che la sanzione amministrativa prevista dall’art. 187-*bis* t.u.f. «abbia natura punitiva, e soggiaccia pertanto alle garanzie che la Costituzione e il diritto internazionale dei diritti umani assicurano alla materia penale, ivi compresa la garanzia della retroattività della *lex mitior*».

Una tale estensione dei principi di garanzia delineati per la materia penale alle sanzioni amministrative non è avvenuta, invece, in relazione ai principi in materia di responsabilità penale stabiliti dall’art. 27 Cost. Tuttavia, precisa la Corte, «non può dubitarsi che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità

dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative» (par. 8.2.1)

In tali casi, tuttavia, il principio in parola non trae la propria base normativa dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost., bensì dall'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione. Correttamente, quindi, ad avviso della Corte, il giudice rimettente ha individuato nel combinato disposto degli artt. 3 e 42 Cost. «il fondamento domestico del principio di proporzionalità di una sanzione che, come la confisca di cui è in discorso, incide in senso limitativo sul diritto di proprietà dell'autore dell'illecito».

Quanto alle fonti sovranazionali la Corte ha ritenuto corretto il richiamo all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, relativo alla “protezione della proprietà”, e all'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) che tutela il diritto di proprietà in termini analoghi all'art. 1 del citato Protocollo addizionale.

Pertinente, inoltre, è stato ritenuto il richiamo all'art. 49 CDFUE che, sebbene sancisca il principio di proporzionalità in relazione ai “reati” e alle “pene”, secondo la Corte di Giustizia Ue va considerato applicabile all'insieme delle sanzioni, penali o amministrative, aventi carattere “punitivo”.

Come precisato anche dalle Sezioni Unite civili della Cassazione (5 luglio 2017, n. 16601), il necessario rispetto del principio di cui all'art. 49 CDFUE comporta, nel caso di “*punitive damages*” disposti da una sentenza straniera, che il controllo delle Corti di appello «sia portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest'ultimo e la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione».

Riconosciuta l'operatività anche in ambito amministrativo del canone della proporzionalità tra la gravità della sanzione e la gravità del fatto, la Corte giunge quindi a scrutinare la legittimità costituzionale dell'art. 187-*sexies* t.u.f., soffermandosi anzitutto sulle nozioni di “prodotto”, “profitto” e di “beni utilizzati” per commettere gli illeciti di *market abuse*.

Richiamando quando affermato dalle Sezioni Unite penali nella decisione n. 26654 del 2008, in particolare, il Giudice delle leggi precisa il “*prodotto*” dell'illecito consiste nel risultato empirico dell'illecito stesso, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquistate mediante il reato. In altre parole, costituiscono “prodotto” tutte le cose materiali che, in una prospettiva puramente causale, “derivano” dalla commissione dell'illecito medesimo. In quest'ottica, il “prodotto” di un illecito di abuso di informazioni privilegiate «non può che essere rappresentato dall'insieme degli strumenti acquistati, ovvero dell'intera somma ricavata dalla loro vendita» (par. 8.3.1).

Il “*profitto*” è, invece, «l'utilità economica conseguita mediante la commissione dell'illecito. Nelle ipotesi di acquisto di strumenti finanziari, il profitto consiste dunque nel risultato economico dell'operazione valutato nel momento in cui l'informazione privilegiata della quale l'agente disponeva diviene pubblica, calcolato più in particolare sottraendo al valore degli strumenti finanziari acquistati il costo

effettivamente sostenuto dall'autore per compiere l'operazione, così da quantificare l'effettivo "guadagno" (in termini finanziari, la "plusvalenza") ovvero, come nel caso di specie, il "risparmio di spesa" che l'agente abbia tratto dall'operazione. Nelle ipotesi di vendita di strumenti finanziari sulla base di un'informazione privilegiata, il «profitto» conseguito non potrà invece che identificarsi nella "perdita evitata" in rapporto al successivo deprezzamento degli strumenti, conseguente alla diffusione dell'informazione medesima; e dunque andrà calcolato sulla base della differenza tra il corrispettivo ottenuto dalla vendita degli strumenti finanziari, e il loro successivo (diminuito) valore» (par. 8.3.2).

Tale conclusione, ad avviso della Corte, troverebbe conferma nella previsione di cui al già citato 30, par. 2, lett. b) del Regolamento (UE) n. 596/2014, che impone agli Stati membri l'obbligo di prevedere «la restituzione dei guadagni realizzati o delle perdite evitate grazie alla violazione, per quanto possano essere determinati».

Infine, quanto ai "*beni utilizzati*" per commettere l'illecito, «in tema di abusi di mercato essi – lungi dal poter essere identificati nei tradizionali *instrumenta sceleris*, in genere rappresentati da cose intrinsecamente pericolose se lasciate nella disponibilità del reo, come negli esempi di scuola del grimaldello o della stampante di monete false – non possono che consistere nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore» (par. 8.3.3)

Ricostruite le tre nozioni, a giudizio della Corte non v'è dubbio che «in tema di abusi di mercato, mentre l'ablazione del "profitto" ha una mera funzione *ripristinatoria* della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca del "prodotto" – identificato nell'intero ammontare degli strumenti acquistati dall'autore, ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione – così come quella dei "beni utilizzati" per commettere l'illecito – identificati nelle somme di denaro investite nella transazione, ovvero negli strumenti finanziari alienati dall'autore – hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore» (par. 8.3.4). Ne deriva che queste particolari forme di confisca, combinate con le elevatissime sanzioni pecuniarie previste dal t.u.f. (dal contenuto sostanzialmente afflittivo, come riconosciuto dalla Corte Edu), conducono a risultati *punitivi* in contrasto con il principio della necessaria proporzionalità della sanzione.

L'effetto *manifestamente sproporzionato* della confisca in oggetto, precisa inoltre la Corte, non dipende dal fatto che la natura della transazione abbia ad oggetto *direttamente* i beni o il denaro ricavati dalla transazione o utilizzati nella transazione stessa, ovvero beni o denaro di valore *equivalente*; quanto, piuttosto, dalla stessa previsione dell'obbligo di procedere alla confisca del "prodotto" dell'illecito (e dei "beni utilizzati per commetterlo" nella previgente formulazione della norma).

Dunque, la dichiarazione di incostituzionalità investe non solo la confisca per equivalente ma anche la *confisca diretta* del "prodotto" dell'illecito di cui all'art.

187-*sexies* t.u.f. (oltre che dei “beni utilizzati” di cui alla previgente formulazione della norma)¹.

ENRICO AMATI

* * *

Corte cost., sent. n. 187 del 2019 (ud. 22 maggio 2019, dep. 18 luglio 2019), Pres. G. Lattanzi, Red. F. Viganò

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/07/24/T-190187/s1>

Innanzitutto alla Corte costituzionale la Prima sezione penale della Corte di Cassazione ha sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, c. 1, 29, c. 1, 30, c. 1, e 31, c. 2, Cost., dell'art. 58-*quater*, c. 1 e 2, o.p., nella parte in cui tali commi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinquies* o.p., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa alla detenzione, ai sensi dell'art. 47, c. 11, 47-*ter*, c. 6, o 51, c. 1, o.p.

Nel ricostruire il quadro normativo che fa da sfondo alle questioni presentate, la Consulta ha rilevato che nel c. 1 dell'art. 58-*quater* o.p. l'elenco delle misure, che non possono essere concesse nel triennio successivo alla revoca di altra misura, non comprende espressamente la detenzione domiciliare speciale, e d'altro canto si limita a stabilire la preclusione rispetto a una nuova concessione della detenzione domiciliare, senza chiarire se anche la nuova misura della detenzione domiciliare speciale debba ritenersi interessata dalla preclusione, in quanto *species* riconducibile al *genus* detenzione domiciliare, ovvero se proprio in quanto non espressamente menzionata debba ritenersi sottratta alla preclusione in parola. Sul punto, il Giudice della rimessione opta per la prima soluzione interpretativa, già accolta da un precedente di legittimità (Cass., I sez. pen., sent. 1 luglio 2002, n. 28712), ritenendo che la preclusione di cui al combinato disposto dei primi tre commi della disposizione censurata si estenda anche all'ipotesi della detenzione domiciliare speciale [v. *Considerato in diritto*, pt. 2.3].

Nel ritenere fondate nel merito le questioni rimesse, in ragione del contrasto delle disposizioni censurate con l'art. 31, c. 2, Cost. (e con assorbimento delle ulteriori censure), la Consulta ha ripercorso le principali argomentazioni delle sentt. 177/2009 (sull'art. 47-*ter*, cc. 1, lett. a, e 8, o.p.), 239/2014 (sull'art. 4-*bis*, c. 1, o.p.), 76/2017 (sull'art. 47-*quinquies*, c. 1-*bis*, o.p.), 174/2018 (sull'art. 21-*bis* o.p.) e 211/2018 (sull'art. 47-*ter*, cc. 1, lett. b, e 8, o.p.), per arrivare a sostenere che, alla

¹ In ordine alle ricadute della pronuncia in esame sulla confisca penale di cui all'art. 187 t.u.f. sia consentito rinviare a E. AMATI, *Confisca “amministrativa” negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*

base della propria intera giurisprudenza, da un lato sulla detenzione domiciliare ordinaria per esigenza di cura dei minori e dall'altro sulla detenzione domiciliare speciale, sta il principio per cui «affinché l'interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine occorre che la sussistenza e la consistenza di queste ultime venga verificata [...] in concreto [...] e non già collegata ad indici presuntivi [...] che precludono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni» (sent. cost. n. 239 del 2014). Pertanto, tale principio non può che condurre a ritenere costituzionalmente illegittimo anche l'automatismo preclusivo del combinato disposto delle disposizioni censurate, così come interpretate nel provvedimento di rimessione. Infatti, l'assoluta impossibilità per il condannato, madre o padre, di accedere al beneficio della detenzione domiciliare speciale prima che sia decorso un triennio dalla revoca di una precedente misura alternativa sacrifica *a priori* e per l'arco temporale di un interno triennio, che è un periodo di tempo lunghissimo nella vita di un bambino, l'interesse di quest'ultimo a vivere un rapporto quotidiano con almeno uno dei due genitori, precludendo al giudice ogni bilanciamento tra tale basilare interesse e le esigenze di tutela della società rispetto alla concreta pericolosità del condannato [v. *Considerato in diritto*, pt. 4.3]. D'altronde, il venir meno dell'automatismo censurato non esclude che le esigenze di tutela della società possano e debbano trovare adeguata considerazione in sede di valutazione, da parte del tribunale di sorveglianza, dei presupposti della concessione, delle prescrizioni e della revoca della misura [v. *Considerato in diritto*, pt. 4.4].

La Consulta ha infine provveduto a estendere in via consequenziale la presente dichiarazione di illegittimità costituzionale anche al divieto, pure stabilito dal combinato disposto delle disposizioni censurate, di concessione della detenzione domiciliare ordinaria, nei casi previsti dall'art. 47-ter, c. 1, lett. a e b, o.p., nel triennio successivo alla revoca di una delle misure alternative elencate nel c. 2 dell'art. 58-*quater* o.p. La considerazione che tale detenzione domiciliare non potrebbe essere assoggettata a una disciplina deteriore rispetto a quella applicabile per condannati a pene superiori, cui si rivolge la detenzione domiciliare speciale, è affiancata dal rilievo che, come già accaduto in precedenti occasioni (sentt. 177/2009, 239/2014 e 211/2018), l'estensione alla disciplina della detenzione domiciliare ordinaria di quella più favorevole prevista per la detenzione domiciliare speciale deve essere abbinata all'esplicita previsione della prognosi che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, cui è condizionata la detenzione domiciliare speciale [v. *Considerato in diritto*, pt. 5].

Con questi argomenti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, cc. 1, 2 e 3, o.p., nella parte in cui, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, prevista dall'art. 47-*quinquies* o.p., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate nel c. 2 dello stesso art. 58-*quater* o.p.; in via consequenziale, ha dichiarato altresì l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, cc. 1, 2 e 3, o.p., nella parte in cui, nel loro combi-

nato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare, prevista dall'art. 47-ter, c. 1, lett. a e b, o.p., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate al c. 2 del medesimo art. 58-*quater* o.p., sempre che non sussista un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti.

DAVIDE BERTACCINI

* * *

**Corte cost., sent. n. 188 del 2019 (ud. 5 giugno 2019, dep. 18 luglio 2019),
Pres. G. Lattanzi, Red. N. Zanon**

<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/07/24/T-190188/s1>

La Corte dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 bis, l. n. 354/1975 sollevata con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost. Il giudice rimettente ritiene che il delitto di cui all'art. 630 c.p., qualora ricorra la circostanza attenuante dell'art. 311 c.p. (cfr. C. cost., sent. n. 68/2012, che ha esteso l'applicabilità dell'art. 311 c.p., ove si prevede che la pena è diminuita quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanza dell'azione ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto è di lieve entità), debba essere espunto dal regime ostativo, che esclude il detenuto dall'accesso ai benefici penitenziari in assenza di collaborazione con la giustizia, giacché in tale ipotesi verrebbe meno "la presunzione di elevatissima pericolosità, collegabile a contesti di criminalità organizzata", che accomunerebbe tutti i delitti ricompresi nell'elenco di cui all'art. 4 bis cit. La *ratio* a fondamento della disciplina sarebbe incoerente con il sequestro a scopo estorsivo "di lieve entità", e precluderebbe irragionevolmente al detenuto di accedere al beneficio di cui all'art. 30-ter, c. 4, lett. c, in violazione dei principi di ragionevolezza e finalismo rieducativo della pena (§§ 1-2 C.d.). Ad avviso della Corte (§ 3 C.d.), è erroneo il presupposto dal quale muove il rimettente: se originariamente la *ratio* dell'art. 4 bis era strettamente collegata alla necessità di apprestare un trattamento penitenziario particolarmente aspro, alla luce della presunzione di pericolosità collegata ai contesti di criminalità organizzata, essa è andata via via svanendo, di pari passo con l'ampliamento dell'elenco dei reati cd. ostativi. Oggi tale disciplina presenta "natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati, che si presumono socialmente pericolosi *unicamente in ragione del titolo di reato* per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti" (C. cost., sent. n. 239 del 2014). L'art. 4 bis è divenuto infatti "un complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati", in ragione dei continui interventi legislativi volti a rispondere all'allarme sociale destato dalle emergenze criminali succedutesi nel tempo, che oggi ricomprende le figure criminose più disparate: reati di violenza sessuale; scambio elettorale politico-mafioso; favoreggiamento dell'immigrazione

clandestina; gran parte dei delitti contro la pubblica amministrazione. Alla luce di tale trasformazione della *ratio* della norma, la concessione della circostanza attenuante della lieve entità “non risulta idonea a incidere, di per sé sola, sulla coerenza della scelta legislativa di considerare un determinato reato di particolare allarme sociale, ricollegandovi un trattamento più rigoroso in fase di esecuzione”. Né pare condivisibile la prospettiva del rimettente secondo cui i dati fattuali che integrano la circostanza della “lieve entità” sono tali da comportare “una caduta di effettività della presunzione di collegamento del reo con organizzazioni criminali”. Rientra nella discrezionalità del legislatore attribuire, ai fini della valutazione circa l’inclusione dei reati nell’elenco di cui all’art. 4-bis ordin. penit., esclusivo rilievo a profili di carattere oggettivo, sulla scorta del mero titolo di reato giudicato, in ragione della pericolosità di quanti ne siano stati ritenuti responsabili, a prescindere dalle decisioni in concreto assunte in tema di trattamento punitivo e di bilanciamento tra circostanze. Un ultimo argomento depone nel senso di escludere la fondatezza della questione: la circostanza di cui all’art. 311 c.p., riferita specificamente ai delitti contro la personalità dello Stato ed estesa all’art. 630 c.p. ad opera della sentenza additiva n. 68/2012, era fin dall’origine applicabile al sequestro di persona a scopo di terrorismo e di eversione (art. 289 bis c.p., introdotto dal D.L. n. 191/1978). Tale fattispecie, anche nella sua forma attenuata, è sempre stata inclusa nell’elenco di cui all’art. 4 bis ord. pen., e non si vede dunque perché il reato “omologo” di cui all’art. 630 c.p. debba essere oggi espunto da suddetto elenco.

PIETRO INSOLERA

TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO

Tribunal Constitucional, sent. n. 97/2019 del 16 luglio 2019, BOE n. 192 del 12 agosto 2019

https://bj.tribunalconstitucional.es/HJ/it/Resolucion/Show/26019#complete_resolucion&completa

Nel caso in esame, il *Tribunal Constitucional* si è dovuto occupare dell'utilizzabilità di una prova ritenuta, dal ricorrente, lesiva del suo diritto ad un processo equo, nonché del suo diritto ad essere presunto innocente.

Il tema è quello dell'utilizzabilità della prova costituita dai documenti che possono estrarsi dalla c.d. lista Falciani, in considerazione del fatto che questa fosse stata formata al di fuori di ogni contraddittorio e, soprattutto, in violazione del diritto alla riservatezza, atteso che la condotta del Falciani ha preteso introdursi nella vita privata dell'imputato.

Nel dettaglio, il ricorrente lamentava l'uso fattone nel processo penale che lo aveva poi visto condannato per alcuni fatti di evasione fiscale; processo ove, tramite proprio l'utilizzo di quella prova documentale, si è potuto risalire alla titolarità di alcuni conti correnti presso la *HSBC Private Bank Suisse*.

Ebbene, il *Tribunal*, ripercorrendo il complesso tema della utilizzabilità di una prova asseritamente formatasi contrariamente ai diritti dell'imputato si rende interprete di un'applicazione per nulla scontata degli stessi principi, per come pure ricavabili dalla sua copiosa giurisprudenza (Cfr. STC 9/1984; STC 114/1984; STC 107/1985; STC 123/1987 STC 81/1998; ovvero, riferendoci alla giurisprudenza di Strasburgo, *Jalloh c. Germania*, 11.07.2006; *Gocmen c. Turchia*, 17.10.2006 e *Harutyunyan c. Armenia*, 28.07.2007).

Nello specifico, a dire dei giudici occorre effettuare un doppio controllo onde verificare la correttezza dell'*iter* procedimentale seguito. Anzitutto, occorre determinare se la supposta condotta lesiva abbia in effetti impattato su di un diritto fondamentale; secondariamente, per le volte in cui a questo primo quesito si dia una risposta positiva, occorre analizzare se nel caso concreto possa individuarsi un nesso, un legame, un collegamento tra questa originaria violazione e le garanzie processuali apprestate e riconosciute dalla Carta costituzionale (art. 24.2 CE).

Occorre, nello specifico, vedere se la lesione necessiti della specifica tutela che si sostanzia nella esclusione radicale dall'alveo probatorio di quel materiale che "illicitamente" vi abbia fatto ingresso.

Nel caso esaminato dai giudici, sul punto discostandosi, in parte motiva, dalla decisione del *Tribunal Supremo*, pure apparendo incontrovertibile la lesione del diritto alla riservatezza dell'imputato, questa non basta per addivenire alla declaratoria di inutilizzabilità della prova. In effetti, il *Tribunal Constitucional* effettua un passaggio argomentativo sfuggito al Tribunale Supremo, allorquando rammenta come non sia possibile ritenere violato il diritto ad un processo equo, in via automatica se non altro, sia pure in presenza di una lesione di un diritto fondamentale, difettando quel "nesso" poc'anzi citato. Ad avviso del *Tribunal*, infatti, il ricorso *ex art. 24.2* della Costituzione, che presidia il diritto di difesa, pretende un vaglio ulteriore che non può arrestarsi al solo primo passaggio.

Ed allora, nel caso di specie, in ciò condividendo l'assunto cui pure era approdato il *Tribunal Supremo*, non si ravvisa lesione dell'art. 24.2 Costituzione, a presidio delle garanzie processuali. I giudici rammentano che se è vero che sia l'art. 18 CE (in tema di riservatezza) sia l'art. 24.2 CE hanno un contenuto valoriale evidente, la sanzione probatoria invocata può operare solamente quando la violazione strumentale del primo diritto sia utilizzata per la formazione prima, l'utilizzazione poi, di una prova raccolta con evidenti finalità elusive del sistema di garanzie processuali. Solo in questi termini, in ispecie riferendosi agli organi di polizia, il processo si mostra iniquo; al di fuori da questo perimetro non v'è margine per potere ritenere leso il diritto ad un giusto processo. In definitiva, mancherebbe quel legame, quella connessione che pure la giurisprudenza del *Tribunal* pretende, tra l'atto determinante la violazione del diritto fondamentale (qui quello alla riservatezza) e l'ottenimento della prova. In effetti si tratta di intromissione effettuata da un privato e non dalle autorità spagnole; un privato che ha tenuto per sé alcuni dati cui aveva accesso per via del suo lavoro e che non mostra, quindi, connessioni strumentali col processo penale. In assenza di questo legame, qualora lesione vi sia stata, questa rileverebbe, al più, per eventuali e altri fini civilistici risarcitori, ovvero anche ai fini penalistici se in grado di descrivere delle condotte criminali.

Per queste ragioni, conclusivamente, il *Tribunal Constitucional* non ravvisa una violazione dell'art. 24.2 CE.

ANTONIO PUGLIESE

CORTE SUPREMA BRITANNICA

UK Supreme Court, Lachaux (Respondent) v Independent Print Ltd and another (Appellants) [2019] UKSC 27. On appeal from: [2017] EWCA Civ 1334
<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2017-0175-judgment.pdf>

La pronuncia della *Uk Supreme Court* che si segnala torna sugli elementi costitutivi della diffamazione, offrendo alcune precisazioni sulla riforma dell'illecito avvenuta nel 2013 con il "*Defamation Act*" e, in particolare, con riferimento al "*serious harm*" richiesto per integrare la fattispecie.

Il caso sottoposto alla Corte origina da una turbolenta vicenda di divorzio tra un cittadino francese, l'ingegnere aerospaziale Bruno Lachaux, e la moglie inglese, Afsana, residenti negli Emirati Arabi Uniti ("UAE"). Nell'aprile 2011, la coppia si separa e Lachaux domanda alla competente Corte degli UAE la custodia esclusiva del figlio, Louis. La madre, tuttavia, si nasconde insieme al minore lasciando detto al marito di non ritenere giusto il procedimento condotto in quel Paese. Nell'ottobre 2012, l'uomo ritrova il figlio, ne ottiene la custodia e denuncia la ex-moglie, sempre davanti alle autorità degli UAE, per il rapimento. La vicenda comincia a riscuotere attenzione da parte dei media britannici e così due testate giornalistiche, nel febbraio 2014, iniziano a raccontare presunti dettagli della vita matrimoniale dei due coniugi, accusando Lachaux di violenze nei confronti della moglie, sia prima che durante il divorzio, e di vari altri "maltrattamenti", tra i quali aver sequestrato il passaporto del piccolo per impedirgli di visitare il Regno Unito insieme alla madre.

I fatti si rivelano falsi e l'ingegnere francese denuncia i giornalisti ed i quotidiani per diffamazione davanti ai tribunali britannici, ottenendo il riconoscimento della sussistenza della diffamazione nei primi due gradi di giudizio. Nel primo processo, la *High Court* ritiene provata la serietà del danno subito dall'uomo, mentre l'appello proposto dai giornalisti viene rigettato sulla base della potenzialità lesiva della reputazione del querelante insita negli articoli pubblicati.

Proprio sul diverso approccio tenuto nei primi due gradi di giudizio si fonda il ricorso alla *Supreme Court*, che incentra appunto sulla mancata individuazione del "*serious harm*" da parte della *Court of Appeal*.

La Corte ha rigettato l'appello all'unanimità, offrendo tuttavia, rispetto al secondo grado, un'interpretazione diversa della *Section 1(1)* del *Defamation Act 2013*, a norma della quale: “*A statement is not defamatory unless its publication has caused or is likely to cause serious harm to the reputation of the claimant*”. Preso atto che la riforma del 2013 ha innegabilmente arricchito la *Common Law* sulla diffamazione di un nuovo elemento – quello del danno –, Lord Sumption, che ha fornito la *leading opinion*, ha ritenuto corretto il modo di operare del primo giudice.

La norma, infatti, non richiede soltanto che il danno sia già stato causato, ma ammette anche la possibilità che esso sia plausibilmente verificabile in futuro. Ciò, in ragione dell'espressione “*is likely to cause*”. Ben aveva quindi proceduto la *High Court*, allorché aveva individuato il danno in una combinazione tra la gravità delle accuse contenute negli articoli, la delicata situazione del querelante, le circostanze della pubblicazione e la lesività intrinseca delle parole utilizzate.

GIAN MARCO CALETTI

CORTE SUPREMA STATUNITENSE

Le decisioni di maggiore interesse penalistico nell'*October Term 2018* della Corte suprema statunitense ed uno sguardo all'*October Term 2019*

1. Premessa: l'*October Term 2018*, un quadro d'insieme

Due avvenimenti particolarmente significativi, sul piano delle conseguenze nel lungo periodo, avevano caratterizzato l'anno 2018 del massimo organo giudiziario federale statunitense: il pensionamento del cd. *Swing Justice* Anthony Kennedy e la sua sostituzione con il giudice nominato da Trump, Brett Kavanaugh, confermata dal Senato dopo un'aspra battaglia politica¹. Da più parti si era rilevato il conseguente rafforzamento della maggioranza conservatrice, alla luce della *Judicial Philosophy* espressa da Kavanaugh, molto distante dalle posizioni moderate (e talora imprevedibili) di Kennedy².

¹ Sul contributo penalistico di Kennedy, cfr.: R. LITTLE, *'Balanced Liberty' – Justice Kennedy's Work in Criminal Cases*, in *Hastings L.J.*, 2019, 101 ss.; P. INSOLERA, *Le più significative decisioni della Corte suprema in materia penale dell'October Term 2017 e alcune riflessioni di sintesi sul contributo "penalistico" di Justice Anthony Kennedy, nonché sulle possibili conseguenze del suo pensionamento*, in questo Osservatorio, 2018, 3, 29 ss.; ID., *Brevi note sul contributo "penalistico" di Justice Anthony Kennedy, nonché sulle possibili conseguenze del suo pensionamento*, all'URL <http://www.criminaljusticenetwork.eu/it/post/brevi-note-sul-contributo-penalistico-di-justice-anthony-kennedy-nonche-sulle-possibili-conseguenze-del-suo-pensionamento>, 21 dicembre 2018.

² Sulla *Judicial Philosophy* di Kavanaugh, v. A. NOLAN-C. DEVERAUX LEWIS, *Judge Brett M. Kavanaugh: His Jurisprudence and Potential Impact on the Supreme Court*, Report del Congressional Research Service, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45293.pdf>, 21 agosto 2018. Sul rafforzamento del "blocco conservatore": E. CHERMERINSKY, *The Supreme Court is poised to take a hard turn to the right*, all'URL <https://www.bostonglobe.com/opinion/2018/06/27/the-supreme-court-poised-take-hard-turn-right/7h8ywsTSCr8dBnNgYgWf1M/story.html>, 27 giugno 2018; nella dottrina italiana: D. ZECCA, *Le dimissioni di Justice Kennedy e il consolidamento di una maggioranza conservatrice in seno alla Corte suprema*, in DPCE on line, 6 settembre 2018; G. ARAVANTINOU LEONIDI, *La svolta conservatrice della Corte Suprema. Verso una rottura del sistema di Checks and Balances?*, in *Nomos*, 2018, 2, 1 ss.

È ora d'interesse valutare, dopo la conclusione del *Term*, iniziato ad ottobre 2018 e terminato il 31 giugno 2019, il “primo impatto” determinato da tale avvicendamento sulla complessiva linea interpretativa del collegio, e, *funditus*, con riguardo alle principali questioni attinenti alla giustizia penale affrontate di recente (segnatamente, i cd. *constitutional cases*, escludendo dalla nostra rassegna quelli relativi all'interpretazione della legge penale ordinaria, cd. *statutory cases*).

Su un piano generale, molti hanno descritto la sessione 2018-19 come una fase di *transizione*, nella quale gli equilibri ideologici nel collegio sono sembrati ancora fluidi e in fase di assestamento. Si è evidenziata una tendenza generale della Corte, attraverso l'esercizio dell'ampia discrezionalità di cui gode nella cd. *case selection*, ad evitare di decidere nel merito le questioni più controverse sul piano politico-ideologico, rinviandone la trattazione³. Ci troveremmo in presenza di un orientamento improntato a cautela, innescato dall'estrema, finanche esasperata, politicizzazione che ha contraddistinto il procedimento di ratifica senatoriale della nomina del giudice Kavanaugh. La preoccupazione che l'eccessiva *partisanship* percepita possa indebolire ulteriormente la legittimazione del potere giudiziario federale agli occhi dei consociati – si osserva – è stata al centro dell'azione del *Chief Justice* John Roberts. Comunemente ritenuto un “istituzionalista”, egli è da sempre attento a temperare la sua ideologia conservatrice con i cd. *Insitutional concerns*, per scongiurare che le decisioni siano percepite come mera espressione di preferenze politico-ideologiche da parte dei *Justices*, con inevitabile erosione della fiducia nell'indipendenza, imparzialità e neutralità dell'istituzione e delle fondamenta del *Rule of Law*⁴.

³ E. CHERMERINSKY, *Chemerinsky: A look back at the Supreme Court's October 2018 term*, <http://www.abajournal.com/news/article/chemerinsky-some-gleanings-from-the-october-term-2018>, 2 luglio 2019, segnala una molteplicità di ricorsi su questioni giuridiche divisive che la Corte ha scelto di rinviare per la piena trattazione (in materia di cd. *Gun Rights*; discriminazione di genere sul lavoro; restrizioni al diritto di aborto; divieto per soggetti transessuali di prestare servizio nell'esercito; separazione tra stato e chiesa), prevedendosi una sessione 2019-20 molto conflittuale sul piano politico-ideologico, per di più in un *Election Year*.

⁴ Sul punto si rinvia all'approfondita e aggiornata trattazione biografica di J. BISKUPIC, *The Chief. The Life and Turbulent Times of Chief Justice John Roberts*, New York, 2019. Roberts ha di recente confermato quanto abbia a cuore il mantenimento della credibilità istituzionale del potere giudiziario federale e la legittimazione che ne deriva, in un tanto acceso quanto inedito “botta e risposta” con Trump. Il Presidente, non nuovo a questo tipo di attacchi, si era scagliato contro un giudice d'appello federale del Nono Circuito (costa pacifica), notoriamente a forte maggioranza di giudici di nomina democratica e progressisti, che aveva sospeso temporaneamente l'efficacia di un provvedimento che impediva agli immigrati di fare richiesta d'asilo, apostrofandolo come “*Obama Judge*”. Roberts è intervenuto osservando: “*We do not have Obama judges or Trump judges, Bush judges or Clinton judges. What we have is an extraordinary group of dedicated judges doing their level best to do equal right to those appearing before them. That independent judiciary is something we should all be thankful for*”. Cfr. sul punto: J. CASSIDY, *Why Did Chief Justice John Roberts Decide to Speak Out Against Trump*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/why-did-chief-justice-john-roberts-decide-to-speak-out-against-trump>, 21 novembre 2018; T.L. FRIEDMAN, *Trump Tries to Destroy, and Justice Roberts Tries to Save, What Makes America Great*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/01/15/opinion/trump-roberts-shutdown.html>, 15 gennaio 2019.

Tale approccio prudente ha prodotto tutto sommato pochi *Landmark rulings* nell'*October term 2018*, quanto meno sulle questioni a più alto tasso di conflittualità politico-sociale ed esposizione mediatica⁵. Sotto il profilo degli equilibri e “schieramenti” in seno al collegio, non si è ancora delineato con precisione un quadro abbastanza nitido, come quello precedentemente consolidatosi (indicativamente, nell'arco temporale tra il 2006 ed il 2018), nel quale si identificava *di norma* il giudice Kennedy come “ago della bilancia” della maggior parte dei casi “difficili”, conflittuali sul piano politico, ideologico e valoriale (in materia penale, a mero titolo d'esempio, nell'interpretazione dell'VIII emendamento che vieta le pene crudeli e inusuali, parametro alla cui stregua si valuta la legittimità della pena capitale).

Se il *Chief Justice* Roberts ha “oscillato”, determinando l'esito nelle sentenze di più alto profilo politico emesse nell'ultima sessione⁶ – in parte confermando le previsioni di molti osservatori, che all'indomani del *retirement* di Kennedy l'avevano identificato come nuovo “centro ideologico” del collegio⁷ – nel contesto penale è andata creandosi una situazione più fluida e sfumata, meno decifrabile⁸.

Il giudice conservatore che statisticamente ha votato più spesso insieme all'a-progressista, ad esclusione dei casi relativi alla pena di morte⁹, è stato infatti

⁵ Segnatamente, le decisioni *Rucho v. Common Cause*, No. 18-422, 588 U.S. ____ (2019), nella quale l'opinione di maggioranza del Presidente Roberts (insieme agli altri quattro conservatori) ha ritenuto definitivamente non giustiziabili, perché attinenti alla cd. *Political Question*, le questioni relative al *partisan gerrymandering* (la definizione dei collegi elettorali finalizzata a favorire un determinato partito politico), e *Department of Commerce v. New York*, No. 18-966, 588 U.S. ____ (2019), nella quale lo stesso Roberts, ancora una volta estensore, si è però unito parzialmente ai quattro giudici di nomina democratica, bocciando l'aggiunta di un quesito sulla cittadinanza al censimento del 2020 perché non adeguatamente giustificata. Sulle decisioni, cfr. G. EPPS, *Where John Roberts Is Taking the Court*, all'URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/07/where-john-roberts-taking-court/593188/>, 5 luglio 2019.

⁶ M. WALSH, *This Supreme Court term, Roberts was deciding vote in 'the big ones that counted'*, all'URL <http://www.abajournal.com/web/article/SCOTUS-ends-term-with-big-cases-and-hint-of-whats-to-come-next-fall>, 3 luglio 2019.

⁷ V. ad es. D.A. KAPLAN, *John Roberts's Chance for Greatness*, all'URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2018/10/roberts-court/572482/>, 10 ottobre 2018; E. CHEMERINSKY, *Chemerinsky: A look back*, cit.

⁸ Cfr. in tal senso: A. THOMSON-DEVEAUX, *The Supreme Court Might Have Three Swing Justices Now*, all'URL <https://fivethirtyeight.com/features/the-supreme-court-might-have-three-swing-justices-now/>, 2 luglio 2019; R. WOLF, *Supreme Court in transition: Conservatives ascendant but Roberts, Gorsuch, Kavanaugh prove unpredictable*, all'URL <https://eu.usatoday.com/story/news/politics/2019/06/28/supreme-courts-conservative-shift-stalls-political-scrutiny-swells/1573001001/>, 28 giugno 2019.

⁹ Gorsuch di norma non aderisce a quelle dottrine costituzionali di garanzia che, quandanche consolidate nei precedenti della Corte, non trovano solido ancoraggio nel significato letterale originario delle previsioni costituzionali. Rispetto alle limitazioni sostanziali e procedurali alla pena capitale desunte dall'VIII em., che sono frutto dell'elaborazione di cd. *Court made doctrines*, ad esempio, egli è costantemente schierato *pro government*. Su questo profilo, in dottrina, v. L. Litman, *Neil Gorsuch Is No Fiend of Criminal Defendants*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/06/neil-gorsuch-criminal-defendant-death-penalty-cases.html>, 26 giugno 2019.

Neil Gorsuch, nominato da Trump nel 2017¹⁰. Egli, coniugando un'inclinazione radicale, fortemente individualista-libertaria, ostile al *Big Government* federale e sensibile alle istanze di protezione dei diritti individuali degli imputati, con la fedeltà al metodo d'interpretazione costituzionale originalista-testualista e formalista – reso celebre dal suo predecessore Antonin Scalia – in diverse occasioni ha espresso il voto decisivo per rafforzare lo statuto costituzionale di garanzia in materia penale¹¹.

Diverso, invece, è parso l'approccio del giudice Kavanaugh, orientato a maggiore cautela e talvolta in aperto disaccordo con Gorsuch, smentendo così alcune ipotesi iniziali, che li avevano descritti come molto vicini nel *background* politico-ideologico e nel metodo di interpretazione costituzionale¹². Anche se il campione di pronunce è davvero limitato, può affermarsi che Kavanaugh ha fatto forse emergere una vena di più tradizionale conservatore pragmatista cd. *Law and Order*, attento alle conseguenze delle pronunce, non disposto ad accettare gli ingenti “costi sociali” che un'interpretazione stretta, letterale, dei principi costituzionali di garanzia operanti in materia penale spesso comporta¹³.

Il rafforzamento del *conservative bloc* (Roberts, Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh), comunque, è stato palpabile, esprimendosi in diverse direzioni.

¹⁰ Cfr. i dati riportati nell'analisi statistica di A. FELDMAN, *Empirical SCOTUS: Changes are afoot – 5-4 decisions during October Term 2018*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/07/empirical-scotus-changes-are-afoot-5-4-decisions-during-october-term-2018/>, 8 luglio 2019; I. MILLHISER, *Gorsuch, Swing Vote ?*, <https://thinkprogress.org/neil-gorsuch-swing-vote-ebb825d5dfe0/>, 3 dicembre 2018.

¹¹ Ad esempio, applicando con particolare vigore il divieto di leggi “vaghe”, posto a presidio dell'istanza di determinatezza protetta dalla clausola del *due process* di cui al V em., nella sentenza *United States v. Davis*, 588 U.S. ____ (2019), ed il diritto ad essere giudicato da una giuria imparziale con la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio anche nella fase processuale sanzionatoria, di cui al VI em., in *United States v. Haymond*, 588 U.S. ____ (2019), sulle quali cfr. §§ 2 e 4. Per una disamina approfondita dell'effetto di espansione delle garanzie costituzionali operanti in materia penale sostanziale e processuale talora determinato dall'applicazione del metodo originalista-testualista, si può vedere: P. Insolera, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti” e limiti costituzionali al punire nell'interpretazione passata, presente e futura della Corte suprema statunitense*, in *Riv. dir. comp.*, 2017, 3, p. 132 ss.

¹² A. LIPTAK, *Kavanaugh and Gorsuch, Justices With Much in Common, Take Different Paths*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/05/12/us/politics/brett-kavanaugh-neil-gorsuch.html>, 12 maggio 2019; T. HIGGINS, *Trump's two Supreme Court justices Kavanaugh and Gorsuch split in first term together*, all'URL <https://www.cnn.com/2019/06/28/trumps-two-supreme-court-justices-kavanaugh-and-gorsuch-diverge.html>, 29 giugno 2019; D. ROOT, *Kavanaugh Accuses Gorsuch of Judicial Activism in Criminal Justice Case*, all'URL <https://reason.com/2019/06/24/kavanaugh-accuses-gorsuch-of-judicial-activism-in-criminal-justice-case/>, 24 giugno 2019.

¹³ Una posizione che potrebbe avvicinarsi a quella espressa da giuristi come il *Chief Justice* Rehnquist (1986-2005, precedentemente giudice associato dal 1972), sul cui contributo v. M.A. McCALL-M.M. McCALL, *Chief Justice William Rehnquist: His Law-and-Order Legacy and Impact on Criminal Justice*, in *Akron L. Rev.*, 2006, 323 ss. e, nel collegio attuale, alle posizioni di Samuel Alito, nominato da Bush nel 2006, cfr. B.J. GOROD-T. DONNELLY, *None to the Right of Samuel Alito*, all'URL <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2016/01/none-to-the-right-of-samuel-alito/431946/>, 30 gennaio 2016.

Il giudice Thomas, anch'egli originalista-testualista – in passato tendenzialmente “isolato” per le sue posizioni eccentriche ed estreme, espresse per lo più in opinioni separate (concorrenti o dissenzienti) – è sembrato assumere un ruolo più centrale, in particolare sollecitando con costanza la rivalutazione di precedenti, anche molto consolidati, a suo avviso decisi erroneamente in quanto incompatibili con il “*significato originario*” (*original meaning*) della Costituzione (talvolta con l'appoggio di Gorsuch)¹⁴.

La palese “svalutazione” del cd. *constitutional stare decisis*¹⁵ si è però manifestata pure nell'operato collegiale della Corte, ossia in *majority opinions* che, grazie riscate maggioranze conservatrici, hanno disposto l'*overruling* di decisioni che costituivano la *Law of the Land* da diversi decenni¹⁶.

¹⁴ In merito al ruolo, a dire poco ridotto, riconosciuto al “limite” che la dottrina del precedente vincolante pone al potere decisionale dei giudici supremi, nella concezione di Justice Thomas, v. A. LIPTAK, *Precedent Meet Clarence Thomas. You May not Get Along*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/03/04/us/politics/clarence-thomas-supreme-court-precedent.html>, 4 marzo 2019. Circa l'accresciuta influenza ideologica delle sue posizioni dopo l'insediamento dei giudici di nomina trumpiana Gorsuch e Kavanaugh, in seno alla rafforzata “ala conservatrice”: v. M. FORD, *Clarence Thomas's Unprecedented America*, all'URL <https://newrepublic.com/article/154307/clarence-thomas-precedent-america>, 26 giugno 2019; L. GREENHOUSE, *Is Clarence Thomas the Supreme Court's Future?*, all'URL <https://www.nytimes.com/2018/08/02/opinion/contributors/clarence-thomas-supreme-court-conservative.html>, 2 agosto 2018. In ambito processual-penalistico, ad esempio, deve segnalarsi la *dissenting opinion* di Thomas (condivisa da Gorsuch) nel caso *Garza v. Idabo*, 586 U.S. ___ (2019), nella quale si denuncia la asserita erroneità, rispetto al “significato originario” ed alla “struttura costituzionale”, e dunque la necessità di restringere ed eventualmente capovolgere, di quella consolidata linea di precedenti giurisprudenziali che hanno desunto dal VI em. della Costituzione il diritto al gratuito patrocinio per gli imputati indigenti e il cd. “*right to the effective assistance of counsel*”, dando vita all'attuale sistema dei cd. *Public Defender Offices* nelle varie realtà statali e locali statunitensi (cfr. i *landmark cases*: *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) e *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984). Thomas ha poi sostenuto (*McKee v. Cosby*, 586 U.S. ___ (2019), la necessità di annullare la celeberrima decisione *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), che presidia storicamente l'esercizio del diritto costituzionale di critica politica sulla stampa (I, XIV em.), imponendo al pubblico ufficiale che agisce per ottenere un risarcimento per diffamazione di dimostrare non solo la falsità della notizia, ma anche un coefficiente psicologico di “*actual malice*” da parte del giornalista (l'*animus diffamandi*).

¹⁵ Sul *constitutional stare decisis*, cfr. *amplius*: R. KOZEL, *Settled versus Right. A Theory of Precedent*, Cambridge (UK)-New York, 2017; B.J. MURRILL, *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*, Report del Congressional Research Service, all'URL <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45319.pdf>, 24 settembre 2018. Nella dottrina italiana, in prospettiva comparatistica, v. A. PIN, *Precedente e mutamento giurisprudenziale. La tradizione angloamericana e il diritto sovranazionale europeo*, Padova, 2017, 86-167.

¹⁶ Cfr. specialmente le decisioni *Knick v. Township of Scott, Pennsylvania*, No. 17-647, 588 U.S. ___ (2019) e *Franchise Tax Bd. of Cal. v. Hyatt*, 587 U.S. ___ (2019), nelle quali maggioranze conservatrici di cinque voti a quattro hanno capovolto precedenti consolidati, rispettivamente, in materia di espropri (in base alla cd. *Taking Clause*) e cd. *Sovereign Immunity*. Più approfonditamente sul significato di tali decisioni: N. CEZZI, *Hyatt III e la tentazione dell'overruling*, in www.diritticomparati.it, 27 maggio 2019; A. KRISHNAKUMAR, *Academic highlight: Hyatt is latest example of textualist-originalist justices' willingness to overturn precedent*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/05/academic-highlight-hyatt-is-latest-example-of-textualist-originalist-justices-willingness-to-overturn-precedent/>, 24 maggio 2019.

La tendenza a superare il precedente con eccessiva leggerezza – *i.e.* più in ragione delle *preferenze politiche* dei *Justices* di volta in volta in maggioranza, che per la effettiva sussistenza di *gravi ragioni* tali da rendere non più adeguata l'interpretazione superata (ad es.: anacronismo per mutamento del contesto fattuale; inconciliabilità del *reasoning* con quello di altre decisioni successivamente emesse; venire meno o affievolirsi dei cd. *reliance interests* generati dalla decisione) – ha suscitato la veemente protesta della minoranza *liberal* (Ginsburg¹⁷, Breyer, Sotomayor, Kagan), che in dissenso ha espresso forte preoccupazione nei confronti di tale linea di cd. *Conservative Judicial Activism*, potenzialmente in grado di rimettere in discussione e sovvertire approdi giurisprudenziali ormai consolidati, essenziali per la protezione dei diritti fondamentali dei cittadini statunitensi (su tutti, il diritto all'interruzione della gravidanza e i diritti LGBT)¹⁸.

Tornando alla materia penale, una traiettoria simile può osservarsi nel contesto della pena capitale, che, come sovente accade, è stato quello più controverso nel *Term* appena trascorso (cfr. *amplius infra* § 3). L'abbandono del giudice Kennedy, che con la sua funzione “moderatrice” ed i suoi voti aveva garantito fondamentali vittorie *liberal* in numerose decisioni che hanno limitato l'applicabilità dell'estrema sanzione sul versante sostanziale e procedurale¹⁹, ha determinato un atteggiamento *dialetticamente più aggressivo* della maggioranza conservatrice, che ha alzato il livello dello scontro, inserendo alcuni *dicta* non vincolanti che potrebbero, in futuro, indebolire significativamente, se non annullare, *judicial doctrines* di garanzia per gli imputati capitali (cfr. *amplius* § 3).

Svolte queste premesse di ordine generale sulla “direzione” della giurisprudenza della Corte, procediamo alla sintetica rassegna dei *criminal cases* più importanti decisi nell'ultimo *Term*.

¹⁷ L'anziana giudice Ginsburg ha sofferto diversi seri problemi di salute che l'hanno costretta a saltare alcune udienze nel corso del 2019. Si sono così innescate numerose speculazioni sull'eventualità che Trump possa procedere alla nomina di un terzo giudice supremo, prima delle elezioni del novembre 2020, con un ulteriore, netto e decisivo, spostamento “a destra” della Corte. Cfr. A. FELDMAN, *If Ginsburg Leaves it Could be the Left's Biggest Loss Yet*, all'URL <https://empiricalscotus.com/2019/01/17/ginsburgs-seat/>, 17 gennaio 2019.

¹⁸ Si vedano, rispettivamente, i dissensi dei giudici Breyer e Kagan alle due decisioni citate alla nota 16. Breyer, in particolare, ha stigmatizzato la decisione della Corte in *Hyatt* in questi termini, lanciando l'allarme per il futuro prossimo: “*The majority has surrendered to the temptation to overrule Hall even though it is a well-reasoned decision that has caused no serious practical problems in the four decades since we decided it*” ... “*Today's decision can only cause one to wonder which cases the Court will overrule next*”, non a caso citando il celebre precedente *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), che riaffermò il “*core holding*” di *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), la sentenza che affermò il diritto all'aborto.

¹⁹ P. INSOLERA, *Brevi note sul contributo “penalistico”*, cit.; Report, *Justice Kennedy: His Departure from the Court and Possible Consequences in Capital Cases*, all'URL https://www.americanbar.org/groups/committees/death_penalty_representation/project_press/2018/fall/kennedy-in-retrospective/, 8 novembre 2018.

2. *Principio di legalità in materia penale: determinatezza della fattispecie (cd. vagueness doctrine) ed eccesso di delega legislativa all'esecutivo (cd. non delegation doctrine)*

Iniziamo con la disamina di due sentenze che hanno affrontato questioni relative al principio costituzionale di legalità in materia penale.

La prima, *United States v. Davis*²⁰, in continuità con recenti approdi, che avevano invalidato per imprecisione/indeterminatezza clausole analoghe di normative penali federali cui si ricollegavano consistenti aumenti sanzionatori²¹, ha censurato la disposizione federale di cui al 18 U.S.C. § 924(c)(3)(b), cd. *residual clause*, che impone significativi inasprimenti sanzionatori fissi e automatici (*mandatory*)²², allorquando sia accertato il porto o l'utilizzo di armi da fuoco nella commissione di un cd. *crime of violence*.

Il *crime of violence* è legislativamente definito come “ogni altro reato classificato come felony e che, per la sua natura, implica un rischio sostanziale che possa essere utilizzata forza fisica contro la persona o la proprietà di un altro soggetto nel corso della commissione del reato”.

L'imprecisione del linguaggio legislativo viene attestata dal cd. diritto vivente, ossia la metodologia interpretativa consolidata nei precedenti, che per verificare la natura violenta del reato utilizza il cd. *categorical approach*, non concentrandosi sulla condotta concreta oggetto di giudizio, ma sulla fattispecie astratta. Tale interpretazione, che impone al giudice di ipotizzare, ragionando in astratto, se il “tipico caso ordinario del reato” possa rientrare nella ridetta definizione di *crime of violence*, aveva generato significative oscillazioni e contrasti interpretativi tra *Circuits*, non risultando chiaro, né prevedibile, quali delitti dovessero essere ricompresi nell'ambito di applicabilità della disposizione. Un'arbitrarietà ed imprevedibilità che – come spiega la *majority opinion*, estesa da Gorsuch e condivisa da Ginsburg, Breyer, Sotomayor e Kagan – vulnera i valori di legalità, separazione dei poteri, conoscibilità dei precetti e ragionevole prevedibilità delle risposte sanzionatorie presidiati dal *due process*.

²⁰ 588 U.S. ____ (2019). Sulla decisione, cfr.: S.A. LUBAN, *Vagueness Dooms Oft-Used Tool to Enhance Sentences*, all'URL <https://law.stanford.edu/2019/07/01/vagueness-dooms-oft-used-tool-to-enhance-sentences/>, 1 luglio 2019; D. ROOT, *Kavanaugh Accuses Gorsuch*, cit.; L. LITMAN, *Opinion analysis: Vagueness doctrine as a shield for criminal defendants*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-vagueness-doctrine-as-a-shield-for-criminal-defendants/>, 24 giugno 2019; M.J. STERN, *Neil Gorsuch and Brett Kavanaugh Just Fought Over the Rights of the Accused. Gorsuch Won*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/06/neil-gorsuch-brett-kavanaugh-davis-gun-sentencing-enhancements.html>, 24 giugno 2019.

²¹ Si tratta delle decisioni *Johnson v. United States*, 576 U.S. ____ (2015), sulla quale v., volendo, P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., 139-41, 192-197, e *Sessions v. Dimaya*, 584 U.S. ____ (2018), su cui si può vedere P. INSOLERA, *Le più significative decisioni della Corte suprema*, cit., 33-41.

²² Segnatamente: 5, 7 o 10 anni di reclusione per il primo reato; 25 anni in caso di ulteriori violazioni, oltre alla pena base.

Non può poi accogliersi la prospettiva espressa dal governo federale e dai dissenzienti, secondo i quali la disposizione dovrebbe essere “salvata” in via d’interpretazione conforme, senza pronunciarsi sulla questione di costituzionalità (cd. *constitutional avoidance doctrine*), abbandonando l’approccio consolidato nei precedenti di circuito e della Corte suprema, per passare a valutare se la condotta concreta oggetto di giudizio (e non la fattispecie astratta di reato nel suo “caso ordinario”, in base al *categorical approach*) possa essere ricondotto alla definizione di *crime of violence*.

Qui vi è forse il passaggio più importante e innovativo della sentenza. Gorsuch, benché riconosca che il diverso approccio interpretativo, focalizzato sulla condotta concreta, salverebbe la disposizione dall’incostituzionalità, argomenta che il testo, la struttura e l’interpretazione sistematica della normativa impongono di continuare a guardare alla fattispecie astratta. La cd. *constitutional avoidance doctrine*, il canone dell’interpretazione conforme a Costituzione – spiega Gorsuch – non può essere impiegato *contra reum*, in senso espansivo della punibilità: “*Nessuna delle parti in causa ha identificato un singolo caso nel quale la Corte abbia invocato il canone della constitutional avoidance per espandere la portata applicativa di una disposizione penale allo scopo di salvarla dall’incostituzionalità ... impiegare il canone della constitutional avoidance per espandere la portata applicativa di una disposizione penale rischierebbe di vulnerare proprio gli stessi principi di due process e di separazione dei poteri sui quali si fonda la cd. vagueness doctrine*”. Secondo l’opinione della Corte, dunque, non si possono “riscrivere” in sede giudiziale, in senso ampliativo della punibilità, disposizioni incriminatrici “geneticamente” indeterminate, pur di assicurarne la conformità a Costituzione. Utilizzare a detrimento dei diritti dell’imputato il canone della *constitutional avoidance* violerebbe la cd. *rule of lenity*, che impone, in caso di ambiguità ed incertezza semantiche, di optare per il significato più favorevole al reo.

Da notare che Kavanaugh (insieme a Roberts, Alito e Thomas) ha esteso un fermo dissenso, che fa emergere un approccio quasi antitetico rispetto a quello di Gorsuch²³. In prima battuta ha sottolineato che la criminalità e le armi da fuoco negli U.S.A. formano una miscela pericolosissima, discutendo l’evoluzione di numerose statistiche relative alla commissione dei reati con uso di armi da fuoco negli ultimi trent’anni, che attesterebbero l’utilità dello strumento normativo censurato per la repressione di tale fenomeno. Si è così criticata la decisione di maggioranza su basi “pragmatiche”, sul piano delle *conseguenze* (i.e. costi in termini di diminuzione della sicurezza pubblica) che verosimilmente potrà comportare. Anche sul versante del ragionamento *stricto sensu* giuridico, Kavanaugh esprime disaccordo: la precisazione secondo cui la dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione non può essere utilizzata per *ampliare* la portata applicativa di una norma incriminatrice, ma solo per restringerla, a suo avviso, sarebbe “*venuta fuori dal*

²³ Lo sottolineano: D. ROOT, *Kavanaugh Accuses Gorsuch*, cit.; L. LITMAN, *Opinion analysis: Vagueness doctrine*, cit.; M.J. STERN, *Neil Gorsuch and Brett Kavanaugh*, cit.

nulla” e priva di supporto nei precedenti della Corte Suprema. Insomma, la *majority opinion* avrebbe peccato di cd. *Judicial activism*: se pure è dovere della Corte “assicurare che il Congresso agisca entro i limiti costituzionali e rispetti la separazione dei poteri”, “generalmente le normative vengono interpretate con una presunzione di razionalità e di costituzionalità” e “quando oltrepassiamo il nostro ruolo per applicare limiti costituzionali all’operato del Congresso, noi non sosteniamo il principio di separazione dei poteri, ma lo trasgrediamo”.

Osserviamo conclusivamente che gli effetti della decisione in *Davis* (così come quelli delle omologhe sentenze precedenti, *Johnson* e *Dimaya*) consisteranno nella possibilità, per coloro che sono ancora sotto processo in fase di *sentencing*, di ottenere il beneficio di essere puniti senza l’aumento sanzionatorio. Più incerta la disponibilità della rideterminazione della pena in sede esecutiva per i condannati in via definitiva (tramite *Habeas corpus petition*)²⁴.

La seconda pronuncia è *Gundy v. United States*²⁵, inerente al principio di separazione dei poteri (e, quindi, diremmo noi, di riserva di legge in materia penale).

Oggetto di scrutinio era la disciplina federale del *Sex Offender Registration and Notification Act* (S.O.R.N.A.)²⁶, ed in particolare la disposizione²⁷ che *estende retroattivamente* l’effetto della normativa, delegando al potere esecutivo, e segnatamente all’*Attorney General* (Ministro della Giustizia), “l’*autorità di specificare l’applicabilità dei requisiti di questo capitolo agli autori di reati sessuali condannati prima dell’attuazione di questo capitolo ... e di prescrivere le regole per la registrazione di tutti questi autori di reati sessuali*”.

La norma poneva dunque il problema dell’*eccesso di delega* del potere legislativo da parte del Congresso – organo al quale spetta ai sensi dell’art. I, sez. I, Cost. – all’esecutivo (cd. *non delegation doctrine*)²⁸. Il precedente della Corte suprema,

²⁴ Cfr. *funditus*, sullo stato dell’evoluzione giurisprudenziale in materia: L. LITMAN, *Opinion analysis: Vagueness doctrine*, cit.; S.A. LUBAN, *Vagueness Dooms*, cit.

²⁵ No. 17-6086, 588 U.S. ___ (2019), che era stata oggetto di segnalazione in P. INSOLERA, *Il diritto penale nell’October Term 2018 della Corte suprema: un’analisi preliminare*, in *Ind. pen. online*, 2019, 1, 50 ss.. Sulla decisione cfr.: M. SOHONI, *Opinion analysis: Court refuses to resurrect nondelegation doctrine*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-court-refuses-to-resurrect-nondelegation-doctrine/>, 20 giugno 2019; A. LIPTAK, *Supreme Court Sustains Executive Power in Sex Offender Case*, all’URL <https://www.nytimes.com/2019/06/20/us/politics/supreme-court-sex-offender-registry.html>, 20 giugno 2019; I. SOMIN, *A Troubling Supreme Court Decision on Non – Delegation*, all’URL <https://reason.com/2019/06/20/a-troubling-supreme-court-decision-on-non-delegation/>, 20 giugno 2019.

²⁶ La quale impone ai soggetti condannati per *sex offenses* stringenti obblighi di registrazione e di condivisione di informazioni personali con le autorità, comminando altresì sanzioni penali in caso di violazione degli obblighi: v. *amplius* M. BOGGIANI, *ALL’ORIGINE DELLE NUOVE MISURE INTRODOTTE ALL’ART. 609 nonies 3° comma cp: le sex offenders laws statunitensi*, in *Ind. pen.*, 2015, 2, 573 ss.

²⁷ 34 U.S.C. § 20913(d).

²⁸ A lungo “dormiente”, ed applicata per l’ultima volta nei risalenti casi *A.L.A. Schetcher Poultry Corporation v. U.S.*, 295 U.S. 495 (1935) e *Panama Refining Company v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935), per invalidare un eccesso di delega di poteri legislativi ad agenzie federali nel diverso contesto delle cd. *New Deal – era economic regulations*.

pur riconoscendo un ampio margine di delegabilità, impone infatti che la delega legislativa contenga un “*intelligible principle*”²⁹, idoneo a guidare e limitare l’esercizio del potere delegato.

Nel caso di specie – il ricorrente Herman Gundy, uno degli oltre 500.000 *sex offenders* condannati prima dell’entrata in vigore del S.O.R.N.A. nel 2006 – sosteneva che “*la previsione del S.O.R.N.A. che prevede la delega concede un potere senza criteri guida al massimo prosecutor della nazione, allo scopo di ampliare la portata di norme penali e di imporre requisiti afflittivi, che durano talvolta tutta la vita, a centinaia di migliaia di individui*” e “*mischia il potere di legiferare in materia penale con il potere esecutivo esattamente nel modo che la Costituzione intende proibire*”.

Quest’ordine di argomenti pareva aver trovato terreno fertile, almeno presso alcuni componenti del collegio³⁰.

Il giudice Gorsuch, ad esempio, in corso di discussione, affermava: “*la specifica sezione normativa che riguarda i soggetti condannati prima dell’entrata in vigore del S.O.R.N.A. stabilisce inequivocabilmente che l’Attorney General decide se, come, quando e chi, persino i soggetti a cui si applica. Così il soggetto non sa neppure se è sottoposto all’applicazione della legge ... noi diciamo che le leggi vaghe debbono essere invalidate ... che cosa c’è di più vago rispetto ad una carta bianca all’Attorney General per determinare chi dev’essere perseguito?*”. Simili osservazioni venivano formulate anche da Ginsburg e Sotomayor.

Tuttavia – come si era rilevato a margine della discussione³¹ – la maggior parte dei giudici era sembrata propensa a provare ad individuare ulteriori e diverse disposizioni del S.O.R.N.A., in grado di limitare il margine di discrezionalità dell’esecutivo, tramite un’interpretazione conforme a Costituzione dello *statute*, senza quindi pronunciarsi sulla questione di costituzionalità (cd. *constitutional avoidance canon*).

Ed in effetti la *plurality opinion*, estesa dal giudice Kagan (insieme a Breyer, Ginsburg e Sotomayor), con il voto concorrente nel solo dispositivo di Alito (Kavanaugh non ha partecipato al caso), ha ritenuto che la disposizione non violi la *non delegation doctrine*, rispettando il principio dell’“*intelligible principle*”, tale da limitare la discrezionalità del potere esecutivo delegato ed evitare che “*scelte politiche*” siano trasferite illegittimamente. Kagan, in particolare, ha interpretato la norma oggetto di scrutinio, nel senso che essa “*richieda all’Attorney General di applicare le disposizioni del S.O.R.N.A. a tutti gli autori di reati sessuali condannati prima dell’entrata in vigore della normativa non appena fattibile*”, sulla base dello scopo complessivo del S.O.R.N.A. (stabilire un comprensivo sistema nazionale di

²⁹ Cfr. *Whitman v. American Trucking Associations*, 531 U.S. 457 (2001).

³⁰ Cfr. D. ROOT, *Gorsuch and Sotomayor Fault Congress for Giving ‘a Blank Check to the Attorney General’*, all’URL <https://reason.com/blog/2018/10/09/gorsuch-and-sotomayor-fault-congress-for>, 9 ottobre 2018.

³¹ A. HOWE, *Argument analysis: Justices grapple with nondelegation challenge*, all’URL <http://www.scotusblog.com/2018/10/argument-analysis-justices-grapple-with-nondelegation-challenge/>, 3 ottobre 2018.

registrazione per gli autori di reati sessuali), della definizione di *sex offender* ivi prevista (soggetto condannato per reati a sfondo sessuale in via definitiva) e dei lavori parlamentari che hanno condotto all'adozione della riforma. In tal modo “specificare l'applicabilità non significa affatto ‘specificare se applicare il SORNA agli autori di reati sessuali condannati prima della sua entrata in vigore’, anche se l'intera struttura del corpo normativo impone che essi siano inclusi. La frase significa invece ‘specificare come applicare il SORNA agli autori di reati sessuali condannati prima della sua entrata in vigore, se difficoltà di transizione richiedono un qualche ritardo’”. La disposizione, così interpretata, non travalica nell'eccesso di delega legislativa, in base ai precedenti della Corte, ma rispecchia il fatto che il Congresso dipende dall'esigenza di accordare un margine di discrezionalità agli *executive officials* incaricati di eseguire le sue direttive.

Dev'essere segnalata la corposa opinione dissenziente del giudice Gorsuch (condivisa da Roberts e Thomas)³², nella quale si esprime tutta l'ostilità conservatrice nei confronti del cd. *Administrative State*³³, che caratterizza il sistema di governo federale statunitense ed è basato sul presupposto dell'ampio margine di delega del Congresso all'esecutivo ed alle agenzie federali per l'applicazione delle norme.

Tralasciando qui il significato che l'opinione dissenziente potrebbe avere per il sistema di *government* federale statunitense, vista la possibilità espressa da Alito nel suo voto concorrente di ridiscutere in futuro i limiti della *nondelegation doctrine*, diamo atto delle persuasive critiche formulate da Gorsuch ad una delega così ampia e generica in ambito *penale*, dove l'istanza di protezione della libertà personale è rafforzata.

La norma scrutinata “conferisce al pubblico ministero che ricopre l'ufficio gerarchicamente al vertice nella nazione il potere di scrivere il proprio codice penale che disciplina le vite di mezzo milione di cittadini statunitensi”; applicare il principio di separazione dei poteri “riguarda salvaguardare una struttura concepita per proteggere le loro libertà, i diritti delle minoranze, la prevedibilità soggettiva e lo Stato di diritto”. Consentire all'Attorney General di “scrivere le norme penali che è incaricato di applicare segnerebbe la fine di ogni significativa applicazione della nostra separazione dei poteri e inviterebbe alla tirannia della maggioranza, che è generata quando le responsabilità di produrre le leggi e di applicarle sono concentrate nelle stesse

³² Cfr. D. ROOT, *In Sharp Dissent, Neil Gorsuch Faults SCOTUS for Letting the Attorney General Write His Own Criminal Code*, all'URL <https://reason.com/2019/06/20/in-sharp-dissent-neil-gorsuch-faults-scotus-for-letting-the-attorney-general-write-his-own-criminal-code/>, 20 giugno 2019; N. SIBILLA, *Gorsuch Slams The Supreme Court For Turning A Blind Eye To Overcriminalization*, all'URL <https://www.forbes.com/sites/nicksibilla/2019/06/21/gorsuch-slams-the-supreme-court-for-turning-a-blind-eye-to-overcriminalization/>, 21 giugno 2019; T. BURRUS, *Neil Gorsuch Catches a Hail Mary for the Constitution*, all'URL <https://www.cato.org/publications/commentary/neil-gorsuch-catches-hail-mary-constitution>, 28 giugno 2019.

³³ J. SUK GERSEN, *The Supreme Court Is One Vote Away From Changing How the U.S. Is Governed*, all'URL <https://www.newyorker.com/news/our-columnists/the-supreme-court-is-one-vote-away-from-changing-how-the-us-is-governed>, 3 luglio 2019.

mani”. Nonostante il caso concreto riguardi un gruppo di soggetti disprezzato (i *sex offenders*) – Gorsuch prosegue – “*se un singolo funzionario dell’esecutivo può scrivere leggi che restringono la libertà di questo gruppo di persone, che cosa significa per il prossimo gruppo?*”. In definitiva “*la regola che impedisce al Congresso di dare ‘carta bianca’ all’esecutivo per redigere norme destinate agli autori di reati sessuali è la stessa regola che protegge tutti gli altri cittadini*”, e non è difficile accorgersi di “*come il potere in questione – il potere di un pubblico ministero di imporre a un gruppo di farsi schedare dal governo sotto minaccia di pesanti sanzioni penali – potrebbe essere abusato in altri contesti*”.

Le preoccupazioni qui espresse da Gorsuch, in veste di *civil libertarian* – come si è osservato in dottrina³⁴ – sono analoghe a quelle manifestate nella sentenza *Davis*. Se il vizio di imprecisione (*vagueness*) li censurato, infatti, comporta l’abdicazione delle scelte politico-penali da parte dell’organo democraticamente legittimato, il Congresso, che così attribuisce un illegittimo *ruolo creativo* a giudici, giurie e *prosecutors*, tale da determinare esiti applicativi imprevedibili ed arbitrari, l’eccesso di delega, non diversamente, investe il potere esecutivo della potestà di legiferare in materia penale, venendo così meno la democraticità (con tutte le connaturate garanzie) delle scelte d’incriminazione o ampliative della punibilità.

3. Pena capitale

Come accennato *supra*, la *litigation* sulla pena capitale è stata il tema penalistico più *divisivo* dell’ultima sessione, un contesto nel quale la Corte si è mostrata a più riprese “spaccata”, lasciando emergere aspri disaccordi tra i *Justices*³⁵.

Occorre dare conto di una questione decisa nel merito, per poi esaminare l’interessante evoluzione dei casi decisi nell’ambito del cd. *Shadow docket*³⁶. Si tratta, sotto il profilo procedurale, di quella porzione del ruolo della Corte che comprende i casi che non vengono decisi nel merito (senza pieno contraddittorio cartolare, discussione orale, incontro dei giudici in camera di consiglio), ma con *orders*, spes-

³⁴ R. PILDES, *Vagueness Doctrine, Delegation Doctrine, and Justice Gorsuch’s Opinion Today in U.S. v. Davis*, all’URL <https://balkin.blogspot.com/2019/06/vagueness-doctrine-delegation-doctrine.html>, 24 giugno 2019, che esamina differenze e analogie tra le due *doctrines*.

³⁵ Cfr., in generale, E. CHEMERINSKY, *Chemerinsky: In death do they part – SCOTUS justices show divisions over capital cases*, all’URL <http://www.abajournal.com/news/article/chemerinsky-in-death-do-they-part-justices-show-divisions-over-capital-cases>, 30 maggio 2019; M. WALSH, *Tension in the Court: Public collegiality belies behind-the-scenes debate*, all’URL <http://www.abajournal.com/magazine/article/tension-in-the-court-public-collegiality-belies-behind-the-scenes-debates>, 1 giugno 2019.

³⁶ Sul cd. “*ruolo ombra*”, v. W. BAUDE, *Death and the Shadow Docket*, all’URL <https://reason.com/2019/04/12/death-and-the-shadow-docket/>, 12 aprile 2019, e, più ampiamente sul tema, Id., *Foreword: The Supreme Court’s Shadow Docket*, in *N.Y.U. J.L. & LIBERTY*, 2015, 1 ss.; J. BISKUPIC, *What the Supreme Court is doing behind closed doors*, all’URL <https://edition.cnn.com/2019/04/26/politics/supreme-court-closed-doors/index.html>, 26 aprile 2019.

so privi di argomentazione a supporto dei voti (e, dunque, con meno trasparenza). Si pensi, in particolare, ai numerosi cd. “ricorsi dell’ultimo minuto” dei prigionieri nel *death row* per sospendere l’esecuzione già fissata³⁷. Proprio in questo ambito la conflittualità tra giudici conservatori e ala *liberal* ha raggiunto il suo apice, probabilmente per l’abbandono del “moderatore” Kennedy³⁸.

Iniziamo con la decisione di merito, *Bucklew v. Precythe*³⁹, che origina da un ricorso avverso il metodo d’esecuzione dell’iniezione letale applicato dallo Stato del Missouri (cd. *methods of execution challenge*). La Corte ha reiteratamente ritenuto conformi a Costituzione i “protocolli di morte” di altri Stati, nonostante alcuni dei farmaci utilizzati avessero causato incidenti, tali da prolungare oltremodo la sofferenza e l’agonia dei condannati⁴⁰. Bucklew, pluriomicida nel braccio della morte da oltre vent’anni, sostiene in particolare che la specifica patologia di cui soffre, una grave forma di tumore (emangioma cavernoso), determinerebbe, qualora venisse seguito il protocollo *standard* d’esecuzione statale, una sofferenza prolungata e non necessaria, e pertanto incostituzionale.

La *majority opinion* – estesa da Gorsuch e supportata dai voti degli altri quattro giudici di nomina repubblicana – conferma il (discutibile)⁴¹ principio statuito in

³⁷ Un quadro d’insieme in F. FERRARIS, “Rationing Justice”. *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Torino, 2015, 145 ss.; AA.VV., R. GAMBINI MUSSO (a cura di), *Il processo penale statunitense. Soggetti e atti*, Torino, 2008, 265 ss.

³⁸ Cfr. così: S.I. VLADECK, *It’s Neil Gorsuch’s Supreme Court Now, Not Anthony Kennedy’s*, all’URL <https://www.politico.com/magazine/story/2019/04/02/neil-gorsuch-supreme-court-anthony-kennedy-226469>, 2 aprile 2019.

³⁹ Già segnalata in P. INSOLERA, *Il diritto penale nell’October Term 2018*, cit., 54-55. La decisione è stato oggetto di numerosi commenti, quasi totalmente di taglio critico: A. HOWE, *Opinion analysis: Divided court rejects lethal-injection challenge by inmate with rare medical condition*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/04/opinion-analysis-divided-court-rejects-lethal-injection-challenge-by-inmate-with-rare-medical-condition/>, 1 aprile 2019; S.A. SMITH, “Super-adding” to Baze: *The decision in Bucklew v Precythe*, all’URL <https://ikutamatatablog.wordpress.com/2019/04/02/super-adding-to-baze-the-decision-in-bucklew-v-precythe/>, 2 aprile 2019; J.D. BESSLER, *Bucklew v. Precythe: The Supreme Court’s Tortured Death Penalty Jurisprudence*, all’URL <https://www.gwlr.org/bucklew-v-precythe-the-supreme-courts-tortured-death-penalty-jurisprudence/>, 17 aprile 2019; I. MILLHISER, *Gorsuch just handed down the most bloodthirsty and cruel death penalty opinion of the modern era*, all’URL <https://thinkprogress.org/gorsuch-supreme-court-cruel-death-penalty-opinion-eighth-amendment-8ddd34133ac/>, 1 aprile 2019; M.J. STERN, *The Supreme Court’s Conservatives Just Legalized Torture*, all’URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/04/supreme-court-neil-gorsuch-eighth-amendment-death-penalty-torture.html>, 1 aprile 2019. Adesivamente, v. invece: P.CASSELL, *The Supreme Court Recognizes Victims’ Rights in Death Penalty Cases*, all’URL <https://reason.com/2019/04/01/supreme-court-recognizes-victims-rights/>, 1 aprile 2019.

⁴⁰ Si vedano i noti casi *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008); *Glossip v. Gross*, No. 14-7955, 576 U.S. (2015). Per un’esauritiva disamina della materia v. A. CORDA, *L’incerto futuro dei metodi di esecuzione della pena di morte negli Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1, 198 ss.

⁴¹ Sulla totale mancanza di fondamento costituzionale e sui gravi risvolti deontologici per gli avvocati nei casi capitali del cd. *Pick your poison requirement v. S. BRAY, What Bucklew Doesen’t Say*, all’URL <https://reason.com/2019/04/03/what-bucklew-doesnt-say/>, 3 aprile 2019, e il dissenso in *Glossip* del giudice Sotomayor, sul quale v. A. CORDA, *L’incerto futuro dei metodi di esecuzione*, cit., 221 ss.

Glossip v. Gross, secondo cui il ricorrente, per prevalere, deve indicare un metodo di esecuzione alternativo (ad es. fucilazione, camera a gas, sedia elettrica), che sia prontamente attuabile da parte dello Stato e in grado di ridurre significativamente la possibilità che il condannato patisca un dolore non necessario. La decisione in *Bucklew* estende questo standard ai cd. *as applied challenges*, ossia ai ricorsi afferenti alla crudeltà del metodo non nella generalità dei casi e di per sé, ma in ragione delle *particolari condizioni del condannato a morte* (nel caso di specie, la condizione patologica di cui soffre Bucklew).

Gorsuch spiega che il divieto di pene crudeli “*non garantisce al detenuto una morte senza dolore, qualcosa che, ovviamente, non è assicurata a molte persone, comprese la maggior parte delle vittime di reati capitali*”, ma si limita piuttosto a proibire agli Stati di aggiungere alle esecuzioni “*terrore, dolore o disgrazia*” non necessarie.

Bucklew, che pure aveva indicato la possibilità di essere giustiziato tramite camera gas, non è stato in grado di dimostrare la “*pronta applicabilità*” in concreto di tale metodo d’esecuzione, non avendo in particolare precisato “*come il gas nitrogeno debba essere somministrato (utilizzando una camera a gas, una tenda da ossigeno, un cappuccio, una maschera o qualche altro strumento di somministrazione); in che concentrazione (nitrogeno puro o qualche altra miscela di gas); quanto velocemente e per quanto tempo il gas debba essere iniettato; o come lo Stato possa garantire la sicurezza dell’equipe che cura l’esecuzione, ivi incluso proteggerla dal rischio di perdite di gas*”.

Oltre a questi macabri dettagli, la Corte sottolinea che i delitti commessi dal ricorrente risalgono a venti anni fa, ponendo l’accento, anche in chiave generale, sulla violazione dei diritti delle vittime determinata dai lunghi ritardi nelle esecuzioni: “*Il popolo del Missouri, le vittime sopravvissute ai crimini del signor Bucklew, e altri soggetti nelle stesse condizioni meritano di meglio ... in base alla nostra Costituzione la questione della pena capitale dev’essere risolta dal popolo e dai suoi rappresentanti, non dalle corti*”. La preoccupazione centrale è quella di arginare i ricorsi meramente dilatori avverso i metodi d’esecuzione, che la Corte deve “*decidere equamente e speditamente*”. I provvedimenti dell’ultimo minuto per sospendere l’esecuzione “*dovrebbero essere l’eccezione estrema*”, e la Corte deve rigettare quelle istanze che avrebbero potuto essere avanzate prima e che abbiano scopo puramente dilatorio.

Il giudice Thomas ha redatto un’opinione concorrente, reiterando la sua opinione, davvero estrema, per cui gli unici metodi di esecuzione crudeli e incostituzionali sono quelli “*intenzionalmente concepiti per infliggere dolore*”.

Breyer, il giudice più critico nei confronti della pena capitale, ha dissentito, sostenendo che Bucklew aveva efficacemente individuato un metodo di esecuzione alternativo meno doloroso e disponibile. Egli ha altresì espresso nuovamente la sua ferma convinzione (si veda il noto dissenso in *Glossip*) secondo cui “*si può avere un sistema applicativo della pena capitale che evita ritardi eccessivi e probabilmente persegue legittimi scopi penologici, o, in alternativa, si può avere un sistema applica-*

tivo della pena capitale che cerchi di essere affidabile ed equo ed eviti l'inflizione di pene crudeli ed inusuali. Può ben essere che non si possano avere entrambi allo stesso tempo”.

Il giudice Sotomayor, nel suo dissenso, ha censurato con veemenza i *dicta* inseriti nella *majority opinion* relativi al problema dei ritardi nelle esecuzioni: “*i commenti della decisione di maggioranza sulla presente istanza per sospendere l'esecuzione e sulle istanze future non è soltanto trascurabile, ma anche completamente irrilevante ai fini della decisione di ogni questione devoluta alla Corte ... sono specialmente preoccupata dall'affermazione della maggioranza che 'le sospensioni dell'esecuzione dell'ultimo minuto dovrebbero essere l'eccezione estrema', che potrebbe essere interpretata nel senso di suggerire che le istanze di sospensione tardive avanzate dai detenuti capitali dovrebbero essere scrutinate con un'attitudine particolarmente ostile. Se questi commenti fossero scambiati erroneamente per un nuovo standard di giudizio, effettuerebbero una radicale reinvenzione del diritto consolidato e del ruolo giudiziale*”.

Due aspetti della decisione meritano di essere evidenziati.

Il primo, più rilevante sul lungo periodo – ben colto in dottrina e nella cronaca giudiziaria statunitense⁴² – riguarda l'approccio metodologico, radicalmente originista, dell'opinione di Gorsuch. L'interpretazione *statica* dell'VIII em., corredata da un'approfondita e truculenta discussione storica circa i metodi di esecuzione diffusi all'epoca della fondazione, si pone in aperto contrasto con la lettura *dinamico/evolutiva* della clausola, che ha dominato la giurisprudenza della Corte negli ultimi sessanta anni⁴³.

⁴² S.A. SMITH, “*Super-adding*” to *Baze*, cit.; J.D. BESSLER, *Bucklew v. Precythe: The Supreme Court's Tortured*, cit.; I. MILLHISER, *Gorsuch just handed down the most bloodthirsty*, cit.; M.J. STERN, *The Supreme Court's Conservatives*, cit.

⁴³ Il riferimento è al noto test basato sugli “*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*”, elaborato per la prima volta nel noto precedente *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958), *plurality opinion* estesa dal Chief Justice Earl Warren, poi utilizzato in numerosi casi successivi per porre limitazioni di proporzionalità sostanziale alla pena di morte, dichiarandola inapplicabile a categorie di reati e categorie di autori di reati, in molte decisioni redatte da Kennedy: cfr. Report, *Justice Kennedy: His Departure from the Court*, cit. Questa la “*line of cases*” della *categorical proportionality review*: *Coker v. Georgia*, 483 U.S. 584 (1977), che dichiara la pena di morte incostituzionalmente sproporzionata per violazione dell'VIII em. per il reato di “stupro di una donna adulta”; *Enmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982), con cui, nel contesto della *felony murder doctrine*, si giudicò categoricamente eccessiva la pena di morte nel caso del complice in un delitto che abbia solamente “*aided and abetted a felony in the course of which a murder is committed by others but who does not himself kill, attempt to kill, or intend that a killing take place or that lethal force will be employed*”; *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988), pena di morte incostituzionale per i minori di anni sedici; *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002), pena di morte incostituzionale per tutti i delitti commessi da soggetti mentalmente ritardati; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) sproporzionazione incostituzionale dell'estrema sanzione per tutti i delitti commessi da soggetti minori di anni diciotto; *Kennedy v. Louisiana*, 554 U.S. 407 (2008), eccessività incostituzionale della *death penalty* per il delitto di violenza sessuale commessa nei confronti di bambini minori di anni 12. Cfr. anche le sentenze *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010) e *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012), che hanno ritenuto contrastanti con il principio di proporzione dell'VIII em., rispettivamente, la pena dell'ergastolo senza possibilità di

Ci troveremmo in presenza di un chiaro segnale che la rafforzata coalizione conservatrice nel collegio potrebbe in un prossimo futuro erodere o sovvertire le dottrine di garanzie connesse a tale approccio interpretativo.

Tutti i giudici di nomina repubblicana – e Kavanaugh, riteniamo, non farà eccezione – considerano infatti l'*evolving standards of decency test* una forma di *illegittimo* attivismo giudiziale progressista e antidemocratico, privo di basi testuali-costituzionali e storiche. Può dunque ipotizzarsi che i *precedents* in materia non siano oggi al sicuro, a fronte di possibili nuovi interventi legislativi statali caratterizzati da maggiore severità rispetto ai limiti attualmente stabiliti dalla Corte (si pensi, ad es., all'ipotetica reintroduzione della pena capitale per violenze sessuali su bambini minori di 12 anni). Una Corte conservatrice "attivista" potrebbe finanche spingersi a *ridiscutere* precedenti così recenti e relativamente consolidati (*settled*).

Il secondo profilo attiene alla questione degli eccessivi ritardi provocati dai ricorsi tardivi per sospendere l'esecuzione, che la maggioranza conservatrice sembra ritenere esclusivamente dilatori, e quindi volere ridurre a tutti i costi, per salvaguardare i contrapposti valori di definitività delle condanne, effettività della pena capitale e tutela dei diritti delle vittime, anche a costo di non censurare violazioni della Costituzione. Questo è stato il terreno di più acceso scontro ideologico, come detto più in alto, nell'ambito del cd. *Shadow docket*, e merita darne conto in estrema sintesi.

Nel caso *Dunn v. Ray*⁴⁴ la Corte suprema ha revocato il provvedimento di sospensione dell'esecuzione emesso dalla Corte d'appello dell'undicesimo circuito, che aveva ritenuto verosimilmente in contrasto l'*Establishment Clause* del I emendamento (e dunque meritevole di vaglio nel merito), perché discriminatoria per motivi religiosi, una norma penitenziaria dell'Alabama che consentiva ai condannati a morte cristiani di essere accompagnati dal cappellano del carcere nella camera della morte, mentre vietava ai condannati musulmani, come il ricorrente, di essere affiancati da un imam negli ultimi istanti di vita. In un *order* privo di motivazione, la Corte, per giustificare la revoca, faceva riferimento alla tardività dell'istanza di sospensione avanzata dal detenuto. I quattro giudici *liberal* facevano registrare il loro dissenso: Justice Kagan denunciava come una disciplina di questo tipo violasse il principio di "neutralità confessionale" protetto dall'*Establishment Clause*, e che la Corte suprema avesse interferito indebitamente nella discreziona-

libertà condizionale nei confronti di minorenni (*life without the possibility of parole sentence*) per "non-homicide offenses" e la pena dell'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale nei confronti di minorenni, se legislativamente imposta in via obbligatoria e fissa (*mandatory life without the possibility of parole sentence*), anche per il reato di omicidio volontario.

⁴⁴ *Dunn v. Ray*, 586 U.S.__(2019), v. A. HOWE, *Divided court allows Alabama execution to go forward*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/divided-court-allows-alabama-execution-to-go-forward/>, 7 febbraio 2019; M.C. DORF, *SCOTUS Alabama Imam-less Execution Case and the Chaplain Question*, all'URL <http://www.dorfonlaw.org/2019/02/scotus-alabama-imam-less-execution-case.html>, 11 febbraio 2019.

lità della corte federale, laddove aveva sospeso l'esecuzione, ritenendo sussistente il *fumus* di fondatezza nel merito dell'istanza.

In un caso analogo, *Murphy v. Collier*⁴⁵, nel quale un condannato a morte budista recluso in Texas chiedeva che fosse sospesa e rinviata l'esecuzione, lamentando che fosse permesso a cristiani e musulmani di essere affiancati dai rispettivi ministri di culto nella camera della morte, ed invece negato ai prigionieri che professavano altre fedi come lui, la Corte giungeva ad un esito decisivo opposto, concedendo la sospensione ed il rinvio dell'esecuzione (con dissenso registrato di Alito e Thomas).

Infine, in un terzo caso, *Dunn v. Price*⁴⁶, la Corte ha annullato il provvedimento di sospensione emesso dalla corte di appello, su istanza di un condannato a morte che sosteneva che l'iniezione letale lo avrebbe sottoposto ad una fine crudele, e quindi incostituzionale, identificando la camera gas come metodo alternativo. I *Justices* in maggioranza hanno censurato la tardività della richiesta, evidenziando che Price aveva atteso fino a poche ore prima dell'ora fissata dell'esecuzione per produrre documentazione medica a supporto della sua istanza. Breyer, insieme ai tre giudici progressisti, ha dissentito: “*Lo Stato dell'Alabama sottoporrà Price ad una morte che lui sostiene gli provocherà forti dolori e una sofferenza non necessaria. Farà ciò non perché Price non è riuscito a provare la probabilità del dolore severo, né perché non è riuscito a identificare un'alternativa nota e prontamente applicabile ... ma per una minima disattenzione (la produzione di una versione preliminare di un report invece che quella definitiva) e un significativo errore giuridico da parte della corte d'appello (l'indicazione che un report contrassegnato come preliminare non abbia valore probatorio)*”. Invece che permettere alla corte inferiore di rimediare a tali errori – Breyer prosegue – la Corte consente che si proceda con l'esecuzione, “*procedere in questo modo mette in discussione i fondamentali principi di equità che dovrebbero fondare il nostro sistema di giustizia penale. Procedere in questa materia nel cuore della notte senza dare a tutti i membri della Corte l'opportunità di discutere la questione domani mattina è, io ritengo, spiacevole*”.

Al di là delle specificità delle singole questioni, che non è qui possibile approfondire, le evoluzioni sopra richiamate indicano nel complesso la determinazione della rinigorita maggioranza conservatrice (destinata ad accentuarsi ulteriormente in caso di nuove nomine trumpiane) di imprimere una *nuova direzione* alla giurisprudenza costituzionale, nel senso di valutare restrittivamente i ricorsi dei *capital defendants*, allo scopo di garantire maggiore effettività applicativa all'estrema

⁴⁵ *Murphy v. Collier*, 587 U.S.__(2019), v. A. HOWE, *Supreme Court intervenes in execution of Buddhist prisoner*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/03/supreme-court-intervenes-in-execution-of-buddhist-prisoner/>, 29 marzo 2019.

⁴⁶ *Dunn v. Price*, 587 U.S.__(2019), v. A. HOWE, *Justices clear the way for Alabama execution*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/04/justices-clear-the-way-for-alabama-execution/>, 12 aprile 2019; A. LIPTAK, *Over 3 A.M. Dissent, Supreme Court Says Alabama Execution May Proceed*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/04/12/us/politics/supreme-court-alabama-execution-.html>, 12 aprile 2019.

sanzione e una “*closure*” alle vittime sopravvissute. Questo, tuttavia, comporta, come emerge dai dissensi dei componenti dell’ala *liberal*, un costo inaccettabile: l’aumento considerevole del rischio che le condanne a morte vengano eseguite in violazione delle previsioni costituzionali⁴⁷.

4. *Cenni ad altre decisioni di interesse: rafforzamento dei cd. jury rights; interpretazione conforme al principio di colpevolezza (cd. mens rea presumption); divieto di bis in idem; estensione agli Stati dell’applicabilità del divieto di pene pecuniarie eccessive*

Le decisioni in materia penale non si sono limitate alla legalità penale ed alla pena capitale. Segnaliamo dunque sommariamente le ulteriori questioni d’interesse risolte dai *Justices*.

In *U.S. v. Haymond*⁴⁸, la Corte, nella *plurality opinion* redatta da Gorsuch (condivisa da Kagan, Ginsburg e Sotomayor, opinione concorrente nel solo dispositivo di Breyer), ha esteso l’applicabilità del diritto ad essere processato da una giuria con lo standard dell’oltre ogni ragionevole dubbio, di cui VI em., all’accertamento delle violazioni delle condizioni restrittive imposte dalla cd. *supervised release* (libertà vigilata) comminata ai cd. *Sex Offenders* dopo la pena carceraria, alle quali si ricollega l’irrogazione di una ulteriore pena detentiva.

Ad Haymond, in particolare, era stata comminata una pena detentiva di cinque anni, in seguito alla violazione delle condizioni restrittive imposte dalla libertà vigilata, tramite l’accertamento di un *giudice* in base alla mera “*preponderance of evidence*”. Una disposizione, quella censurata, che si poneva in contrasto con il principio – consolidato nei precedenti della Corte⁴⁹ – secondo cui anche nella fase processuale sanzionatoria (*sentencing*) l’accertamento di *ogni fatto* (tranne le precedenti condanne penali) che determina un aumento di pena oltre il mas-

⁴⁷ E. CHEMERINSKY, *Chemerinsky: In death do they part*, cit.; M. WALSH, *Tension in the Court*, cit.; E. LACOUR, *Symposium: the Supreme court turns against novel or late-breaking execution challenges*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/07/symposium-the-supreme-court-turns-against-novel-or-late-breaking-execution-challenges/>, 29 giugno 2019. In parziale controtendenza le decisioni *Madison v. Alabama*, 586 U.S. ___ (2019) e *Flowers v. Mississippi*, No. 17–9572, 588 U.S. ___ (2019), nelle quali l’esito decisivo è stato a vantaggio dei *capital defendants*.

⁴⁸ 588 U.S. ___ (2019). A margine della decisione: A. HOWE, *Opinion analysis: Divided court throws out additional jail time for sex offenders*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-divided-court-throws-out-additional-jail-time-for-sex-offender/>, 26 giugno 2019; D. ROOT, *Gorsuch and Alito Fight Over Criminal Sentencing and the Right to Trial by Jury*, all’URL <https://reason.com/2019/06/26/gorsuch-and-alito-fight-over-criminal-sentencing-and-the-right-to-trial-by-jury/>, 26 giugno 2019; M.J. STERN, *Over Alito’s Fuming Dissent, Gorsuch and the Liberals Protect the Right to Trial by Jury*, all’URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/06/alito-haymond-gorsuch-supreme-court-dissent-jury-trial.html>, 26 giugno 2019.

⁴⁹ Cfr. *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000); *Ring v. Arizona*, 536 U.S. 584 (2002); *Blakely v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004); *Allelyne v. United States*, 133 S. Ct. 2151 (2013), cfr. P. INSOLERA, *Da Scalia a Gorsuch: giudici “originalisti”*, cit., 185-91, a cui si rimanda per ogni approfondimento.

simo edittale previsto dal reato per cui è stata accertata la responsabilità, deve essere accertato da una *giuria* oltre ogni ragionevole dubbio, e non da un *giudice*, attraverso il meno protettivo standard della *preponderance of evidence*. Come rimarcato dai dissenzienti (Alito, Roberts e Thomas) vi è però il rischio che l'ampliamento del diritto all'accertamento di una giuria metta in forte crisi il sistema federale dei procedimenti in materia di revoca della libertà vigilata conseguente a violazioni.

Nella sentenza *Rehaif v. U.S.*⁵⁰ l'opinione della Corte (Breyer estensore, Alito e Thomas dissenzienti) ha statuito che una disposizione federale molto applicata, che punisce il possesso di armi da fuoco da parte di immigrati irregolari – nonostante il tenore letterale ambiguo – presuppone necessariamente, ai fini della sua applicabilità, che l'accusa provi la *consapevolezza* del reo in relazione ad *entrambi gli elementi strutturali* del delitto (*status* di immigrato irregolare e possesso di un'arma da fuoco). La Corte ha così applicato il *substantive canon of construction* della cd. *mens rea presumption*⁵¹. Si tratta del *criterio ermeneutico*, proprio della tradizione di *common law*, che impone di “leggere” uno stato psicologico riferito ad ogni elemento del reato, anche nelle fattispecie *testualmente prive di un criterio espresso* di imputazione soggettiva, allo scopo di evitare ingiuste sanzioni nei confronti di condotte incolpevoli.

Nel caso *Gamble v. U.S.*⁵² una maggioranza di sette *Justices* (Alito estensore, Ginsburg e Gorsuch dissenzienti) ha confermato la costituzionalità della cd. *Separate sovereigns doctrine*, che consente al governo degli Stati ed al governo federale di procedere separatamente nelle diverse giurisdizioni con riferimento allo stesso *fatto naturalisticamente inteso*. La dottrina, assai consolidata nei precedenti della Corte, non si pone in contrasto con la *Double Jeopardy Clause* del V em., ossia il divieto di *bis in idem*, nella sua proiezione processuale⁵³.

⁵⁰ 588 U.S. __ (2019), su cui v.: E. LEE, *Opinion analysis: Felon-in-possession must know they are felons*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-felons-in-possession-must-know-they-are-felons/>, 21 giugno 2019; A. FLEISCHMAN, *The Supreme Court Just Showed a Way Forward on Criminal Justice Reform*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/06/stephen-breyer-supreme-court-criminal-justice-reform.html>, 21 giugno 2019.

⁵¹ J. DRESSLER, *Criminal Law*, Seventh Edition, New Providence-San Francisco, 2015, 147-149. In giurisprudenza cfr. *Elonis v. United States*, 135 S. Ct. 2001, 2009 (2015): “Il fatto che una disposizione incriminatrice non specifichi nessun elemento psicologico, tuttavia, non significa che nessun elemento psicologico esista. Noi abbiamo ripetutamente ritenuto che la semplice omissione in una norma penale della menzione dell'intenzione criminosa non dovrebbe essere intesa nel senso che si debba fare a meno della stessa. Questa regola interpretativa riflette il principio fondamentale secondo cui l'illecito dev'essere colpevole per essere criminale”.

⁵² No. 17-646, 587 U.S. __ (2019), già segnalato in P. INSOLERA, *Il diritto penale nell'October Term 2018*, cit., 56-58, sul quale cfr.: A. HOWE, *Opinion analysis: Justices uphold “separate sovereigns” doctrine*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/06/opinion-analysis-justices-uphold-separate-sovereigns-doctrine/>, 17 giugno 2019.

⁵³ Un'accurata disamina del cd. *double jeopardy principle*, nelle sue declinazioni di garanzia sostanziali e processuali, è offerta da M. SCOLETTA, *Il double jeopardy principle come limite alle moltiplicazioni punitive nell'ordinamento statunitense. Un quadro sintetico*, in AA.Vv., C.E. PALIERO-F.

Nella decisione *Timbs v. Indiana*⁵⁴, infine, la Corte all'unanimità ha ritenuto applicabile all'azione dei governi statali la cd. *Excessive fines clause*, tramite la nota dottrina della cd. *Incorporation*, il divieto di pene pecuniarie eccessive contemplato dall'VIII em., senza tuttavia risolvere la questione se le cd. *Civil forfeitures* (confische formalmente non penali, ma sostanzialmente punitive, strumento spesso abusato) possano rientrare nella definizione costituzionale di *fines*, e dunque godere delle piene garanzie sostanziali dall'VIII em., e processuali, accordate dalla *due process clause* del XIV em.

5. Notazioni conclusive

In conclusione, conviene volgere lo sguardo al futuro, proiettandosi sull'*October Term 2019*, che, come accennato, si mostra globalmente ricco di questioni “*politically charged*” – per di più in un *Election Year* – già iscritte al ruolo di merito, oltre a quelle che si aggiungeranno in corso d'opera⁵⁵.

Sarà perciò interessante osservare, nel complesso, come la nuova maggioranza conservatrice si orienterà, soprattutto rispetto allo scrutinio giudiziale di politiche e provvedimenti presidenziali dell'amministrazione Trump. I primi segnali non sono incoraggianti: la Corte è sembrata appiattita sull'azione di governo in materia di immigrazione e sicurezza nazionale, con inevitabile indebolimento del sistema di cd. *checks and balances*, di equilibrio tra poteri, che contraddistingue la democrazia nordamericana⁵⁶.

VIGANÒ-F. BASILE-G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Milano, 2018, 421 ss.

⁵⁴ 586 U.S. ____ (2019), sul quale v. P. INSOLERA, *Il diritto penale nell'October Term 2018*, cit., 51-53; A. HOWE, *Opinion analysis: Eight Amendment's ban on excessive fines applies to the States*, all'URL <https://www.scotusblog.com/2019/02/opinion-analysis-eighth-amendments-ban-on-excessive-fines-applies-to-the-states/>, 20 febbraio 2019.

⁵⁵ E. CHERMERINSKY, *Chemerinsky: A look back*, cit.; A. FELDMAN, *A New Term With Plenty of Hype*, all'URL <https://empiricalsctus.com/2019/09/10/a-new-term/>, 10 settembre 2019, e v. *supra* nota 3.

⁵⁶ Cfr. a mero titolo di es. la decisione che ha dato il momentaneo via libera alla costruzione del Muro al confine con il Messico, *Trump v. Sierra Club*, sulla quale v. criticamente E. GRANDE, *Trump, il muro con il Messico e l'inquietante decisione della Corte suprema*, all'URL <http://temi.repubblica.it/micromega-online/trump-il-muro-con-il-messico-e-l%E2%80%99inquietante-decisione-della-corte-suprema/>, 23 agosto 2019; ovvero la decisione in cui si è dato il temporaneo via libera all'applicazione del provvedimento che impedisce di riconoscere il diritto di asilo ai soggetti che entrano negli Stati Uniti dopo essere prima passati attraverso un altro paese (quindi la maggior parte degli immigrati centroamericani che passano tramite il Messico), v. *Barr v. East Bay Sanctuary Covenant*, su cui A. HOWE, *Court allows government to enforce restrictive asylum rule nationwide (UPDATED)*, 11 settembre 2019. In generale, sull'indebolimento dell'equilibrio tra poteri conseguente alle nomine trumpiane di Gorsuch e Kavanaugh, v. E. GRANDE, *Usa, Kavanaugh alla Corte Suprema: verso una dittatura Trump?*, all'URL <http://temi.repubblica.it/micromega-online/usa-kavanaugh-alla-corte-suprema-verso-una-dittatura-trump/>, 8 ottobre 2018; G. ARAVANTINOU LEONIDI, *La svolta conservatrice della Corte Suprema*, cit.

Per quanto attiene alla materia penale, il ruolo della prossima sessione è stato definito “*consistente e significativo*”⁵⁷: saranno numerose le questioni da decidere, attraverso cui si potranno valutare gli equilibri ideologici tra giudici e la direzione globale della giurisprudenza costituzionale. Occorrerà osservare se continuerà la specifica *tendenza* che ha visto Gorsuch formare maggioranze con l’ala progressista in pronunce che hanno *ampliato* la portata delle garanzie costituzionali, nonché la definizione progressiva del ruolo di Kavanaugh, che dovrebbe andare meglio delineandosi nel secondo *Term* di servizio.

Un primo caso di estremo interesse, indirettamente collegato al diritto penale, e di drammatica attualità – vista la frequenza dei cd. *Mass shootings* (stragi commesse con armi da fuoco) – riguarda l’interpretazione del II em., che presidia il diritto fondamentale della persona a possedere e portare armi da fuoco⁵⁸.

Occorre svolgere una breve premessa sul punto.

Nel rimandare ad un nostro contributo per una disamina più approfondita della giurisprudenza costituzionale in materia⁵⁹, è sufficiente segnalare, insieme agli osservatori⁶⁰, che la nomina di Kavanaugh potrà avere un *impatto decisivo* in questo ambito. Il giudice supremo che ha sostituito, Kennedy, infatti, pur avendo votato insieme agli altri giudici di nomina repubblicana nei *landmark cases Heller*⁶¹ e *McDonald*⁶² – che hanno *desunto da tale previsione costituzionale in via interpre-*

⁵⁷ R. LITTLE, *Overview of the court’s criminal docket for OT 19 – sizeable and significant*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/09/overview-of-the-courts-criminal-docket-for-ot-19-sizeable-and-significant/>, 9 settembre 2019.

⁵⁸ Nella vasta letteratura statunitense relativa alla natura ed alla portata del diritto fondamentale a detenere e portare armi, asseritamente desumibile dall’*original public meaning* del II Em. e dichiarato in *Heller*, v. tra gli altri, in chiave critica: E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York, 2011, 941 ss.; R.B. SIEGEL, *Dead or Alive: Originalism as Popular Constitutionalism in Heller*, in *Harv. L. Rev.*, 2008, 191 ss.; M. WALDMAN, *The Second Amendment. A Biography*, New York, 2014, 117-137. Nella letteratura italiana: A. TESTI, *Un movimento conservatore di successo. Il trionfo dei gun rights*, in *Il Mulino*, 2016, 5, 797 ss.; E. GRANDE, *Stati Uniti: le armi da fuoco, le stragi e un diritto da Far-West*, all’URL http://www.questionegiustizia.it/articolo/stati-uniti-le-armi-da-fuoco-le-stragi-e-un-diritto-da-far-west_12-09-2018.php, 12 settembre 2018. Sulle possibili conseguenze del pensionamento di Kennedy e della sua sostituzione con Kavanaugh in materia di *gun rights*, si può vedere P. INSOLERA, *Mass shootings, culture war e diritto individuale a detenere e portare armi negli U.S.A. Brevi riflessioni sul ruolo della Supreme Court, traendo spunto da un’invettiva del giudice Thomas*, in *Riv. dir. comp.*, 2018, 2, 288 ss.

⁵⁹ P. INSOLERA, *Mass shootings, culture war e diritto individuale*, cit., 288 ss.

⁶⁰ J. SULLUM, *Kennedy’s Departure Probably Will Give Us a Court More Inclined to Defend Gun Rights*, all’URL <https://reason.com/blog/2018/06/28/kennedys-departure-probably-will-give-us>, 28 giugno 2018; E. SEGALL, *Goodbye Justice Kennedy and Goodbye Gun Control*, all’URL https://www.huffingtonpost.com/entry/opinion-segall-kennedy-gun-control_us_5b33fc4ee4b0cb56051ec177, 27 giugno 2018; C. LANE, *A Supreme Court shaped by Trump could decide gun control*, all’URL https://www.washingtonpost.com/opinions/a-supreme-court-shaped-by-trump-could-decide-gun-control/2018/02/21/5f5bc458-1722-11e8-92c9-376b4fe57ff7_story.html?utm_term=.15ab3ea2cf4e, 21 febbraio 2018.

⁶¹ 554 U.S. 570 (2008)

⁶² 561 U.S. 742 (2010)

tativa, per la prima volta, un diritto individuale – era, anche in questo settore, un centrista “moderatore”.

Si era infatti ipotizzato⁶³, a fronte delle numerose istanze rigettate (*denial of certiorari*) negli ultimi anni (dal 2010 in avanti), che la Corte non fosse tornata nuovamente ad esaminare contenuto e portata del *right to keep and bear arms* – con il disaccordo dei giudici più conservatori (Thomas e Gorsuch) – proprio perché mancasse il quarto voto, in grado di consentire una valutazione nel merito della *certiorari petition*⁶⁴.

Se si considerano le posizioni “*expansive*” espresse da Kavanaugh nella ricostruzione dei contorni del diritto fondamentale a detenere e portare armi, potenzialmente tali da *restringere* ulteriormente lo spazio concesso alle normative e *regulations* federali e statali che ne disciplinano e limitano l’esercizio⁶⁵, è ragionevole affermare che la Corte suprema potrà ora contare su un voto in più, eventualmente ridefinendo in senso ampliativo la portata del diritto costituzionale (*i.e.* invalidando misure restrittive di vario tipo, mirate a prevenire la violenza da armi da fuoco).

Torniamo dunque all’attualità, con il caso in questione: in *New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. City of New York*⁶⁶ la Corte ha per l’appunto concesso *certiorari* sulla conformità al II em. di una disciplina restrittiva della Città di New York, che vieta ai residenti possessori di armi da fuoco (pistole) regolarmente registrate, di trasportarle fuori dal territorio urbano (ad es. in località di villeggiatura e poligoni), anche se scariche.

Dopo la concessione del *certiorari*, la Città di New York è intervenuta per modificare e rendere meno stringenti – *i.e.* costituzionalmente meno problematiche – le prescrizioni, che limitano l’esercizio del diritto fondamentale, imposte dalla *regulation*, inserendo anche disposizioni che garantiscono *pro futuro* l’impossibilità di modificarla nuovamente in senso più restrittivo. Tale riforma dovrebbe rendere la questione costituzionale “*Moot*”, ossia non giustiziabile, perché priva (si direbbe) di rilevanza pratica nel caso oggetto di giudizio⁶⁷.

⁶³ M. FORD, *The Gun Control Movement’s Silent Ally: The Supreme Court*, all’URL <https://newrepublic.com/article/147189/gun-control-movements-silent-ally-supreme-court>, 26 febbraio 2018.

⁶⁴ In base alla cd. *Rule of Four*, che richiede 4 voti nel collegio per concedere il *Certiorari* e consentire la valutazione nel merito del ricorso: cfr. F. FERRARIS, “*Rationing Justice*”. *La selezione dei ricorsi*, cit., 83 ss.

⁶⁵ A. HOWE, *Kavanaugh and the Second Amendment*, all’URL <http://www.scotusblog.com/2018/07/judge-kavanaugh-and-thesecond-amendment/>, 27 luglio 2018; A. NOLAN-C. DEVER-AUX LEWIS, *Judge Brett M. Kavanaugh*, cit., 140-145.

⁶⁶ No. 18-280, all’URL <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/new-york-state-rifle-pistol-association-inc-v-city-of-new-york-new-york/>. Cfr. A. HOWE, *Justice to review New York gun right case*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/01/justices-to-review-new-york-gun-rights-case/>, 22 gennaio 2019; A. DAVIDSON SORKIN, *Will the Supreme Court Use a New York City Regulation to Strike Down Gun Laws ?*, all’URL <https://www.newyorker.com/magazine/2019/02/04/will-the-supreme-court-use-a-new-york-city-regulation-to-strike-down-gun-laws>, 4 febbraio 2019.

⁶⁷ Sulla cd. *Mootness doctrine*, cfr. E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law*, cit., 114 ss., e, con riferimento al caso di specie, S. WERMIEL, *SCOTUS for law students: Battling over mootness*, all’URL <https://www.scotusblog.com/2019/08/scotus-for-law-students-battling-over-mootness/>, 29 agosto 2019.

Dopo l'intervento di modifica, si è scatenata la polemica nell'arena politica: un gruppo di senatori democratici ha redatto e depositato una memoria a sostegno dell'irrelevanza della questione, mentre i *Think Tanks* conservatori hanno invocato a gran voce la necessità di decidere la questione nel merito, essendo in gioco i diritti fondamentali dei cittadini statunitensi e l'indipendenza del potere giudiziario⁶⁸.

Il caso costituisce in vero una straordinaria opportunità per i conservatori di ridefinire in senso ancora più ampio il contenuto e la portata del II em. Tutto ciò in un contesto nel quale si susseguono le stragi, con una desolante inerzia da parte del governo Trump (in buona parte determinata proprio dagli enormi interessi politici ed economici in gioco, "travestiti" da giurisprudenza costituzionale).

I *Justices* decideranno *se* giudicare nel merito la questione alla *conference* dell'1 ottobre 2019.

In tale evenienza, potrebbero limitarsi a decidere la *narrow question* della legittimità della misura sindacata, ovvero – e più probabilmente, in conformità alle inclinazioni ideologiche di almeno tre membri del collegio (Gorsuch, Thomas, Alito, e forse Kavanaugh e Roberts) – pronunciarsi "attivisticamente", in maniera più ampia, sul diritto soggettivo a "trasportare" le armi fuori dalla privata dimora, ponendo così in dubbio la costituzionalità di molte altre *regulations* statali e locali vigenti.

Un ulteriore caso, meno sotto i riflettori, nel quale si potrà vedere fino a che punto l'attivismo giudiziario conservatore potrebbe spingersi è *Mathena v. Malvo*⁶⁹. Oggetto di scrutinio è la sentenza di condanna all'ergastolo senza possibilità di *parole* irrogata a Lee Malvo, che nel 2002, da minorenni, uccise dieci persone a colpi di arma da fuoco, in Virginia, Maryland e Washington D.C.

Malvo, nello specifico, era stato condannato in forza di una disposizione che prevedeva la cd. *mandatory life sentence without the possibility of parole*, cioè la pena dell'ergastolo effettivo di natura *fissa*, normativamente imposta, senza possibilità di tenere in considerazione nella commisurazione della sanzione, con esercizio di discrezionalità, la sua giovane età.

⁶⁸ Cfr. G. EPPS., *'The Supreme Court Is Not Well. And the People Know It.'*, all'URL <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/09/requiem-supreme-court/597238/>, 2 settembre 2019; B. BLUM, *The Biggest Obstacle to Gun Control May Be the Supreme Court*, all'URL <https://www.truthdig.com/articles/the-biggest-obstacle-to-gun-control-may-be-the-supreme-court/>, 19 agosto 2019; M. FORD, *The Supreme Court's First Major Gun Case in a Decade*, all'URL <https://newrepublic.com/article/154757/supreme-courts-first-major-gun-case-decade>, 14 agosto 2019; H.A. VON SPAKOVSKY-T. JIPPING, *Dems Improperly Play Politics With Supreme Court, Threatening Its Independence*, all'URL <https://www.heritage.org/courts/commentary/dems-improperly-play-politics-supreme-court-threatening-its-independence>, 19 agosto 2019.

⁶⁹ Sul quale v. M.J. Stern, *Justice Anthony Kennedy's Juvenile Justice Legacy Is Under Assault in the D.C. Sniper Case*, all'URL <https://slate.com/news-and-politics/2019/03/dc-sniper-supreme-court-malvo-kennedy-jlwop.html>, 18 marzo 2019; A. Liptak, *Supreme Court Will Hear Case of Lee Malvo, the D.C. Sniper*, all'URL <https://www.nytimes.com/2019/03/18/us/politics/lee-malvo-supreme-court.html>, 18 marzo 2019.

Nel 2012 la Corte suprema è però intervenuta con la sentenza *Miller v. Alabama*, nella quale si è statuito che l'ergastolo senza possibilità di *parole*, quale pena *fissa* nei confronti dei minorenni, viola il divieto di pene crudeli ed inusuali, dovendo residuare uno spazio di discrezionalità e individualizzazione per concedere una speranza di *parole*, vista la minore colpevolezza, la personalità in via di evoluzione e la più alta chance di ravvedimento che caratterizzano gli imputati *juveniles*.

Nel 2016, in *Montgomery v. Louisiana*⁷⁰, l'opinione di maggioranza, estesa da Kennedy e supportata dai quattro giudici *liberal*, ha statuito che *Miller* aveva affermato una regola di diritto sostanziale, applicabile retroattivamente alle *mandatory life sentence without the possibility of parole* precedentemente irrogate e divenute definitive, precisando altresì che l'ergastolo senza possibilità di libertà condizionale poteva essere inflitto soltanto nel caso in cui l'accusa avesse dimostrato che i reati del minorenne in questione avessero espresso “*irreparable corruption*”.

Nel caso *Mathena v. Malvo* la Corte dovrà dunque confermare o riformare la sentenza che ha riconosciuto a Malvo, in forza della regola stabilita in *Montgomery v. Louisiana*, il diritto alla rideterminazione della pena, con eventuale concessione della *parole hearing*.

Il caso è particolarmente significativo per testare i nuovi equilibri della Corte nell'interpretazione dell'VIII em., che, come detto, vedeva più spesso Kennedy allineato con i giudici di nomina democratica.

Tra le questioni devolute rientra anche il possibile *overruling* parziale di *Miller* e *Montgomery*: può ipotizzarsi che i voti decisivi saranno quelli del *Chief Justice* Roberts – il più moderato dell'ala conservatrice in materia – e di Kavanaugh, le cui posizioni sono da scoprire, anche se certamente meno garantiste di quelle di Kennedy. Se pensiamo alla sentenza *Bucklew v. Precythe* sopra analizzata, un ridimensionamento della protezione costituzionale può essere, purtroppo, concretamente ipotizzabile.

Un altro caso di interesse è *Ramos v. Louisiana*⁷¹, nel quale dovrà decidersi se il diritto ad un “verdetto unanime” nell'accertamento della responsabilità da parte della giuria, in forza del VI em., si applica anche agli Stati, attraverso la cd. *Incorporation doctrine* desunta dal XIV em.

Giacché soltanto due Stati dell'Unione (Louisiana e Oregon) prevedono attualmente che un imputato possa essere ritenuto responsabile anche qualora non si raggiunga l'unanimità, e viste le più recenti tendenze verso la cd. *Total Incorporation* (cfr. *Timbs v. Indiana supra*) – ovvero ad ampliare l'applicabilità di tutti i presidi di garanzia del *Bill of Rights*, originariamente concepiti quali limite all'azione del solo governo federale, anche ai governi statali – è probabile che il requisito dell'unanimità venga reso applicabile in tutti gli Stati.

Da ultimo, preme segnalare *Kabler v. Kansas*, caso nel quale si giudicherà la costituzionalità, rispetto all'VIII em. ed al XIV em., di una normativa del Kansas

⁷⁰ *Montgomery v. Louisiana*, 577 U.S. ____ (2016)

⁷¹ Cfr. R. LITTLE, *Overview of the court's criminal docket*, cit.

che ha abolito la cd. *insanity defense* (il vizio di mente che determina la non imputabilità), specificamente prevedendo che l'imputato possa far valere quale *defense* "la mancanza del coefficiente psicologico colpevole richiesto", per poi aggiungere che "la malattia mentale o il vizio d'infermità non costituisce altrimenti una *defense*". In numerosi precedenti la Corte suprema ha però statuito che rientra nell'ampio spazio di discrezionalità dei legislatori statali la scelta sulla disciplina dei requisiti di colpevolezza soggettiva e delle scusanti, e che la Costituzione non impone di mantenere in vigore l'*insanity defense* (che infatti è stata abolita da tempo in diverse giurisdizioni)⁷².

Insomma, la sessione che sta per cominciare si preannuncia densa di contenuti: non si mancherà di esaminare le decisioni via via emesse in *questo osservatorio*.

PIETRO INSOLERA

⁷² Più ampiamente si veda: J. DRESSLER, *Criminal Law*, cit., 335 ss.

PROCESSO PENALE

Processo penale-Magistratura-Potere politico: il mito dell'unità del sapere giuridico¹

La narrazione del processo penale che propongo agli eventuali interessati, prescinde dalle ipocrite esposizioni dottrinarie, insipienti racconti legislativi, inqualificabili esternazioni giurisprudenziali.

È una narrazione diversa, più tecnica, più legata ad una realtà in perenne movimento e non più statica, *rectius*, stantia.

Caduto il mito dell'unità del sapere giuridico, (vale a dire quando in luogo di un sistema rigoroso, coeso e compatto, si trovano forme di "micro razionalità" settoriali individuabili in rapporto ai singoli problemi di disciplina e a peculiari fenomenologie settoriali) sulle sue macerie sono proliferate idee sovversive, pensieri metagiuridici, idee malsane, complicità mai conosciute, eppure preesistenti, con la scontata conseguenza dell'inquinamento e dell'imbarbarimento dell'intero sistema.

Il processo penale, in perenne stato comatoso, si è, infine, dissolto e su quei pochi e informi calcinacci residui la magistratura magnifica i riti imbarazzanti. Il potere politico partecipa tronfio ai riti imbarazzanti aggiungendo risvolti satanici di cui nessuno si accorge e con ignavia inusitata si sopporta anzi si approva.

È indubbio, la narrazione non riguarderà i protagonisti e i deuteragonisti del processo né gli istituti immaginati dal legislatore e mai praticati nel processo; né i sistemi cui s'ispira di volta in volta il processo secondo le soluzioni da adottare da parte dei protagonisti e deuteragonisti. Ma si fermerà l'immagine sulla "verità" "nel processo definita, a seconda dei casi, processuale o formale, materiale o storica, a seconda che sia cercata (anzi, individuata) nel processo o fuori dallo stesso.

A questo punto le tesi più ardite, quasi "peccaminose", si intersecano diabolamente con l'ovvia conseguenza di una "navigazione a vista" a datare dalle origini

¹ Relazione svolta nell'ambito del Convegno dal titolo «"L'Essere" e "il Tempo" del processo penale nel quadro dell'obbligatorietà dell'azione», Tribunale di Foggia, Aula Corte di Assise, 14 giugno 2019.

del processo penale fino ai giorni nostri con pericolose ricadute sull'assetto del processo stesso.

Tuttavia, se si provasse a cambiare prospettiva e si partisse da Aristotele (padre della logica) si potrebbe attribuire “la verità” al giudizio, come suo luogo d'origine, e, per altro verso, si potrebbe varare la definizione della “verità” come “concordanza”.

Ebbene, se la “verità” consiste nella concordanza della conoscenza con il suo oggetto bisogna che, per ciò stesso, tale oggetto venga distinto da altri: infatti, “una conoscenza è errata se non concorda con l'oggetto a cui è riferita, sebbene contenga qualcosa che potrebbe anche valere per altri oggetti” (*I. Kant, Critica della ragion pura*, 1781, p. 82). E nell'introduzione alla “dialettica Trascendentale” sempre Kant afferma: “Verità o appartenenza non solo nell'oggetto, in quanto intuito, bensì nel giudizio su di esso, in quanto pensato” (così I. Kant in *Critica della ragion pura*, cit., p. 82 e ss.).

D'altra parte parlare di verità e processo significa, per un processualpenalista, rassegnarsi alle difficoltà di un'autonomia di ruolo del processo e di una fragilità mai raggiunta dallo stesso, tanto da dover invocare l'aiuto a discipline tanto lontane, quanto autorevoli.

Ma mi chiedo subito è possibile parlare di verità in un processo come quello che si ha sotto gli occhi? E se sì di quali verità si discute? Si dice che la verità storica è irraggiungibile; le altre sono quelle che si raggiungono lungo tutto lo svolgimento del processo e, di conseguenza, verità a metà o verità instabili.

Partiamo da una precisazione imprescindibile. È ormai pacificamente accertato che quando l'esperienza giuridica rappresenta una moltiplicazione confusa di norme, dottrine e posizioni giurisprudenziali, non è più possibile svolgere una critica efficace all'attività del legislatore e dell'interprete senza ricorrere a quei principi risalenti che costituiscono la base del diritto in occidente.

In questo senso, è di massima utilità l'interpretazione sistematica delle norme costituzionali in tema di giurisdizione penale: emerge un modello sostanzialmente garantista, in cui i suoi quattro assiomi di riferimento, (*nulla poena, nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione, nulla probatio sine defensione*) si ricavano agevolmente dagli artt. 24, 25, 27, 101, 102, 104, 105, 111 e 112 Cost.

In un'ottica costituzionale, quindi, alla verità si giunge tramite il processo penale, vale a dire quella serie di attività compiute dai giudici indipendenti nelle forme previste dalla legge e dirette dalla formulazione, in pubblico contraddittorio tra accusa e difesa, di un giudizio consistente nella verifica o falsificazione empirica di un'ipotesi accusatoria e nella conseguente condanna o assoluzione di un imputato.

Invero, il carattere essenziale del modello garantista – recepito nella nostra costituzione – è nel concetto di verità che esso fa proprio: non una verità sostanziale, assoluta, materiale, bensì una verità formale, debole, relativa perché umana, “che non pretende di essere la verità”. Il modello garantista respinge, dunque, il mito

della verità come “corrispondenza” o “concordanza” (v. I. Kant, in *Critica della ragion pura*, cit., p. 82 e ss.) riconoscendogli al massimo la natura di principio limite (Wittgenstein, *La Coscienza del limite*, di Carla Carmona, Hachette, 2016) mai compiutamente raggiungibile.

Ebbene, in aderenza alle più accreditate risultanze epistemologiche, anch'esso sposta l'accento dalla verità al rigore; ed eleva le regole procedurali da mere condizioni di validità delle decisioni giudiziarie, a vere e proprie condizioni di verità delle stesse. Un processo penale garantisticamente concepito vive dunque nel ragionevole dubbio che l'approdo finale sia inevitabilmente fallace; un dubbio che diventa atroce, quando il predicato finale è la colpevolezza dell'imputato. È allora coerente che quando il dubbio non sia già *in itinere* risolvibile, prevalga l'ipotesi più favorevole all'imputato: perché da un lato e a differenza di ogni altro tipo di indagine, l'accertamento giurisdizionale è obbligatorio, e deve ad un certo punto concludersi; e dell'altro, perché “l'errore giudiziario non è mai fecondo” essendo le sue conseguenze in gran parte irreparabili, specie se esso è compiuto a danno dell'imputato [v. in proposito, P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli, 4ª edizione, 2010, p. 315 e ss.; G. Illuminati, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, 1988, p. 1].

I poteri d'ufficio sembrano saldamente “coordinati al sistema penale italiano: azione obbligatoria nonché irretrattabile; processo a oggetto indisponibile e non lo sarebbe più, almeno *de facto*, se a chi giudica fosse negato ogni accesso alla prova (F. Cordero, *Procedura penale*, 6ª ed., Milano, 2002, p. 608).

Ma se queste sono le premesse, va rilevato come nel corso dei decenni il discorso si sia ulteriormente sviluppato, fornendo, di volta in volta l'occasione di poter riflettere sul significato di terzietà del giudice, sui poteri istruttori del giudice e sulle caotiche riforme che hanno riguardato il processo penale.

È inevitabile a questo punto, chiedersi se il processo penale debba fare emergere una verità processuale o una verità storica, ove per verità processuale si intenda quella che si manifesta nel confronto (fra le due opposte versioni) dei fatti che vengono presentate al giudice. Questa non è sempre uguale a quella sostanziale, anzi, per varie ragioni è spesso impossibile ricostruire in un'aula di Tribunale, o comunque a posteriori, la realtà dell'accaduto.

La verità processuale, dunque, deve essere per forza approssimativa; l'idea contraria, secondo la quale si possa giungere in ambito processuale ad una realtà assoluta e certa, viene definita come “un'ingenuità epistemologica”, che le dottrine giuridiche illuministiche nel giudizio come applicazione meccanica della legge condividono con il realismo gnoseologico volgare” (*sic*, Ferraioli, *Diritto e ragione. Teoria del giudizio penale*, Roma, Bari, 1989, p. 19).

Dal punto di vista filosofico si è per lo più fatto riferimento alla definizione “semantica” di “enunciato vero” elaborata da Alfred Tarski, *The Semantic Conception of Truth and the Foundation of Semantics*, in «Philosophy and Phenomenological Research», 1944, pp. 341-375, trad. it. di A. Meotti, *La concezione semantica della*

verità e i fondamenti della semantica, in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di L. Linsky, Milano 1969, pp. 27-68; *Introduzione alla logica, secondo tale definizione* «X è vero se e solo se p è vero», dove “X” sta per il nome di un enunciato e “p” per l’enunciato medesimo: per esempio, «l’enunciato “la neve è bianca” è vero se e solo se la neve è bianca» (F. Stella, *Verità, scienza e giustizia. Le frequenze medio-basse nella successione di eventi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, pp. 1215-1247, alle pp. 1219-12229).

Questa definizione è stata interpretata in vari modi: autorevole, anche se risalente, dottrina ritiene che, nel processo, “il controllo delle due proposizioni protocollari” il giudice deve compierlo attraverso il rapporto con altre proposizioni dello stesso tipo (V. Denti, *La verifica delle prove documentali*, Torino 1957, pp. 6-7) proposizioni che ne condividano il carattere assertivo pure appartenente a diverso contesto, quello, ad esempio della deposizione di un teste, o dell’esame di un documento giacché, lo rileva anche Cordero in un saggio del 1963, “per controllare un giudizio, ne occorre un altro, a cui commisurare il primo” (v. F. Cordero, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, pp. 1-144). Di lì a poco si giungerà ad affermare che la teoria di Tarski “risulta essere la teoria della verità più adeguata in ambito giudiziario”. Essa, infatti, senza necessariamente comportare implicazioni ontologiche o metafisiche, sembra ben capace di esprimere l’eventuale conformità tra asserzioni decisorie fattuali e asserzioni probatorie fattuali.

I riflessi, in ambito probatorio, sono indubbi: infatti, in ordine ai limiti di operatività dell’art. 507 c.p.p., sono emersi, sia in dottrina che in giurisprudenza, forti contrasti interpretativi, risolti dalla giurisprudenza di legittimità e della Corte Costituzionale con soluzioni che da più parti hanno destato perplessità.

Nell’interpretazione prospettata dalla giurisprudenza, il potere officioso del giudice concerne tutte le prove comunque non precedentemente assunte, comprese quelle che le parti non hanno tempestivamente dedotto ed anche in assenza di qualsiasi precedente acquisizione probatoria, a condizione che esse risultino dagli atti del giudizio e la loro assunzione appaia decisiva. È pur necessario che le parti siano poste in condizioni di ottenere l’ammissione delle eventuali prove contrarie. Questo orientamento, a ben vedere, interpreta la norma *de qua* nel senso più strettamente affine al modello accusatorio rigidamente inteso, eliminando la malintesa dicotomia tra verità processuale e verità storica, concepita – secondo un’impostazione prettamente inquisitoria – come fine ineludibile, il cui raggiungimento, se necessario, può comportare il coinvolgimento a pieno titolo del giudice nella vicenda probatoria.

Tuttavia, la giurisprudenza – evidentemente intrisa di cultura inquisitoria – facendo leva su una presupposta indisponibilità dell’accertamento penale ha accolto l’orientamento estensivo sui limiti del potere officioso di assunzione dei mezzi di prova, con la conseguenza che devono considerarsi ammissibili in base al tenore letterale dell’art. 507 c.p.p. tutte le prove non disposte in precedenza, a prescindere dalla circostanza che si tratti di materiale istruttorio sopravvenuto o preesistente, conosciuto o conoscibile.

È del tutto irrilevante che le parti siano decadute dal potere di ammissione di una prova o, addirittura, siano rimaste inerti, ove si consideri che l'espressione "terminata l'acquisizione delle prove" non costituisce il presupposto del potere del giudice, ma il momento iniziale per l'esercizio dello stesso. Questo perché il fondamento del potere *ex art. 507 c.p.p.* è rinvenibile nella indisponibilità della *res iudicanda* e nella sua naturale tensione al raggiungimento della verità storica.

Ma se tutte queste considerazioni sorgono da una malintesa concezione di verità materiale occorre fare un passo ulteriore e chiedersi se sia ancora il caso di proporre la dicotomia tra verità processuale e verità storica.

E prima ancora: qual è l'idea di verità? La verità assume forme diverse in rapporto alle circostanze in cui si manifesta, ma mira sempre a produrre un unico effetto: quello di dissolvere le opposizioni che via, via, si formano nelle prassi tra uomo e uomo, così che sia consentita, la comunicazione tra soggetti. Questo fine viene perseguito con intensità nel processo: anzi, ne è il principio, ("L'essere" e "il tempo si congiungono) e ciò che costituisce il processo come momento insopprimibile della vita sociale, prima e oltre le sue determinazioni empiriche ottenute con le norme giuridiche.

Che il meccanismo probatorio processuale si trovi, molto spesso, nelle circostanze oggettive di non poter ricostruire fedelmente il fatto storico oggetto dell'imputazione è una circostanza difficilmente controvertibile, ma che questa constatazione giunga a delineare due verità differenti, quasi che nel processo si costruisca qualcosa di diverso e avulso dalla realtà è errato, oltre che pericoloso.

La verità è una e tale rimane anche quando deve essere ricostruita nell'ambito del processo penale: tutte le discrasie che possono rinvenirsi nel corso dell'istruttoria dibattimentale sono evenienze processuali cui rimediare con le regole decisorie proprie del processo penale. Se residuano dubbi sulla ricostruzione del fatto in termini di colpevolezza il soggetto imputato dovrà essere mandato assolto.

Semmai occorre perfezionare le regole decisorie: non vi può essere un contrasto assoluto tra autorità e ragione, altrimenti non si avrebbero leggi ma "mostri" di leggi. Quindi il "buon legislatore" (eufemismo o auspicio?) è obbligato a coniugare il "certo", che deriva dall'autorità, ed il "vero", che deriva dalla ragione.

Si affaccia qui il concetto di "verità probabile" da intendersi come la verità dell'ipotesi ricostruttiva dell'avvenimento concreto in questione che, allo stato della conoscenza, più probabilmente corrisponde alla realtà. Tale verità deve poter essere individuata ed è a questo proposito che proprio l'esistenza di diversi possibili gradi di probabilità nel giudizio sul fatto pone il problema delle modalità della sua determinazione.

Ciò chiama, per concludere, in gioco il sistema probatorio adottato: è del tutto evidente, infatti, che tra i metodi impiegati per conseguire l'accertamento della colpevolezza, andrà preferito quello che più si mostra in grado di pervenire ("Tempo") ad un giudizio sull'ipotesi accusatoria rappresentativo di quanto realmente accaduto.

MISURE DI PREVENZIONE

La prevenzione personale: riflessioni sugli aspetti sostanziali e processuali

SEZIONE I

I DESTINATARI DELLE MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI

1. *Introduzione: le misure di prevenzione personali antesignane del diritto del sospetto*

Sospetto e rischio animano da anni il discorso penalistico. Basti ricordare le letture della colpa riconducibili al principio di precauzione, per le quali il rimprovero si fonda sull'omessa considerazione di un rischio o di un sospetto sfociato in un evento dannoso "grossomodo compatibile" con il rischio o con il sospetto originariamente percepibile¹. In alternativa, si pensi al d.lgs. n. 231/2001 che ha intro-

¹ Un esempio oramai classico è costituito dal c.d. processo di Porto Marghera che ha riguardato la possibilità di imputare ai dirigenti della Montedison la responsabilità per omicidio colposo plurimo (oltre che per strage e disastro innominato colposo), avendo essi consentito l'esposizione dei propri dipendenti a consistenti quantitativi di CVM (cloruro di vinile monomero) prima del 1973, ovvero in un periodo in cui era affiorato un primo studio attestante la correlazione tra l'esposizione al CVM stesso ed i suoi effetti cancerogeni, ma tale correlazione non era ancora suffragata da conoscenze scientifiche consolidate. Gli angiosarcomi (da cui gli eventi letali di cui al processo) furono scientificamente ricondotti ad esposizioni eccessive a CVM solo successivamente al 1973 e, dunque, dopo le condotte contestate. Ad interessare è in particolare la sentenza con cui la Corte d'Appello di Venezia (App. Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004) riformava la sentenza di assoluzione relativamente ad otto angiosarcomi formati tra il 1969 ed il 1973, adottando quella che secondo la dottrina è una "rilettura" precauzionale della colpa. La sentenza d'appello si basava, in primo luogo, sul fatto che la tossicità del CVM e del PVC era conosciuta prima degli anni settanta, essendo noti alcuni dei disturbi non letali (nausee e svenimenti) e delle patologie non letali (sindrome di Raynaud, l'acrostolisi e l'epatotossicità) che potevano derivare da una esposizione a tale sostanza. In secondo luogo, come anticipato, tra il 1969 ed il 1970 era venuto alla luce un primo studio sugli effetti cancerogeni del CVM per la pelle ed i polmoni, studio che destava il sospetto di un rischio ben maggiore di quello allora prevedibile. Tale ricerca si presentava come isolata al tempo delle condotte contestate; essa tuttavia era stata pubblicata e presentata a due convegni scientifici (nel 1969 e nel 1970) ed era nota

dotto una colpevolezza tutta normativa a carico degli enti fondata sulla mancanza di un'organizzazione adeguata ed effettiva ai fini della prevenzione o riduzione del rischio-reato². Ancora, si consideri il d.lgs. 231/2007 che *in origine* elevava a delitto l'omissione di un nutrito elenco di adempimenti "procedurali" di gestione del rischio e del sospetto di riciclaggio³. Questo solo per citare alcuni degli innumerevoli esempi possibili.

Orbene, è proprio nell'ambito del diritto del sospetto che possono essere collocate le misure di prevenzione. Come noto, si tratta di istituti tradizionali, che da sempre⁴ abitano il nostro ordinamento suscitando problemi vecchi e nuovi riconducibili ad una matrice comune: la difficoltà di conciliare la sicurezza dei cittadini e la libertà dell'individuo⁵. Problemi vecchi e nuovi, dicevamo, alimentati dalle spinte securitarie che si ripropongono nei corsi e ricorsi storici alle quali si oppone la tendenza – anch'essa estremamente attuale – di trascendere le etichette nell'individuare il diritto punitivo e nel sottoporlo alle conseguenti garanzie⁶.

A dirla tutta, le misure di prevenzione potrebbero essere considerate come le antesignane del cosiddetto diritto del sospetto. Tralasciando le note ragioni storiche di tale affermazione⁷, la motivazione attuale poggia, innanzitutto, sulla loro ca-

al Direttore del Servizio Sanitario della Montedison. In ultima istanza, la Cassazione (Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006–6 febbraio 2007, n. 4675) ha confermato la sussistenza della colpa accertata in secondo grado, pur con motivazione diversa da quella della Corte di Appello. Presupposto di quest'ultima pronuncia è che i doveri di conoscenza che incombono sul datore di lavoro concernono anche quel sapere che non è ancora patrimonio comune e che non è ancora applicato nel circolo di riferimento. Nello specifico, a rilevare sono tutte le informazioni che l'agente modello è in grado di acquisire e che dunque fanno parte del patrimonio conoscitivo diffuso in quel dato momento storico aggiornato alle più recenti acquisizioni scientifiche.

² Si vedano gli artt. 6-7 del Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 – Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300. Si veda art. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001.

³ Il riferimento va al d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 – Attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione. Ed in particolare al testo originario dell'art. 55 del decreto citato e, per quanto attiene alle attuali sanzioni amministrative, agli artt. 56 ss.

⁴ Si tratta di misure che risalgono alla legislazione ottocentesca; il riferimento è nello specifico la legge l. 20 marzo 1865, n. 2248.

⁵ Si veda per tutti Pulitanò D., *Relazione di sintesi "Misure di prevenzione e problema della prevenzione"*, Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2017, fasc. 2, p. 639 ss.

⁶ Si tratta di un percorso avviato dalla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 febbraio 1984 (su cui C.E. PALIERO, "Materia penale" e *illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 21 febbraio 1984, in Riv.it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.), sui cui sviluppi non è possibile soffermarsi in questa sede. Sotto il profilo del diritto interno, prescinde dalle "etichette" ed opta per un concetto ampio di diritto punitivo da sottoporre ai principi costituzionali della materia penale la Cass. pen., Sez. Un., 24.4.2014 (dep. 18.9.2014), n. 38343, p. 204.

⁷ Per un'analisi storica estremamente dettagliata cfr. Cairo A., Forte C., *Codice delle misure di prevenzione*, Nel Diritto, Roma, 2018.

ratteristica precipua, ossia quella di essere misure che si fondano su un “supposto pericolo proveniente dalla persona da sottoporre a misura restrittiva”⁸, supposto pericolo il cui accertamento è demandato ad un giudizio orientato ad un futuro possibile⁹ senza la guida di leggi scientifico-probabilistiche¹⁰. Siamo di conseguenza in una dimensione che nulla ha a che vedere con il “diritto del fatto” e dell’accertamento del fatto¹¹, lontani anni luce persino dal pericolo concreto. Ci muoviamo in altri termini all’ombra di un rischio menomato tuttavia dalla sottostante valutazione scientifica atta a comprovarne l’esistenza¹².

In aggiunta, a qualificare le misure di prevenzione quali misure del sospetto vi sono le dinamiche del procedimento applicativo ed in particolare la *centralità e fisionomia* assunta dalla “fase diagnostico-constatativa”. Più nel dettaglio, è ormai condivisa in giurisprudenza l’impostazione secondo cui “la fase prognostica relativa alla probabilità che il soggetto delinquerà in futuro è necessariamente preceduta da una fase diagnostico-constatativa, nella quale vengono accertati (con giudizio retrospettivo) gli elementi costitutivi delle cosiddette ‘fattispecie di pericolosità generica’”¹³ ovvero di quelle di “pericolosità qualificata”. Orbene, in linea teorica il giudizio prognostico rappresenta il tratto qualificante del sistema della prevenzione, che da sempre fa gravitare quest’ultimo in un universo parallelo rispetto a quello penal-punitivo, immunizzando il primo dalle garanzie costituzionali¹⁴ e convenzionali¹⁵ che

⁸ Così PULITANÒ D., *Relazione di sintesi “Misure di prevenzione e problema della prevenzione”*, cit., p. 642 ss..

⁹ Così PULITANÒ D., *Relazione di sintesi “Misure di prevenzione e problema della prevenzione”*, cit., p. 642 ss..

¹⁰ BASILE F. *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Straburgo chiama, Roma risponde*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.07.2018, p. 15.

¹¹ A questo proposito, secondo alcune tesi il nostro sistema giuridico contemplerebbe due modelli di diritto penale. L’uno, risalente allo stato liberale ottocentesco e destinato a fare i conti con i principi e le garanzie costituzionali; l’altro, un diritto penale della pericolosità costituito a sua volta da due sotto-sistemi: quello delle misure di sicurezza, un modello messo in crisi dalla necessità di accertare la commissione di un reato o quasi-reato, e quello delle misure di prevenzione, un modello più duttile degli altri in quanto costituito da misure “*praeter delictum*” e slegato dalla commissione e dall’accertamento di un fatto di reato: MANNA A., *Il diritto*, cit., 21.

¹² Punto di riferimento sul concetto di rischio è la nota Comunicazione della Commissione, 2 febbraio 2000, sul ricorso al principio di precauzione, COM(2000) 1 def., in *eur-lex.europa.eu*, p. 31.

¹³ Si tratta di ‘impostazione di recente avallata dalla Corte cost. con la sentenza del 27 febbraio 2019 (ud. 24/01/2019), n. 24.

¹⁴ La Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n. 2 del 1956 ha, a più riprese, avallato la natura legittima del sistema delle misure di prevenzione individuandone il fondamento nell’art. 2 Cost. ed escludendo che le misure di prevenzione personali al suo esame costituissero sanzioni penali soggette ai vincoli che la Costituzione pone in relazione a tale materia.

¹⁵ Si veda, di recente, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, caso De Tommaso c. Italia, 23.02.2017, ric. n. 43395/09. A livello sovranazionale, le condanne della Corte Edu che hanno interessato l’applicazione delle misure di prevenzione non hanno censurato mai il sistema della prevenzione in generale, bensì specifiche e concrete applicazioni di determinate misure (Così MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, n. 3, pp. 15). Questo deriva dalle premesse da cui muove la Corte sovranazionale, la quale, in primo

dominano il secondo¹⁶. Impostazione, quella descritta, di recente ribadita dalla Corte Costituzionale, la quale ha catalogato “l’indubbia dimensione afflittiva” delle misure di prevenzione alla stregua di una mera conseguenza collaterale rispetto agli scopi preventivi, con ciò escludendo che tale dimensione possa condizionarne la natura, che resta dunque “non-penale”¹⁷. Sempre il giudizio prognostico, tuttavia, rappresenta anche la “parte debole” del procedimento di prevenzione. A tal proposito, è vero che la giurisprudenza riconosce la necessità di accertare la pericolosità attuale e concreta del soggetti¹⁸, tanto che la Cassazione ha abbandonato le presunzioni di pe-

luogo, si è sempre rifiutata di ricondurre le misure in esame alla “materia penale” di cui agli art. 6 (Diritto a un equo processo.) e 7(Nulla poena sine lege.) Cedu. In secondo luogo, ha escluso che le misure di prevenzione personale rientrino in quelle privative della libertà personale per considerarle invece restrittive della stessa. Questo ha fatto sì che la loro legittimità convenzionale sia stata vagliata alla luce non dell’art. 5 Cedu (Diritto alla libertà e alla sicurezza) bensì del meno rigoroso art. 2 del Protocollo Addizionale n. 4 in materia di libertà di circolazione. Sul tema MENDITTO F., *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, p. 139 ss..

¹⁶ Presupposto di tale posizione è che si tratta di misure “senza reato” o, ancora, di provvedimenti che non rispondono ad una funzione di giustizia bensì di “sicurezza”, sicurezza che tuttavia non identifica un interesse specifico da tutelare bensì qualsiasi esigenza che “possa esse fatta valere da uomini che si riuniscono in una società giuridicamente organizzata”. Così PULITANÒ D., *Relazione di sintesi “Misure di prevenzione e problema della prevenzione”*, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2017, fasc. 2, p. 639 ss.. La linearità dell’approccio appena descritto trova tuttavia un punto di criticità nella natura estremamente afflittiva che caratterizza i provvedimenti in questione. A tal proposito, vi è tutta una parte della letteratura che da sempre punta il dito nei confronti di un microsistema normativo che, pur essendo nella sostanza punitivo continua ad essere sottratto al sistema di garanzie sostanziali e processuali che caratterizzano la materia penale; per un inquadramento della problematica, GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Nel Diritto, 2016, pp. 1535 ss.; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 913 ss.; CANESTRARI S., CORNACCHIA L., DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Bologna, 2007, 881 ss.

¹⁷ Così la Corte cost., 27 febbraio 2019 (ud. 24/01/2019), n. 24, par. 9.7.1.: “Anzitutto, la circostanza che, ai fini dell’applicazione di una misura di prevenzione personale, sono comunque necessari elementi che facciano ritenere pregresse attività criminose da parte del soggetto, non comporta che le misure in questione abbiano nella sostanza carattere sanzionatorio-punitivo, sì da chiamare in causa necessariamente le garanzie che la CEDU, e la stessa Costituzione, sanciscono per la materia penale. Imperniate come sono su un giudizio di persistente pericolosità del soggetto, le misure di prevenzione personale hanno una chiara finalità preventiva anziché punitiva, mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all’autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. L’indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest’ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato”.

¹⁸ La Corte Costituzionale già alla fine degli anni sessanta confermava che l’appartenenza di una persona alle categorie dei soggetti pericolosi è una “condizione necessaria ma non sufficiente” (Corte Cost., n. 32/1969; v. anche Trib. Napoli, sez. misure di prevenzione, 9 dicembre 2010, www.penalecontemporaneo.it). In realtà l’accertamento della pericolosità è espressamente previsto solo dagli artt. 2 (foglio di via obbligatorio) e 6 co. 1 (sorveglianza speciale di pubblica sicurezza) del Codice Antimafia; nonostante questo, molti autori sostengono che esso costituisca “presupposto indefettibile” di tutto il sistema della prevenzione personale (MENDITTO F., *Le misure*, cit., 23; si veda inoltre

ricolosità persino in relazione agli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa¹⁹ e tanto che la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 del Codice Antimafia nella parte in cui non prevede il 'rinnovo' del giudizio di pericolosità nel caso di previa espiazione di pena²⁰. È tuttavia altresì vero che sempre il giudizio prognostico, con il suo contenuto generico²¹, vago, opinabile²² ed intuitivo²³, tende ad essere "appiattito"²⁴ su quello constatativo che quantomeno rende meno arduo l'esercizio del diritto di difesa²⁵. Il giudizio constatativo si basa infatti sull'attribuzione di "fatti" pregressi all'individuo. Ai nostri fini, il problema però è proprio la fisionomia assunta da tale fase constatativa. Soffermandoci su quest'ultima, come noto, le categorie soggettive descritte attualmente dagli artt. 1 e 4 sono state – nel tempo – progressivamente ancorate a comportamenti qualificabili come delitti/re-ati²⁶. Benché si tratti di un "cammino" tracciato dalla Corte Costituzionale sin dal

T.A.R. Torino, (Piemonte), I, 15/05/2015, n. 796). Si ritiene dunque che l'accertamento della pericolosità concreta costituisca il fulcro del sistema personal-preventivo e giustifichi la sottoposizione della persona alla particolare vigilanza degli organi preposti (MENDITTO F., *Le misure*, cit., 87). Il rifiutare di sovrapporre la mera appartenenza di un soggetto a date categorie astratte con l'effettiva, concreta e rilevante probabilità che egli commetta reati in futuro rappresenta del resto, secondo alcuni autori, un principio di civiltà giuridica (MENDITTO F., *Le misure*, cit., 88). Le suddette riflessioni non possono essere estese, tuttavia, alle misure patrimoniali. L'art. 18 ammette infatti che queste ultime siano richieste ed applicate "independentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione".

¹⁹ Le Sezioni Unite hanno stabilito che "nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di "appartenere" ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della "attualità" della pericolosità del proposto" (Cass. Pen. SS.U., 30.11.2017, n. 111, su cui v. QUATTROCCHI A., *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite (nota a Cass., SSUU, sent. 30 novembre 2017 (dep. 4 gennaio 2018), n. 111, Pres. Canzio, Rel. Petruzzelis, Ric. Gattuso, in Dir. Pen. Cont., 2018, n. 1, pp. 51 ss., par. 13; sull'ordinanza di rimessione che ha portato a tale pronuncia – ossia Cass. Pen., 10.10.2017, n. 48441 – v. CERFEDA M., *La presunzione semel mafioso semper mafioso, applicata alle misure di prevenzione, non è ammissibile: osservazioni in attesa delle motivazioni delle Sezioni Unite, in Dir. Pen. Cont., 2017, n. 12, pp. 75 ss.)*.*

²⁰ Corte Cost., n. 291/2013; v. inoltre Corte. Cost. n. 32/1969; sul tema LEOTTA C.D., *Il volto rinnovato delle misure di prevenzione*, in AA.VV., *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di ROMANO B., Torino, 2015, p. 317 ss.

²¹ MAZZACUVA F., *La prevenzione sostenibile*, Cass. pen., 2018, fasc. 3, 1017 ss.

²² Così PULITANÒ D., *Relazione di sintesi "Misure di prevenzione e problema della prevenzione"*, cit., 637 ss..

²³ MANNA A., *Il diritto delle misure di prevenzione*, in AA.VV., *Misure di prevenzione*, a cura di Furfaro S., Torino, 2013, 17.

²⁴ Su tale rischio si veda MAIELLO V., *La corruzione nel prisma della prevenzione ante delictum, discrimen.it*, 4.12.2018, 2. Mazzacuva F., *La prevenzione*, cit., 1017 ss.

²⁵ È stato Adelmo Manna (*Il diritto delle misure di prevenzione*, cit. 17) ad evidenziare che il carattere "fondamentalmente intuitivo" del giudizio prognostico rende estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa ossia la falsificazione logica della sottostante valutazione.

²⁶ Se infatti non si è arrivati a ricondurre univocamente le misure di prevenzione sotto l'egida degli artt. 25 e, soprattutto, 27 Cost., l'impatto che esse hanno su diritti costituzionalmente tutelati ha indotto la Corte Costituzionale a riconoscere la necessità di sottoporre la materia della prevenzione alle garanzie previste dall'art. 13 Cost., ossia la riserva di legge e la riserva di giurisdizione (Corte Cost., nn. 2 e 11 del 1956). Sotto lo specifico profilo dei destinatari, la suddetta copertura costitu-

secolo scorso in quanto foriero di maggior determinatezza, è proprio questa evoluzione ad esporre le misure di prevenzione alla critica di fungere da vero e proprio “surrogato” della sanzione penale. Così procedendo, il legislatore ha infatti consentito, a fronte di comportamenti riconducibili ad illeciti penali o a categorie di illeciti penali, l’applicazione di misure che possiedono un’indiscussa portata afflittiva anche in casi in cui non è possibile fornire prova piena della responsabilità penale²⁷. Nello specifico, le misure in esame hanno portata afflittiva in quanto, oltre ad impattare direttamente su diritti costituzionalmente²⁸ e convenzionalmente²⁹ tutelati, producono effetti punitivi “assimilabili ai c.d. effetti penali della condanna”³⁰, implicando una seria degradazione della posizione giuridica dell’individuo. Ciononostante – si diceva – esse possono essere applicate in assenza di una prova vera e propria: salvo alcune ipotesi³¹, ai fini dell’accertamento dei fatti descritti dagli artt. 1 e 4 il giudice può infatti accontentarsi di non meglio specificati elementi di fatto³², nel primo caso, e di meri indizi³³, nel secondo. Sempre il giudice, del resto, non è soggetto alle

zionale, da un lato, ha determinato la progressiva scomparsa di figure incentrate sul tipo di autore (come gli oziosi e vagabondi: v. l. n. 327/1988.), alle volte inafferrabili (come il proclive a delinquere: v. Corte Cost., n. 177 del 1980); dall’altro lato, ha implicato l’introduzione di categorie di pericolosità la cui tipizzazione è stata agganciata alla commissione di pregressi *comportamenti individuati mediante il richiamo a specifici o generici reati e la riconducibilità alle quali è stata specificamente subordinata alla sussistenza di elementi di fatto, indizi, atti preparatori o precedenti*. L’epilogo di questo percorso evolutivo, iniziato con l’entrata in vigore della Costituzione e sviluppatosi a suon di interventi della Consulta e di riforme legislative, è rappresentato per l’appunto dal testo degli artt. 1 e 4 del Codice Antimafia.

²⁷ MAIELLO V., in AA.VA., *La legislazione*, cit., 327; E. GALLO, *Misure*, cit., 7; FIANDACA G., *Misure*, cit., 116.

²⁸ Si veda ad es. la già citata sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale che riconosce come le misure di prevenzione, ed in particolare la sorveglianza speciale, limitino la libertà personale tutelata dall’art. 13 Cost.

²⁹ Si veda ad esempio la già citata sentenza della Corte EDU “De Tommaso” (Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, caso De Tommaso c. Italia, 23.02.2017, ric. n. 43395/09) che riconosce come la sorveglianza speciale limiti la libertà di circolazione tutelata dal Protocollo Addizionale n. 4 alla CEDU.

³⁰ MARINI M., *Gli effetti ‘punitivi’ delle misure di prevenzione personali*, *Cass. pen.*, 2018, fasc. 2, 692 ss.

³¹ V. ad es. art. 4, lett. G) che richiede espressamente una precedente condanna.

³² Secondo R. GUERRINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione: profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004, il livello probatorio richiesto dall’art. 1 si collocherebbe in una zona grigia, costituita da circostanze di fatto oggettive e verificabili che, pur non idonee a fungere da prova di un delitto, siano in grado di “fondare ragionevolmente” l’opinione della sussistenza delle situazioni descritte dall’art. 1 (Così, con riferimento all’art. 1, l. n. 1423/1956, mod. nel 1988, E. GALLO, *Misure*, cit., 7.). Altri autori sollevano tuttavia il dubbio che l’articolo in esame finisca in realtà per legittimare forme di repressione operanti davanti al mero sospetto; così MANNA A., *Il diritto delle misure di prevenzione*, cit., 8.

³³ Si veda ad esempio C.P., II, n. 35714/2013 che ha ribadito che “...*gli indizi sulla cui base formulare il giudizio di pericolosità non debbano necessariamente avere i caratteri di gravità, precisione e concordanza richiesti dall’articolo 192 del Cpp lo ha affermato anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, la quale (Grande Camera, 1° marzo – 6 aprile 2000, Labita c. Italia) ha ritenuto non in contrasto con i principi della Cedu il fatto che le misure di prevenzione siano applicate*

regole probatorie e di giudizio del procedimento penale né è vincolato agli esiti di quest'ultimo³⁴. Per tornare al discorso iniziale, dunque, è anche in quest'ottica che si

nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia (ma il ragionamento può essere esteso anche agli appartenenti alle associazioni finalizzate al traffico illecito di sostanze stupefacenti) anche prima della loro condanna, poiché tendono a impedire il compimento di atti criminali...".

³⁴ Si consideri in proposito che il giudicato penale non vincola il giudice della prevenzione, questo sia nel caso di sentenza di condanna, anche condizionalmente sospesa (art. 166, co. 2 c.p.), sia nel caso di sentenza di assoluzione, ancorché con formula "il fatto non sussiste" o "l'imputato non l'ha commesso" (si veda ad es. CP, SU, n. 13426/2010 e C. eur. dir. uomo, *Labita c. Italia* [GC], n. 26772, *Judgment of 4.4.2000*: LEOTTA C.D., *Il volto rinnovato*, cit., p. 329 ss.). In quest'ultima ipotesi, tuttavia, dovrebbe fare eccezione il caso in cui il procedimento di prevenzione si basi esclusivamente sulla pendenza del processo penale conclusosi con le suddette formule (Così GAROFOLI R., *Manuale*, cit., p. 1546.). Del resto, le misure di prevenzione possono essere disposte sulla base di elementi di prova acquisiti sia autonomamente sia nel processo penale, anche quando ritenuti irrilevanti dal giudice in tale sede (V. ad es. sempre, CP, SU, n. 13426/2010, cit.). L'autonomia del sistema preventivo trova ragion d'essere nel presupposto applicativo delle misure di prevenzione che consiste, come anticipato, non nell'accertamento di un reato e della relativa responsabilità dell'individuo, bensì nella valutazione della pericolosità di quest'ultimo e nella necessità di neutralizzarlo, prevenendo la commissione di reati futuri. Tutto questo trova conferma nel fatto che la pendenza di un processo penale non implica la sospensione del procedimento di prevenzione e nel fatto che il giudice della prevenzione non è tenuto a fornire una motivazione specifica nel caso in cui valuti i fatti diversamente rispetto a quanto avvenuto in sede penale (Sul tema FORTE C., in Cairo A., Forte C., *Codice*, cit., 48). Riassumendo, dunque, "nel corso del procedimento di prevenzione, il giudice di merito è legittimato a servirsi di elementi di prova o di tipo indiziario tratti da procedimenti penali, anche se non ancora definiti con sentenza irrevocabile, e, in tale ultimo caso, anche a prescindere dalla natura delle statuizioni terminali in ordine all'accertamento della responsabilità. Sicché, pure l'assoluzione, anche se irrevocabile, dal reato non comporterebbe la automatica esclusione della pericolosità sociale, potendosi il relativo scrutinio fondare sia sugli stessi fatti storici in ordine ai quali è stata esclusa la configurabilità di illiceità penale, sia su altri fatti acquisiti o autonomamente desunti nel giudizio di prevenzione. Ciò che rileva, è che il giudizio di pericolosità sia fondato su elementi certi, dai quali possa legittimamente farsi discendere l'affermazione dell'esistenza della pericolosità, sulla base di un ragionamento immune da vizi. Del resto, che gli indizi sulla cui base formulare il giudizio di pericolosità non debbano necessariamente avere i caratteri di gravità, precisione e concordanza richiesti dall'articolo 192 del Cpp lo ha affermato anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale (Grande Camera, 1° marzo – 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*) ha ritenuto non in contrasto con i principi della Cedu il fatto che le misure di prevenzione siano applicate nei confronti di individui sospettati di appartenere alla mafia (ma il ragionamento può essere esteso anche agli appartenenti alle associazioni finalizzate al traffico illecito di sostanze stupefacenti) anche prima della loro condanna, poiché tendono a impedire il compimento di atti criminali; mentre il proscioglimento eventualmente sopravvenuto non le priva necessariamente di ogni ragion d'essere: infatti, elementi concreti raccolti durante un processo, anche se insufficienti per giungere a una condanna, possono tuttavia giustificare dei ragionevoli dubbi che l'individuo in questione possa in futuro commettere dei reati penali. Tale diversità di approccio trova giustificazione nelle profonde differenze tra il procedimento penale e quello di prevenzione, essendo il primo ricollegato a un determinato fatto-reato oggetto di verifica nel processo, a seguito dell'esercizio della azione penale; mentre il secondo è riferito a una complessiva notazione di pericolosità, espressa mediante condotte che non necessariamente costituiscono reato e che sono verificate in un procedimento che, pur se giurisdizionalizzato, vede quali titolari dell'azione di prevenzione soggetti diversi, appartenenti all'amministrazione (si vedano Corte costituzionale, sentenza n. 275 del 1996 e Cassazione, Sezioni Unite, 25 marzo 2010, *Cagnazzo e altri*)" (C.P., II, n. 35714/2013, cit.). Al principio di autonomia 'esterna' tra giu-

è parlato di “*fattispecie di sospetto*” di commesso reato”³⁵, di “truffa delle etichette”³⁶, di “cripto-pene”³⁷.

2. La prevenzione personale e la recente estensione soggettiva: il caso dei c.d. colletti bianchi

In base a quanto precede, non sorprende l’allarme diffusosi in letteratura nel momento in cui la giurisprudenza prima, ed il legislatore poi, hanno esteso il sistema della prevenzione anche ai c.d. colletti bianchi. In questo caso la semplificazione probatoria rischia tra l’altro di crescere in modo esponenziale; ciò in considerazione del passaggio non solo dal diritto penale al diritto della prevenzione, ma anche dalle fattispecie a pericolosità generica a quelle a pericolosità qualificata. Soffermiamoci sull’ultima transizione appena citata. Essa si deve in particolare alla l. n. 161/2017³⁸, che ha innanzitutto provveduto ad inserire nell’elenco di cui all’art. 4 gli indiziati di molteplici fattispecie monosoggettive³⁹, ulteriormente integrate dal c.d. ‘Codice Rosso’⁴⁰ entrato in vigore lo scorso agosto. Il punto è che alcuni dei reati a cui dal 2017 l’art. 4 rinvia sono privi dell’attitudine a suscitare l’allarme sociale a cui tradizionalmente fanno fronte le misure di prevenzione. Si pensi in particolare agli indiziati di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche⁴¹. Sempre tra le fattispecie indiziarie di cui all’art. 4, la stessa legge ha poi inserito gli indiziati di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di una serie di reati contro la Pubblica Amministrazione⁴². Il punto è che l’introduzione espressa dei c.d. colletti bianchi nell’ambito dei soggetti di cui all’art. 4 estende il “regime indiziaro” ivi previsto a soggetti che in precedenza era-

dizio penale e di prevenzione appena descritto si affianca un principio di autonomia ‘interna’ che caratterizza il rapporto tra le misure di prevenzione personali e patrimoniali; per approfondimento si veda LEOTTA C.D., *Il volto rinnovato*, cit.

³⁵ FIANDACA G., *Misure*, cit., 115; MAIELLO V., *La corruzione nel prisma*, 2.

³⁶ FIANDACA G., *Misure*, cit., 115; MAIELLO V., in AA.VA., *La legislazione*, cit., 325.

³⁷ MAIELLO V., *La corruzione nel prisma*, cit., 2.

³⁸ Legge del 17 ottobre 2017, n. 161 *Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*” (in Gazz. Uff., 4 novembre 2017, n. 258).

³⁹ Oltre agli indiziati di truffa aggravata ex art. 640-bis c.p., si tratta degli indiziati del delitto di cui all’articolo 418 c.p. (assistenza agli associati) (lett. b), degli indiziati dei reati previsti dall’articolo 51, comma 3-quater, del codice di procedura penale (lett. d), degli indiziati del delitto di atti persecutori (art. 612-bis c.p. cui rinvia la lett. i-ter).

⁴⁰ La legge n. 69/2019 ha in particolare inserito gli indiziati del reato di cui all’art. 572 c.p.: v. lett. i-ter.

⁴¹ Lett. i-bis) art. 4 CA. Rileva in quest’ottica, secondo MENDITTO F., *Le misure*, cit., 81, anche il rinvio – per il tramite dell’art. 51 c.p.p. richiamato dalla lett. d) dell’art. 4 – a qualsiasi delitto, purché commesso con metodo mafioso o al fine di agevolare un’associazione che si avvale di tale metodo.

⁴² Ossia alla commissione dei reati di cui agli artt. 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del codice penale.

no passibili delle misure di prevenzione per il solo tramite dell'art. 1, ossia a patto che fosse provata l'abitudine nel dedicarsi a traffici delittuosi o nel vivere, anche in parte, con proventi di attività delittuose⁴³. Questo è all'evidenza il caso degli indiziati di truffa aggravata ex art. 640 bis c.p. Per quanto concerne i reati contro la Pubblica Amministrazione, la questione è invece più complessa. Abbandonato il "progetto originario"⁴⁴, nel richiamarli l'art. 4 fa infatti riferimento ad una con-

⁴³ Ai sensi dell'art. 1, come emerge dalla giurisprudenza di merito (si veda ad es. Trib. Chieti, 12/7/2012, cit.), non ci si può esimere dal ricostruire il 'curriculum 'criminale' del soggetto, valutando ovviamente l'attualità della pericolosità dello stesso (MAIELLO V., in AA.VV., *La legislazione*, cit., 336-337). Così, nel definire l'"evasore pericoloso" si è attribuita fondamentale rilevanza alla commissione di ripetute e prolungate condotte sia di evasione fiscale, soprattutto se penalmente rilevanti, sia integranti altri reati, purché alla stessa connessi (come la falsa fatturazione, i reati di bancarotta fraudolenta, contro il patrimonio ecc.; v. ad es. Trib. Cremona (decr.), 23/01/2013, www.penalecontemporaneo.it; Trib. Chieti (decr.), 12/07/2012, cit.). In aggiunta si è ritenuto dirimente il qualificare la persona come "*altamente specializzata nel delinquere in ambito tributario, con notevoli capacità di predisposizione dei mezzi e dei sistemi organizzativi per realizzare quel genere di condotte*" (MAUGERI A.M., *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, *Diritto penale contemporaneo, Riv. Trim.*, 2014, n. 2, 214, e RAPINO F., *La modernizzazione*, cit., 8; si veda inoltre BRIZZI F., *Misure di prevenzione e pericolosità dei "colletti bianchi" nella elaborazione giurisprudenziale della giurisprudenza di merito*, www.archiviopenale.it, 7 ss.; Trib. Cremona (decr.), 23/01/2013, cit.; Trib. Chieti (decr.), 12/07/2012, cit.). Con specifico riferimento al requisito del "vivere abitualmente con i proventi di attività delittuose", la Cassazione ha precisato che "*il soggetto dedito – in modo massiccio e continuativo – a condotte elusive degli obblighi contributivi realizza, in tal modo, una provvista finanziaria che è indubbiamente da considerarsi quale "provento" di delitto (inteso quale sostanziale vantaggio economico che si ricava per effetto della commissione del reato, secondo l'insegnamento di Sez. U. n. 9149 del 3.7.1996). Ora, lì dove la quota indebitamente trattenuta venga successivamente reinvestita in attività di tipo commerciale – come nel caso qui in esame – è al contempo evidente che i profitti di tale attività risultano inquinati dalla metodologia di reinvestimento della frazione imputabile alle pregresse attività elusive. Lì dove il soggetto proposto tragga mezzi di sostentamento – anche in via di fatto, non essendo il titolare formale delle compagnie societarie – da tali attività, può senza dubbio affermarsi che costui "viva abitualmente, anche in parte" con i proventi di attività delittuose, in ciò risultando integrato il presupposto di legge*" (CP, I, n. 32032/2013). Proprio con riferimento all'evasore, di recente la Cassazione ha ribadito che "*Il mero status di evasore fiscale non è sufficiente ai fini del giudizio di pericolosità generica che legittima l'applicazione della confisca, considerato che i requisiti di stretta interpretazione necessari per l'assoggettabilità a tale misura sono indicati dal d.lg. 159 del 2011, artt. 1 e 4 e concernono i soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi e che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, requisiti non automaticamente e necessariamente sovrapponibili all'evasore fiscale, in sé e per sé considerato. Viceversa ben può ritenersi pericolo il soggetto condannato in via definitiva ad una significativa pena per associazione a delinquere finalizzata al compimento di una serie plurima ed indefinita di reati fiscali ...*" (CP, II, n. 8584/2017). Per concludere è utile far presente che l'estensione dell'art. 1 ai colletti bianchi non è circoscritta al solo evasore pericoloso. Per fare qualche esempio, le misure di prevenzione sono state applicate anche in casi di corruzione (v. ad es. CP, I, n. 31209/2015) e di esercizio abusivo della professione forense, art. 348 c.p. (Trib. Milano, Sez. Mis. Prev., 16/02/2016, www.penalecontemporaneo.it; per un commento ZUFFADA E., *Il Tribunale di Milano individua una nuova figura di "colletto bianco pericoloso": il falso professionista (nella specie il falso avvocato). Un ulteriore passo delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità da profitto*, www.penalecontemporaneo.it).

⁴⁴ Disegno di legge S. 2134 su cui ROBERTI F., DE SIMONE M.V., *Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull'iter di approvazione dell'A.S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della Procura Nazionale*, www.penalecontemporaneo.it.

sorteria criminosa⁴⁵. Nel caso di commissione monosoggettiva si dovrebbe dunque rientrare ancora nell'alveo dell'art. 1, che tra l'altro è già stato sperimentato⁴⁶ dalla giurisprudenza in materia di corruzione⁴⁷. Il problema tuttavia è che l'art. 416 c.p. ha confini evanescenti⁴⁸, tanto che non sono rari i casi in cui l'associazione viene desunta dalla commissione dei reati fine⁴⁹. Come se ciò non bastasse, l'art. 4 lettera

⁴⁵ Durante il corso dell'iter parlamentare, con riferimento all'estensione dell'ambito applicativo delle misure di prevenzione agli indiziati di reati contro la P.A., si erano levate forti voci critiche, fondate soprattutto sulla parificazione, ritenuta inaccettabile, dei reati di criminalità organizzata e dei reati contro la pubblica amministrazione (si veda ad es. VISCONTI C., *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 23.11.2015). Le perplessità sollevate invece dalla Procura Nazionale Antimafia sul Disegno di legge S. 2134 nella parte in cui tale testo prevedeva di integrare i soggetti di cui all'art. 4 con gli indiziati di alcuni delitti contro la Pubblica Amministrazione, considerati, allora, in chiave monosoggettiva, avevano una duplice natura. Si evidenziava innanzitutto che una tale modifica avrebbe determinato una duplicazione di quanto già previsto dall'art. 4, lett. c), il quale, rinviando all'art. 1, lettere a) e b), era (ed è) già suscettibile di essere applicato ai casi considerati. Si temeva poi che l'esplicita previsione di alcune fattispecie contro la Pubblica Amministrazione avrebbe rischiato di legittimare l'esclusione di tutte quelle non menzionate e di comportare, dunque, una riduzione dell'ambito applicativo delle misure di prevenzione (ROBERTI F., DE SIMONE M.V., *Osservazioni a margine dei lavori del Senato sull'iter di approvazione dell'A.S. n. 2134 recante modifiche al codice delle leggi antimafia. La posizione della Procura Nazionale*, *www.penalecontemporaneo.it*). Molti autori hanno salutato con favore il fatto che, rispetto al testo approvato dalla Camera in prima lettura, quello entrato in vigore attribuisca sì rilevanza ad alcuni reati contemplati dal Titolo II del Codice penale, ma solo a patto che questi costituiscano reati-scopo di un'associazione ex art. 416 c.p. e alla stessa siano riconducibili. Ne segue dunque che, come vedremo a breve nel testo, qualora di contro i reati contro la P.A. elencati dall'art. 4 siano stati commessi in forma individuale, per potersi applicare le misure di prevenzione dovrà configurarsi una fattispecie a pericolosità generica ex art. 1 e dunque dovrà trattarsi di fenomeni di corruzione, peculato etc. connotati da abitualità e serialità (FINOCCHIARO S., *La riforma*, cit., p. 252; v. sub art. 1). Per alcune considerazioni positive sull'ampliamento dell'ambito di applicazione delle misure di prevenzione, anche se con riferimento al disegno di legge nella sua versione originaria, v. MENDITTO F., *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia) e della confisca allargata*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22.12.2015, pp. 14 ss., il quale evidenzia la razionalità, sotto il profilo sistematico, e la conformità a Costituzione di quanto previsto nel testo approvato dalla Camera in prima lettura.

⁴⁶ Tanto che MAIELLO V., *La corruzione*, cit., 3, ritiene che la norma in esame abbia mera funzione simbolica.

⁴⁷ V. ad es. CP, I, n. 31209/2015.

⁴⁸ Si consenta il rinvio a CONSORTE F., *Sezione II – Il Modello di organizzazione, gestione e controllo e la prevenzione dei reati associativi*, in F. CONSORTE, T. GUERINI, *Reati associativi e responsabilità degli enti: profili dogmatici e questioni applicative*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2013, n. 2, pp. 283-301.

⁴⁹ In proposito, la Cass. pen., S.U., 28 marzo 2001, n. 10, ha precisato che "In tema di associazione per delinquere (nella specie di stampo mafioso) è consentito al giudice, pur nell'autonomia del reato mezzo rispetto ai reati fine, dedurre la prova dell'esistenza del sodalizio criminoso dalla commissione dei delitti rientranti nel programma comune e dalle loro modalità esecutive, posto che attraverso essi si manifesta in concreto l'operatività dell'associazione medesima». Sempre la Cassazione (Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2010, n. 6308) ha tra l'altro affermato anche che "L'appartenenza di un soggetto a un sodalizio criminale può essere ritenuta anche in base alla partecipazione a un solo reato fine purché sia dimostrato che il ruolo svolto e le modalità dell'azione siano stati tali da evidenziare la sussistenza del vincolo".

i-bis rinvia a fattispecie contro la Pubblica Amministrazione fino ad ora trascurate nell'applicazione dell'art. 1. Si pensi ad esempio ai casi del "peculatore"⁵⁰ e del malversatore. Ecco dunque che l'inclusione nell'art. 4 dei reati contro la Pubblica Amministrazione (ancorché nella veste di reati-fine) solleva il timore che – grazie ad una sterilizzazione del riferimento all'associazione – il regime indiziario arrivi a rimpiazzare la verifica dei più stringenti requisiti richiesti dalla categoria della pericolosità generica, la quale poggia invece su tipi normativi centrati "su narrazioni personologiche di durevole antisocialità"⁵¹ e su un regime probatorio (a detta della Consulta) più rigoroso⁵². Non a caso, nella legge n. 161/2017 la letteratura ha ravvisato l'intento di informare l'opinione pubblica⁵³ dell'avvio di quel percorso di irragionevole⁵⁴ assimilazione tra mafia e corruzione che ha raggiunto il suo culmine con la recente legge Spazzacorrotti⁵⁵ e che, se pensata con riferimento al sistema della prevenzione, mostra tutta la sua incoerenza. Questo soprattutto qualora la lettera i-bis dovesse mai consentire di equiparare la pericolosità di colui che commette uno o più corruzioni, magari in concorso con altri, a quella dei soggetti per i quali in origine l'art. 4 è stato concepito⁵⁶.

3. *I destinatari delle misure di prevenzione ed i recenti passi verso una maggior determinatezza delle fattispecie soggettive*

In un sistema in cui le garanzie sono carenti e le misure applicate hanno un contenuto afflittivo, non può che risultare fondamentale la precisione delle fattispecie di pericolosità protagoniste del giudizio constatativo. Ciò è vero – se non per orientare *ex ante* le condotte dei consociati⁵⁷ – quantomeno per assicurare la conoscibilità della norma al momento della sua applicazione, nel rispetto dello "Stato di diritto"⁵⁸ e dell'effettività del diritto di difesa.

⁵⁰ Per tale considerazione sempre MAIELLO V., *La corruzione nel prisma della prevenzione ante delictum, discrimen.it*, 4.12.2018, 4.

⁵¹ MAIELLO V., *La corruzione*, cit., 1.

⁵² Corte Cost. n. 24/2019. Su questo aspetto si tornerà in seguito.

⁵³ Così MAIELLO V., *La corruzione nel prisma*, cit., 4, prima dell'entrata in vigore della Spazzacorrotti.

⁵⁴ Esorta a tener distinta la corruzione strumento operativo delle mafie dalla corruzione del cittadino, PADOVANI T., *Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, *Arch. Pen.*, 2018, fasc. 3, online. L'Autore evidenzia in particolare la necessità di distinguere "il topo di campagna, preda di ogni gatto, dal ratto delle chiavi, che anche i siriani temono" (p. 3).

⁵⁵ Ossia la l. n. 3/20019.

⁵⁶ In senso critico sul Disegno di legge S. 2134 che prevedeva di integrare i soggetti di cui all'art. 4 con gli indiziati di alcuni delitti contro la Pubblica Amministrazione, considerati, allora, in chiave monosoggettiva, v. MAIELLO V., *La corruzione nel prisma*, cit., 2 ss.

⁵⁷ La questione della conoscibilità *ex ante* della fattispecie di pericolosità si ricollega al problema del rapporto tra misure di prevenzione e principio di colpevolezza e più in generale al rapporto tra tali misure ed i principi che governano la materia penale. Si tratta di una tematica che non sarà analizzata in questa sede.

⁵⁸ MAZZACUVA F., *La prevenzione sostenibile*, cit., 1017 ss.

Come già accennato, gli attuali artt. 1 e 4 sono l'esito di una lunga evoluzione normativa tesa a conciliare la disciplina della prevenzione con le garanzie costituzionali. Parallelamente alla giurisdizionalizzazione delle misure in questione, si è infatti proceduto alla tipizzazione dei comportamenti pregressi il cui accertamento funge da presupposto del giudizio di pericolosità. Nel caso dell'art. 4, tali comportamenti sono stati ancorati a tipologie di reato tassativamente elencate. All'opposto – e a dispetto delle modifiche – le figure di pericolosità generica confluite nell'art. 1 sono sopravvissute sino ad oggi mantenendo un notevole deficit di determinatezza.

A tale deficit ha posto almeno *in parte* rimedio la Corte Costituzionale con la recente sentenza n. 24 del 2019. La pronuncia si muove nel solco di quella giurisprudenza nazionale e sovranazionale che, pur assumendo la natura non-penale delle misure di prevenzione, assoggetta queste ultime al principio di legalità/determinatezza. Sotto il profilo del diritto interno, il riferimento corre soprattutto alla celebre sentenza n. 177 del 1980, che ha dichiarato l'incostituzionalità della figura dei proclivi a delinquere. Quanto al diritto internazionale, dirimpante è stata la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso De Tommaso c. Italia⁵⁹. Riconducendo la sorveglianza speciale nell'alveo delle misure restrittive della libertà di movimento e circolazione invece che della libertà personale, nel decretare la violazione del Protocollo Addizionale n. 4 alla CEDU⁶⁰ la sentenza in esame ha precisato che le due categorie descritte dalle lettere a) e b) dell'art. 1 non rispettano il principio di precisione. Si tratta in particolare, da un lato, della norma relativa a coloro che, sulla base di elementi di fatto, “sono abitualmente dediti a traffici delittuosi” e, dall'altro, della norma concernente coloro che, sempre in base ad elementi di fatto, “vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose”⁶¹. Nello specifico, secondo la Corte Sovranazionale⁶², “né la Legge né la Corte Costituzionale hanno individuato chiaramente le “*prove fattuali*” o le *specifiche tipologie di comportamento* di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione”. La Corte ha dunque ritenuto le disposi-

⁵⁹ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, caso De Tommaso c. Italia, 23.02.2017, ric. n. 43395/09.

⁶⁰ Norma vigente al tempo dei fatti e sovrapponibile all'attuale all'art. 1 Codice Antimafia, comma 1, lettere a) e b). Ritiene in dottrina che i principi sanciti dalla Corte Edu non possono essere estesi né alla lettera c) dello stesso art. 1 né alle fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 4 dello stesso Codice Antimafia, MENDITTO F., *La sentenza*, cit., pp. 145-147. L'Autore evidenzia infatti non solo che le norme appena menzionate non interessano il caso esaminato dalla Corte Edu, ma anche che si tratta di fattispecie sufficientemente determinate, posto che sono “agganciate” a precise tipologie di reati o a specifiche fattispecie penali espressamente indicate.

⁶¹ Art. 1, nn. 1 e 2, della l. n. 1423/1956 che corrispondono all'art. 1, lett. a) e b) del d.lgs. n. 159/2011.

⁶² Si veda il par. 2 lett. b della pronuncia.

zioni in esame non “sufficientemente dettagliate”⁶³ e quindi non idonee a fornire alla misura di prevenzione una base legale secondo il diritto convenzionale. Per giurisprudenza costante della Corte Edu, infatti, un provvedimento è previsto da legge solo quando è regolato da norme contraddistinte da certi requisiti di qualità, ossia l’“accessibilità” e la “prevedibilità”.

Tornando alla pronuncia n. 24 del 2019, è proprio recependo gli insegnamenti della sentenza succitata che pochi mesi orsono la Consulta ha dichiarato (limitandoci alle misure personali)⁶⁴ l’illegittimità costituzionale dell’art. 1 n. 1 della l. n. 1423 del 1956 e del corrispondente art. 4, lettera c, d.lgs. n. 159/2011 *nella parte in cui consentono l’applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, a coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi*.

Due sono gli elementi che hanno portato la Corte Costituzionale a considerare la norma “affetta da radicale imprecisione” e dunque non idonea a soddisfare le esigenze di determinatezza di cui all’art. 13 Cost. e all’art. 2 del Prot. n. 4 CEDU in relazione all’art. 117, comma primo, Cost.. Si tratta innanzitutto della genericità del dato normativo e, segnatamente, del concetto di “traffici delittuosi”⁶⁵; a ciò si aggiunge l’impossibilità di ravvisare nella giurisprudenza

⁶³ Rilevavano i “tipi di comportamento” da considerare un “pericolo per la società” non tipizzati in maniera adeguata a tutelare l’individuo dalle ingerenze arbitrarie dei Tribunali interni, ad orientare le condotte dei consociati e a metterli nella condizione di poter prevedere “con un sufficiente grado di certezza” l’applicazione delle misure di prevenzione. V. Par. 118.

⁶⁴ Parallelamente sono stati censurati anche l’art. 19 l. n. 152/1975 e l’art. 16 d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui stabiliscono l’applicabilità del sequestro e della confisca ai soggetti più sopra citati. Delle misure patrimoniali non ci occuperemo tuttavia in questa sede.

⁶⁵ Pare utili riportare testualmente le parole utilizzate dalla Corte Cost. nella succitata sentenza n. 24/2019 (par. 12.3): “Invero, come poc’anzi evidenziato, sul punto convivono tutt’oggi due contrapposti indirizzi interpretativi, che definiscono in modo differente il concetto di «traffici delittuosi». Da un lato, ad esempio, la sentenza della Corte di cassazione, n. 11846 del 2018, fa riferimento a «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti [...]», ricomprendendovi anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l’approfittamento o l’alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili». Dall’altro, e sempre a guisa d’esempio, la pronuncia della Corte di cassazione, n. 53003 del 2017, si riferisce al «commercio illecito di beni tanto materiali [...] quanto immateriali [...] o addirittura concernente esseri viventi (umani [...] ed animali [...]), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite [...], ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento», osservando ulteriormente che «nel senso comune della lingua italiana [...] trafficare significa in primo luogo commerciare, poi anche darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile, e infine, in ambito marinaresco, maneggiare, ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento». Simili genericissime (e tra loro tutt’altro che congruenti) definizioni di un termine geneticamente vago come quello di «traffici delittuosi», non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura: esigenza, questa, sul cui rispetto ha richiamato non solo

di legittimità un'attività interpretativa “suppletiva” idonea a riempire il concetto in questione “di significato certo, e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l'interessato”.

Diversa è invece la sorte che la Consulta ha riservato alla fattispecie di “coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose” (art. 1, lett. b).⁶⁶ Secondo la Consulta, infatti, il contributo interpretativo della Corte di Cassazione consente attualmente di predeterminare le “specifiche ‘categorie’ di reato” a cui in questo caso la normativa rinvia; sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali ‘casi’ – oltre che in quali ‘modi’ – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca⁶⁷.

Più nel dettaglio la Corte richiama l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui l'art. 1, lett. b, si riferisce esclusivamente a delitti (e dunque non a qualsiasi illecito penale⁶⁸) commessi abitualmente (ossia lungo “un significativo

la Corte EDU nella sentenza de Tommaso, ma anche – e assai prima – questa stessa Corte nella sentenza n. 177 del 1980. Né siffatte nozioni di «traffici delittuosi», dichiaratamente non circoscritte a delitti produttivi di profitto, potrebbero mai legittimare dal punto di vista costituzionale misure ablativi di beni posseduti dal soggetto che risulti avere commesso in passato tali delitti, difettando in tal caso il fondamento stesso di quella presunzione di ragionevole origine criminosa dei beni, che si è visto costituire la ratio di tali misure”.

⁶⁶ Art. 1, n. 2, l.n. 1423/1956, confluito nell'art. 1, lettera b, d.lgs. n. 159 del 2011.

⁶⁷ Corte Cost., n. 24/2019, par. 12.2. Per quanto concerne la lettera b), la Corte Costituzionale si pone dunque in linea con quanto affermato dalla Cassazione in alcune sentenze post-De Tommaso. Quest'ultima, nel ritenere “manifestamente infondata la q.l.c. degli artt. 1, comma 1, lett. a) e b) e 4, comma 1, lett. c) d.lg. 6 settembre 2011, n. 159 per contrasto con gli artt. 2 del protocollo 4 e 1 del protocollo addizionale della Cedu, come interpretato dalla Corte Edu nella sentenza del 23 febbraio 2017, D.T. contro Italia”, non ha infatti rinvenuto nella normativa nazionale un deficit di chiarezza, determinatezza e tassatività” (CP, I, n. 349/2017), dato che le “più recenti linee interpretative interne” non rendono infatti condivisibile, a parere della Corte nazionale, “il giudizio negativo espresso dalla Corte Edu nel caso De Tommaso in punto di “qualità della legge”, nel senso che le disposizioni di riferimento, qui limitate ai casi di “dedizione abituale a traffici delittuosi” (lett. a, art. 1, comma 1), e/o al “vivere abitualmente, anche in parte, con il provento di attività delittuose” (lett. b) contengono spunti tassativizzanti che consentono di ritenerle disposizioni idonee ad orientare le condotte dei consociati in modo congruo (con rispetto del canone logico-giuridico della prevedibilità, richiamato nella decisione della Corte Edu)”. Sempre secondo la Cassazione infatti “sulla base degli attuali canoni interpretativi della disciplina vigente, il giudizio di pericolosità generica non si fonda su meri sospetti, ma sulla verifica, obiettivamente riscontrabile, della consumazione abituale, o, comunque, non episodica, di condotte criminose qualificabili come delitti, fonte di illeciti arricchimenti, nonché, per la sola ipotesi di cui alla lett. b) dell'art. 1, della successiva destinazione di tali proventi al mantenimento del proposto” (CP, VI, n. 2385/2017).

⁶⁸ Nell'ipotesi prevista invece dalla lettera c) dell'art. 1 del Codice Antimafia ad essere richiamata è la categoria dei “reati” che offendono i beni giuridici espressamente indicati, ossia l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica. In questo caso rilevano dunque anche le contravvenzioni. In senso critico v. FIANDACA G., *Misure di prevenzione, Dig. Disc. pen.*,

arco temporale”, e dunque non in via occasionale ed isolata) che abbiano generato effettivamente profitti che per un certo periodo siano stati l’unico reddito del soggetto, o perlomeno siano stati una componente significativa dello stesso.

Gli effetti dirompenti della decisione in esame della Corte Costituzionale non si sono fatti attendere. A brevissima distanza dal suo deposito, infatti, la Cassazione⁶⁹ ha decretato l’“immediata inapplicabilità” della sorveglianza speciale (oltre che di sequestro e confisca) ai soggetti di cui all’art. 1, lett. a, del Codice Antimafia, annullando in tal modo la decisione sottoposta al suo scrutinio pena “il ‘consolidamento’ di un provvedimento non conforme a Costituzione”⁷⁰. In aggiunta, la Cassazione stessa ha recepito pedissequamente i tre requisiti delle condotte sussumibili nella lettera b, requisiti che tra l’altro, come già emerso, la Consulta ha a sua volta ereditato dalla giurisprudenza di legittimità (soprattutto) successiva alla sentenza De Tommaso.

Il passo avanti compiuto dal principio di precisione nel settore in esame è dunque indiscutibile. Allo stesso modo è tuttavia innegabile la persistenza di molte delle perplessità concernenti quel che resta dell’art. 1 del Codice Antimafia. A queste ultime si aggiungono le riserve concernenti alcune argomentazioni addotte dalla Corte Costituzionale nella sentenza succitata. Ciò senza contare le criticità che continuano ad investire l’art. 4 ed il sistema della prevenzione nel suo complesso. Di alcuni di questi profili problematici daremo conto nelle pagine successive.

4. *Sentenza costituzionale n. 24 del 2019: alcuni rilievi critici*

Un primo profilo di criticità concernente la sentenza n. 24 del 2019 riguarda l’“oggetto” individuato dalla Corte Costituzionale quale “materia” del suo scrutinio se relazionato ai parametri di legittimità da essa considerati. Iniziando dall’oggetto dello scrutinio, secondo la Corte la natura non penale delle misure di prevenzione consente di ritenere soddisfatta l’esigenza di predeterminazione imposta dai parametri di legittimità tenendo conto non solo del disposto legislativo ma anche dell’interpretazione fornita da una giurisprudenza costante e uniforme; questo anche nel caso di disposizioni legislative caratterizzate dall’uso di clausole generali o di formule affette da un certo grado di imprecisione⁷¹. Passando ai parametri di

Torino, 1994, p. 115-116; diversamente E. Gallo, *Misure di prevenzione*, Enc. Giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XX, 6, il quale evidenzia l’opportunità di tale ‘estensione’, data la presenza nel nostro ordinamento di contravvenzioni che mettono in pericolo i beni indicati; in senso favorevole v. anche MAIELLO V., in AA.VV., *La legislazione*, cit., 340.

⁶⁹ Cass. n. 27263/2019.

⁷⁰ Cass. n. 27263/2019.

⁷¹ Par. 12; premessa al ragionamento della Corte è che invece “In materia di responsabilità penale, invero, questa Corte ha da tempo sottolineato come «l’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008), ribadendo recentemente, in termini assai netti, come nessuna interpretazione possa «surrorsarsi integralmente alla praevia lex scripta, con cui si intende garanti-

legittimità (sempre con riferimento alle misure di prevenzione personali) utilizzati dalla Corte, essi consistono nell'art. 117, comma 1 (in relazione all'art. 2 del Prot. n. 4 Cedu), e negli artt. 25, comma 3, e 13 Cost. In estrema sintesi, il fulcro del giudizio di legittimità è rappresentato dal rispetto della riserva di legge sotto il profilo della necessaria precisione e prevedibilità delle fattispecie descritte dalle lettere a) e b) dell'art. 1 del Codice Antimafia. Nel ragionamento della Corte, tuttavia, l'art. 25 Cost. “esce immediatamente di scena” in virtù dei “non costanti riferimenti” a tale norma effettuati in passato dalla Corte Costituzionale stessa. Di contro, al centro dello scrutinio viene posto l'art. 13 Cost. In proposito la Corte riafferma infatti la storica posizione della Consulta secondo cui – rientrando la sorveglianza speciale tra le misure restrittive della libertà personale – la sua legittimità deve essere vagliata alla luce delle garanzie previste dall'art. 13 stesso, tra cui figura la riserva di legge assoluta, “rinforzata, stante l'esigenza di predeterminazione legale dei ‘casi e modi’ della restrizione”⁷².

Ebbene, all'origine delle perplessità anticipate all'inizio del paragrafo è il passaggio logico-argomentativo che consente alla Corte di “salvare” la lettera b) ritenendo che essa prefiguri una fattispecie precisa e prevedibile nei suoi esiti applicativi non tanto in virtù del suo disposto letterale (che per la Corte pare discutibile) quanto sulla base dell'intervento interpretativo/integrativo della giurisprudenza.

Le criticità dell'impostazione in esame sono evidenti. La tesi della Corte in primo luogo finisce infatti per scavalcare il significato del principio applicato. Anni addietro del resto essa stessa ha affermato che l'art. 13 Cost. concerne “le garanzie supreme dell'*habeas corpus* che sono una delle pietre angolari della convivenza civile in un regime democratico”⁷³ aggiungendo che tale articolo “quanto ai presupposti, rinvia ‘ai soli casi e ai modi previsti dalla legge’; in modo che, per

re alle persone “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione” (sentenza n. 364 del 1988)» (sentenza n. 115 del 2018); e ciò in quanto «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018).

⁷² Testualmente la Corte stabilisce che “In direzione analoga si era mossa d'altra parte, da epoca ben precedente agli interventi della Corte EDU, anche questa Corte, che – accanto ai non sempre costanti riferimenti all'art. 25, terzo comma, Cost. – ha sempre affermato, sin dalle sue prime sentenze del 1956 in materia, che l'esecuzione delle misure di prevenzione di volta in volta sottoposte al suo esame comportavano una restrizione della libertà personale sancita dall'art. 13 Cost.; restrizione che certamente consegue alle prescrizioni che ineriscono alla sorveglianza di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8, comma, 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, le quali – anche laddove non sia disposto l'obbligo o il divieto di soggiorno – comportano, ad esempio, l'obbligo di fissare la propria dimora e di non allontanarsene senza preventivo avviso all'autorità, nonché il divieto di uscire o rincarare al di fuori di certi orari. *Conseguentemente, le misure in questione 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”* (9.7.3).

⁷³ Corte Costituzionale, 15/07/1959, (ud. 09/07/1959, dep. 15/07/1959), n. 49.

la norma costituzionale, spetta alla legge di indicare le circostanze che legittimano le singole misure restrittive della libertà personale⁷⁴. Determinatezza e precisione avrebbero dunque implicato una redazione puntuale del testo di legge considerato di per sé, scrutinio “secco” che la Corte ha omesso di effettuare e che – stando anche alla sentenza De Tommaso – non avrebbe potuto che avere esito negativo.

Sempre a proposito della riserva di legge di cui all’art. 13 Cost., la sentenza della Corte è tuttavia andata ancora oltre. A fronte della “messa al bando del formante giurisprudenziale”⁷⁵ che l’articolo costituzionale dovrebbe implicare, la Consulta è arrivata infatti ad avallare un orientamento giurisprudenziale che alcuni autori hanno ritenuto “creativo” e fonte di un “nuovo diritto”⁷⁶. Si pensi ad esempio alla “condotta” e al “tenore di vita”, due elementi espressamente contemplati dalla legge⁷⁷, alla lettera b) dell’art. 1, ma trascurati dalla giurisprudenza.

A tutto questo si aggiungono le perplessità sulla valutazione dell’effettiva prevedibilità dei casi e dei modi di applicazione della lettera b), prevedibilità che chiama in causa non solo l’art. 13 Cost. ma anche l’art. 117, comma 1 (in relazione all’art. 2 del Prot. n. 4 Cedu) nell’interpretazione fornita dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo⁷⁸.

Per cominciare, le precisazioni della Cassazione sul “vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose” si caratterizzano a tutt’oggi (nonostan-

⁷⁴ Corte Costituzionale, 10/03/1966, (ud. 03/03/1966, dep. 10/03/1966), n. 19.

⁷⁵ MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, *Giur. Cost.*, 2019, fasc. 1, 337 ss.

⁷⁶ MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum*, cit., 338 ss.

⁷⁷ MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum*, cit., 338 ss.

⁷⁸ “117. La Corte osserva che, nonostante il fatto che la Corte costituzionale sia intervenuta in diverse occasioni per chiarire i criteri da utilizzare per valutare se le misure di prevenzione fossero necessarie, l’applicazione di tali misure resta legata a un’analisi prospettica da parte dei tribunali nazionali, dato che né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le “prove fattuali” o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione. La Corte ritiene pertanto che la Legge in questione non contenesse disposizioni sufficientemente dettagliate sui tipi di comportamento che dovevano essere considerati costituire un pericolo per la società. 118. La Corte rileva che, nella fattispecie, il tribunale competente ad applicare al ricorrente la misura di prevenzione ha basato la sua decisione sull’esistenza di tendenze criminali “attive” da parte sua, pur senza attribuirgli alcuno specifico comportamento o attività criminale. Inoltre, il tribunale ha citato come motivo della misura di prevenzione il fatto che il ricorrente non aveva “un’occupazione fissa e lecita” e che la sua vita era caratterizzata dalla regolare associazione con elementi di spicco della malavita locale e dalla commissione di reati (si vedano i paragrafi 15-16 *supra*). In altre parole, la Corte ha basato il suo ragionamento sull’assunto dell’esistenza di “tendenze criminali”, criterio che la Corte costituzionale aveva già considerato insufficiente – nella sua sentenza n. 177 del 1980 – per definire una categoria di soggetti cui potevano essere applicate le misure di prevenzione (si veda il paragrafo 55 *supra*). La Corte ritiene pertanto che la legislazione vigente al momento pertinente (articolo 1 della Legge del 1956) non indicasse con sufficiente chiarezza la portata o la modalità di esercizio della ampissima discrezionalità conferita ai tribunali interni, e non fosse pertanto formulata con sufficiente precisione in modo da fornire una protezione contro le ingerenze arbitrarie e consentire al ricorrente di regolare la propria condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l’applicazione di misure di prevenzione”.

te la sentenza della Corte Costituzionale) per un'intrinseca precarietà. Eccezion fatta per il caso concreto⁷⁹, nel nostro sistema l'interpretazione giurisprudenziale non è come noto vincolante persino quando è consacrata da una sentenza costituzionale interpretativa di rigetto, come è considerata la n. 24 del 2019⁸⁰. Anche ipotizzando che i giudici di legittimità abbiano effettivamente supplito all'imprecisione legislativa, si tratterebbe dunque di un intervento sanante sulla cui "stabilità" il cittadino non è in grado di fare completo affidamento.

Come se ciò non bastasse, la prevedibilità è discutibile anche nella "prospettiva convenzionale"⁸¹. Come abbiamo visto, in base alla giurisprudenza l'applicazione della lettera b) è circoscritta a coloro che abbiano commesso "lungo un significativo arco temporale", "delitti" "da cui siano scaturiti profitti che in una certa epoca abbiano costituito l'unico reddito del soggetto, o perlomeno una componente significativa dello stesso". Orbene, per cominciare, il nostro ordinamento è costellato di *delitti che generano profitti*⁸². La mera esclusione delle contravvenzioni o di delitti *no profit* pare dunque priva di una effettiva capacità selettiva, tanto da far dubitare che la fattispecie di pericolosità in esame soddisfi l'esigenza (espressa dalla già citata sentenza della Corte costituzionale n. 177/1980) di ancorare gli indici di pericolosità a "comportamenti" connessi a "reati o a categorie di reati". A ben guardare, a sagomare l'indice di pericolosità in questione sono due elementi eccentrici rispetto ai reati. Ci riferiamo all'abitudine e al rapporto tra proventi e redditi del soggetto. Si tratta di aspetti caratterizzati entrambi da notevole indeterminatezza. Indefiniti sono in primo luogo i criteri in base ai quali un arco temporale può ritenersi "rilevante" ai fini dell'abitudine. Lo stesso dicasi per i criteri in base ai quali l'incidenza dei proventi illeciti sulle risorse economiche del soggetto va calcolata e va ritenuta significativa⁸³.

⁷⁹ Cass. pen., sez. un., 31/03/2004, n. 23016: "...principio di diritto: "Le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia *erga omnes*, a differenza di quelle dichiarative dell'illegittimità costituzionale di norme, e pertanto determinano solo un vincolo negativo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione. In tutti gli altri casi il giudice conserva il potere-dovere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge a norma dell'art. 101, comma 2, Cost., purché ne dia una lettura costituzionalmente orientata, ancorché differente da quella indicata nella decisione interpretativa di rigetto". Del resto le Sezioni Unite riportano che: "È unanime in dottrina l'opinione che esclude il valore vincolante delle decisioni interpretative di rigetto, in quanto sprovviste dell'efficacia *erga omnes* attribuita dall'art. 136, comma 1, della Costituzione alle sentenze che dichiarano l'illegittimità costituzionale di una norma di legge. Per rendersi conto dell'incontrovertibilità dell'affermazione basta osservare che se a dette decisioni dovessero riconoscersi effetti vincolanti per i giudici, la Corte costituzionale sarebbe investita di un potere di interpretazione autentica che, nel sistema vigente, è riservato in via esclusiva al legislatore".

⁸⁰ Cass. pen., II, n. 27263/2019.

⁸¹ Esprime giudizio positivo sulla lettura tassativizzante della Cassazione BASILE F., *Tassatività*, cit., 7 ss., che non omette tuttavia di chiedersi se la giurisprudenza non abbia così compiuto un'"invasione di campo".

⁸² Sul punto si vedano le considerazioni di PISANI N., *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, *Giur. Cost.*, 2019, fasc. 1, 331.

⁸³ Per tali considerazioni si veda MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum*, 338.

Alle considerazioni che precedono si sommano le perplessità risalenti relative alla *categoria di cui alla lettera c)* dell'art. 1, norma avulsa dal giudizio di legittimità e a dire il vero di scarsa rilevanza pratica. Recentemente tale fattispecie è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore, che ha "tassativizzato" la norma precisando che tra gli elementi di fatto da considerare rientrano anche "le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa"⁸⁴. Le puntualizzazioni in esame non hanno tuttavia dissipato l'indeterminatezza della fattispecie. Restano infatti attuali le riserve espresse dalla letteratura secondo cui – se da un lato è vero che tale norma rinvia a gruppi di reati selezionati in funzione dei beni giuridici elencati⁸⁵ – dall'altro lato è altresì vero che i riferimenti agli indeterminati interessi dell'integrità morale dei minori⁸⁶ e della pubblica tranquillità appaiono discutibili. Con riferimento a quest'ultima si è ad esempio evidenziato come essa rischi di legittimare forme di tutela della morale pubblica e del buon costume, anche se diverse sentenze depongono in senso contrario⁸⁷. Allo stesso modo risulta indeterminato il concetto di sicurezza pubblica, che stando alla Cassazione⁸⁸ rappresenta una "*categoria generica in cui rientrano tutte le fattispecie che offendono la sicurezza dei cittadini*".

5. *Le perplessità sulle fattispecie di "pericolosità qualificata": alcuni cenni*

Le riserve in punto di determinatezza delle fattispecie di pericolosità non si esauriscono in quanto detto in precedenza. Focalizzando l'attenzione sull'art. 4, in quel che segue passeremo in rassegna alcuni dei casi che ai nostri fini appaiono più eclatanti, senza alcuna pretesa di esaustività⁸⁹.

⁸⁴ V. d.l. n. 14/2017, conv. con modd. dalla l. n. 48/2017.

⁸⁵ Il bene giuridico fa capo o a soggetti meritevoli di protezione rafforzata (come i minori) o alla collettività: v. BALSAMO, *Codice antimafia*, in *Digesto pen.*, VIII agg., Torino, 2014, 65.

⁸⁶ V. F. Mazzacuva, *Le persone*, cit., 98; MAIELLO V., in AA.VA., *La legislazione*, cit., 326; FIANDACA G., *Misure*, cit., 115.

⁸⁷ Viene fatto l'esempio dell'esercizio della prostituzione nelle pubbliche vie; così FORTE C., *Codice*, cit., 36. Sul punto, recentemente, la Cassazione ha tuttavia puntualizzato che "*Il mero esercizio dell'attività di prostituzione, non costituendo di per sé reato (salvo che trascenda in una condotta penalmente rilevante), non può legittimamente fondare l'appartenenza alla categoria di persone socialmente pericolose prevista dall'art. 1, comma 1, lett. c) d.lg. n. 159 del 2011 e, quindi, non può giustificare l'adozione del provvedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio...*" (CP, I, n. 38701/2014); si veda anche TAR Bologna, II, n. 1001/2014; v. inoltre, nella stessa direzione, la recente CP, I, n. 8811/2018.

⁸⁸ La CP, I, n. 21350/2017 ha precisato che "*Ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione personali, tra gli autori dei reati contro la sicurezza pubblica vi rientrano coloro i quali abbiano commesso delitti in materia di armi, trattandosi di categoria generica in cui rientrano tutte le fattispecie che offendono la sicurezza dei cittadini*".

⁸⁹ Non si affronterà, ad es., l'annosa questione concernente il rapporto tra la categoria "degli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p." di cui alla lettera a) e la condotta di partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416 bis c.p.

Per cominciare, vi è la categoria di “*coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645*”⁹⁰, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente”. L’esplicito riferimento all’analogia balza agli occhi, rappresentando un *passerpartout* per la giurisprudenza creativa libera di oscillare dalla verifica della commissione del vero e proprio delitto di partecipazione ad associazioni, movimenti o gruppi di tipo fascista (previsto dall’art. 2, comma 2, della l. n. 645/1952⁹¹) alla verifica di qualcosa di meno o, forse, di qualcosa di altro.

Degno di menzione è inoltre il riferimento a coloro che – condannati in via pregressa per una serie di gravi delitti elencati⁹² – in considerazione del comportamento successivo debbano essere ritenuti proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato⁹³. Come abbiamo visto nelle pagine precedenti, in passato la Corte ha “censurato” la fattispecie soggettiva⁹⁴ di “coloro che... per le manifestazioni cui abbiano dato luogo diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere”⁹⁵. Nonostante le debite differenze con la norma dichiarata illegittima nel 1980 di cui si è appena detto, la conclusione secondo cui la fattispecie legale non permette di individuare “la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all’avvenire” investe anche la lettera g) dell’art. 4 in esame. Una volta verificate le precedenti condanne per i reati indicati dalla stessa lettera g), infatti, ai giudici viene attribuito uno “spazio di incontrollabile discrezionalità”⁹⁶ nel decidere quali comportamenti costituiscano indice di proclività a commettere un reato della stessa specie.

Da ultimo, vanno considerate le norme che eleggono ad indice di pericolosità l’aver posto in essere *atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti* alla commissione di una serie di gravi reati specificamente elencati, con le finalità indicate⁹⁷. Il riferimento agli atti preparatori e, più di recente, anche a quelli

⁹⁰ Per quanto concerne il primo requisito, ossia la passata appartenenza a qualsiasi titolo ad un’associazione sciolta in attuazione della XII Disp. Att. Cost., esso sembra presupporre un pregresso accertamento giudiziale (FORTE C., *Codice*, cit., 40) anche se non è specificato ad opera di chi (giudice della prevenzione o penale).

⁹¹ PETRINI D., *La prevenzione inutile. Il legittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, 210.

⁹² Si tratta di coloro che (fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f) sono stati condannati per uno dei delitti in materia di armi previsti dalla legge 2 ottobre 1967, n. 895 (Disposizioni per il controllo delle armi) e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497 (Nuove norme contro la criminalità), e successive modificazioni

⁹³ Art. 4, lett. g): “fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), 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 alla lettera d)”.

⁹⁴ Art. 1, n. 3, legge 27 dicembre 1956, n. 1423.

⁹⁵ V. Corte Cost. n. 177/1980, cit.; F. Mazzacava, *Le persone*, cit., 116; Leotta C.D., *Il volto*, cit.

⁹⁶ Da Corte Cost., n. 177/1980.

⁹⁷ Art. 4, let. d): “...e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l’ordinamento dello

esecutivi non può che risultare arcaico. Basti pensare che, sin dall'entrata in vigore, il Codice Rocco ha dismesso ogni riferimento alle due categorie di atti appena menzionati per via della difficoltà di tracciare un confine tra di esse⁹⁸. In aggiunta, la precisazione normativa secondo cui gli atti preparatori debbono essere "obiettivamente rilevanti" ed avere una "certa direzione" può arginare il rischio che il giudice consideri il mero proposito criminoso; essa tuttavia non scioglie l'ambiguità concernente la soglia minima di rilevanza dei comportamenti esteriori⁹⁹. È ben vero che – con la più volte menzionata sentenza n. 177/1980 – la Corte ha dichiarato la legittimità costituzionale di una¹⁰⁰ delle fattispecie incentrate sulla commissione di atti preparatori. Ciò dal momento che il riferirli "ad una pluralità di figure di reato tassativamente indicate" ed il richiederne l'obiettiva rilevanza implicano, secondo la Consulta, la necessaria rilevanza esterna dell'atto unitamente alla sua "significatività" rispetto al fine delittuoso. Il problema tuttavia è che gli atti preparatori non sono in grado di porre un argine ad eventuali anticipazioni d'intervento o, comunque, di guidare l'interprete. E questo è vero a maggior ragione se si considera, da un lato, che vi è giurisprudenza secondo cui gli atti preparatori non coincidono con il tentativo punibile e, dall'altro lato, che l'art. 4 del Codice Antimafia contempla casi in cui gli atti preparatori sono addirittura abbinati a reati che a loro volta consentono anticipazioni di tutela, come ad esempio la "fattispecie di attentato" di cui all'art. 285 c.p.¹⁰¹. Né si può sostenere che l'indeterminatezza

Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284,285,286,306,438,439,605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale". Art. 4, lett. f): "a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza".

⁹⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, 482.

⁹⁹ Considerando nello specifico quell'impostazione giurisprudenziale secondo la quale si tratta di atti che non debbono raggiungere la soglia del tentativo (v. ad es. Cass. pen., I, 27 marzo 1984), MAZZACUVA F., *Le persone*, cit., 112, si chiede come sia possibile assicurare a tali atti quell'effettiva rilevanza esterna che la stessa Corte Costituzionale ha, a suo tempo, eletto a requisito di legittimità di tale indice di pericolosità. Ritiene che per obiettivamente rilevanti debba intendersi "significativi" rispetto al fine perseguito, MENDITTO F., *Le misure*, cit., 82; evidenzia la difficoltà di individuare atti non esecutivi che siano al contempo obiettivamente rilevanti e significativi BRICOLA F., *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152)*, QC, 1975, 269.

¹⁰⁰ Art. 18, n. 1, della legge 22 maggio 1975, n. 152.

¹⁰¹ A chi evidenzia il rischio che l'alleggerimento probatorio che caratterizza il regime delle misure di prevenzione unitamente al livello d'intervento, estremamente anticipato, concesso a queste ultime nei casi in analisi, consentano di dare rilevanza ai meri sospetti, magari fondati su valutazioni presuntive o soggettive, si oppongono le tesi che sostengono una sovrapposizione concettuale tra gli atti preparatori e quelli di attentato (sul punto si veda NUVOLONE P., *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, *Enc. Dir.*, Milano, 1976, vol. XXVI, 646; MAIELLO V., in AA.VA., *La legislazione*, cit., 332). In letteratura vi è poi chi ha suggerito una sorta di terza via, ossia quella

appena descritta sia stata definitivamente fugata dalla legge n. 161/2017 grazie all'inserimento delle parole "ovvero esecutivi". La locuzione "ovvero", infatti, può rappresentare una forma rafforzata della congiunzione disgiuntiva "o"; allo stesso tempo, tuttavia, essa può anche costituire un sinonimo di "cioè" od "ossia"¹⁰². Non necessariamente dunque gli atti preparatori obiettivamente rilevanti debbono essere intesi come atti esecutivi¹⁰³.

6. *La natura imperitura della logica del sospetto. Brevi riflessioni conclusive*

Alla luce della carenza descrittiva che affligge buona parte delle fattispecie soggettive contemplate dal Codice Antimafia, il coraggioso intervento della Consulta, che ha espunto dall'ordinamento la problematica ipotesi dei "dediti a traffici delittuosi", risulta ancora più apprezzabile e prezioso. Al contempo, tuttavia, non si può non concludere il presente lavoro con una nota di rammarico. Il rifiuto della Consulta di "occuparsi" del riferimento agli "elementi di fatto" da parte dell'art. 1 grazie ad un fine escamotage argomentativo¹⁰⁴ ha il sapore di un'occasione persa.

di considerare atti preparatori quegli atti, dotati di manifestazione esterna, posti tra quelli punibili ai sensi dell'art. 56 c.p. e quelli irrilevanti di cui all'art. 115 c.p. Si tratta dunque della predisposizione dei mezzi e delle condizioni per commettere i delitti indicati (MENDITTO F., *Le misure*, cit., 82) senza che sia però sia iniziata la fase esecutiva, ossia senza che sia superata la soglia del tentativo o dell'attentato punibile (GALLO E., *Misure di prevenzione*, *Enc. Giur. Treccani*, Roma 1990, vol. XX, 16; MAZZACUVA F., *Le persone*, cit., 112). Deve in altri termini "trattarsi di un'attività, che, pure essendo obiettivamente apprezzabile per la sua rilevanza esterna e soprattutto per il suo significato rispetto al fine di sovvertimento nel quale si sostanzia l'ipotesi di pericolosità formulata dalla norma, resti tuttavia nell'ambito della mera preparazione di uno o più dei delitti indicati, senza integrare nè la fattispecie del tentativo punibile, nè tanto meno quella del reato continuato" (CP, I, 27/3/1984). Venendo ad es. agli atti preparatori diretti alla ricostituzione del partito fascista, l'indeterminatezza del concetto rende ancora una volta problematico comprendere se e come questa si differenzi dal reato di cui all'art. 2 della l. n. 645/1952, reato che punisce l'organizzazione di associazioni, movimenti o gruppi che perseguono finalità antidemocratiche proprie del partito fascista con i metodi indicati dalla norma stessa. Sostiene che atti preparatori sono quegli atti non ancora costituiti da tutti i requisiti richiesti dalla l. n. 645/1952, GALLO E., *Misure*, cit., 16; nello stesso senso si veda MAZZACUVA F., *Le persone*, cit., 113.

¹⁰² <http://www.treccani.it/vocabolario>.

¹⁰³ Un cenno in tal senso si rinviene in FINOCCHIARO S., *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, n. 10, pp. 251.

¹⁰⁴ Nella sentenza si legge in proposito che "12.1. – Nell'esaminare, dunque, se la giurisprudenza della Corte di cassazione della quale si è poc'anzi dato conto sia riuscita nell'intento di conferire un grado di sufficiente precisione, imposta da tutti i parametri costituzionali e convenzionali invocati, alle fattispecie normative in parola, occorre subito eliminare ogni equivoca sovrapposizione tra il concetto di tassatività sostanziale, relativa al thema probandum, e quello di cosiddetta tassatività processuale, concernente il quomodo della prova. Mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità al metro dei parametri già sopra richiamati, inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accer-

Come in dottrina¹⁰⁵ non si è mancato di rilevare, infatti, la precisione del disposto normativo è erosa dall'esterno nel caso in cui l'accertamento del tipo non sia sottoposto ad un chiaro e rigoroso regime probatorio. Continuano a fungere da faro, da questo punto di vista, non solo la sentenza della Corte Costituzionale sui proclivi a delinquere ma anche quella, altrettanto nota, sul plagio¹⁰⁶, che insegnano come l'impossibilità di un accertamento verificabile e falsificabile della fattispecie escluda che il principio di legalità possa dirsi rispettato. Per citare la letteratura, "il principio sostanziale di legalità dei reati trae con sé l'esigenza di certezza dell'accertamento, quale presupposto necessario per l'affermazione della responsabilità"¹⁰⁷. Tornando alla sentenza n. 24/2019, quello di cui ci si rammarica è in particolare la mancata consacrazione, ad opera della Consulta, di quella giurisprudenza che coordina con razionalità l'accertamento in sede penale dei fatti descritti nelle fattispecie di pericolosità e l'applicazione delle stesse nell'ambito del procedimento di prevenzione¹⁰⁸, consacrazione che avrebbe indubbiamente assestato un duro colpo alle infiltrazioni della logica del sospetto nell'ambito di quest'ultimo.

FRANCESCA CONSORTE

tamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto a un «giusto processo» ai sensi, assieme, dell'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU – i quali, seppur di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione, non vengono in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità ora in esame. Non sono, dunque, conferenti in questa sede i pur significativi sforzi della giurisprudenza – nella perdurante e totale assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione – di selezionare le tipologie di evidenze (genericamente indicate nelle disposizioni in questione quali «elementi di fatto») suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle "fattispecie di pericolosità generica" descritte dalle disposizioni in questa sede censurate: requisiti consistenti – con riferimento alle ipotesi di cui alla lettera a) dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011 – nell'essere i soggetti proposti «abituamente dediti a traffici delittuosi» e – con riferimento alla lettera b) – nel vivere essi «abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose».

¹⁰⁵ MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum*, cit., 340 s.

¹⁰⁶ Come noto, la Corte Cost., 8 giugno 1981, n. 96, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del delitto di plagio, stabilendo che il legislatore ha il dovere di "formulare ipotesi che esprimano fattispecie corrispondenti alla realtà" grazie al "riferimento a fenomeni la cui possibilità di realizzarsi sia stata accertata in base a criteri che allo stato delle attuali conoscenze appaiono verificabili". Cfr. PULITANÒ D., *Biodiritto e diritto penale*, in Rodotà S., Talacchini M. (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 642.

¹⁰⁷ PULITANÒ D., *Sui rapporti*, cit., p. 953.

¹⁰⁸ Sul tema v. MAIELLO V., *La prevenzione ante delictum*, cit., 341 s.

* * *

SEZIONE II

ASPETTI PROBLEMATICI E RISVOLTI APPLICATIVI
DELLE MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI NELLA REALTÀ ATTUALE1. *Le misure di prevenzione personali adottate dal questore: foglio di via obbligatorio e avviso orale*

1.1. Il foglio di via obbligatorio

Il foglio di via obbligatorio, unitamente all'avviso orale, è una misura di prevenzione di competenza del questore, ed è connotato da natura amministrativa.

I destinatari di tale misura sono individuabili nei soggetti indicati nell'art. 1, qualora siano considerati pericolosi per la sicurezza pubblica e siano trovati in luoghi diversi da quelli di residenza.

L'oggetto della misura di prevenzione consiste nell'adozione di un provvedimento motivato che disponga il rimpatrio del destinatario nei "luoghi di residenza", accompagnato dal divieto di ritornare nel luogo dell'accertamento del fatto senza autorizzazione, oppure per un periodo massimo di tre anni.

Divieto di rientro e ordine di rimpatrio rappresentano due atti distinti esclusivamente da un punto di vista formale.

Come è stato sottolineato, il foglio di via assolve una funzione meramente esecutiva dell'ordine di rimpatrio¹⁰⁹.

Il contenuto dell'atto, che determina una compressione della libertà di circolazione e movimento, è considerato conforme alla limitazione consentita dall'art. 16 Cost. per ragioni di sicurezza, nel rispetto della riserva di legge¹¹⁰.

Sotto il profilo della libertà personale, la Corte Costituzionale¹¹¹ ne ha ritenuto la compatibilità anche con l'art. 13 Cost., considerando che la modalità di esecuzione del rimpatrio non presenta un contenuto coercitivo.

¹⁰⁹ V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, dir. da F.C. PALAZZO, C.E. PALIERO, Vol. XII, Torino, Giappichelli, 2015, p. 352.

¹¹⁰ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. IX, Torino, UTET, 1994, pp. 564 ss.; N. ROMBI, voce *Misure di prevenzione personali*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Vol. VI, Torino, UTET, 2005, pp. 917 ss. In questo senso v. inoltre Cass. pen., Sez. I, (9 giugno 2016) 20 gennaio 2017, n. 2744, V.A., in *De Jure*.

¹¹¹ La Corte Costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 l. 27 dicembre 1956, n. 1423, che indicavano i soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali e il foglio di via obbligatorio nella versione previgente, sotto il profilo della violazione dell'art. 13 Cost.: Corte Cost., ord. 29 ottobre 1987-12 novembre 1987, n. 384; Corte Cost., (29 maggio 1995) 31 maggio 1995, n. 210.

Da un confronto con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale emerge tuttavia qualche perplessità rispetto a tale conclusione.

L'orientamento che ravvisa in quest'ultima un'incidenza sulla libertà personale *ex art. 13 Cost.*¹¹² appare infatti significativo anche rispetto all'avviso orale, se si considera che la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, nella forma semplice, può essere connotata da un'afflittività inferiore¹¹³.

1.1.1. L'accertamento della pericolosità per la sicurezza pubblica

Il giudizio di pericolosità per la sicurezza pubblica dei soggetti appartenenti a taluna delle categorie indicate nell'art. 1, comune a tutte le misure di prevenzione personali, viene formulato sulla base di comportamenti che compromettano la convivenza nel rispetto delle leggi, con riguardo alla vita e all'incolumità degli individui, nonché al godimento dei beni, sia pubblici che privati¹¹⁴, ed è riconducibile al requisito della pericolosità sociale prescritto per l'applicazione delle misure di sicurezza personali *ex art. 203 c.p.*, sulla base degli indici di commisurazione della pena *ex art. 133 c.p.*, da accertare in termini di attualità nel momento dell'esecuzione della misura¹¹⁵.

Con riferimento alla valutazione dell'appartenenza alle categorie *ex art. 1*, la giurisprudenza penale richiede la presenza di un'adeguata motivazione¹¹⁶, non ritenendo idonea di per sé la mera presenza di precedenti penali¹¹⁷.

Un ambito nel quale il foglio di via viene ampiamente adottato è rappresentato dall'esercizio della prostituzione: con riguardo a tale aspetto la motivazione dell'atto viene ritenuta legittima ai sensi dell'art. 1, lett. c), esclusivamente se esercitata con modalità tali da soddisfare i requisiti prescritti dalla norma nel caso concreto¹¹⁸, non invece quale attività di per sé stessa indicativa del giudizio di pericolosità¹¹⁹.

¹¹² Corte Cost., (7 maggio 1975) 21 maggio 1975, n. 113.

¹¹³ V. sul punto F. MAZZACUVA, *Tipologia e natura delle misure applicabili*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, Torino, UTET, 2013, p. 131.

¹¹⁴ V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in F. BASILE (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1524; C. FORTE, *La prevenzione personale*, in A. CAIRO, C. FORTE, *Codice delle misure di prevenzione*, Roma, Nel diritto Editore, 2014, p. 99; F. MAZZACUVA, *Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione*, in S. FURFARO (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., p. 119; P.V. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, Agg., Vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 550 ss.

¹¹⁵ Tale principio è stato affermato da Corte Cost., (2 dicembre 2013) 6 dicembre 2013, n. 291. V. altresì: Cass. pen., Sez. VI, (17 novembre 2015) 8 gennaio 2016, n. 567, M.A.P., in *De Jure*; Trib. Bologna, Sez. I, decr. 20 marzo 2014, R.D., Collegio: Dott.ssa Castore-Pres., Dott. Cenni-Rel., Dott. Pecorella, inedita. In dottrina sul tema v. F. MAZZACUVA, *Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione*, cit., p. 119.

¹¹⁶ Trib. Trento, 18 aprile 2014-5 giugno 2014, n. 443, P.M., in *De Jure*.

¹¹⁷ Trib. Napoli, Sez. I, (18 settembre 2015) 7 ottobre 2015, n. 13004, D'Am.Ra., in *De Jure*.

¹¹⁸ Cass. pen., Sez. I, (20 febbraio 2019) 26 aprile 2019, n. 17616, L.R., D.D., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (17 gennaio 2014) 3 luglio 2014, n. 28801, B.C., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (30 maggio 2014) 16 luglio 2014, n. 31262, G.G., in *Leggi d'Italia*.

¹¹⁹ V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., p. 1527.

Il foglio di via obbligatorio è impugnabile mediante ricorso gerarchico al prefetto, oppure dinanzi al tribunale amministrativo regionale.

La giurisprudenza amministrativa si è espressa in numerose occasioni con riferimento alla motivazione dell'atto, che richiede l'indicazione degli specifici elementi che ne abbiano legittimato l'adozione, con particolare riguardo all'appartenenza alle categorie indicate nell'art. 1¹²⁰.

A tale proposito, secondo un orientamento non si ritiene idonea a giustificare l'onere motivazionale la partecipazione a manifestazioni e l'adesione a movimenti di protesta.

Anche qualora siano posti in essere comportamenti astrattamente riconducibili ad ipotesi di reato, essi non sono considerati sufficienti per giustificare la formulazione di un giudizio di pericolosità per la sicurezza oppure per la tranquillità pubblica, in assenza di ulteriori requisiti, desumibili anche dalla personalità dei singoli soggetti coinvolti¹²¹.

Con specifico riferimento all'esercizio della prostituzione, in particolare, si richiede che il provvedimento amministrativo espliciti la sussistenza di un legame tra l'attività di prostituzione e l'appartenenza a taluna delle categorie individuate dall'art. 1¹²².

In alcune pronunce si sottolinea altresì l'esigenza che la decisione dell'autorità di pubblica sicurezza sia formulata all'esito di un bilanciamento tra le esigenze pubblicistiche sottese all'adozione della misura di prevenzione e gli ulteriori beni meritevoli di tutela, che possano porsi in conflitto con essa¹²³.

¹²⁰ Cons. Stato, Sez. III, (3 maggio 2018) 20 giugno 2018, n. 3781, in *De Jure*; T.A.R. Veneto-Venezia, Sez. III, (16 novembre 2016) 10 gennaio 2017, n. 17, in *De Jure*; T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. II, (2 ottobre 2014) 27 ottobre 2014, n. 1001, in *De Jure*; T.A.R. Lazio-Latina, Sez. I, (12 luglio 2012) 26 settembre 2012, n. 685, Su. El. En. c. Questura di Frosinone e Prefettura di Frosinone, in *De Jure*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, (30 agosto 2012) 1 settembre 2012, n. 7457, Gi. So. c. Ministero dell'Interno e Questura di Frosinone, in *De Jure*; T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, (8 luglio 2015) 28 luglio 2015, n. 1850, in *De Jure*; T.A.R. Umbria-Perugia, Sez. I, (3 dicembre 2014) 7 aprile 2015, n. 158, Ro. Ak. C. Questura di Perugia e Ministero dell'Interno, in *De Jure*; T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. II, (12 settembre 2013) 24 settembre 2013, n. 613, Fe. Ca. c. Questura di Forlì-Cesena e Ministero dell'Interno, in *De Jure*.

¹²¹ In questo senso si è espresso il Consiglio di Stato rispetto all'adesione al movimento "no borders" a sostegno dei migranti respinti alla frontiera nei pressi di Ventimiglia, in assenza di elementi specifici che permettessero la formulazione di un giudizio di pericolosità per la sicurezza o per la tranquillità pubblica, con specifico riguardo al comportamento serbato dall'interessato e alle condizioni soggettive, quali l'assenza di precedenti penali: Cons. Stato, Sez. III, (3 maggio 2018) 20 giugno 2018, n. 3781, cit. Ha accolto il ricorso avverso il foglio di via adottato nei confronti di un soggetto per la partecipazione a una manifestazione, con riguardo a comportamenti riconducibili all'interruzione di un pubblico servizio e alla partecipazione ad una manifestazione non autorizzata, T.A.R. Veneto-Venezia, Sez. III, (16 novembre 2016) 10 gennaio 2017, n. 17, cit.

¹²² T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. II, (2 ottobre 2014)-27 ottobre 2014, n. 1001, cit.; T.A.R. Lazio-Latina, Sez. I, (12 luglio 2012) 26 settembre 2012, n. 685, Su. El. En. c. Questura di Frosinone e Prefettura di Frosinone, cit.

¹²³ Ha accolto il ricorso avverso il foglio di via obbligatorio per l'assenza di valutazione, da parte del questore, dell'esigenza del destinatario di assistere il padre gravemente malato quale condizione

È individuabile quale ulteriore vaglio dell'atto amministrativo il sindacato del giudice penale in merito alla sussistenza degli estremi della contravvenzione *ex art.* 76, 3° comma, che punisce la violazione delle prescrizioni indicate nell'art. 2.

La norma penale commina al contravventore la pena dell'arresto da uno a sei mesi e prevede che la sentenza di condanna ne disponga la traduzione nel luogo del rimpatrio a pena espiata.

L'accertamento della sussistenza di alcuno dei vizi dell'atto amministrativo, violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere, ne determina quindi la disapplicazione *ex art.* 5 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, con il conseguente proscioglimento dell'imputato per insussistenza del fatto tipico¹²⁴.

1.1.2. Profili applicativi

Un aspetto meritevole di considerazione è rappresentato dall'individuazione dei "luoghi di residenza" rilevanti al fine di valutare i requisiti per l'applicazione del foglio di via obbligatorio.

In particolare è discusso se occorra fare riferimento al dato formale della residenza anagrafica, oppure se la norma richieda la valutazione di tale requisito sotto il profilo sostanziale del luogo in cui il soggetto ha la propria dimora, mutuato dall'art. 43, 2° comma c.c., che definisce luogo di residenza quello in cui un soggetto ha la "dimora abituale".

L'interpretazione sostanziale della residenza appare preferibile, in quanto maggiormente conforme alla *ratio* della norma¹²⁵, vale a dire l'allontanamento di un

ostativa dell'allontanamento dal comune di ricovero, nel rispetto dell'art. 8 CEDU, T.A.R. Umbria-Perugia, Sez. I, (24 ottobre 2017) 20 novembre 2017, n. 720, Karpov. c. Ministero dell'Interno, in *Dir. pen. contemporaneo*, 19 gennaio 2018, con nota di A. FIORI, *Misure di prevenzione personali: foglio di via obbligatorio e violazione dell'art. 8 C.E.D.U.* Ha annullato il foglio di via obbligatorio disposto nei confronti di un cittadino straniero, in ragione dell'imminente celebrazione del matrimonio con una cittadina italiana nel Comune interessato, T.A.R. Veneto-Venezia, Sez. III, (9 marzo 2017) 3 aprile 2017, n. 327, Mu. El. Ha. c. Ministero dell'Interno, in *De Jure*. Per una valutazione del contemperamento delle esigenze di sicurezza pubblica con quelle personali dell'interessato per la conformità del foglio di via ai requisiti di legge v.: T.A.R. Lombardia, sez. dist. Brescia, Sez. I, (23 febbraio 2017) 22 maggio 2017, n. 689, Di. Gi. Pi. c. Ministero dell'Interno e Questura di Brescia, in *De Jure*; Cons. Stato, Sez. III, (21 luglio 2016) 6 settembre 2016, n. 3818, in *De Jure*.

¹²⁴ V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., p. 352; P.V. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, cit., pp. 550 ss. In giurisprudenza v. Trib. Napoli, Sez. I, 29 settembre 2017, n. 9722, C.E., in *De Jure*, che ha assolto l'imputata del reato di cui all'art. 76, 3° comma, sulla base dell'assenza di una puntuale indicazione, nell'atto amministrativo, degli elementi posti a sostegno dell'appartenenza a taluna delle categorie di soggetti individuate dall'art. 1. V. altresì: Cass. pen., Sez. I, (19 marzo 2019) 23 luglio 2019, n. 33108, B.F., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (20 febbraio 2019) 26 aprile 2019, n. 17616, L.R., D.D., cit.; Cass. pen., Sez. I, (17 gennaio 2014) 3 luglio 2014, n. 28801, B.C., cit.; Trib. Napoli, Sez. I, (18 settembre 2015) 7 ottobre 2015, n. 13004, D'Am.Ra., cit.; Trib. Trento, (18 aprile 2014) 5 giugno 2014, n. 443, P.M., cit.; Cass. pen., Sez. I, (30 maggio 2014) 16 luglio 2014, n. 31262, G.G., cit.

¹²⁵ V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., p. 352; C. FORTE, *La prevenzione personale*, cit., pp. 100-101.

soggetto socialmente pericoloso da un luogo diverso da quello in cui ha il centro dei propri interessi, nel quale possa essere destinatario di maggiori controlli sulla regolarità del suo comportamento.

Rispetto ai luoghi, diversi da quello di residenza, nei quali il soggetto viene rintracciato, è da rilevare che può trattarsi anche di più comuni, specificamente indicati dall'atto amministrativo.

La formulazione dell'art. 2 sotto tale profilo è suscettibile di sollevare dubbi interpretativi rispetto ai soggetti privi di una fissa dimora.

Nonostante la previsione normativa della possibilità di un'iscrizione anagrafica mediante l'indicazione di una dimora fittizia¹²⁶, oppure di considerare come dimora il comune di nascita, il problema permane rispetto alle persone prive di residenza o dimora in Italia, considerando in particolare il fatto che l'art. 2 d.lgs. 159/2011 prevede come contenuto anche l'ordine di rimpatrio.

Tale possibilità di iscrizione fittizia, come è stato sottolineato, risponde ad esigenze di natura burocratica e statistica, e non è suscettibile di produrre effetti sul rispetto delle prescrizioni nel luogo in cui il destinatario ha effettivamente il centro dei propri interessi¹²⁷.

Qualora il destinatario della misura non sia un cittadino italiano, invece, si pongono problemi ulteriori, in quanto occorre valutare in primo luogo la legge applicabile al caso di specie.

Nei confronti dello straniero, nell'accezione *ex art.* 1 d.lgs. 286/1998¹²⁸, quindi di cittadino di uno Stato non appartenente all'Unione Europea, sono previste norme *ad hoc* in merito all'allontanamento dal territorio nazionale, in presenza, per quanto rileva in questa sede, di elementi relativi alla pericolosità sociale.

L'art. 13 disciplina infatti le tipologie di espulsione amministrativa adottabili.

In particolare, l'art. 13, 2° comma, lett. c) individua coloro che appartengano alle categorie indicate dagli artt. 1, 4 e 16 d.lgs. 159/2011.

Per tali individui deve essere disposta l'espulsione prefettizia, all'esito di una valutazione "caso per caso", mediante un sistema articolato previsto dal Testo Unico, connotato dal ricorso alla coercizione fisica da parte dell'autorità di polizia.

Qualora, invece, ricorrano "motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato", l'organo competente ad adottare l'espulsione, facoltativa, è individuato nel Ministro dell'Interno, che ne deve dare previa notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministero degli Affari esteri, *ex art.* 13, 1° comma d.lgs. 286/1998.

Considerata la positivizzazione di norme *ad hoc*, connotate da un'afflittività significativa per la libertà personale, pare preferibile assoggettare a tali misure e

¹²⁶ V. l'art. 2, 3° comma l. 24 dicembre 1954, n. 1228, dal titolo "Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente".

¹²⁷ Cass. pen., Sez. I, (19 marzo 2019) 23 luglio 2019, n. 33108, B.F., cit.

¹²⁸ D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, "Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero".

non al foglio di via obbligatorio i cittadini stranieri, ferme restano le previsioni specifiche e le limitazioni alla possibilità di determinarne l'allontanamento coattivo dall'Italia.

Per quanto riguarda, invece, i cittadini dell'Unione Europea, e, a determinate condizioni, i loro familiari, sono applicabili le previsioni contenute nel d.lgs. 30/2007¹²⁹.

Nei confronti di tali soggetti, individuati dall'art. 1 d.lgs. 30/2007, sono previste limitazioni al soggiorno, dall'art. 20 d.lgs. 30/2007, per "motivi di sicurezza dello Stato", per "motivi imperativi di pubblica sicurezza", ovvero per "altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza" (art. 20, 1° comma), i cui contenuti sono oggetto di specifica descrizione, e possono determinare l'adozione e l'esecuzione di provvedimenti di allontanamento dal territorio nazionale, di competenza, rispettivamente, del Ministero dell'Interno per quanto riguarda i motivi imperativi di pubblica sicurezza nei confronti dei soggetti individuati ai sensi dell'art. 7, nonché con riferimento ai motivi di sicurezza dello Stato, del prefetto (individuato per competenza in relazione al luogo di residenza o di dimora del destinatario, se esistente; in caso contrario, il provvedimento di allontanamento è comunque applicabile), per gli altri casi.

Sembra pertanto che anche per tali ipotesi trovi applicazione la legge speciale.

Non è infatti possibile che il foglio di via contenga l'indicazione di presentarsi presso un comune di residenza situato al di fuori dell'Italia.

Parte della giurisprudenza, nonostante tale problematica, ritiene invece legittima l'emanazione del foglio di via obbligatorio anche in assenza dell'obbligo di rimpatrio¹³⁰.

La legittimità dell'atto si fonderebbe pertanto sul solo divieto di fare rientro nel comune in cui siano state accertate l'appartenenza a taluna delle categorie indicate dall'art. 1 e la pericolosità per la sicurezza pubblica.

Secondo un altro orientamento, che appare maggiormente condivisibile, invece, l'ordine di rimpatrio, che indichi espressamente il luogo di residenza nel quale il destinatario deve fare ritorno, è essenziale al fine della legittimità dell'atto amministrativo.

In assenza di tale requisito, che rappresenta elemento costitutivo del reato di violazione delle prescrizioni inerenti al foglio di via *ex* art. 76, 3° comma, 2, non sussiste la responsabilità penale per la contravvenzione *de qua*¹³¹.

¹²⁹ D.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30, "Attuazione della direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri".

¹³⁰ Cass. pen., Sez. I, (26 marzo 2013) 27 maggio 2013, n. 22687, V.A., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (7 giugno 2012) 20 luglio 2012, n. 29694, G.G., in *De Jure*.

¹³¹ Sul punto v. Cass. pen., Sez. I, (19 marzo 2019) 23 luglio 2019, n. 33108, B.F., cit.

1.2. L'avviso orale

1.2.1. Natura giuridica dell'avviso orale semplice

L'avviso orale consiste in una comunicazione rivolta a soggetti nei confronti dei quali sussistono "indizi" relativi all'appartenenza a taluna delle categorie previste dall'art. 1, e ha come contenuto l'invito "a tenere una condotta conforme alla legge" *ex art. 3, 2° comma*.

Come è stato sottolineato, si versa in ipotesi di "presunzioni gravi, precise e concordanti"¹³² dalle quali possa essere desunta la pericolosità sociale¹³³.

Il provvedimento amministrativo deve contenere l'indicazione dei "motivi" a sostegno della sussistenza di tali indizi, i quali devono trovare conforto in elementi specificamente indicati per l'adozione del provvedimento¹³⁴, in termini di attualità¹³⁵.

Esso, qualora non sia accompagnato dalle prescrizioni contemplate dal 4° e dal 5° comma, secondo un orientamento non è qualificabile alla stregua di una misura di prevenzione autonoma, ma ha natura amministrativa, e rappresenta il presupposto per l'applicazione di misure di prevenzione ulteriori¹³⁶, considerato che il contenuto dell'avviso consiste nell'invito al destinatario a rispettare le norme di legge vigenti nel nostro ordinamento.

Un altro indirizzo interpretativo invece qualifica l'avviso orale semplice alla stregua di una misura di prevenzione autonoma, facendo riferimento alla collocazione sistematica della misura nell'ambito delle misure di prevenzione personali applicabili dal questore¹³⁷.

¹³² C. FORTE, *La prevenzione personale*, cit., p. 108.

¹³³ Cons. Stato, Sez. III, (31 marzo 2016) 9 maggio 2016, n. 1859, in *De Jure*; T.A.R. Toscana-Firenze, Sez. II, (10 aprile 2018) 7 maggio 2018, n. 614, n. *De Jure*; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, (19 dicembre 2014) 24 gennaio 2015, n. 168, in *De Jure*; T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, (21 novembre 2013) 11 dicembre 2013, n. 2414, V.L. c. Ministero dell'Interno, Questura di Lecce, Comando Stazione Carabinieri di Galatone, in *De Jure*.

¹³⁴ T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I, (26 marzo 2015) 3 giugno 2015, n. 7784, in *De Jure*; T.A.R. Piemonte, Sez. I, (30 aprile 2015) 15 maggio 2015, n. 796, El. Ma.Gr. c. Ministero dell'Interno, in *De Jure*.

¹³⁵ Corte Cost., (2 dicembre 2013) 6 dicembre 2013, n. 291, cit.

¹³⁶ T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, (19 dicembre 2014) 24 gennaio 2015, n. 168, cit.; Cons. Stato, Sez. III, (15 aprile 2014) 5 maggio 2014, n. 2291, V.P. c. Ministero dell'Interno e U.T.G. Prefettura di Reggio Emilia, in *De Jure*; Cons. Stato, Sez. III, (30 gennaio 2014) 14 febbraio 2014, n. 722, S.S. c. U.T.G.-Prefettura di Reggio Emilia e Ministero dell'Interno, in *De Jure*; T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, (21 novembre 2013) 11 dicembre 2013, n. 2414, V.L. c. Ministero dell'Interno, Questura di Lecce, Comando Stazione Carabinieri di Galatone, cit.

¹³⁷ V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., p. 347; C. FORTE, *La prevenzione personale*, cit., p. 106. In giurisprudenza v.: T.A.R. Emilia Romagna-Parma, Sez. I, (16 gennaio 2014) 17 gennaio 2014, n. 15, A.V. c. Ministero dell'Interno, Questura di Reggio Emilia, U.T.G.-Prefettura di Reggio Emilia, in *De Jure*; T.A.R. Emilia Romagna-Parma, Sez. I, (18 dicembre 2013) 15 gennaio 2014, n. 2, V.P. c. Ministero dell'Interno e U.T.G.-Prefettura di Reggio Emilia, in *De Jure*: tale ultima sentenza è stata riformata in senso contrario da Cons. Stato, Sez. III, (15 aprile 2014) 5 maggio 2014, n. 2291, V.P. c. Ministero dell'Interno e U.T.G. Prefettura di Reggio Emilia, cit.

La questione relativa alla natura giuridica è suscettibile di produrre effetti significativi sotto il profilo applicativo.

Se, infatti, la natura di mera misura amministrativa determina la mancata incidenza della stessa sulla sfera personale dell'individuo, con particolare riguardo alla libertà di circolazione e alla libertà personale, la tesi secondo cui l'avviso orale riveste natura di misura di prevenzione personale comporta conseguenze che incidono sulla libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.*

1.2.2. Avviso orale e prescrizioni *ex art. 3, 3° e 4° comma, d.lgs. 159/2011*

L'avviso orale può prevedere ulteriori e specifiche prescrizioni nei confronti di coloro che siano stati condannati, con sentenza irrevocabile, per un delitto non colposo, *ex art. 3, 4° comma.*

I divieti previsti hanno ad oggetto il possesso ovvero l'utilizzo, anche in parte, di oggetti individuati sulla base di criteri riconducibili, solamente per alcuni di essi, a una potenzialità realmente offensiva per la sicurezza pubblica, o che appaiano comunque collegati alla possibilità di occultare la commissione di reati o di agevolare l'esecuzione.

La presunzione normativa inerente alla carica offensiva delle prescrizioni previste determina la rilevanza penale della violazione di esse ai sensi dell'art. 76, 2° comma, che prevede una fattispecie delittuosa punita con la pena della reclusione da uno a tre anni e con la multa da € 1.549,00 a € 5.164,00.

Alla condanna consegue la confisca degli oggetti detenuti o utilizzati, che possono essere, su richiesta, consegnati alle forze di polizia a fini istituzionali.

Alcune perplessità possono essere sollevate in merito al contenuto di talune delle prescrizioni previste rispetto alla potenzialità offensiva degli oggetti vietati. L'art. 3, 4° comma, infatti, da un lato accomuna oggetti e strumenti decisamente differenti gli uni dagli altri, dall'altro non prevede alcun riferimento alla tipologia di delitto non colposo commesso, non permettendo distinzioni sulla base della gravità di esso.

Nonostante la necessità, delineata rispetto alle misure di prevenzione, della specificazione delle ragioni che giustifichino l'appartenenza del soggetto interessato ad alcuna delle categorie indicate nell'art. 1, nonché di una valutazione di "concreta pericolosità del destinatario"¹³⁸, la tipologia variegata di prescrizioni, applicabili discrezionalmente dall'autorità amministrativa, appare meritevole di alcune considerazioni critiche.

La natura presuntiva della pericolosità dei destinatari delle prescrizioni può rivelarsi nel caso concreto pregiudizievole per l'esigenza di effettuare bilanciamenti dei beni in conflitto.

Se da un lato il divieto di installare e utilizzare telecamere di videosorveglianza¹³⁹ al fine di controllare l'ingresso dell'abitazione propria e dei congiunti può

¹³⁸ F. CURI, *Prevenire anziché punire: regola, non più eccezione*, in D. FONDAROLI (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, CEDAM, 2008, p. 105.

¹³⁹ V. Trib. Nola, (19 settembre 2018) 27 settembre 2018, n. 2083, C.F., in *De Jure*.

trovare una giustificazione nella potenziale agevolazione nell'elusione di interventi delle forze dell'ordine, appare dall'altro meritevole di attente valutazioni delle esigenze ravvisabili nei singoli casi il divieto di detenere o utilizzare, in tutto o in parte, il telefono cellulare¹⁴⁰, se qualificabile alla stregua di un "apparato di comunicazione radiotrasmittente".

Come è stato rilevato in merito alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza¹⁴¹, infatti, tale ultimo divieto può porsi in contrasto con lo svolgimento di un'attività lavorativa, che rispetto alla misura di prevenzione rappresenta una prescrizione espressamente prevista (v. art. 8, 3° comma), e, con riguardo all'avviso orale, costituisce comunque una "condotta conforme alla legge" che l'individuo è tenuto a serbare *ex art. 3, 1° comma*, che può contribuire significativamente ad affrancarlo da contesti pericolosi per la sicurezza pubblica.

In tale ottica appare pertanto opportuno che l'adozione delle prescrizioni *ex art. 3, 4° comma* rappresenti l'esito di una valutazione che tenga conto della reale incidenza della detenzione ovvero dell'utilizzo di determinati oggetti e strumenti rispetto alla pericolosità che nel caso concreto può essere ritenuta sussistente.

Così, rispetto, ad esempio, all'utilizzo del telefono cellulare, è opportuno che il divieto rappresenti l'esito di una valutazione di pericolosità dell'utilizzo di tale strumento al fine della commissione di reati, avuto specifico riguardo alle ragioni che giustificano l'applicazione della misura di prevenzione, non rappresentando più, come diversi anni orsono "tali apparecchi, costosi e non facilmente intercettabili ... degli status symbol il cui possesso era idoneo a rafforzare il prestigio criminale dei pregiudicati", in modo differente rispetto all'utilizzo dei telefoni di rete fissa, "il cui uso non veniva di regola vietato a nessuno"¹⁴².

La possibilità di applicazione delle prescrizioni indicate conduce a ravvisare nella misura di prevenzione *de qua* un contenuto duplice, sia personale che patrimoniale, assimilandola, con riferimento al secondo aspetto, alla confisca, considerato che occorre che si verifichi il presupposto della presenza di una sentenza di condanna irrevocabile per delitto non colposo¹⁴³.

Anche rispetto all'incidenza sul patrimonio del soggetto è pertanto necessaria una motivazione che tenga specificamente conto delle ragioni che determinano l'adozione del provvedimento ablativo¹⁴⁴.

1.3. Profili processuali

L'art. 3, 1° comma individua l'autorità che emana l'avviso orale nel questore territorialmente competente rispetto al luogo di dimora del destinatario: sul punto, pertanto, si fa riferimento al medesimo criterio individuato per l'applicazione

¹⁴⁰ Trib. Napoli, Sez. I, (2 luglio 2015) 31 agosto 2015, n. 11690, A.G., in *De Jure*.

¹⁴¹ App. Bari, Sez. IV, (10 gennaio 2019) 22 gennaio 2019, in *De Jure*.

¹⁴² App. Bari, Sez. IV, (10 gennaio 2019) 22 gennaio 2019, cit.

¹⁴³ F. MAZZACUVA, *Tipologia e natura delle misure applicabili*, cit., pp. 128-129.

¹⁴⁴ C. FORTE, *La prevenzione personale*, cit., p. 110.

dell'art. 2, valorizzando il luogo in cui l'individuo ha il proprio centro di interessi, prescindendo dalle certificazioni anagrafiche.

Ferma restando la possibilità di impugnare l'adozione della misura dinnanzi al tribunale amministrativo regionale, l'interessato può avanzare richiesta di revoca al questore.

Qualora entro il termine di sessanta giorni dalla richiesta non intervenga alcuna decisione, essa è da intendersi accettata.

Nel caso invece di rigetto della richiesta, il provvedimento può essere impugnato mediante ricorso gerarchico al prefetto entro sessanta giorni dalla comunicazione del provvedimento, *ex art. 3, 3° comma*.

I divieti previsti dall'art. 3, 4° e 5° comma possono essere impugnati innanzi al tribunale in composizione monocratica.

Va osservato che non è prevista una durata massima di tale misura di prevenzione, elemento che la distingue dal foglio di via obbligatorio, e che, pertanto, gli unici rimedi per la cessazione sono rappresentati dalla richiesta di revoca ovvero dalle impugnazioni.

2. *Le misure di prevenzione personali di competenza dell'autorità giudiziaria: la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, il divieto e l'obbligo di soggiorno*

2.1. Natura giuridica e presupposti applicativi

L'art. 6 disciplina le misure di prevenzione personali, di competenza dell'autorità giudiziaria, della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale e del divieto di soggiorno in uno o più comuni differenti da quello di residenza o di dimora abituali, ovvero in una o più regioni.

La natura giuridica di tali istituti è oggetto di interpretazioni differenti¹⁴⁵, in considerazione del fatto che in presenza di determinati presupposti sia il divieto (artt. 6, 2° comma, 8 5° comma) che l'obbligo di soggiorno (art. 8, 5° comma) possono rivestire natura accessoria rispetto alla sorveglianza speciale.

Parte della dottrina¹⁴⁶ ravvisa nell'obbligo e nel divieto di soggiorno prescrizioni accessorie della sorveglianza speciale; un altro orientamento¹⁴⁷, che appare preferibile, invece, considera la sorveglianza speciale con o senza divieto di soggiorno misure di prevenzione distinte dalla sorveglianza speciale semplice, nonostante obbligo e divieto di soggiorno possano rappresentare anche un contenuto comune della sorveglianza speciale.

¹⁴⁵ Sul punto v. F. MAZZACUVA, *Tipologia e natura delle misure applicabili*, cit., p. 129.

¹⁴⁶ G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., pp. 564 ss.; N. ROMBI, voce *Misure di prevenzione personali*, cit., pp. 917 ss.

¹⁴⁷ P.V. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, cit., pp. 550 ss.; C. FORTE, *La prevenzione personale*, cit., pp. 156-157.

Se si aderisce a tale impostazione, la proposta e la decisione in ordine alla sorveglianza speciale con o senza obbligo di soggiorno deve tenere conto del carattere autonomo delle misure.

In favore di questa configurazione, sostenuta anche da parte della Corte di Cassazione¹⁴⁸, depongono alcuni dati normativi.

In particolare, è da rilevare il riferimento al plurale alle “misure di prevenzione di cui all’articolo 6” nell’art. 8, 2° comma.

In linea generale, le misure di prevenzione *ex art. 6* presentano un contenuto maggiormente affittivo rispetto a quelle di competenza questorile: esse incidono infatti in modo significativo sulla libertà personale *ex art. 13 Cost.*¹⁴⁹, nonché sulla libertà di circolazione *ex art. 16 Cost.*

Il profilo applicativo è connotato di conseguenza da maggiori garanzie, rappresentate fin dalla fase decisionale dalla competenza dell’autorità giudiziaria, che può disporre l’applicazione per un periodo compreso tra uno e cinque anni *ex art. 8, 1° comma*.

2.2. I soggetti interessati

La sorveglianza speciale, con o senza divieto od obbligo di soggiorno, comporta la sottoposizione del destinatario alla vigilanza dell’autorità di pubblica sicurezza, mediante il controllo del rispetto delle prescrizioni impostegli.

Per quanto concerne il novero dei possibili destinatari, l’ambito applicativo *ex art. 6* è delineato dall’art. 4, che individua sia categorie di pericolosità c.d. specifica, relative alla presenza di indizi o comunque di collegamenti ivi definiti con la commissione dei reati ivi indicati, sia le categorie di pericolosità c.d. generica richiamate dalla lettera c), con riferimento ai soggetti indicati nell’art. 1, nei confronti dei quali sono applicabili altresì le misure di competenza questorile.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 24/2019¹⁵⁰, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 1, n. 1 l. 1423/1956, il cui contenuto è attualmente riprodotto negli artt. 1, lett. a) d.lgs. 159/2011, e 4, lettera c) d.lgs. 159/2011, nella parte in cui consentono l’applicazione della misura a tali soggetti, in quanto la carenza di tassatività nell’individuazione dei “traffici delittuosi” si pone in contrasto con gli artt. 13, 117, 1° comma Cost., 2 Prot. n. 4 CEDU.

Il Giudice delle Leggi ha fondato la decisione sull’assenza di precisione non solamente del dato normativo, bensì anche dell’interpretazione giurisprudenziale.

Considerata l’estraneità delle misure di prevenzione alla materia penale, la Consulta ha affermato che l’interpretazione della norma può essere fondata anche sulla base del c.d. diritto vivente, così come definito da una “giurisprudenza costante e uniforme” in merito a “disposizioni legislative pure caratterizzate dall’uso di clau-

¹⁴⁸ Cass. pen., Sez. I, (20 marzo 1985) 8 ottobre 1985, n. 793, De Silvia, in *Cass. pen.*, 1987, p. 646.

¹⁴⁹ Corte Cost., (7 maggio 1975) 21 maggio 1975, n. 113, cit. Tale principio è stato affermato anche più di recente da Corte Cost., (24 gennaio 2019) 27 febbraio 2019, n. 24.

¹⁵⁰ Corte Cost., (24 gennaio 2019) 27 febbraio 2019, n. 24, cit.

sole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione”. Anche la giurisprudenza, quindi, può contribuire a conferire quella precisione determinante al fine della conformità alla Costituzione e alla CEDU a istituti non penalistici, quali le misure di prevenzione.

Tale affermazione si pone in linea con l’orientamento¹⁵¹, diffuso anche in ambito penalistico, volto alla valorizzazione del c.d. diritto vivente, che conferisce alla giurisprudenza, specialmente di legittimità, un ruolo interpretativo essenziale nella valutazione della conformità della norma penale al principio di determinatezza.

Nel caso di specie, l’eccessiva genericità dell’espressione “traffici delittuosi”, non definiti in modo unanime neppure a livello giurisprudenziale, ne determina l’incostituzionalità, per l’assenza di parametri certi ai quali ancorare il presupposto per l’applicazione della misura di prevenzione.

La pronuncia della Corte Costituzionale n. 24/2019 si pone in linea di continuità rispetto alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso de Tommaso c. Italia¹⁵².

La sentenza della Corte EDU ha censurato per carenza di precisione gli artt. 3 e 5 l. 1423/1956, i cui contenuti sostanzialmente sono confluiti negli artt. 6 e 8 d.lgs. 159/2011, con riferimento, quindi, sia alle categorie dei destinatari della misura della sorveglianza speciale, con o senza divieto od obbligo di soggiorno, previsti dal previgente art. 1, nn. 1 e 2 l. 1423/1956 e oggi dall’art. 1, lett. a) e b) d.lgs. 159/2011, richiamato dall’art. 4, lett. c), sia al contenuto delle prescrizioni, con particolare riguardo al dovere “di vivere onestamente, di rispettare le leggi, di non dare ragione di sospetti” previsto dall’art. 5, 3° comma l. 1423/1956, oggi riferibili all’art. 8, 4° comma d.lgs. 159/2011, fatta eccezione per la prescrizione di “non dare ragione di sospetti”, non più presente nel testo vigente.

La Corte EDU ha ritenuto che la formulazione di tali due categorie di pericolosità c.d. generica, e il contenuto delle prescrizioni indicate, non rispettino il requisito prescritto in tema di libertà di circolazione tutelato dall’art. 2, 3° comma, prot. 4 CEDU, vale a dire l’esigenza che le limitazioni di tale libertà siano “previste dalla legge”.

¹⁵¹ In questo senso v. Corte Cost., 11 giugno 2014, n. 172, in *Giur. cost.*, 2014, pp. 2729 ss., con nota di F. GIUNTA, *Il diritto (malamente) vivente salva gli atti persecutori*, che afferma (p. 2742) che “quel che più conta è in definitiva il diritto espresso dal vertice giudiziario, rappresentato dalla Corte di cassazione... Il fondamento assiologico di un siffatto impiego del diritto vivente è dunque la certezza, ossia la stabilizzazione dei significati, non la qualità dell’interpretazione”. V. altresì, nella giurisprudenza costituzionale: Corte Cost., ord. (2 dicembre 2013) 6 dicembre 2013, n. 295; Corte Cost., (30 luglio 2008) 1 agosto 2008, n. 327; Corte Cost., ord. (9 gennaio 1989) 18 gennaio 1989, n. 11. In dottrina v. inoltre: G. INSOLERA, *Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 2001-2002; F. MAZZACUVA, *L’uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 989 ss.

¹⁵² Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ric. 43395/09, de Tommaso c. Italia. In dottrina v.: V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 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. contemporaneo*, 6 marzo 2017.

La sentenza ha richiamato la giurisprudenza costituzionale italiana, per sottolineare come, diversamente da quanto affermato, in particolare, dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 282/2010¹⁵³ in merito alle medesime prescrizioni della misura di prevenzione censurate dinnanzi alla Corte Europea, esse non possano essere considerate come previste dalla legge, in quanto non soddisfano il requisito della precisione del contenuto, presupposto indefettibile per garantire al destinatario la prevedibilità del comportamento che può essere considerato socialmente pericoloso dall'autorità giudiziaria.

Come è stato evidenziato, infatti, il dovere di “vivere onestamente” non è agevolmente definibile nel contenuto.

Analogamente deve ritenersi per il dovere di “rispettare le leggi”, espressione che si presta ad assumere un contenuto notevolmente ampio, considerando che essa è “un riferimento a tempo indeterminato per l'intero ordinamento giuridico italiano, e non fornisce ulteriori chiarimenti sulle specifiche norme la cui inosservanza rappresenterebbe un ulteriore indizio del pericolo rappresentato dalla persona per la società”¹⁵⁴.

La Corte Europea si è detta inoltre “preoccupata”¹⁵⁵ per il divieto assoluto di partecipare a riunioni pubbliche, prescritto per i sorvegliati speciali dal previgente art. 5, 3° comma l. 1423/1956, e oggi dall'art. 8, 4° comma d.lgs. 159/2011, in quanto privo di limiti spaziali e temporali, demandati per la definizione alla discrezionalità del giudice.

Il percorso argomentativo seguito dalla Consulta si è articolato di conseguenza in un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata¹⁵⁶, pren-

¹⁵³ Corte Cost., (7 luglio 2010) 23 luglio 2010, n. 282 ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, 2° comma l. 1423/1956, che prevedeva il delitto di violazione delle prescrizioni disposte per la sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, rispetto sia al principio di uguaglianza-ragionevolezza *ex* art. 3 Cost., sia al principio di determinatezza-tassatività *ex* art. 25, 2° comma Cost. Sotto questo secondo profilo, la Corte ha ritenuto che l'espressione “vivere onestamente”, se contestualizzata nell'ambito delle altre prescrizioni previste dall'art. 5 l. 1423/1956, assuma “un contenuto più preciso, risolvendosi nel dovere imposto a quel soggetto di adeguare la propria condotta ad un sistema di vita conforme al complesso delle suddette prescrizioni, tramite le quali il dettato di «vivere onestamente» si concreta e si individualizza”. Conforme al principio costituzionale è stata ritenuta altresì la prescrizione “rispettare le leggi”, riferendosi essa “al dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, che impongano cioè di tenere una certa condotta; non soltanto le norme penali, dunque, ma qualsiasi disposizione la cui inosservanza sia ulteriore indice della già accertata pericolosità sociale”. Infine, la censura di incostituzionalità è stata ritenuta infondata per la previsione, oggi abrogata, avente come contenuto la “prescrizione di «non dare ragione di sospetti»”, considerato che anch'essa è da considerare “nel contesto delle altre prescrizioni contemplate dall'art. 5, tra cui assume particolare rilevanza, al fine di dare concretezza al dettato normativo, il divieto posto al sorvegliato speciale di non frequentare determinati luoghi o persone”.

¹⁵⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ric. 43395/09, de Tommaso c. Italia, cit., par. 122.

¹⁵⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ric. 43395/09, de Tommaso c. Italia, cit., par. 123.

¹⁵⁶ Il tema dei rapporti tra CEDU e diritto interno è stato sviluppato dalla Corte Costituzionale

dendo quale riferimento, per la definizione degli elementi normativi sottoposti allo scrutinio di costituzionalità, il c.d. diritto vivente, successivo alla pronuncia della Corte EDU, e nelle conclusioni è pervenuta alla declaratoria di incostituzionalità della disciplina della sola categoria di pericolosità c.d. generica prevista dal previgente art. 1, n. 1 l. 1423/1956, oggi confluita nell'art. 1, lett. a) d.lgs. 159/2011, richiamata dall'art. 4, lett. c) d.gs. 159/2011.

L'eccessiva discrezionalità del giudice rispetto a norme, quale quella censurata, che non soddisfano il requisito della sufficiente precisione nella formulazione,

a partire dalle c.d. “sentenze gemelle”: Corte Cost., (22 ottobre 2007) 24 ottobre 2007, n. 348; Corte Cost., (22 ottobre 2007) 24 ottobre 2007, n. 349. V. inoltre, sulla natura delle norme della CEDU, così come interpretate dalla Corte Europea, quali norme interposte *ex art.* 117, 1° comma Cost., la cui violazione è censurabile mediante la proposizione della questione di legittimità costituzionale della norma interna, qualora non sia possibile un'interpretazione conforme alla Costituzione: Corte Cost., (16 novembre 2009) 26 novembre 2009, n. 311; Corte Cost., (30 novembre 2009) 4 dicembre 2009, n. 317; Corte Cost., (8 marzo 2010) 12 marzo 2010, n. 93; Corte Cost., (7 marzo 2011) 11 marzo 2011, n. 80; Corte Cost., (19 luglio 2011) 22 luglio 2011, n. 236; Corte Cost., (9 novembre 2011) 11 novembre 2011, n. 303; Corte Cost., (3 luglio 2013) 18 luglio 2013, n. 210. V., con riferimento all'obbligo dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, Corte Cost., (14 gennaio 2015) 26 marzo 2015, n. 49, che ha individuato nelle c.d. sentenze pilota e in quelle consolidate un vincolo interpretativo per il giudice, e ha stabilito che, rispetto a pronunce che non soddisfino tali requisiti, non sia prospettabile alcun obbligo in capo all'interprete. In dottrina v., *ex multis*: V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, DIKE Giuridica Editore, 2012, pp. 151 ss.; V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 aprile 2015; F. CONSORTE, *La presunzione di proporzione in una prospettiva internazionale: spunti interpretativi*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 2653 ss.; V. VALENTINI, *Case-law convenzionale, cultura dei controllimiti e giustizia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 285 ss. Nella giurisprudenza di legittimità, per un'interpretazione convenzionalmente orientata alla luce della sentenza della Corte EDU nel caso de Tommaso c. Italia, v. Cass. pen., Sez. Unite, (27 aprile 2017) 5 settembre 2017, n. 40076, Paternò, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 settembre 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*. Nella giurisprudenza di merito, ha ravvisato natura di diritto consolidato nella sentenza della Corte Europea, escludendone tuttavia l'applicabilità nel caso concreto, riferito a categorie di pericolosità c.d. qualificata, Trib. Monza, decr. 15 maggio 2017, Valente, in *Dir. pen. contemporaneo*, 5 febbraio 2018, con nota di S. FINOCCHIARO, *Ancora in tema di ricadute della sentenza de Tommaso. Una pronuncia del Tribunale di Monza su misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità ‘qualificata’*. In senso contrario, ha escluso che la pronuncia de Tommaso c. Italia presenti le caratteristiche del diritto consolidato al fine dell'interpretazione convenzionalmente orientata, nell'applicazione della misura di prevenzione per l'appartenenza alla categoria di cui all'art. 1, lett. a), Trib. Milano, Sez. mis. prev., decr. (7 marzo 2017) 13 marzo 2017, R.T., in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 aprile 2017, con nota di S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*. Nello stesso senso, con riferimento alla sentenza della Corte Europea, v. Trib. Palermo, Sez. I, mis. prev., decr. 28 marzo 2017, in *Dir. pen. contemporaneo*, 13 aprile 2017, con nota di F. BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*. In dottrina v. F. BASILE, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 20 luglio 2018.

rispetto alla libertà di circolazione, così come sancito dalla Corte Europea e, in precedenza, dalla stessa Corte Costituzionale, con riferimento alla categoria della proclività a delinquere¹⁵⁷, ne ha determinato la declaratoria di incostituzionalità.

A conclusioni differenti ha condotto invece l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della categoria prevista dall'art. 1, lett. b) d.lgs. 159/2011, secondo un'interpretazione conforme al principio di tassatività, così come elaborata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza de Tommaso c. Italia, che permette la tutela del destinatario con riguardo alla prevedibilità della decisione giudiziaria.

Ad avviso di chi scrive tuttavia anche tale norma appare tuttavia meritevole di considerazione sotto il profilo della formulazione normativa.

La valutazione in merito al fatto che i soggetti ivi indicati vivano in modo abituale, anche solamente in parte, dei proventi di delitti, pure se da ancorare ad "elementi di fatto", e da parametrare al comportamento e al tenore di vita, appare infatti connotata da elementi che si prestano a valutazioni giudiziarie caratterizzate da una discrezionalità che apparirebbe meritevole di una riflessione più approfondita inerente alle categorie di pericolosità c.d. generica.

Con riguardo alla sola sorveglianza speciale con divieto di soggiorno in uno o più comuni, diversi da quello di dimora abituale, oppure di una o più regioni, ex art. 6, 2° comma, che presenta un connotato più afflittivo, rispondente all'esigenza di recidere legami tra il sorvegliato speciale e ambienti nei quali si ritiene che egli intrattenga collegamenti che possano condurlo a delinquere, il novero dei destinatari è invece più ristretto.

Sono infatti esclusi gli indiziati della commissione dei reati previsti dall'art. 4, lett. a) e lett. b).

Tale limitazione suscita perplessità¹⁵⁸, in quanto la misura di prevenzione non è applicabile nei confronti né degli indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso (lett. a), né degli indiziati di alcuno dei reati previsti dagli artt. 51, comma 3 *bis* c.p., 12 *quinquies* d.l. 306/1992 conv. in l. 306/1992, 418 c.p. (lett. b), fattispecie criminose connotate da particolare gravità.

La scelta del legislatore appare difficilmente giustificabile, anche dal punto di vista della coerenza sistematica, se si considera che la misura è invece applicabile ai soggetti appartenenti alle categorie di pericolosità generica.

Sono interessati tutti i soggetti indiziati della commissione dei reati indicati dall'art. 4, invece, qualora ogni altra misura sia considerata inidonea, all'obbligo di

¹⁵⁷ Corte Cost., (16 dicembre 1980) 22 dicembre 1980, n. 177 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 1, n. 3 l. 1423/1956, nella parte in cui contemplava, quale categoria dei destinatari delle misure di prevenzione, i soggetti che "per le manifestazioni cui abbiano dato luogo diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere".

¹⁵⁸ Sul punto v.: F. MAZZACUVA, *Tipologia e natura delle misure applicabili*, cit., p. 130; P.V. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, cit., pp. 550 ss.

soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, ai sensi dell'art. 6, 3° comma, anch'esso connotato da natura autonoma¹⁵⁹ e qualificante la sorveglianza speciale.

Anche rispetto alle misure c.d. qualificate, la dimora è da intendersi in senso sostanziale¹⁶⁰.

2.3. Il giudizio di attualità della pericolosità per la sicurezza pubblica

Un ulteriore requisito ai fini dell'applicabilità della misura di prevenzione della sorveglianza speciale è rappresentato dalla valutazione della pericolosità per la sicurezza pubblica.

Il giudice penale è gravato da un onere motivazionale in termini di attualità¹⁶¹ rispetto all'adozione della decisione, elemento rilevante specialmente rispetto ai casi nei quali essa sia fondata sulla presenza di precedenti penali risalenti nel tempo a carico del soggetto interessato.

In merito ai soggetti indiziati di appartenere a un'associazione di stampo mafioso *ex art. 4, 1° comma, lettera a)* la giurisprudenza si è pronunciata con diversità di accenti, rispetto all'esigenza, anche per tale categoria di persone, di accertare la pericolosità attuale nel momento di applicazione delle misure di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno.

Nonostante l'art. 6, 1° comma prescriva tale valutazione in termini di attualità, la giurisprudenza di legittimità non era unanime, sulla scia del contrasto interpretativo sviluppatosi durante la vigenza della precedente formulazione delle categorie di pericolosità.

L'art. 1 l. 575/1965¹⁶² non richiedeva, infatti, per tale tipologia di soggetti, l'accertamento in concreto della pericolosità per la sicurezza pubblica, diversamente da quanto invece previsto in modo espresso dall'art. 3 dell'abrogata l. 1423/1956¹⁶³ per le categorie di soggetti indicate dall'art. 1, oggi indicate nell'art. 1 d.lgs. 159/2011.

L'orientamento più rigoroso¹⁶⁴ configurava una sostanziale presunzione *iuris tantum* di pericolosità, derivante dalla natura del reato di cui all'art. 416 *bis* c.p., in

¹⁵⁹ P.V. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, cit., pp. 550 ss.; C. FORTE, *La prevenzione personale*, cit., p. 157.

¹⁶⁰ V. MAIELLO, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., p. 355.

¹⁶¹ In questo senso v. Corte Cost., (2 dicembre 2013) 6 dicembre 2013, n. 291, cit. V. altresì: Cass. pen., Sez. I, ord. (10 ottobre 2017) 23 ottobre 2017, n. 48441, Gattuso, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, (17 dicembre 2015) 18 gennaio 2016, n. 1831, M.V., cit.; Cass. pen., Sez. I, (11 febbraio 2014) 5 giugno 2014, n. 23641, M.I., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. V, (6 novembre 2013) 22 gennaio 2014, n. 2922, B.G., in *De Jure*; Trib. Bologna, Sez. I, decr. 20 marzo 2014, R.D., Collegio: Dott.ssa Castore-Pres., Dott. Cenni-Rel., Dott. Pecorella, cit.

¹⁶² L. 31 maggio 1965, n. 575, "Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere".

¹⁶³ L. 27 dicembre 1956, n. 1423, "Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità".

¹⁶⁴ Cfr., *ex multis*: Cass. pen., Sez. II, (24 marzo 2017) 5 aprile 2017, n. 17128, M.M.T., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. V, (18 marzo 2015) 28 ottobre 2015, n. 43490, N.G., N.F.C., N.K., N.V.A., N.A., M.F., in *De Jure*.

ragione dell'appartenenza all'organizzazione criminale, superabile esclusivamente dall'allegazione di elementi di segno contrario, non conferendo rilievo al decorso di un periodo di tempo anche significativo nel momento applicativo della misura rispetto a quello della valutazione originaria.

Un altro indirizzo¹⁶⁵ riteneva invece affievolita la presunzione in ragione del decorso del tempo, pur non richiedendo una valutazione di attualità della pericolosità.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 111 del 30 novembre 2017¹⁶⁶, si è pronunciata in favore del differente orientamento¹⁶⁷ che richiede una motivazione puntuale in merito all'attualità della pericolosità per la sicurezza pubblica anche con riferimento a tali categorie di soggetti.

2.4. Obblighi e prescrizioni applicabili al sorvegliato speciale

2.4.1. Definizione e rilievo penale delle violazioni degli obblighi e delle prescrizioni

La sorveglianza speciale di pubblica sicurezza è caratterizzata da obblighi e prescrizioni accessorie, obbligatorie e facoltative, applicabili *ex art. 6, comma 3 bis*, se sussistono esigenze di "tutela della sicurezza pubblica", con il consenso dell'interessato, e se i dispositivi richiesti sono disponibili, con gli strumenti elettronici di controllo *ex art. 275 bis c.p.p.*

Tale possibilità comporta l'esecuzione della misura preventiva con il monitoraggio costante dei movimenti dell'interessato, modalità esecutiva già prevista dal Legislatore per la misura cautelare degli arresti domiciliari.

La definizione dei contenuti e dei confini degli obblighi e delle prescrizioni previste dal provvedimento applicativo, comune alle misure di prevenzione della sorveglianza speciale, del divieto e dell'obbligo di soggiorno (art. 8, 2° comma), presenta profili di interesse, in considerazione delle conseguenze penali che derivano nel caso di trasgressione.

L'art. 75 contempla due distinte fattispecie criminose.

La violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza semplice integra una contravvenzione punita con l'arresto da tre mesi a un anno *ex art. 75, 1° comma*.

¹⁶⁵ V., *ex multis*: Cass. pen., Sez. V, (19 gennaio 2017) 8 giugno 2017, n. 28624, C.B., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. VI, (15 giugno 2017) 12 luglio 2017, n. 33923, M.R., in *De Jure*.

¹⁶⁶ Cass. pen., Sez. Unite, (30 novembre 2017) 4 gennaio 2018, n. 111, Gattuso, in www.cortedicassazione.it. In dottrina v. M. CERFEDA, *La presunzione semel mafioso semper mafioso, applicata alle misure di prevenzione, non è ammissibile: osservazioni in attesa delle motivazioni delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 18 dicembre 2017. L'ordinanza di rimessione della questione, orientata nel senso della necessaria motivazione sull'attualità della pericolosità, è: Cass. pen., Sez. I, ord. (10 ottobre 2017) 23 ottobre 2017, n. 48441, Gattuso, cit.

¹⁶⁷ Cass. pen., Sez. I, (11 febbraio 2014) 5 giugno 2014, n. 23641, M.I., cit.

Qualora, invece, la violazione abbia ad oggetto gli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con divieto od obbligo di soggiorno, l'art. 75, 2° comma prevede un delitto punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni, per il quale è consentito l'arresto anche al di fuori dei casi di flagranza (art. 75, 2° e 3° comma).

La definizione del contenuto degli obblighi e delle prescrizioni è stata oggetto di interpretazioni e censure, in dottrina e giurisprudenza, di significativo interesse, con particolare riguardo alla precisione nella formulazione delle norme, in ragione della conformità alla Costituzione e alla CEDU della compressione della libertà di circolazione che ne deriva.

2.4.1.1. Illegittimità costituzionale del rilievo penale della violazione degli obblighi dell'*honeste vivere* e del rispetto delle leggi

La legge contempla alcune prescrizioni obbligatorie applicabili in caso di sorveglianza speciale nell'art. 8, 4° comma.

Con riferimento al comportamento da osservare, sono da analizzare in primo luogo le prescrizioni del "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", la cui genericità è stata oggetto di scrutinio della Corte Costituzionale e della Corte EDU.

La pronuncia della Corte EDU, nel caso de Tommaso c. Italia¹⁶⁸, che ha ritenuto che esse si pongano in contrasto con la libertà di circolazione *ex art. 2, prot. 4 CEDU*, ha inciso in modo significativo sulla giurisprudenza, di legittimità e costituzionale, determinando una rivisitazione del precedente orientamento espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 282/2010¹⁶⁹, nel senso della conformità al principio di determinatezza-tassatività della fattispecie delittuosa configurabile in caso di trasgressione, disciplinata dal 9, 2° comma l. 1423/1956, oggi prevista dall'art. 75, 2° comma d.lgs. 159/2011.

L'eccessiva genericità delle espressioni contenute nell'art. 8, 4° comma ha sollecitato un necessario confronto con la giurisprudenza della Corte Europea, in considerazione della rilevanza penale della violazione delle prescrizioni attinenti alla sorveglianza speciale.

Il primo effetto è stato rappresentato dalla pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 40076 del 2017¹⁷⁰, che, alla luce della recente sentenza de Tommaso c. Italia, ha adottato un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata della fattispecie di cui all'art. 75, 2° comma.

La Suprema Corte ha affermato che la violazione delle prescrizioni dell'*honeste vivere* e del rispetto delle leggi, per la carenza di precisione della formulazione delle stesse¹⁷¹, non integri gli estremi del reato *de quo*.

¹⁶⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ric. 43395/09, de Tommaso c. Italia, cit., par. 122 ss.

¹⁶⁹ Corte Cost., (7 luglio 2010) 23 luglio 2010, n. 282, cit.

¹⁷⁰ Cass. pen., Sez. Unite, (27 aprile 2017) 5 settembre 2017, n. 40076, PATERNÒ, cit.

¹⁷¹ Sul punto v. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*,

La Corte ha richiamato un orientamento espresso anche in precedenza, valorizzando come agli effetti penali rilevinano esclusivamente le prescrizioni che comportino una “vanificazione sostanziale della misura”¹⁷², considerando le violazioni di quelle censurate esclusivamente al fine dell’eventuale aggravamento della misura di prevenzione¹⁷³.

Una diversa strada è stata percorsa invece più recentemente dalla Corte di Cassazione, che, con ordinanza del 26 ottobre 2017¹⁷⁴, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell’art. 75, 2° comma, ravvisando la sussistenza degli estremi per una pronuncia che determinasse l’*abolitio criminis* della fattispecie, così come interpretata alla luce della sentenza de Tommaso c. Italia.

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 25/2019¹⁷⁵, in accoglimento della questione sollevata, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle norme incriminatrici previste dall’art. 75, 1° e 2° comma, nella parte in cui prevedono la rilevanza penale della violazione delle prescrizioni del vivere onestamente e del rispetto delle leggi, con riferimento sia al caso sottoposto al suo esame, vale a dire il delitto previsto dall’art. 75, 2° comma, sia, di riflesso, ai sensi dell’art. 27 l. 87/1953, della fattispecie contravvenzionale ex art. 75, 1° comma, per violazione degli artt. 117, 1° comma Cost., 7 CEDU e 2, prot. 4 CEDU, per contrasto con il principio di determinatezza.

Di conseguenza, la violazione di tali prescrizioni non è più fonte di responsabilità penale.

in *Dir. pen. contemporaneo*, 17 gennaio 2018. Per una distinzione tra obblighi e prescrizioni, nel senso della valorizzazione dei comportamenti doverosi la cui inosservanza dà luogo a responsabilità penale per una definizione dei contenuti, che ha escluso la riconducibilità al delitto di cui all’art. 75, 2° comma della violazione del dovere di portare con sé la carta precettiva, inquadrabile nell’ambito della contravvenzione ex art. 650 c.p., v. Cass. pen., Sez. Unite, (29 maggio 2014) 24 luglio 2014, n. 32923, Sinigaglia, in *De Jure*.

¹⁷² Cass. pen., Sez. I, (20 marzo 1985) 8 ottobre 1985, n. 793, De Silvia, cit., p. 648.

¹⁷³ Nel senso della rilevanza della violazione di tali prescrizioni, accertata nel caso concreto con riguardo a comportamenti specifici del destinatario, al fine sia dell’applicazione sia dell’aggravamento della misura della sorveglianza speciale con divieto di soggiorno, ritenendo la sentenza della Corte Europea nel caso de Tommaso c. Italia priva dei requisiti per essere definita una sentenza pilota, v. invece Trib. Palermo, Sez. I Misure di Prevenzione, decr. (16 maggio 2017) 29 maggio 2017, in *Dir. pen. contemporaneo*, 16 ottobre 2017, con nota di S. RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza “de Tommaso v. Italia” (e confermata dalle Sezioni Unite “Paternò”)*. Anche Trib. Roma, Sez. III, decr. 3 aprile 2017, in *Dir. pen. contemporaneo*, 16 ottobre 2017, con nota di S. RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza “de Tommaso v. Italia” (e confermata dalle Sezioni Unite “Paternò”)*, cit., ha applicato la medesima misura, corredata delle prescrizioni censurate.

¹⁷⁴ Cass. pen., Sez. II, ord. (11 ottobre 2017) 26 ottobre 2017, n. 49194, Sorresso, in *Dir. pen. contemporaneo*, 31 ottobre 2017, con nota di F. VIGANÒ, *Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*.

¹⁷⁵ Corte Cost., (24 gennaio 2019) 27 febbraio 2019, n. 25.

2.4.1.2. Il divieto di partecipare a riunioni pubbliche

Una prescrizione ulteriore, oggetto di perplessità della Corte Europea nella sentenza de Tommaso c. Italia¹⁷⁶, è rappresentata dal divieto “di partecipare a pubbliche riunioni”, prescritto dall’art. 8, 4° comma, che appare finalizzato ad evitare che il destinatario possa trovarsi in contesti che ne rendano difficoltoso il controllo.

I rilievi della Corte si sono soffermati sulla discrezionalità del giudice nella definizione della limitazione della libertà di riunione sotto il profilo spaziale e temporale, e hanno nuovamente messo in discussione una prescrizione sulla quale il Giudice delle Leggi si era già pronunciato in due occasioni in senso negativo.

In primo luogo, in ragione dell’esigenza di contemperare le limitazioni alla libertà di riunione *ex art. 17 Cost.*, di associazione *ex art. 18 Cost.*, e, rispetto alla possibile restrizione nell’accesso ad eventi religiosi, di religione *ex art. 19 Cost.*, l’esigenza di salvaguardare le esigenze di prevenzione sottese alla prescrizione *de qua* era stata ritenuta conforme a Costituzione con sentenza n. 27/1959¹⁷⁷, che demandava al giudice la precisazione dei confini del divieto, con riguardo ai “concreti elementi di fatto” che ne giustificassero nel singolo caso l’adozione.

La Corte, in quell’occasione, aveva specificato tuttavia come al giudice di merito spettasse la specificazione, in relazione agli elementi sussistenti, del contenuto di tale prescrizione, operando una distinzione dei rapporti sociali pericolosi da quelli che limitassero “il normale e quotidiano svolgimento dei rapporti della vita”, prospettando quindi l’esigenza di valutazioni che tenessero specificamente conto dei rapporti effettivamente pregiudizievoli per le esigenze preventive, differenziandoli da quelli che invece si risolvessero in una compressione delle libertà rilevanti nel singolo caso.

In secondo luogo, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 126/1983¹⁷⁸, aveva ritenuto la prescrizione in esame conforme al principio di determinatezza, in quanto formulata “in termini assolutamente tassativi”, valorizzando l’importanza della valutazione nel singolo caso della “pericolosità specifica del sorvegliato”¹⁷⁹.

La rilevanza penale della violazione del divieto era stata ritenuta immune da censure inoltre con riferimento al principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*, rappresentando la punizione più grave della violazione di tale prescrizione rispetto alla trasgressione delle prescrizioni imposte dalla misura di sicurezza della libertà vigilata una scelta affidata alla discrezionalità del legislatore.

La Prima Sezione Penale della Corte di Cassazione, in una recente pronuncia, n. 49731/2018¹⁸⁰, ha ritenuto direttamente applicabile la sentenza della Corte EDU nel caso de Tommaso c. Italia, ed è pervenuta all’assoluzione per insussistenza del

¹⁷⁶ Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ric. 43395/09, de Tommaso c. Italia, cit., par. 123.

¹⁷⁷ Corte Cost., (20 aprile 1959) 5 maggio 1959, n. 27.

¹⁷⁸ Corte Cost., (21 aprile 1983) 5 maggio 1983, n. 126.

¹⁷⁹ Corte Cost., (21 aprile 1983) 5 maggio 1983, n. 126, cit.

¹⁸⁰ Cass. pen., Sez. I, (6 giugno 2018) 30 ottobre 2018, n. 49731, S.N., in *De Jure*.

fatto tipico di un soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale accusato di avere partecipato a un comizio elettorale.

La Suprema Corte, nonostante l'art. 8, 4° comma prescriva il divieto *de quo*, ha conferito efficacia vincolante alla sentenza europea, e ha affermato che “non si intende in che termini e in che misura la limitazione a un diritto politico e democratico, come quello di partecipare a comizi elettorali, trovi giustificazione nella imposizione di una prescrizione come quella indicata”. Tale limitazione “si risolve, allora, alla luce del contenuto ampio ed elastico in una compressione generalizzata di una libertà fondamentale, senza correlarsi all'aspetto della ritenuta pericolosità sociale e senza, soprattutto, dire per quale ragione essa imposizione si renda, nel singolo caso, necessaria in funzione dell'attuazione del controllo di pericolosità. In questa logica, pertanto deve ritenersi che, il giudice sia obbligato ad una lettura convenzionalmente conforme del quadro normativo interno di riferimento e che nella fattispecie il fatto non sussista”.

Tale pronuncia ha aderito pertanto a un orientamento volto alla diretta applicazione della sentenza della Corte EDU nel caso concreto, che stimola una riflessione rispetto al procedimento seguito, consistito nella decisione di non sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma nazionale.

La Corte inoltre ha censurato l'omessa valutazione, da parte dei giudici di merito, della pericolosità sociale, giudizio tuttavia non richiesto dall'art. 8, 4° comma, come si evince dalla formulazione della norma, laddove stabilisce che il giudice “In ogni caso, prescrive”, unitamente alle altre prescrizioni menzionate, “di non partecipare a pubbliche riunioni”.

Come è stato condivisibilmente sottolineato, tale automatismo nell'applicazione solleva dubbi di compatibilità con riferimento al principio di uguaglianza, nella parte in cui non consente una valutazione caso per caso in relazione alla pericolosità del soggetto¹⁸¹.

In una prospettiva differente, la Suprema Corte, con sentenza n. 31322/2018¹⁸², ha ritenuto che, in ragione dell'indeterminatezza della formulazione del divieto, la violazione dello stesso non rientri nell'alveo della norma incriminatrice e sia penalmente irrilevante, seguendo un percorso argomentativo assimilabile a quello adottato nella sentenza n. 40076/2017¹⁸³ sulle prescrizioni di vivere onestamente e rispettare le leggi.

È significativo in proposito il percorso argomentativo seguito, che si è concluso nel senso dell'irrelevanza penale della violazione del divieto di partecipare a “pubbliche riunioni”, in ragione dell'inesistenza di una definizione univoca di tale espressione nel nostro ordinamento giuridico.

¹⁸¹ E. ZUFFADA, *Alle Sezioni Unite una nuova questione relativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 75 cod. antimafia, questa volta in caso di trasgressione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 6 marzo 2019, nota a Cass. pen., Sez. I, ord. (19 dicembre 2018) 17 gennaio 2019, n 1, Acquaviva, Lapenna.

¹⁸² Cass. pen., Sez. I, (9 aprile 2018) 10 luglio 2018, n. 31322, P.G.C., in *De Jure*.

¹⁸³ Cass. pen., Sez. Unite, (27 aprile 2017) 5 settembre 2017, n. 40076, Paternò, cit.

Un diverso indirizzo è stato seguito invece dalla medesima Prima Sezione Penale della Suprema Corte, che ha rimesso alle Sezioni Unite, con ordinanza n. 2124/2019¹⁸⁴, la questione interpretativa inerente all'espressione "pubbliche riunioni" nel caso della partecipazione a una manifestazione sportiva in un luogo aperto al pubblico, nel caso di specie a una partita di tennis in un palazzo dello sport.

La Corte, preso atto dell'esistenza di divergenze interpretative nella definizione del divieto, non ha ritenuto di applicare direttamente al caso concreto la pronuncia della Corte EDU, né al fine di ritenere sostanzialmente abrogata la fattispecie incriminatrice, né ravvisando in tale prescrizione quella carenza di tassatività tale da escludere la rilevanza penale della violazione di essa.

Sull'espressione "pubbliche riunioni" si registrava nella giurisprudenza di legittimità la presenza di interpretazioni diametralmente opposte.

Secondo un orientamento¹⁸⁵, erano da intendersi pubbliche le riunioni che presentavano dal punto di vista sostanziale caratteristiche tali da consentirvi l'accesso a un numero indeterminato di persone, pertanto vi rientravano sia i luoghi pubblici sia quelli aperti al pubblico.

Seguendo tale linea di pensiero, rientravano nell'alveo dell'elemento normativo comportamenti quali la partecipazione come spettatore a una partita di calcio in uno stadio¹⁸⁶, ovvero ad una seduta del consiglio comunale¹⁸⁷.

Una teoria differente era sostenuta invece da una parte della giurisprudenza di merito¹⁸⁸, che considerava pubbliche esclusivamente le riunioni, pacifiche e senza armi, previste dall'art. 17, 1° e 3° comma Cost., che avvenissero quindi in luogo pubblico, e per la partecipazione alle quali occorresse il preavviso alle autorità di pubblica sicurezza. Erano quindi escluse dal divieto le riunioni in luoghi aperti al pubblico previste dall'art. 17, 2° comma Cost., che non necessitano del preavviso all'autorità.

La decisione della rimessione della questione alle Sezioni Unite stimola una riflessione in merito alla plausibilità di una scelta differente¹⁸⁹, che avrebbe potuto

¹⁸⁴ Cass. pen., Sez. I, ord. (19 dicembre 2018) 17 gennaio 2019, n. 1, Acquaviva, Lapenna, cit.

¹⁸⁵ V., *ex multis*: Cass. pen., Sez. I, (8 maggio 2018) 19 giugno 2018, n. 28261, L.G.V., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (11 marzo 2003) 8 luglio 2003, n. 28964, D.R., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (13 gennaio 2016) 8 giugno 2016, n. 23840, C.T.S., in *De Jure*.

¹⁸⁶ Cass. pen., Sez. I, (11 marzo 2003) 8 luglio 2003, n. 28964, D.R., cit.

¹⁸⁷ Cass. pen., Sez. I, (8 maggio 2018) 19 giugno 2018, n. 28261, L.G.V., cit.

¹⁸⁸ Trib. Monza, decr. 15 maggio 2017, Valente, cit.; Trib. Palermo, Sez. I, mis. prev., decr. 28 marzo 2017, cit.; Trib. Milano, Sez. mis. prev., decr. (7 marzo 2017) 13 marzo 2017, R.T., cit.; Trib. Milano, Sez. mis. prev., decr. 9 ottobre 2018, I., in *Dir. pen. contemporaneo*, 24 ottobre 2018, con nota di G. TONA, *Il Tribunale di Milano dichiara manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale della norma che estende le misure di prevenzione personali all'indiziato di stalking*; Trib. Palermo, Sez. I Misure di Prevenzione, decr. (16 maggio 2017) 29 maggio 2017, cit.; Trib. Roma, Sez. III, decr. 3 aprile 2017, cit.

¹⁸⁹ In questo senso v. E. ZUFFADA, *Alle Sezioni Unite una nuova questione relativa alla configurabilità del reato di cui all'art. 75 cod. antimafia, questa volta in caso di trasgressione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni*, cit.

condurre la Corte di Cassazione a sollevare una questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, 2° comma, in relazione alla violazione della prescrizione *de qua*, per violazione degli artt. 117 Cost., 7 CEDU e 2, prot. 4 CEDU, sotto il profilo dell'indeterminatezza della norma penale e della carenza di prevedibilità conseguente, così come ravvisata nella sentenza de Tommaso c. Italia.

Tale opzione, ad avviso di chi scrive, sarebbe stata preferibile, in linea con la questione sollevata dalla Corte di Cassazione sull'*honeste vivere* e sul rispetto delle leggi¹⁹⁰, che ha determinato l'incostituzionalità di entrambe le fattispecie di cui all'art. 75, 1° e 2° comma, in relazione a tali prescrizioni¹⁹¹.

La Suprema Corte, adottando la soluzione della rimessione della questione alle Sezioni Unite, ha mostrato invece di aderire a una soluzione orientata a dirimere un contrasto interpretativo, implicitamente escludendo che nel caso concreto fosse configurabile un *deficit* di tassatività¹⁹².

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza del 28 marzo 2019¹⁹³, ha affermato che l'art. 8, 4° comma è applicabile con riferimento alle sole riunioni in luogo pubblico, con esclusione, quindi, dei luoghi aperti al pubblico.

Nelle more del deposito della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite, la Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione¹⁹⁴ ha precisato come il divieto di partecipare a pubbliche riunioni necessiti di una motivazione specifica nel caso concreto, alla luce della giurisprudenza della Corte Europea, nonché degli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza di legittimità, con riguardo al requisito della pericolosità sociale del destinatario, nonché alla definizione chiara dei confini applicativi del divieto.

2.4.1.3. Il divieto di associarsi abitualmente a persone condannate, sottoposte a misure di prevenzione oppure a misure di sicurezza

Un'ulteriore prescrizione prevista dall'art. 8, 4° comma è rappresentata dal divieto di "associarsi abitualmente" a pregiudicati e persone sottoposte a misure di prevenzione o a misure di sicurezza.

Anche tale espressione è stata ritenuta conforme alla Costituzione dal Giudice delle Leggi con sentenza n. 27/1959¹⁹⁵, in quanto la restrizione della libertà personale *ex artt. 2, 13 Cost.* è giustificata dalle esigenze di prevenzione, che il giudice è chiamato a prendere in considerazione con riferimento alla situazione concreta,

¹⁹⁰ Cass. pen., Sez. II, ord. (11 ottobre 2017) 26 ottobre 2017, n. 49194, Sorresso, cit.

¹⁹¹ Corte Cost., (24 gennaio 2019) 27 febbraio 2019, n. 25, cit.

¹⁹² In questo senso v. Cass. pen., Sez. I, (13 gennaio 2016) 8 giugno 2016, n. 23840, C.T.S., cit., che ha escluso la violazione del divieto di partecipare a riunioni pubbliche nel comportamento di un soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale trovato sulla pubblica via a una festa patronale mentre passeggiava tra le bancarelle.

¹⁹³ Cass. pen., Sez. Unite, 28 marzo 2019 (informazione provvisoria), Acquaviva, Lapenna, in *Dir. pen. contemporaneo*, 1 aprile 2019.

¹⁹⁴ Cass. pen., Sez. VI, (29 maggio 2019) 11 giugno 2019, n. 25771, P.A., in *De Jure*.

¹⁹⁵ Corte Cost., (20 aprile 1959) 5 maggio 1959, n. 27, cit.

tenendo conto, nella definizione del contenuto, del carattere eccezionale della prescrizione in esame, superando le censure sollevate dal giudice *a quo* rispetto ai casi in cui essa potrebbe risolversi nella compressione del diritto di associarsi legato a rapporti sociali non connotati da pericolosità.

La formulazione della prescrizione in esame rende opportune alcune precisazioni con riferimento alla rilevanza penale delle condotte che ne rappresentano la violazione.

A tal fine si richiede l'accertamento di una frequentazione abituale¹⁹⁶, e non meramente occasionale.

Inoltre, la congiunzione “e”, riferita alla presenza di precedenti penali e alla sottoposizione a misure di sicurezza o di prevenzione delle persone frequentate, è da intendersi nell'ambito di un elenco delle categorie dei soggetti indicati dalla norma, non invece nel senso che la presenza di precedenti penali debba coesistere con la sottoposizione a una misura di sicurezza o di prevenzione in capo alla persona con la quale il sorvegliato speciale si associa¹⁹⁷.

È pertanto sufficiente che il soggetto frequentato sia stato condannato oppure che sia sottoposto a una misura di sicurezza o di prevenzione.

Per quanto riguarda la presenza di condanne, il dettato normativo è chiaro nell'escludere la sussistenza di una violazione della prescrizione, qualora la persona frequentata sia gravata esclusivamente da carichi pendenti, oppure da sentenze di condanna non irrevocabili¹⁹⁸.

Al fine della configurabilità della trasgressione, e quindi della rilevanza penale ai sensi dell'art. 75, la prova della responsabilità richiede di accertare sotto il profilo soggettivo il dolo, oppure, nel caso della contravvenzione punita dal 1° comma, quantomeno la colpa, rispetto alla conoscenza dei precedenti penali del soggetto frequentato¹⁹⁹.

Sotto tale profilo, è stato precisato che, al fine dell'integrazione del dolo del reato *ex art. 75, 2° comma*, la presenza di precedenti penali, anche se non risultanti nel certificato penale a richiesta dei privati, possa essere “desunta da elementi fattuali attinenti, in particolare, al contesto socio-ambientale in cui i rapporti tra il prevenuto e la persona pregiudicata si collocano, o ad altri fattori sintomatici di tale conoscenza”²⁰⁰.

2.4.1.4. Ulteriori prescrizioni ed effetti della sorveglianza speciale

L'art. 8 disciplina prescrizioni ulteriori applicabili ai destinatari della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

¹⁹⁶ Cass. pen., Sez. I, (29 settembre 2015) 9 dicembre 2015, n. 48686, M.D., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (1 ottobre 2013) 25 ottobre 2013, n. 43858, V.M., in *De Jure*.

¹⁹⁷ Cass. pen., Sez. I, (29 settembre 2015) 9 dicembre 2015, n. 48686, M.D., cit.

¹⁹⁸ Cass. pen., Sez. I, (29 settembre 2015) 9 dicembre 2015, n. 48686, M.D., cit.

¹⁹⁹ Cass. pen., Sez. I, (29 settembre 2015) 9 dicembre 2015, n. 48686, M.D., cit.

²⁰⁰ Cass. pen., Sez. I, (29 settembre 2015) 9 dicembre 2015, n. 48686, M.D., cit.

L'art. 8, 3° comma prevede che, nei confronti dei sorvegliati speciali indiziati di vivere del provento di attività delittuose *ex art. 1, lettera b)*, il tribunale prescriva di dedicarsi alla ricerca di un lavoro entro un determinato periodo di tempo e di stabilire il luogo di dimora, da comunicare poi, nel medesimo termine, all'autorità di pubblica sicurezza, che deve essere anche informata qualora egli intenda allontanarsene.

Le ulteriori prescrizioni obbligatorie concernono il monitoraggio dei movimenti dell'interessato, in particolare mediante l'imposizione del divieto di allontanarsi dalla dimora senza il preventivo avviso all'autorità di pubblica sicurezza, di accedere a pubblici esercizi e a locali di pubblico trattenimento, anche con riguardo ad orari determinati, di fare rientro a casa oppure di allontanarsene, rispettivamente dopo e prima di un certo orario, in assenza di "comprovata necessità" e in ogni caso senza il previo avviso all'autorità di pubblica sicurezza, infine nella proibizione di detenere e portare armi (art. 8, 4° comma).

Con riferimento all'obbligo di permanenza nell'abitazione negli orari notturni, la Corte di Cassazione ha affermato che, alla luce della giurisprudenza della Corte Europea, nonché della Corte Costituzionale e degli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, tale prescrizione debba essere accompagnata da una specifica motivazione sulle ragioni che ne giustificano l'applicazione nel caso concreto²⁰¹.

L'art. 8, 5° comma prevede inoltre alcune prescrizioni facoltative, applicabili se ritenute necessarie per "esigenze di difesa sociale", non definite dal Legislatore, che fa riferimento, a titolo esemplificativo, ma non esaustivo, al divieto di soggiorno in uno o più comuni o regioni, e, nei confronti dei soggetti indicati dall'art. 1, lett. c), e 4, lett. i *ter*), al divieto di avvicinamento a luoghi abitualmente frequentati dalle persone alle quali occorre dare protezione o da minorenni.

Con riguardo alle categorie di destinatari individuate dall'art. 1, lett. c) è stato condivisibilmente sostenuto che esse possano trovare applicazione esclusivamente nei confronti di individui dediti alla commissione di reati contro l'integrità fisica o morale dei minorenni²⁰².

Il novero delle prescrizioni è stato modificato dalla l. 69/2019²⁰³, che ha inserito, nell'art. 4, lettera i *ter*), il reato di maltrattamenti contro familiari o conviventi *ex art. 572 c.p.* tra le fattispecie per le quali è possibile l'applicazione delle misure di prevenzione di competenza dell'autorità giudiziaria.

La novella normativa si inserisce nella linea intrapresa dal legislatore mediante l'introduzione del reato di atti persecutori *ex art. 612 bis c.p.* tra quelli i cui indizi possono legittimarne l'applicazione.

Considerato che in precedenza il divieto di avvicinamento faceva riferimento esclusivamente ai luoghi frequentati da minorenni, e che gli atti persecutori e i mal-

²⁰¹ Cass. pen., Sez. VI, (29 maggio 2019) 11 giugno 2019, n. 25771, P.A., cit.

²⁰² V. MAIELLO, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, cit., p. 1528.

²⁰³ L. 19 luglio 2019, n. 69, "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere".

trattamenti non sono circoscritti a tale cerchia di vittime, è attualmente possibile prescrivere un divieto di avvicinamento più ampio, a tutela non esclusivamente dei minori, bensì anche delle “persone cui occorre prestare protezione”.

Le prescrizioni adottabili per esigenze di difesa sociale sono demandate alla discrezionalità del giudice, e richiedono valutazioni concrete in merito alle esigenze di difesa sociale da tutelare nel singolo caso, anche con riguardo alla specifica categoria di pericolosità soggettiva.

Come è stato condivisibilmente affermato²⁰⁴, il divieto di detenere e portare con sé apparecchi elettrici di comunicazione, quali i telefoni cellulari, deve essere attentamente valutato, con riferimento sia al giudizio di pericolosità sociale relativo a determinate tipologie di reato, per le quali la libertà di comunicazione sia pertinente alle esigenze di prevenzione, sia all'esigenza di reinserimento nel contesto sociale, della quale la ricerca e l'esercizio di un'attività di lavoro rappresenta uno strumento significativo.

Con particolare riferimento agli appartenenti alla categoria di cui all'art. 1, lett. b), anzi, la ricerca di un lavoro rappresenta una specifica prescrizione, che può rendere necessario l'utilizzo di tali dispositivi mobili.

Alla sorveglianza speciale può essere aggiunto, inoltre, il divieto di soggiorno in uno o più comuni diversi da quello di residenza o dimora abituale o in una o più regioni *ex artt.* 6, 2° comma, 8, 5° comma, fatta eccezione per i soggetti indicati dall'art. 4, 1° comma, lett. a) e b).

Può essere altresì disposto l'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, nel caso di inadeguatezza delle altre misure, ai sensi dell'art. 6, 3° comma.

In tali ipotesi, l'art. 8, 6° comma prevede la facoltà del giudice di applicare prescrizioni aggiuntive, che restringono ulteriormente la libertà di circolazione, rappresentate dal divieto di allontanamento dall'abitazione senza avvisarne l'autorità di pubblica sicurezza e dall'obbligo di presentarsi a tale autorità in determinati giorni, nonché ad ogni richiesta dalla stessa formulata.

Sui soggetti gravati anche dal divieto oppure dall'obbligo di soggiorno incombe inoltre il dovere di portare con sé un documento, denominato carta di permanenza, che essi sono tenuti ad esibire qualora gli agenti e gli ufficiali di pubblica sicurezza ne facciano richiesta (art. 8, 7° comma).

L'*an* della rilevanza penale della violazione del divieto ha determinato un contrasto interpretativo, sul quale la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è stata chiamata a pronunciarsi.

Con sentenza n. 32923/2014 la Corte²⁰⁵ ha affermato che tale trasgressione assume rilievo ai fini della contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità *ex art.* 650 c.p., qualora ne ricorrano gli estremi, escludendo invece che possa integrare alcuno dei reati previsti dalla legge speciale, prendendo come

²⁰⁴ App. Bari, Sez. IV, (10 gennaio 2019) 22 gennaio 2019, cit.

²⁰⁵ Cass. pen., Sez. Unite, (29 maggio 2014) 24 luglio 2014, n. 32923, Sinigaglia, cit.

riferimento la norma previgente di cui all'art. 91. 1423/1956, oggi confluita nell'art. 75 d.lgs. 159/2011.

Nessun obbligo o prescrizione infatti è ravvisabile nella detenzione della carta di permanenza, che non opera alcuna limitazione della libertà del sorvegliato speciale.

Piuttosto, tale condotta doverosa del soggetto rappresenta un adempimento finalizzato a consentire all'autorità di pubblica sicurezza esclusivamente un migliore controllo del destinatario.

Infine, qualora un soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale riporti una condanna per un delitto non colposo, possono essere applicate le ulteriori prescrizioni relative al divieto di detenere gli oggetti indicati dall'art. 3, 4° comma per i destinatari dell'avviso orale (art. 3, 5° comma).

Se la condanna ha per oggetto un reato commesso dopo l'applicazione della sorveglianza speciale e prevede una pena detentiva di durata non inferiore a sei mesi vi è altresì la possibilità di applicare la misura di sicurezza della libertà vigilata per un periodo minimo di due anni (art. 75, 4° comma).

Rispetto alla disciplina generale, i presupposti per l'applicazione della misura di sicurezza sono improntati a maggiore rigore, sia per l'applicabilità a delitti e contravvenzioni, sia per la durata minima della pena irrogata e della misura, entrambe raddoppiate rispetto alla disciplina della libertà vigilata prevista dal codice penale in conseguenza della commissione di reati (artt. 228 e 229 c.p.).

Una conseguenza ulteriore dell'applicazione, attuale ovvero pregressa, della misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e delle altre misure di prevenzione personale differenti dal foglio di via obbligatorio, consiste nel divieto di conseguire la patente di guida, oppure, se l'interessato ne è già in possesso, nella revoca della stessa, nei termini previsti dall'art. 120, 1°, 2° e 3° comma d.lgs. 285/1992.

La natura di tale prescrizione è ravvisabile nell'insussistenza, in capo ai soggetti contemplati da tali norme, dei requisiti morali per ottenere ovvero mantenere il titolo di guida.

La revoca può essere disposta entro il termine di tre anni dalla data di applicazione della misura di prevenzione e il divieto di conseguirla nuovamente opera per tre anni.

In merito a tale prescrizione, che rappresenta un atto dovuto del prefetto²⁰⁶, è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale dal T.A.R. Marche con ordinanza n. 356/2019²⁰⁷, con riguardo alle ipotesi di revoca della patente durante l'applicazione della misura di prevenzione.

²⁰⁶ Tale circostanza è stata recentemente ribadita da T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, (4 luglio 2018) 31 luglio 2018, n. 1232, Ra.Ma. c. U.T.G.-Pref. Taranto, in *De Jure*.

²⁰⁷ T.A.R. Marche, Sez. I, ord. (22 maggio 2019) 27 maggio 2019, n. 356, De Bernardis c. Min. Interno e U.T.G.-Pref. Fermo, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

Il Giudice amministrativo ha ravvisato nell'art. 120, 2° comma d.lgs. 285/1992²⁰⁸ un contrasto con gli artt. 3, 4, 16 e 35 Cost, nella parte in cui prevede un dovere del prefetto di revocare la patente di guida nei confronti dei soggetti sottoposti alle misure di prevenzione diverse dall'avviso orale *ex art. 2*, in luogo di un potere di disporre la revoca discrezionalmente, all'esito di una valutazione delle esigenze ravvisabili nel caso concreto.

La revoca della patente di guida, nella prospettiva seguita dal giudice *a quo*, contrasta con la possibilità dell'interessato di condurre "una vita quanto più possibile normale", nonché "di svolgere un'attività lavorativa lecita"²⁰⁹.

La pronuncia appare condivisibile, in quanto tale prescrizione non consente di considerare se nel singolo caso le esigenze di difesa sociale sottese alle misure di prevenzione siano effettivamente tutelabili mediante l'inibizione della possibilità di utilizzare la patente di guida.

Né è possibile, mediante l'automatismo previsto dalla legge, compiere valutazioni con riferimento al destinatario della misura, con riguardo all'intensità della pericolosità sociale, e al pregiudizio che effettivamente possa derivare dall'utilizzo del titolo di guida.

La questione di legittimità costituzionale si è richiamata, con riferimento alla violazione dei principi costituzionali invocati, alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 22/2018²¹⁰, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 120, 2° comma d.lgs. 285/1992, nella parte in cui prevedeva la revoca automatica della patente di guida, in luogo della possibilità di disporla caso per caso, nei confronti dei soggetti condannati per i reati in materia di sostanze stupefacenti previsti dagli artt. 73 e 74 d.p.r. 309/1990²¹¹, per violazione dell'art. 3 Cost.

Successivamente alla sentenza del Giudice delle Leggi il T.A.R. Marche, con ordinanza n. 163/2018²¹², ha sollevato una questione di illegittimità costituzionale anche con riferimento ai soggetti sottoposti a misure di sicurezza personali, destinatari della medesima prescrizione *ex art. 120*, 1° e 2° comma d.lgs. 285/1992.

Anche con riguardo alle misure di sicurezza sono condivisibili i medesimi rilievi svolti rispetto agli istituti esaminati *supra*, in considerazione della limitazione, in assenza della possibilità di valutazioni nel caso concreto, di libertà fondamentali, di circolazione e di svolgimento di attività di lavoro, caratteristica, quest'ultima, finalizzata anche al reinserimento sociale, e con riguardo all'esigenza di salvaguardare il principio di uguaglianza e ragionevolezza rispetto alla disomogeneità delle condizioni dei possibili destinatari della misura.

²⁰⁸ D.lgs. 20 aprile 1992, n. 285, "Nuovo codice della strada".

²⁰⁹ T.A.R. Marche, Sez. I, ord. (22 maggio 2019) 27 maggio 2019, n. 356, De Bernardis c. Min. Interno e U.T.G.-Pref. Fermo, cit.

²¹⁰ Corte Cost., (24 gennaio 2018) 9 febbraio 2018, n. 22.

²¹¹ D.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309, "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza".

²¹² T.A.R. Marche, Sez. I, ord. (13 giugno 2018) 24 luglio 2018, n. 163, A.R. c. Min. Interno e U.T.G.-Pref. Fermo, in <https://www.cortecostituzionale.it>.

Con riferimento, invece, alla revoca della patente di guida, prevista anch'essa quale atto dovuto, nei confronti dei soggetti che sono già stati sottoposti alle misure di sicurezza ovvero di prevenzione indicate nell'art. 120, 1° comma d.lgs. 285/1992, è stato precisato che occorre che l'autorità prefettizia compia una valutazione nel caso concreto in merito alla pericolosità del soggetto²¹³, in ragione della avvenuta cessazione della misura in epoca antecedente.

Tale interpretazione, tuttavia, non appare condivisibile, in quanto contrasta con il dato normativo, chiaro nel prescrivere, anche rispetto a tali individui, l'automatismo *supra* censurato.

Anche con riguardo a tali ipotesi, pertanto, si possono prendere in considerazione i profili di illegittimità costituzionale sollevati.

2.4.2. La disciplina delle autorizzazioni particolari per i soggetti sottoposti all'obbligo di soggiorno

L'art. 12 contempla alcune deroghe all'osservanza dell'obbligo di soggiorno, in presenza di presupposti rigorosi.

Può essere concessa, in primo luogo, un'autorizzazione, in presenza di ragioni di salute del sorvegliato speciale, che abbia necessità di sottoporsi ad "accertamenti sanitari" e "cure indispensabili", e che per "gravi e comprovati motivi di salute" debba a tal fine allontanarsi dal comune di residenza o di dimora abituale.

In secondo luogo, l'autorizzazione può essere motivata da "gravi e comprovati motivi di famiglia", in conseguenza dei quali l'allontanamento sia "assolutamente necessario ed urgente".

L'autorizzazione non può essere invece concessa per motivi differenti, neppure per esigenze di lavoro²¹⁴, considerata la tassatività dei casi previsti dalla norma.

A titolo esemplificativo, è stata esclusa la possibilità di allontanamento dal luogo di soggiorno al fine di incontrare il difensore, per esercitare il diritto di difesa *ex art. 24 Cost.*²¹⁵.

È invece pacifica la possibilità di ottenere l'autorizzazione per ragioni di giustizia, ed in particolare al fine di partecipare a un processo, per rendere dichiarazioni²¹⁶, o in ogni caso per esercitare il diritto di difesa.

L'autorizzazione può avere ad oggetto un periodo non superiore a dieci giorni, oltre al tempo occorrente per il viaggio, fatte salve le ipotesi in cui ricorrano condizioni di "assoluta urgenza" *ex art. 12, 4° comma*, nelle quali può essere concessa per un periodo non superiore a tre giorni, oltre al tempo richiesto per gli spostamenti.

²¹³ T.R.G.A. Bolzano, Sez. I, 20 luglio 2016, n. 237, in *De Jure*.

²¹⁴ Cass. pen., Sez. II, (28 aprile 2017) 4 agosto 2017, n. 38825, D.C.N., in *De Jure*.

²¹⁵ Cass. pen., Sez. VI, (4 novembre 2014) 18 novembre 2014, n. 47588, G.S.V., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. VI, (20 marzo 2014) 2 aprile 2014, P.G., n. 15163, in *De Jure*.

²¹⁶ Cass. pen., Sez. I, (4 giugno 2002) 24 giugno 2002, n. 24218, Guida, in *C.E.D.*, Rv. 221885.

3. Decorrenza, cessazione e sospensione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza

3.1. *Dies a quo* e cessazione della sorveglianza speciale

L'art. 14 prevede che la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza abbia inizio nel momento della comunicazione del relativo decreto al destinatario ai sensi dell'art. 14, 1° comma.

Occorre tuttavia una precisazione con riguardo alla decorrenza effettiva della misura di prevenzione, al fine del computo del periodo complessivo e della scadenza effettiva.

La comunicazione del decreto rileva processualmente per la decorrenza del termine per l'impugnazione – che per espressa previsione normativa *ex art.* 11, 3° comma, non ha effetto sospensivo-, in quanto rappresenta il momento in cui il destinatario viene portato a conoscenza dell'applicazione della misura.

Al fine del *dies a quo* dell'esecuzione, tuttavia, assume rilievo l'effettiva sottoposizione del proposto alla misura, che coincide con l'espletamento degli adempimenti demandati all'autorità di pubblica sicurezza, che si concludono con la consegna della carta di permanenza, prevista dall'art. 8, 7° comma.

Tale circostanza è ora precisata, rispetto all'esecuzione successiva alla cessazione della misura della custodia cautelare, dall'art. 14, comma 2 *bis*, introdotto dal legislatore del 2017, che determina la decorrenza della misura di prevenzione con riferimento alla redazione del verbale di sottoposizione agli obblighi, a cui consegue, poi, la consegna della carta di permanenza prevista dall'art. 8, 7° comma.

È da ritenersi che, anche in epoca antecedente a tale espressa previsione, la durata della misura di prevenzione fosse da intendersi riferita nel momento iniziale all'effettiva redazione del verbale, alla luce dell'esigenza che la misura sia effettivamente eseguita da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, in base al combinato disposto degli artt. 8, 7° comma e 11²¹⁷.

La cessazione, invece, avviene *ex lege* alla scadenza del termine ivi stabilito, senza che occorra la pronuncia di un ulteriore provvedimento giudiziario.

L'unica condizione ostativa alla cessazione è rappresentata dalla commissione di un reato durante il periodo di applicazione della misura.

In tal caso, qualora il soggetto, per la commissione di tale reato, sia condannato e la sorveglianza speciale sia ancora in corso, il tribunale deve compiere una valutazione in merito alla pericolosità sociale del sorvegliato speciale.

Qualora essa venga ritenuta sussistente, la misura di prevenzione inizia nuovamente a decorrere dall'inizio a far data dalla cessazione dell'esecuzione della pena, *ex art.* 14, 2° comma.

All'autorità giudiziaria è quindi conferito un potere di accertamento nel merito con riguardo al rischio che il soggetto commetta altri reati in futuro, dal quale può derivare una nuova applicazione della medesima misura di prevenzione.

²¹⁷ Cass. pen., Sez. VI, (13 settembre 2018) 10 ottobre 2018, n. 45754, C.D., in *De Jure*.

3.2. Rapporti tra la sorveglianza speciale, le misure di sicurezza e la detenzione

3.2.1. Sorveglianza speciale e misure di sicurezza

Qualora nei confronti di un soggetto sia in esecuzione una misura di sicurezza detentiva, oppure la libertà vigilata, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale non può avere luogo, e, se ha già avuto inizio, gli effetti della stessa cessano *ex art. 13*.

Ad ulteriore precisazione di tale previsione, l'art. 15, 2° comma specifica che, se è applicato anche l'obbligo di soggiorno, la misura di prevenzione cessa se deve essere eseguita una misura di sicurezza detentiva, oppure se deve avere luogo la libertà vigilata.

Cessata la misura di prevenzione si potrà fare luogo alla esecuzione della misura di sicurezza.

L'incompatibilità delle due misure rileva pertanto non sotto il profilo dell'applicazione congiunta, bensì con riguardo all'esecuzione simultanea²¹⁸.

La legge non richiede, diversamente da quanto previsto per i casi di sospensione della misura di prevenzione per effetto della detenzione, per espiazione della pena ovvero per l'applicazione della misura della custodia cautelare, che successivamente al periodo di sospensione sia compiuto un giudizio di attualità della pericolosità sociale²¹⁹.

Considerato che le misure di sicurezza possono essere applicate per periodi di durata considerevoli, sotto tale profilo sono state espresse perplessità che appaiono condivisibili, in quanto la sottoposizione del destinatario alla misura di prevenzione può essere disposta sulla base di un giudizio di pericolosità che può essere anche risalente nel tempo²²⁰.

3.2.2. Sorveglianza speciale e detenzione per espiazione della pena o per applicazione della misura della custodia cautelare

Per quanto concerne il rapporto tra la sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno e la detenzione per custodia cautelare a cui sia seguita la condanna oppure per espiazione della pena, non è applicabile la disciplina della fungibilità, *ex art. 15, 1° comma*.

²¹⁸ Cass. pen., Sez. V, (3 febbraio 2017) 29 agosto 2017, n. 39534, T.S.F., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (26 gennaio 2016) 22 novembre 2016, n. 49581, P.D.S., in *De Jure*. Sulla compatibilità della decisione di applicazione della misura di prevenzione nei confronti di soggetti detenuti in espiazione della pena v. Cass. pen., Sez. Unite, (25 marzo 1993) 14 luglio 1993, n. 6, Tumminelli, in *C.E.D.*, Rv. 194062-01.

²¹⁹ In questo senso v. Cass. pen., Sez. VI, (1 febbraio 2017) 6 marzo 2017, n. 10931, D.A., in *Cass. pen.*, 2018, pp. 314 ss., con nota di A. ABUKAR HAYO, *L'ambigua natura della sorveglianza speciale, tra prevenzione e sanzione*.

²²⁰ A. ABUKAR HAYO, *L'ambigua natura della sorveglianza speciale, tra prevenzione e sanzione*, cit., pp. 317 ss.

Dal tenore letterale della norma si evince che la custodia cautelare patita senza titolo, perché seguita da sentenza di proscioglimento, possa essere invece fungibile con la misura di prevenzione indicata.

A tal fine si ritiene che la disciplina della fungibilità, coerentemente con quanto previsto per la disciplina *ex art. 657, 4° comma c.p.p.*, che consente il computo con l'esecuzione della pena detentiva rispetto ai soli periodi di custodia cautelare patiti in epoca successiva alla commissione del reato rispetto al quale deve essere eseguita la pena, trovi applicazione per quella frazione di custodia patita dal soggetto già sottoposto alla misura di prevenzione, quindi in epoca successiva alla valutazione della pericolosità sociale al fine dell'esecuzione della misura di prevenzione²²¹.

Qualora il sorvegliato speciale con obbligo di soggiorno sia attinto da un'ordinanza di custodia cautelare, e sia sospesa l'esecuzione della misura di prevenzione, come prescritto dall'art. 14, comma 2 *bis*, la disciplina generale prevede che la sorveglianza speciale riprenda a decorrere a far data dalla cessazione della custodia cautelare.

Tuttavia, qualora il procedimento penale sia definito con sentenza di proscioglimento, indipendentemente dalla motivazione, sia essa dovuta all'assoluzione, oppure alla sussistenza di cause di estinzione del reato, la sorveglianza speciale, se disposta con obbligo di soggiorno, verrà eseguita previa detrazione del periodo patito in custodia cautelare senza titolo, in ragione del contenuto affittivo della custodia cautelare.

Il dettato normativo è chiaro nell'escludere che misure cautelari non custodiali possano essere prese in considerazione al fine dell'applicazione della disciplina della fungibilità²²².

Sul rapporto tra custodia cautelare e detenzione per espiazione della pena da un lato e sorveglianza speciale dall'altro, il Legislatore del 2017 ha previsto la sospensione della misura di prevenzione, che riprende a decorrere successivamente al periodo detentivo, *ex art. 14, commi 2 bis e 2 ter*.

La disciplina vigente è oggetto di un trattamento differenziato con riguardo all'applicazione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, a seconda che la detenzione patita durante la sospensione della misura di prevenzione sia dovuta all'esecuzione della pena ovvero all'applicazione della misura della custodia cautelare.

3.2.2.1. Sospensione della sorveglianza speciale ed esecuzione della pena detentiva

Con riguardo all'espiazione della pena, l'art. 14, comma 2 *ter* prevede che, cessata la detenzione, qualora essa abbia avuto la durata minima di due anni, il tribunale

²²¹ In questo senso v. Cass. pen., Sez. I, (16 maggio 2014) 12 giugno 2014, n. 24969, A.P., in *De Jure*. In dottrina v. C. FORTE, *La prevenzione personale*, cit., pp. 225-226.

²²² Cass. pen., Sez. I, (16 maggio 2014) 12 giugno 2014, n. 24969, A.P., cit.; Cass. pen., Sez. VI, (1 febbraio 2017) 6 marzo 2017, n. 10931, D.A., cit., pp. 314 ss.

debba procedere alla verifica, anche d'ufficio, della persistenza della pericolosità sociale, al fine di decidere se applicare nuovamente la misura di prevenzione precedentemente sospesa.

La norma trova giustificazione nell'esigenza di applicare le misure di prevenzione personali nei casi di attualità della pericolosità sociale, requisito da accertare nel momento in cui esse debbano avere esecuzione, che può verificarsi anche dopo un periodo di tempo considerevole, anche di molti anni, rispetto a quello di pronuncia del decreto di applicazione della misura.

Tale principio trova fondamento nella sentenza della Corte Costituzionale n. 291/2013²²³, anche in considerazione della previsione contenuta nell'art. 679 c.p.p. con riguardo alle misure di sicurezza diverse dalla confisca.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 l. 1423/2015, e conseguentemente del vigente art. 15 d.lgs. 159/2011, nella parte in cui non prevedeva che, nel caso di sospensione della misura di prevenzione personale a causa della condizione detentiva per espiazione della pena, dovesse essere valutata, anche d'ufficio, la sussistenza della pericolosità sociale nel momento dell'effettivo ripristino della misura, per violazione del principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., in ragione della disparità di trattamento esistente rispetto alle misure di sicurezza diverse dalla confisca.

Il Giudice delle Leggi ha tuttavia demandato alla valutazione del giudice nel caso concreto la possibilità di non procedere alla reiterazione del giudizio di pericolosità, qualora la sospensione della misura di prevenzione sia di durata non consistente.

Successivamente a tale pronuncia, in epoca antecedente alla novella del 2017, che ha introdotto i commi 2 *bis* e 2 *ter* nell'art. 14, si è creato un contrasto interpretativo²²⁴, con riferimento all'esigenza di valutazione della pericolosità sociale

²²³ Corte Cost., (2 dicembre 2013) 6 dicembre 2013, n. 291, cit.

²²⁴ Nel senso della necessità che il giudice della prevenzione compia un giudizio di pericolosità sociale al fine dell'applicazione della misura di prevenzione successivamente alla sospensione per detenzione in espiazione della pena v., *ex multis*: Cass. pen., Sez. V, (15 marzo 2018) 4 luglio 2018, n. 30130, L.S., in *De Jure*; Cass. pen., Sez. I, (24 gennaio 2017) 26 aprile 2017, n. 19657, Palermo, in *Dir. pen. contemporaneo*, 18 maggio 2017, con nota di S. RISOLI, *La Suprema Corte sulla valutazione della perdurante pericolosità del proposto in tema di misure di prevenzione personali*; Cass. pen., Sez. I, (29 settembre 2015) 9 dicembre 2015, n. 48686, M.D., cit.; Cass. pen., Sez. I, (25 marzo 2015) 13 luglio 2015, n. 30101, C.V., in *De Jure*. Ha ritenuto necessaria la valutazione della pericolosità sociale sia con riguardo alla detenzione in espiazione della pena sia con riferimento all'applicazione della custodia cautelare Cass. pen., Sez. I, (5 dicembre 2014) 17 febbraio 2015, n. 6878, V.P., in *De Jure*. Ha giudicato inammissibile la richiesta di applicazione della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno nei confronti di un soggetto detenuto per l'espiazione di una pena di lunga durata, in ragione dell'esigenza di effettuare il giudizio di pericolosità sociale nel momento della scarcerazione Trib. Napoli, Sez. Misure di prevenzione, decr. 17 aprile 2018, in *Dir. pen. contemporaneo*, 26 settembre 2018, con nota di F. MAZZACUVA, *Sorveglianza speciale nei confronti di soggetto detenuto: nuove indicazioni dalla giurisprudenza in punto di attualità della pericolosità*. In senso conforme v. Trib. Santa Maria Capua Vetere, Sez. II, decr. 13 aprile 2016, in *Dir. pen. contemporaneo*, 25 ottobre 2016, con nota di S. RISOLI, *Applicabilità delle misure di prevenzione ai soggetti detenuti e condannati a pena*

e all'integrazione dei reati di cui all'art. 75, nel caso di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale eseguita in epoca successiva alla detenzione per espiazione di una pena.

Successivamente è stata sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²²⁵ la possibilità di configurare tali fattispecie criminose nel caso in cui la violazione delle prescrizioni sia commessa nei confronti di soggetti precedentemente sottoposti alla detenzione per espiazione di una pena di durata consistente, in assenza di una valutazione della persistenza della pericolosità sociale da parte del giudice della prevenzione²²⁶.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza n. 51407/2018²²⁷, ha affermato che la sospensione dell'efficacia della misura di prevenzione opera durante la detenzione per espiazione della pena fino al momento in cui il giudice della prevenzione non compia la valutazione dell'attualità della pericolosità sociale del proposto.

Di conseguenza, in assenza di tale giudizio, non può essere contestato alcuno dei reati previsti dall'art. 75, rappresentandone l'attualità della pericolosità sociale un presupposto, anche con riguardo alle norme vigenti in epoca antecedente alla novella del 2017.

Tale interpretazione si è uniformata alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 291/2013²²⁸, tenendo conto sia del periodo considerevole di tempo che può intercorrere tra la data iniziale della decisione dell'applicazione della misura di prevenzione e quella dell'esecuzione successiva all'espiazione della pena, sia della funzione rieducativa della pena, che postula la necessità di una valutazione attuale, a maggior ragione, della pericolosità sociale al fine dell'applicazione della misura di prevenzione.

"di lunga durata": un provvedimento del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere. Ha escluso invece la necessità di tale valutazione attuale, con riguardo a un ricorso in materia cautelare, che demandava al Tribunale della Libertà tale giudizio di attualità, in un procedimento di applicazione di una misura cautelare non custodiale per la violazione dell'art. 75, 2° comma, Cass. pen., Sez. VI, (1 febbraio 2017) 6 marzo 2017, n. 10931, D.A., cit., pp. 314 ss. La Suprema Corte ha infatti ravvisato nella precedente applicazione della misura di sicurezza della libertà vigilata, sulla base di un giudizio di pericolosità formulato dal Tribunale di Sorveglianza, una presunzione di pericolosità sociale, applicabile anche al procedimento di prevenzione, escludendo la necessità di effettuare nuove valutazioni. In senso conforme, per la presunzione di pericolosità sociale con riguardo a un condannato per il delitto ex art. 416 bis c.p., v. Cass. pen., Sez. VI, (17 novembre 2015) 8 gennaio 2016, n. 567, M.A.P., cit.

²²⁵ La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite da Cass. pen., Sez. I, ord. (20 marzo 2018) 12 aprile 2018, n. 16332, M.C., in *De Jure*.

²²⁶ Cass. pen., Sez. I, (29 settembre 2015) 9 dicembre 2015, n. 48686, M.D., cit. ha precisato, in un procedimento cautelare, come tale giudizio debba essere effettuato dal giudice della prevenzione, escludendo che di tale valutazione possa essere investito il giudice cautelare, il cui compito è piuttosto quello di verificare che sia stato effettuato nel procedimento di prevenzione, al fine della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza del reato di cui all'art. 75, 2° comma.

²²⁷ Cass. pen., Sez. Unite, (21 giugno 2018) 13 novembre 2018, n. 51407, M.C., in *De Jure*. Successivamente a tale pronuncia v. inoltre Cass. pen., Sez. I (21 marzo 2019) 1 ottobre 2019, n. 40121, M.G., in *De Jure*, riferita a fatti pregressi rispetto alla novella del 2017.

²²⁸ Corte Cost., (2 dicembre 2013) 6 dicembre 2013, n. 291, cit.

Il margine di discrezionalità del giudice nell'interpretazione della rilevanza della consistenza dello iato temporale tra la decisione di applicazione della misura ad opera del giudice della prevenzione e l'applicazione della stessa a pena espiata, che pareva emergere dalla sentenza della Corte Costituzionale, è stato ridimensionato dal Legislatore del 2017, nella fissazione del limite minimo di due anni di durata della detenzione.

La codificazione di una durata temporale della pena espiata, tuttavia, solleva alcune perplessità.

Il Legislatore del 2017 ha infatti introdotto una presunzione normativa nei confronti di soggetti nei confronti dei quali non è richiesto che il giudice della prevenzione compia un giudizio di attualità della pericolosità sociale.

Tale previsione appare in contrasto con la necessità, per il Giudice delle Leggi, di provvedere a tale giudizio, per pene di non breve durata, non definite nel *quantum*, considerato che anche una pena inferiore a due anni può nel caso concreto essere significativa e meritevole di un nuovo giudizio di attualità della pericolosità sociale.

La previsione espressa di una durata minima al di sotto della quale tale giudizio non è ritenuto necessario appare pertanto suscettibile di determinare profili di incostituzionalità, per la reintroduzione, in questi casi, di un automatismo nell'applicazione della misura di prevenzione²²⁹.

Con riguardo, infine, all'ambito applicativo delle norme vigenti, come novellate dalla Corte Costituzionale e dal Legislatore, sotto il profilo temporale, considerata la natura processuale dalla quale appaiono connotate, esse non sono applicabili retroattivamente, pertanto le violazioni delle prescrizioni contestate rispetto a misure di prevenzione cessate in epoca antecedente, alla stregua di rapporti esauriti²³⁰, sono soggette alla disciplina vigente all'epoca dei fatti.

3.2.2.2. Sospensione della sorveglianza speciale ed esecuzione della custodia cautelare

L'art. 14, comma 2 *bis* prevede la sospensione della misura della prevenzione durante il periodo in cui il destinatario è sottoposto alla misura della custodia cautelare.

Tuttavia la norma non richiede che, cessata la misura cautelare, l'applicazione della misura di prevenzione sia subordinata alla valutazione dell'attualità della pericolosità sociale.

In senso differente si era orientata una parte della giurisprudenza, che, successivamente alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 15, aveva ritenuto necessaria la valutazione di persistenza della pericolosità sociale con riguardo sia all'espiazione della pena detentiva, sia all'applicazione della misura della custodia cautelare²³¹.

²²⁹ Sul punto v. G. SODANO, *Il controverso rapporto tra misure di prevenzione personali e status custodiae alla luce della l. 17 ottobre 2017, n. 161*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 18 giugno 2018.

²³⁰ Cass. pen., Sez. I, (28 marzo 2017) 24 luglio 2017, n. 36583, M.A., in *De Jure*.

²³¹ Cass. pen., Sez. I, (5 dicembre 2014) 17 febbraio 2015, n. 6878, V.P., cit.

Già in epoca previgente alla novella del 2017, tuttavia, secondo un orientamento della giurisprudenza di legittimità²³² occorreva distinguere, al fine del giudizio di pericolosità sociale, i casi di sospensione della misura di prevenzione per l'esecuzione della pena detentiva da quelli dovuti all'applicazione della custodia cautelare.

Il fondamento di tale differenziazione normativa, oggi espressa, appare rinvenibile nelle diverse finalità dei due istituti.

La finalità rieducativa che caratterizza la pena rappresenta il profilo distintivo che permette di ritenere necessario che, successivamente all'espiazione, il giudice della prevenzione valuti la sussistenza della pericolosità sociale.

La diversa natura della misura cautelare, che invece non è connotata da un percorso di reinserimento sociale, ma è al contrario motivata dall'esigenza di tutelare le specifiche esigenze indicate nell'art. 273 c.p.p., appare la ragione per la quale non è previsto tale nuovo giudizio nel momento dell'esecuzione della misura di prevenzione.

Tale differente disciplina desta perplessità.

Seppure non presenti uno scopo rieducativo, la misura cautelare può avere una durata anche molto consistente, e determinare un significativo iato temporale, anche superiore a due anni, tra la decisione dell'applicazione della misura di prevenzione e la fase in cui essa viene eseguita.

Tale lacuna appare suscettibile di censure di rilievo costituzionale, in quanto determina una disparità di trattamento irragionevole tra soggetti che, rispetto al procedimento di prevenzione, appaiono in una condizione sostanzialmente analoga²³³.

4. Osservazioni conclusive

Uno sguardo d'insieme della normativa vigente in materia di misure di prevenzione personali, anche alla luce delle modifiche succedutesi nel corso degli ultimi anni, sollecita alcune riflessioni.

²³² Cass. pen., Sez. II, (5 marzo 2015) 26 marzo 2015, n. 12915, R.M., in *De Jure*. Nel caso di specie la Suprema Corte si è pronunciata rispetto alla misura cautelare non custodiale dell'obbligo di dimora, e si è espressa, anche con riferimento alla custodia cautelare, nei seguenti termini: "mentre la detenzione per espiazione di pena di chi sia sottoposto a misura di prevenzione personale incrementa la possibilità, favorita dal trattamento rieducativo individualizzato «che intervengano modifiche nell'atteggiamento del soggetto nei confronti di valori della convivenza civile», la sottoposizione a misura cautelare personale, sia essa detentiva o non detentiva (come nella specie), non consente di ritenere superata o attenuata la presunzione di attualità della pericolosità sociale emessa in sede di applicazione, ma si pone, in realtà, come indiretta conferma della valutazione stessa, avuto riguardo alla ritenuta sussistenza di esigenze cautelari riferibili anche alla personalità dell'indagato e al concreto rischio di commissione di gravi reati".

²³³ Sul punto v. G. SODANO, *Il controverso rapporto tra misure di prevenzione personali e status custodiae alla luce della l. 17 ottobre 2017, n. 161*, cit.

Le questioni inerenti all'applicazione delle misure *ante delictum* in termini di attualità e concretezza della pericolosità sociale con riferimento al momento dell'effettiva esecuzione sono state risolte in modo non esaustivo e solo parzialmente soddisfacente nei contenuti.

Le perplessità manifestate in merito ai rapporti tra le misure di prevenzione e l'applicazione di altri istituti, quali la detenzione, per espiazione della pena ovvero per l'esecuzione della misura della custodia cautelare, nonché le misure di sicurezza personali, rendono auspicabili ulteriori modifiche normative.

La disciplina vigente non appare ancora conforme all'esigenza di tutela dell'individuo da valutazioni giurisdizionali non sufficientemente precise con riguardo alla meritevolezza di applicazione di istituti che comportano, specialmente mediante l'imposizione di prescrizioni aggiuntive, solamente in parte tipizzate, significative limitazioni della libertà di circolazione e della libertà personale.

Tali considerazioni appaiono particolarmente rilevanti, se si considera che la conformità ai principi costituzionali, ed in particolare al principio di determinatezza e precisione nella formulazione di norme, quali quelle concernenti le prescrizioni applicabili alle misure di prevenzione personali, rappresenta il risultato dell'interpretazione giurisprudenziale, non, invece, come sarebbe opportuno, e, anzi, doveroso, di un intervento del Legislatore.

CARLOTTA CASSANI

* * *

SEZIONE III

MISURE DI PREVENZIONE PERSONALI:

BREVE COMMENTO ALLE DISPOSIZIONI PROCESSUALI

1. *Il procedimento applicativo delle misure di prevenzione: rilievi introduttivi*

Il d.lgs. 159/2011, nel realizzare un'opera di raccolta e riordino della normativa esistente (anche) in materia di prevenzione penale²³⁴ si occupa di disciplinare il procedimento applicativo delle relative misure, confermando innanzitutto l'ormai diffusa opinione circa la natura giurisdizionale del medesimo. A fronte delle sue origini indiscutibilmente amministrative²³⁵, è infatti oggi nettamente prevalente l'indirizzo che ravvisa nel procedimento di prevenzione la presenza dei connotati tipici della giurisdizionalità.

²³⁴ Sulla genesi della fonte, tra gli altri, A. CISTERNA, *Il codice antimafia tra istanze compilative e modelli criminologici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 512.

²³⁵ Al riguardo, F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12 - sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 122).

Un simile rilievo non può che costituire l'*incipit* di un commento delle rilevanti disposizioni in materia, se non altro poiché consente di porre in risalto un dato di primaria importanza. Attraverso la scelta in favore di un modello assimilabile a quello della giurisdizione penale il legislatore pare infatti voler almeno in parte riequilibrare quell'ontologico *deficit* di garanzie che conota la materia oggetto di attenzione, caratterizzata dalla possibilità di addivenire ad una restrizione della libertà personale del singolo pur in assenza di un accertamento circa la commissione di un fatto di reato, in evidente deroga rispetto al fondamentale principio per cui *nullum crimen, nulla poena*²³⁶.

Per salvaguardare l'effettività dell'opzione legislativa risulterà dunque di primaria importanza privilegiare, ove possibile, interpretazioni che si dimostrino orientate alla valorizzazione delle fondamentali garanzie connesse all'attributo della giurisdizionalità.

2. *Titolarità e contenuto della proposta*

Passando dunque all'analisi del testo normativo, l'art. 5 comma 1, d.lgs. 159/2011 individua immediatamente i soggetti titolari del potere di impulso del procedimento applicativo delle misure della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale. Alla figura del questore, titolare esclusivo della facoltà nel vigore del testo originario della l. 1423/1956, si aggiungono oggi il procuratore nazionale antimafia, il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora il destinatario della proposta ed il direttore della Direzione investigativa antimafia. Ai sensi degli artt. 2 e 3 del d.lgs. 159/2011 resta invece ferma la titolarità esclusiva in capo al questore, anche quale "autorità decidente", per quanto concerne l'applicazione delle misure del foglio di via e dell'avviso orale²³⁷.

Parte della dottrina, in prospettiva *de iure condendo*, non manca di auspicare una limitazione del potere d'iniziativa al solo pubblico ministero (nella persona del procuratore nazionale antimafia ovvero del procuratore "distrettuale"), con esclusione di qualsiasi attribuzione in capo al questore ed al direttore della Direzione investigativa antimafia. A tale riguardo si evidenzia infatti l'inopportunità della permanenza di una legittimazione attiva istituita in favore di autorità amministrative nella cornice di un procedimento dalla chiara natura giurisdizionale²³⁸.

²³⁶ In senso critico cfr. però M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit della giurisdizione senza fatto*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 5, secondo cui le garanzie giurisdizionali del procedimento di prevenzione non sarebbero comunque in grado di sortire l'effetto qui auspicato.

²³⁷ M. MONTAGNA, *I soggetti titolari del potere di agire e le azioni*, in AA. VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Fürfarò, Torino, 2013, 144.

²³⁸ A. CISTERNA, *L'azione di prevenzione tra giusto processo e regole di acquisizione probatoria*, in *Arch. pen.*, 2012, 2 ss.; ID, *La trattazione della proposta al vaglio del giusto processo e delle regole di*

Il secondo comma dell'art. 5 introduce poi una previsione derogatoria riservata alle ipotesi di cui all'art. 4, comma 1, lett. c), i), *i-bis*) e *i-ter*). Con riguardo a tali casi viene infatti prevista una differente attribuzione della titolarità del potere di proposta per quanto riguarda il procuratore della Repubblica: sarà infatti competente ad avanzare la richiesta il pubblico ministero presso tribunale del capoluogo del circondario in aggiunta al procuratore c.d. "distrettuale", e previo un necessario coordinamento con tale ultimo organo. La *ratio* della disciplina è da collegarsi al rilievo per cui nei confronti di soggetti estranei ad ambienti di criminalità organizzata – quali appunto le categorie di destinatari in oggetto – risulterebbe superfluo garantire l'operatività del doppio binario rappresentato dal binomio pena e misura di sicurezza, concretamente assicurato attraverso la concentrazione in capo al procuratore distrettuale del potere di iniziativa in materia di prevenzione e delle funzioni di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.

Al contrario, si ritiene che l'allocazione a livello distrettuale dell'impulso anche nei casi di cui all'art. 5 comma 2 inciderebbe negativamente sulla funzionalità del procedimento, rendendo difficile la raccolta di elementi di prova, più facilmente reperibili presso la dimora del soggetto destinatario della richiesta²³⁹.

L'art. 5, comma 2, d.lgs. 159/2011 stabilisce altresì che, nelle ipotesi di cui all'art. 4, comma 1, lett. c), i), *i-bis*) e *i-ter*), le funzioni di pubblico ministero – normalmente riservate al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto ove dimora l'interessato in forza di quanto statuito al successivo comma 3 – possono essere esercitate anche dal procuratore presso il tribunale competente. Detta previsione sancisce quindi la possibilità di una discutibile differenziazione soggettiva tra il rappresentante dell'accusa e colui che ha dato impulso al procedimento di prevenzione²⁴⁰.

In materia di prevenzione personale è da escludersi un potere di applicazione officiosa della misura da parte del Tribunale, essendo al contrario sempre richiesta una specifica iniziativa da parte di uno dei soggetti legittimati alla proposta. A tale riguardo un recente indirizzo giurisprudenziale ritiene tuttavia che tale requisito sia esclusivamente idoneo a determinare l'esistenza di un principio della domanda "attenuato"²⁴¹.

I giudici di legittimità, infatti, pur riconoscendo l'essenzialità della proposta per l'avvio del procedimento di prevenzione, osservano che la misura concretamente indicata dall'autorità proponente non vincola il giudice nella determinazione del

acquisizione probatoria, in AA. VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Fürfaro, Torino, 2013, 158. La soluzione non risulta però almeno allo stato accolta dal testo del d.d.l. n. 2134 in materia di "Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159".

²³⁹ L. FILIPPI, M. F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, Torino, 2011, 113.

²⁴⁰ Rileva la potenziale diversità del pubblico ministero proponente rispetto al rappresentante dell'accusa in udienza F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito di manifestazioni sportive*, Milano, 2012, 139.

²⁴¹ Cass., sez. I, 14 ottobre 2015, n. 45417, Arziliero, in *CED Cass.*, rv 265102.

contenuto del provvedimento applicativo. Più nello specifico è stato chiarito che “è legittima l’applicazione dell’obbligo di soggiorno, unitamente alla sorveglianza speciale di P.S., anche nell’ipotesi in cui la proposta abbia avuto ad oggetto solo quest’ultima misura”. La massima sembra peraltro porsi in contraddizione rispetto ad un pur risalente orientamento giurisprudenziale che impediva al giudice di applicare una misura più grave rispetto a quella oggetto della proposta²⁴².

Spicca rispetto alla previgente disciplina di cui alla l. 1423/1956 la radicale eliminazione dell’avviso-diffida da parte del questore quale condizione di validità del procedimento per l’applicazione delle misure della sorveglianza speciale e dell’obbligo di soggiorno in ipotesi diverse rispetto a quelle considerate dalla l. 575/1965²⁴³.

In dottrina è discussa la natura obbligatoria ovvero meramente facoltativa del promovimento dell’azione di prevenzione. A chi sostiene la necessità di equiparare l’iniziativa di prevenzione all’esercizio dell’azione penale²⁴⁴, si contrappongono coloro che evidenziano l’opportunità di circoscrivere l’obbligatorietà dell’iniziativa al solo procedimento penale propriamente inteso²⁴⁵. Tale ultima opinione fa leva sul dato testuale della norma secondo cui le misure in questione “*possono* essere proposte”.

La prima soluzione, principalmente ispirata da evidenti ragioni di coerenza sistematica, apparirebbe preferibile anche in considerazione delle posizioni recentemente assunte dalla giurisprudenza di legittimità.

La Cassazione riconosce infatti l’essenzialità della proposta ai fini dell’avvio del procedimento di prevenzione, offrendo così supporto alla tesi che argomenta per la natura obbligatoria del suo esercizio. Ulteriore indice a sostegno della tesi che qualifica come obbligatoria l’iniziativa di prevenzione potrebbe essere rappresentato dalla riconosciuta necessità di procedere alla formale archiviazione del procedimento nell’ipotesi dell’insussistenza di elementi sufficienti a giustificare la richiesta di applicazione una delle misure in questione²⁴⁶.

3. *La competenza territoriale*

L’art. 5 del d.lgs. n. 159/2011 si incarica altresì di individuare l’autorità competente a ricevere la richiesta di applicazione di una misura di prevenzione personale, iden-

²⁴² Per gli opportuni riferimenti si veda P.V. MOLINARI, *Passi sempre più indietro nella contestazione degli addebiti nel procedimento di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 1999, 2973; nonché R. GUERRINI L. MAZZA S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziale e processuali*, 2° ed., Padova, 2004, 287.

²⁴³ Cfr. il testo dell’abrogato art. 4 della L. 1423/1956 nonché, in giurisprudenza, Cass. Sez. I, 9 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2212.

²⁴⁴ L. FILIPPI M. F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., 119.

²⁴⁵ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia*, cit., 137.

²⁴⁶ Cfr. al riguardo Proc. Rep. Lanciano, Decreto 15 maggio 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*.

tificata nelle nuove sezioni o collegi specializzati in materia di prevenzione istituiti presso tribunali dei capoluoghi di distretto ai sensi dell'art. 7-*bis*, comma 2-*sexies*, dell'ordinamento giudiziario (salva l'istituzione di due Uffici "speciali" all'interno dei Tribunali di Trapani e Santa Maria Capua Vetere rispettivamente competenti per i soggetti dimoranti nelle province di Trapani e Caserta). L'opzione di specializzazione rivela evidentemente la crescente importanza tributata del legislatore agli strumenti di prevenzione nell'ottica di un'anticipazione della risposta punitiva.

Il criterio attributivo della competenza territoriale, in maniera analoga rispetto a quanto previsto dalla l. 1423/1956 e dalla l. 575/1965, è rappresentato dalla dimora della persona attinta dalla richiesta, nozione a sua volta da identificarsi con il luogo in cui il soggetto manifesta i suoi comportamenti socialmente pericolosi al momento della formulazione della proposta di applicazione della misura, secondo l'accezione costantemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità.

Più nel dettaglio, i giudici hanno più volte avuto modo di affermare come la nozione di dimora rilevante ai fini dell'individuazione del giudice territorialmente competente differisca dal concetto di dimora in senso civilistico, dovendosi ai presenti fini attribuire un valore preponderante non già al dato formale rappresentato dalle risultanze anagrafiche o dal luogo ove la persona si trova abitualmente, bensì ad indici sostanziali connessi appunto alla materiale estrinsecazione della pericolosità²⁴⁷.

Il criterio richiamato dà luogo ad un primo dubbio interpretativo con riguardo al caso in cui le condotte sintomatiche della pericolosità si concretino in una pluralità di atti posti in essere in diversi luoghi.

A fronte del silenzio serbato dal legislatore sul punto, l'indirizzo prevalente in giurisprudenza afferma la necessità di ricorrere all'applicazione analogica del disposto dell'art. 16 c.p.p., ravvisando nel caso di "pericolosità diffusa" la competenza a provvedere in capo al giudice del luogo in cui sono state poste in essere le condotte di maggiore gravità, valutata alla luce dello spessore e della rilevanza delle azioni²⁴⁸.

Talvolta è stato però attribuito valore pregnante al luogo in cui "la pericolosità sociale si manifesti con carattere di continuità in rapporto con l'ambiente locale", negando rilevanza decisiva alla collocazione spaziale della condotta di più grave²⁴⁹.

Qualora la prognosi di pericolosità si fondi su indizi di appartenenza ad un sodalizio criminale, la Corte di cassazione ha recentemente avuto modo di ribadire come ai fini della determinazione della competenza territoriale non rilevi il dato formale delle risultanze anagrafiche del soggetto, dovendosi al contrario considerare il luogo in cui si trova il centro decisionale ed organizzativo del sodalizio, senza tenere altresì conto dell'esistenza di eventuali ramificazioni o derivazioni dello stesso localizzate in altri contesti spaziali²⁵⁰.

²⁴⁷ Così, tra le altre, Cass., sez. I, 10 maggio 2011, n. 27086, Di Dio Busà, in *CED Cass.*, rv 250802.

²⁴⁸ Cass., sez. V, 31 marzo 2010, n. 19067, Gaglianò ed al., in *CED Cass.*, rv 247504.

²⁴⁹ Cass., sez. I, 7 luglio 2015, n. 45380, La Rosa, in *CED Cass.*, rv 265255.

²⁵⁰ Cass., sez. I, 24 marzo 2015, n. 23407, Lin ed al., in *CED Cass.*, rv 263964.

4. *Udienza di prevenzione: diritto alla partecipazione dell'interessato e del suo difensore, dinamiche probatorie*

A seguito della presentazione della proposta avanzata a norma dell'art. 5 del d.lgs. 159/2011, il tribunale territorialmente competente dispone di trenta giorni entro i quali provvedere con decreto motivato in ordine all'eventuale applicazione di una misura di prevenzione personale.

Tale termine è da intendersi come meramente ordinatorio, non derivando dalla sua inosservanza alcuna sanzione processuale²⁵¹. Lo stesso è ritenuto assoggettabile alla sospensione feriale *ex l.* 742/1969. Ne discende che, a norma dell'art. 2-*bis* della fonte da ultimo citata, la predetta sospensione non troverà applicazione – per quanto qui interessa – ogni volta in cui sia stata provvisoriamente disposta una misura personale o interdittiva a norma dell'art. 9 del d.lgs. 159/2011 e gli interessati o i loro difensori vi abbiano espressamente rinunciato, ovvero qualora il giudice abbia dichiarato su richiesta del pubblico ministero l'urgenza del procedimento²⁵².

Il provvedimento decisorio è da equipararsi quanto alla sua natura giuridica alla sentenza conclusiva del giudizio, con tutto quanto ne consegue in ordine all'operatività delle regole circa l'identificazione dell'autorità competente a decidere a seguito di annullamento con rinvio della decisione e delle previsioni in materia incompatibilità endoprocedimentale dei giudici²⁵³. La conclusione è oggi rafforzata dal contenuto dei commi 10-*sexies* – 10-*octies* d.lgs. n. 159/2011, che dettano un'espressa disciplina per la redazione differita dei motivi sostanzialmente analoga a quella prevista per la sentenza dal codice di rito.

Il provvedimento emesso all'esito del procedimento di prevenzione determina l'operatività della preclusione di cui all'art. 649 c.p.p. in materia di divieto di un secondo giudizio. Come si vedrà, infatti, la riproposizione di richiesta analoga a quella su cui il tribunale si è già espresso risulterà inammissibile²⁵⁴.

La norma in commento prosegue dettando alcune previsioni specificamente relative alla celebrazione dell'udienza che precede la decisione del tribunale, che risulta strutturata secondo il modello della camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p. pur con alcune significative deviazioni di cui si darà conto subito *infra*.

Una di esse è quella immediatamente prevista dall'art. 7, comma 1, del d.lgs. 159/2011 in materia di pubblicità dell'udienza. La norma in commento infatti, dopo aver stabilito la regola generale per cui l'udienza camerale si svolge senza la

²⁵¹ Cass., sez. I, 24 marzo 2015, n. 23407, Lin ed altro, in *CED Cass.*, rv 263963.

²⁵² F. BRIZZI P. PALAZZO A. PERDUCA, *Le nuove misure di prevenzione personali e patrimoniali dopo il codice antimafia (D.Lgs. n. 159/2011)*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 54.

²⁵³ Cfr. Corte app. Catanzaro, 12 marzo 2009, in *Giur. mer.*, 2010, 1096, con nota di T. SAPORITO, nonché – più in generale sulla natura di sentenza del decreto conclusivo del giudizio di prevenzione – Cass., s.u., 29 ottobre 2009, n. 600, Galdieri, in *CED Cass.*, rv 245174

²⁵⁴ Diffusamente sul punto, tra gli altri, F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia*, cit., 206 ss.

presenza del pubblico, consente la celebrazione di un'udienza pubblica su ordine del presidente qualora l'interessato ne faccia richiesta.

Secondo alcuni la disposizione citata, piuttosto che limitarsi a prevedere uno svolgimento differenziato del procedimento camerale attraverso la sua apertura al pubblico, sembrerebbe attribuire all'interessato la facoltà di richiedere la trattazione del procedimento nelle forme di cui all'art. 471 c.p.p.²⁵⁵.

La formulazione normativa è senz'altro da ricondurre alle posizioni assunte dapprima in ambito sovranazionale dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁵⁶, successivamente fatte proprie dalla giurisprudenza costituzionale²⁵⁷.

La Corte di Strasburgo ha infatti per prima rilevato la violazione delle previsioni in materia di giusto processo convenzionale da parte della normativa italiana che non consentiva la celebrazione pubblica delle udienze *de quibus*, in cui il giudice è chiamato ad effettuare una valutazione di merito in ordine alla pericolosità del soggetto destinatario della richiesta di prevenzione. Veniva più precisamente in rilievo il diritto di ottenere lo svolgimento pubblico dell'udienza inteso quale elementare garanzia della *fairness* del procedimento di prevenzione, al fine di scongiurare la legittimazione di "una giustizia segreta che sfugge al controllo del pubblico"²⁵⁸.

Consequenziale dunque, almeno in base al precipitato argomentativo delle cc.dd. sentenze "gemelle" Corte cost., n. 348 e n. 349/2007, l'incostituzionalità per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. della disciplina previgente nella parte in cui non prevedeva la facoltà per l'interessato di richiedere la trattazione del procedimento in pubblica udienza (artt. 4 l. 1423/1956 e 2-ter l. 575/1965).

L'interessato ha quindi il diritto di ottenere quantomeno l'apertura al pubblico della camera di consiglio a sua semplice richiesta, senza limitazioni di sorta diverse rispetto a quelle rinvenibili nelle ipotesi di celebrazione del dibattimento a porte chiuse di cui al c.p.p., peraltro ad avviso di taluno "di difficile verifica" nell'ambito del procedimento di prevenzione²⁵⁹. Il diniego opposto alla richiesta dell'interessato di celebrazione pubblica dell'udienza in assenza di taluna delle ipotesi da ultimo menzionate determinerà, ad avviso dell'opinione maggioritaria, il verificarsi di una nullità relativa²⁶⁰.

Per quanto attiene alle attività preliminari alla trattazione dell'udienza di prevenzione, si prevede innanzitutto che il presidente del tribunale fissi la

²⁵⁵ Così A. GAITO S. FURFARO, *Consensi e dissensi sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*, in *Giur. cost.* 2010, 1065 ss.

²⁵⁶ Il riferimento va a Corte eur. dir. uomo, sez. II, Boccellari e Rizza c. Italia, 13 novembre 2007, ric. n. 399/02.

²⁵⁷ Corte cost., 8 marzo 2010, n. 93.

²⁵⁸ Così ancora Corte eur. dir. uomo, sez. II, Boccellari e Rizza c. Italia.

²⁵⁹ F. LICATA, *Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2010, 1077.

²⁶⁰ A. Tricoli, *Sub art. 7*, in AA. VV., *Leggi complementari al codice di procedura penale*, a cura di G. Canzio e G. Tranchina, Milano, 2013, 859.

data dell'udienza, facendone dare avviso alle parti, ai difensori ed agli altri interessati mediante avviso comunicato o notificato almeno dieci giorni prima dell'udienza, da intendersi come liberi in analogia rispetto a quanto stabilito con riguardo al disposto dell'art. 666, comma 3, c.p.p.²⁶¹. Spicca l'esiguità del termine di comparizione, potenzialmente inadatto a consentire un effettivo esercizio del diritto di difesa quantomeno a fronte di iniziative "complesse" in quanto supportate da una rilevante mole di materiale a sostegno della proposta di prevenzione.

Nel vigore della disciplina precedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159/2011 l'avviso di fissazione dell'udienza veniva costantemente equiparato all'atto di citazione in giudizio *ex art.* 429 c.p.p.²⁶². La conclusione cui pervengono i giudici di legittimità non è mutata a seguito dell'adozione del c.d. codice antimafia e pertanto, a corollario logico di simile impostazione, si ritiene che sia affetto da nullità l'avviso che non contenga l'indicazione della misura di cui si chiede l'applicazione o la specifica forma di pericolosità contestata²⁶³.

Appare altresì corretto ritenere che, in aggiunta ai requisiti contenutistici dettati per il decreto di citazione a giudizio, l'avviso debba contenere anche l'esplicito avvertimento che il proposto potrà essere sentito se comparirà e che, se detenuto o internato in luogo posto fuori la circoscrizione del giudice, tale facoltà di interlocuzione potrà oggi essere esercitata mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'articolo 146-*bis*, commi 3, 4, 5, 6 e 7, disp. att. c.p.p. ovvero con la comparizione personale se ritenuta necessaria dal collegio.

Stante la ricordata equiparazione dell'atto in esame al decreto di citazione a giudizio, deve altresì ritenersi che la sua notificazione o comunicazione intempestiva darà luogo ad una nullità a regime intermedio *ex art.* 178, comma 1, lett. b) o c) c.p.p. a seconda che la tardività riguardi l'atto indirizzato al pubblico ministero o alla parte privata. Di contro, nel caso di omessa notifica, si produrrà una nullità assoluta ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. c) e dell'art. 179, comma 1, c.p.p. ove il mancato avviso riguardi il proposto ovvero il suo difensore²⁶⁴.

L'art. 7, comma 3, d.lgs. 159/2011, analogamente rispetto a quanto previsto in via generale dall'art. 127, comma 2, c.p.p., sancisce la possibilità di depositare memorie fino a cinque giorni prima dell'udienza.

Secondo alcune pronunce il termine in questione avrebbe natura meramente ordinatoria e pertanto, anche oltre tale scadenza, sarebbe consentito

²⁶¹ Cass., sez. I, 1 ottobre 2009, n. 41581, Licciardello, in *CED Cass.*, rv 245055)

²⁶² Cass., sez. I, 30 novembre 2004, n. 49279, in *Cass. pen.*, 2006, 1558.

²⁶³ In tal senso, tra le altre, Cass., sez. I, 14 novembre 2014, n. 51843, Santarelli, in *CED Cass.*, rv 261608.

²⁶⁴ A. DE CARO, *Il giudizio di primo grado*, in AA. VV., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. C. PALAZZO E C. E. PALIERO, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, Torino, 2015, 485. La nullità sarà invece a regime intermedio nel caso di omesso avviso alla parte pubblica.

alle parti il deposito di atti integrativi, memorie e documenti purché venga sempre assicurato il diritto delle altre parti a contraddire riguardo al loro contenuto²⁶⁵.

A seguito delle modifiche operate dalla l. n. 161/2017, appare oggi possibile individuare una fase preliminare al vero e proprio “dibattimento” di prevenzione. Tale fase avrà innanzitutto ad oggetto la verifica in ordine alla regolare costituzione delle parti ed i provvedimenti circa l’ammissione delle prove, effettuata attraverso parametri sostanzialmente analoghi a quelli dettati dal codice di rito. Durante il segmento “predibattimentale” dovranno essere altresì oggi eccepite, a pena di decadenza, le questioni inerenti alla competenza territoriale ed alla legittimazione attiva del proponente (v. commi 10-*bis* e 10-*ter*).

Il rinvio operato dall’art. 7, comma 9, d.lgs. 159/2011 alle disposizioni di cui all’art. 666 c.p.p. consente la pronuncia di una declaratoria preliminare d’inammissibilità della proposta di applicazione di una misura di prevenzione. Il giudice rileverà pertanto l’inammissibilità dell’atto introduttivo nel caso di manifesta infondatezza delle condizioni di legge ovvero nell’ipotesi di mera reiterazione di domanda già presentata. Da tale ultimo rilievo si deduce dunque l’operatività nel procedimento di prevenzione della preclusione di cui all’art. 649 c.p.p. in materia di divieto di un secondo giudizio, in maniera del resto coerente rispetto alla riconosciuta equiparabilità del decreto *ex* art. 7, comma 1, d.lgs. 159/2011 alla sentenza conclusiva del giudizio. Il c.d. *ne bis idem* impedirebbe dunque l’emissione di un nuovo provvedimento basato su di una mera rivalutazione degli elementi già esaminati dal primo giudice ma, ad avviso dei più, non precluderebbe l’avvio di un nuovo procedimento di prevenzione in cui la relativa richiesta si fondi su di un mutamento delle circostanze fattuali che giustificavano la prima iniziativa stante la natura di “giudizio allo stato degli atti” del procedimento in esame²⁶⁶.

L’udienza si svolge con la necessaria presenza del pubblico ministero e del difensore del proposto, mentre la partecipazione degli altri destinatari dell’avviso di cui al comma 2 è prevista come meramente eventuale.

La partecipazione del destinatario della richiesta non è necessaria, e stando al dato normativo la sua audizione potrà avvenire mediante collegamento audiovisivo o comparizione personale ove lo stesso abbia richiesto di essere sentito e si trovi detenuto od internato in luogo al di fuori della circoscrizione del giudice che procede. La nuova formulazione della norma in commento abbandona dunque l’istituto dell’esame condotto dal magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione.

Già nel vigore della vecchia disciplina la dottrina più attenta suggeriva peraltro una condivisibile interpretazione per cui essa non sarebbe stata ostativa alla partecipazione del prevenuto detenuto fuori distretto qualora egli ne avesse fatto

²⁶⁵ Cass., sez. VI, 10 luglio 2013, n. 44408, Qoshja ed altro, in *CED Cass.*, rv 257747. *Contra* però Cass., sez. V, 23 gennaio 2014, n. 16311, Di Vincenzo ed altri, in *CED Cass.*, rv 259875.

²⁶⁶ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia*, cit., 164 ss.

tempestiva richiesta, a pena di nullità assoluta, analogamente rispetto a quanto già ritenuto con riguardo all'art. 127 c.p.p.²⁶⁷.

L'attuale previsione tutela comunque in maniera più effettiva la piena operatività dei principi del giusto processo, oltre a porsi in linea di continuità rispetto all'accresciuta sensibilità dimostrata dal legislatore con riguardo alle facoltà partecipative dell'interessato nell'ambito dei procedimenti camerati, recentemente testimoniata anche dall'intervento della l. 67/2015 la quale – in materia di riesame delle misure coercitive personali – ha modificato il testo dell'art. 309, comma 8, c.p.p. sancendo il diritto dell'imputato a partecipare all'udienza di riesame peraltro a prescindere dal luogo di restrizione dello stesso²⁶⁸.

Coerentemente rispetto a quanto previsto al comma precedente, il comma 5 dell'art. 7 limita la rilevanza del legittimo impedimento dell'interessato ai casi in cui lo stesso abbia chiesto di essere sentito personalmente e non sia detenuto o internato al di fuori della circoscrizione del giudice procedente. Solo al ricorrere di tali evenienze il proposto vanterebbe infatti un diritto all'audizione personale capace di imporre il rinvio dell'udienza. La rilevanza del legittimo impedimento è oggi condivisibilmente estesa anche al difensore del proposto²⁶⁹.

La formulazione normativa risulta criticabile in forza di quanto già argomentato in relazione alla necessità di riconoscere un diritto alla comparizione personale anche in favore del ristretto al di fuori del contesto spaziale della circoscrizione. Sul punto occorre altresì rilevare come appaia eccessivamente limitativo nei confronti delle prerogative partecipative dell'interessato confinare l'operatività dell'istituto in rilievo all'esistenza di una richiesta di audizione personale. A tale riguardo basterà infatti evidenziare come il diritto alla partecipazione, lungi dall'esaurirsi nella mera audizione diretta del soggetto, si estrinsechi anche attraverso la semplice partecipazione "passiva" del medesimo.

Pare dover essere a maggior ragione considerato in termini critici anche l'orientamento inutilmente formalistico che nega rilievo, ai fini della sussistenza dell'impedimento, alla richiesta di audizione avanzata per conto dell'interessato dal suo difensore²⁷⁰. In aggiunta alle considerazioni generali già sviluppate, si può qui ulteriormente evidenziare come la questione possa trovare una diversa soluzione anche in forza del disposto dell'art. 99, comma 1, c.p.p., che attribuisce in via generale al difensore l'esercizio delle prerogative non personalissime dell'assistito.

Stante la natura pacificamente eventuale della presenza del proposto, occorre altresì interrogarsi in ordine agli effetti della sua assenza. A tale riguardo era in passato opinione diffusa quella tesa a negare l'applicabilità dell'istituto della contuma-

²⁶⁷ Così ancora F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia*, cit., 191.

²⁶⁸ E. N. LA ROCCA, *Prerogative personali dell'imputato*, in D. CHINNICI, D. NEGRI, E. N. LA ROCCA, F. MORELLI, *Le misure cautelari personali nella strategia del "minimo sacrificio necessario"*, Roma, 2015, 100.

²⁶⁹ Secondo quanto già precedentemente ritenuto in dottrina. Cfr. A. DE CARO, *Il giudizio di primo grado*, cit., 491-492.

²⁷⁰ Cass., sez. I, 12 marzo 2003, n. 224778, p.m. in proc. Abitudine, in *CED Cass.*, rv 224778.

cia all'interno del procedimento di prevenzione in forza della sua assimilabilità al modello procedimentale di cui all'art. 127 c.p.p. Il rilievo sarebbe in ogni caso da riferire oggi alla disciplina dell'assenza ex l. 67/2014.

La l. n. 161/2017 ha condivisibilmente eliminato la problematica disposizione di cui al vecchio comma 6 dell'articolo in commento, che fondava un inedito obbligo di partecipazione a carico del soggetto che doveva essere interrogato, oggi sostituito da un mero invito a comparire con l'avvertimento della facoltà di non rispondere.

Quanto alle concrete modalità di svolgimento dell'udienza assume particolare rilievo la questione relativa ai caratteri della fase istruttoria. Si discute infatti se tale fondamentale momento, assistito nell'ambito del processo penale dall'operatività del principio della formazione partecipata della prova, debba essere connotato anche nel procedimento di prevenzione da analoghe modalità.

Ferma la natura prevalentemente cartolare del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione personali e l'ontologica nota inquisitoria che lo caratterizza, l'opinione più corretta sul punto appare senza dubbio quella incline a riconoscere l'operatività del contraddittorio nella formazione della prova anche nello specifico ambito in considerazione²⁷¹, pur con i limiti derivanti dalla generale precostituzione del materiale istruttoria a disposizione del giudice.

Del resto, proprio alla luce di tale assunto viene interpretato il rinvio operato dal comma 9 della norma in commento alle disposizioni dell'art. 666 c.p.p. Sebbene l'art. 185 disp. att. c.p.p. preveda infatti un'acquisizione probatoria in sede esecutiva connotata dall'assenza di particolari formalità, è proprio il testo dell'art. 666, comma 5, c.p.p. a fissare comunque lo standard minimo del rispetto del principio del principio dialogico²⁷².

Oltre alla specifica questione appena esaminata, la preferenza per i canoni della giurisdizione penale dovrebbe guidare la risoluzione di ulteriori questioni interpretative in ambito probatorio.

Sembra dunque in primo luogo corretto garantire l'operatività dei divieti di utilizzabilità generalmente riconosciuti nell'ambito del procedimento penale anche nell'accertamento di prevenzione. Rileveranno dunque senz'altro in tal senso il disposto dell'art. 195, comma 7, c.p.p. in materia di testimonianza indiretta²⁷³, unitamente alla disciplina relativa alla inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche dettata all'art. 271 c.p.p.

Dello stesso avviso le Sezioni Unite, secondo cui l'inutilizzabilità della prova ex art. 191 c.p.p. ne preclude la spendita anche nel procedimento di prevenzione²⁷⁴. La soluzione prescelta sembra suffragata dal testo del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 7.

²⁷¹ G. PICCIOTTO, *Il regime della prova nel procedimento di prevenzione*, in *Giur. mer.*, 2004, 2538.

²⁷² A. DE CARO, *Il giudizio di primo grado*, cit., 495-496; F. CAPRIOLI D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Torino, 2012, 322.

²⁷³ Cass., sez. V, 27 ottobre 2010, n. 3687, Cassano ed altri, in *CED Cass.*, rv 249691.

²⁷⁴ Cass., s.u., 25 marzo 2010, n. 13426, Cagnazzo, in *CED Cass.*, rv 246271.

Meno rigorosa è invece la giurisprudenza in relazione all'utilizzo dei criteri di valutazione della prova. In particolare, si ritiene che la decisione potrà legittimamente fondarsi su elementi di natura indiziaria pur senza la necessità di rispettare le prescrizioni di cui all'art. 192 c.p.p.²⁷⁵.

Il rilievo circa il ricorso alle regole generalmente dettate dal codice di rito possiede importanti implicazioni con riguardo alla necessaria operatività del principio di immutabilità del giudice²⁷⁶ ed al riconoscimento del diritto alla prova delle parti che pure non consente ad avviso della giurisprudenza la configurabilità del vizio derivante dalla mancata assunzione di una prova decisiva²⁷⁷.

5. I provvedimenti urgenti

L'art. 9 del d.lgs. 159/2011 sancisce la possibilità di applicare in via d'urgenza alcune misure interinali tese ad anticipare gli effetti della decisione conclusiva del giudizio (comma 2), ovvero a limitare comunque la libertà di circolazione del proposto al fine di garantire la funzionalità dell'intervento di prevenzione (commi 1 e 2-bis). La facoltà risulta espressamente limitata ai casi in cui la proposta sia riferita all'applicazione della misura della sorveglianza speciale con divieto o obbligo di soggiorno (sorveglianza speciale ed obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale nei confronti delle persone di cui all'articolo 4, comma 1, lettera d)). Appaiono dunque evidenti le analogie degli strumenti in questione rispetto alle misure cautelari di cui al libro IV del c.p.p., così come spicca la regolamentazione assai più scarna riservata alla materia da parte del c.d. codice antimafia.

Emerge in particolare l'assenza di qualsiasi previsione relativa ai presupposti applicativi di misure direttamente incidenti sui diritti fondamentali della persona, tanto da spingere addirittura taluno, già nel vigore della disciplina previgente al d.lgs. 159/2011, a rilevare "il disprezzo di ogni più elementare regola di tecnica normativa"²⁷⁸.

Sembra comunque possibile, oltre che sicuramente auspicabile, rimediare all'evidente lacunosità del testo di legge facendo applicazione dei principi generali in materia di misure incidenti sulle libertà fondamentali del singolo applicate in pendenza di giudizio, così da argomentare per la necessaria sussistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Più nel dettaglio, il primo presupposto dovrà essere in concreto identificato in una prognosi favorevole circa l'accoglimento della proposta di prevenzione, mentre il requisito del *periculum in mora* risulterà integrato dalla presenza di concreti

²⁷⁵ L. FILIPPI M. F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., 153.

²⁷⁶ Al riguardo P.V. MOLINARI, *Ritorno alla costante precedente giurisprudenza in tema di immutabilità del giudice nel procedimento di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2003, 1308.

²⁷⁷ Cass., sez. I, 10 febbraio 2009, n. 864, Giuliana, in *CED Cass.*, rv 242887.

²⁷⁸ R. GUERINI L. MAZZA S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, Padova, 2004, 296.

elementi dimostrativi della volontà del proposto di sottrarsi all'esecuzione della misura²⁷⁹.

Venendo a considerare il contenuto delle misure irrogabili in via d'urgenza, il primo comma della norma in commento prevede innanzitutto la possibilità di disporre il temporaneo ritiro del passaporto ovvero la sospensione della validità ai fini dell'espatrio di altri documenti equipollenti. In questo caso appare dunque evidente la strumentalità del provvedimento rispetto alla necessità di evitare che il proposto si sottragga all'esecuzione della misura di prevenzione nelle more della conclusione del relativo procedimento applicativo.

Al comma 2 dell'art. 9 è altresì sancita la possibilità di disporre in pendenza di giudizio l'immediata applicazione temporanea delle misure del divieto o obbligo di soggiorno. Questa seconda ipotesi, dotata di evidenti contenuti anticipatori rispetto alla decisione assunta all'esito del procedimento, sembra preordinata a soddisfare esigenze di tutela della collettività attraverso l'immediata limitazione della libertà personale del proposto. Proprio in forza della menzionata natura anticipatoria, parte della dottrina sostiene la possibilità di operare un c.d. scomputo del periodo presofferto in applicazione dell'obbligo o divieto di dimora *ex* art. 9, comma 2, d.lgs. 159/2011, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 657 c.p.p. con riguardo al periodo di custodia cautelare²⁸⁰.

Non si può comunque che stigmatizzare la vaghezza del precetto, che subordina il ricorso alla facoltà in esame unicamente alla sussistenza di non meglio precisati motivi di particolare gravità. Appare dunque assolutamente auspicabile un'esegesi restrittiva della norma, che limiti l'intervento anticipatorio alle fattispecie effettivamente caratterizzate dalla presenza di inequivocabili e documentate esigenze "cautelari" non altrimenti fronteggiabili.

La norma in commento è infine esplicita nel radicare la competenza ad emettere i provvedimenti in esame in capo al presidente del tribunale, individuando altresì la forma degli stessi in quella del decreto.

Quantunque l'art. 9 non detti alcuna esplicita previsione in ordine ai contenuti del decreto, sembra necessario che lo stesso rechi quantomeno la compiuta esposizione delle ragioni a sostegno della sua pronuncia. Una simile necessità risulta infatti imposta dal rispetto del generale obbligo di motivazione gravante sul giudicante.

L'art. 9 prevede infine al comma 2-*bis* l'eventualità del ritiro del passaporto e la sospensione della validità degli altri documenti validi ai fini dell'espatrio recentemente introdotto ad opera del c.d. "decreto antiterrorismo".

La genesi ed i contenuti della novella sembrano testimoniare la *ratio* sottesa all'intervento legislativo, evidentemente volto a garantire l'effettività dei provvedimenti limitativi della libertà di circolazione adottati nei confronti dei soggetti di cui all'art. 4, comma 1, lett. d) del d.lgs. 159/2011.

²⁷⁹ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel codice antimafia*, cit., 204-205.

²⁸⁰ M. C. RUSSO, voce *Processo di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991.

La speciale previsione in commento risulta infatti funzionale a scongiurare l'allontanamento dal territorio nazionale del proposto nelle more dell'adozione del provvedimento di cui all'art. 9, comma 1²⁸¹.

L'art. 9, comma 2-*bis* si occupa altresì di disciplinare la procedura di convalida della misura applicata in via interinale dal Questore. Sulla falsariga rispetto a quanto previsto dall'art. 6, comma 3, L. 401/1989 in materia di convalida dell'obbligo di presentazione presso un ufficio o comando di polizia in occasione di manifestazioni sportive, la misura dovrà essere immediatamente comunicata al procuratore territorialmente competente, il quale – fatta salva la possibilità di ordinarne l'immediata sospensione – disporrà di un termine di 48 ore per richiedere la convalida al presidente del tribunale del capoluogo di provincia in cui dimora l'interessato, il quale procederà a sua volta entro 48 ore nelle forme di cui all'art. 9, comma 1, d.lgs. 159/2011.

Si prevede opportunamente, pur con le precisazioni che si andranno ad effettuare subito appresso, l'automatica cessazione degli effetti della misura applicata dal Questore qualora il procedimento di convalida non si concluda nelle 96 ore successive al ritiro del passaporto.

La novella, per quanto espressione di innegabili finalità di tutela dell'effettività del procedimento di prevenzione, si espone ad alcuni rilievi critici.

Preme innanzitutto evidenziare l'omessa previsione di un termine di durata massima delle misure disposte in via interinale. La lacuna normativa esige dunque di essere colmata in via interpretativa, e taluno ritiene possibile far derivare l'immediata caducazione della misura disposta in via d'urgenza dal mancato rispetto del termine di trenta giorni per la definizione del procedimento di prevenzione cui all'art. 7, comma 1, del d.lgs. 159/2011²⁸².

L'illegittimità di una restrizione d'urgenza *sine die* emerge per altro verso dai principi elaborati in sede sovranazionale dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁸³.

Sul versante dei soggetti attivi della speciale procedura *de qua* spicca poi l'attribuzione della facoltà di cui al comma 2-*bis* al solo Questore, senza che risulti disciplinato un analogo potere in capo agli ulteriori legittimati alla presentazione della richiesta di prevenzione.

²⁸¹ Cfr. al riguardo A. BALSAMO, *Le modifiche in materia di misure di prevenzione e di espulsione degli stranieri*, in AA. VV., *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di R. E. Kistoris e Francesco Viganò, Torino, 2015, 34-35.

²⁸² Tra gli altri, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12 – sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, 144. Un diverso e minoritario indirizzo argomenta al contrario per la natura meramente ordinatoria del termine in oggetto, anche in relazione alla durata massima delle misure *de quibus*. La prima soluzione, caratterizzata da elementi di coerenza e ragionevolezza principalmente rinvenibili nella valorizzazione della eccezionalità e strumentalità dell'intervento anticipatorio, potrebbe nondimeno scontrarsi con il disposto dell'art. 173, comma 1, c.p.p., che limita la preteritorietà dei termini ai casi di espressa previsione legislativa.

²⁸³ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 20 gennaio 2011, Makedonski c. Bulgaria, ric. n. 36036/04.

La perdita di efficacia della misura al mancato rispetto del solo termine totale di 96 ore origina dubbi in ordine alle conseguenze eventualmente derivanti dall'inosservanza dei termini intrafasici relativi alla presentazione della richiesta di convalida ed alla decisione del tribunale, cui gli artt. 390, comma 3, e 391, comma 7, c.p.p. in materia di arresto ricollegano invece esplicitamente la perdita di efficacia della misura precautelare.

6. *Il sistema delle impugnazioni*

L'art. 10 del d.lgs. 159/2011 esaurisce le disposizioni in materia di impugnazioni all'interno del procedimento di prevenzione. La disciplina si presenta come in larga parte riproductiva del dettato dell'abrogata l. 1423/1956, occupandosi di regolare il procedimento di appello ed il ricorso in cassazione.

La previsione di un sistema di rimedi, peraltro articolato nelle forme del doppio grado di giudizio, si pone in linea di continuità rispetto all'oramai pacifica natura giurisdizionale del procedimento di prevenzione, e con l'esigenza di assicurare un adeguato apparato di controlli in relazione a provvedimenti capaci di incidere sulla libertà personale.

Come si evince immediatamente dal comma 4 della disposizione in commento, la disciplina rilevante in materia di impugnazioni non si esaurisce in verità nel testo del solo art. 10. È infatti esplicito il rinvio alle norme dettate in materia di proposizione e decisione dei ricorsi relativi all'applicazione delle misure di sicurezza dettate dal codice di rito.

Un simile richiamo normativo determinerà dunque l'applicabilità dell'art. 680 c.p.p. nonché – secondo un sistema di rinvii “a catena” – la possibilità di invocare l'operatività delle disposizioni generali in materia di impugnazioni. Tale effetto deriva appunto dal tenore dell'art. 680, comma 3, c.p.p., il quale rinvia a sua volta alle previsioni di cui agli artt. 568 ss. c.p.p.

In termini generali, risulta quindi operativo anche all'interno del sistema di prevenzione il principio di tassatività delle impugnazioni *ex* art. 568 c.p.p. I provvedimenti impugnabili ed i soggetti legittimati a proporre il gravame sono pertanto limitati a quelli espressamente previsti dalla legge.

Quanto al primo profilo non risulteranno suscettibili di impugnazione provvedimenti relativi alla competenza o alla giurisdizione se produttivi di un conflitto a norma dell'art. 28 c.p.p. (secondo quanto previsto dall'art. 568, comma 2, c.p.p.). Sono poi ritenuti inoppugnabili i provvedimenti di modifica del luogo di esecuzione della misura di prevenzione²⁸⁴. Conseguenza dell'applicabilità della norma da ultimo citata è altresì la necessaria sussistenza di un interesse ad impugnare ai fini dell'ammissibilità del gravame²⁸⁵.

²⁸⁴ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia*, cit., 215.

²⁸⁵ L. FILIPPI M. F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., 177. In generale, per conside-

Di contro è tendenzialmente negata la possibilità di applicare la disciplina in materia di ricorso *per saltum* dettata dall'art. 569 c.p.p. Decisivo in tal senso risulterebbe infatti l'appena richiamato principio di tassatività delle impugnazioni che, proprio in forza dell'art. 10 del d.lgs. 159/2011, individuerrebbe il mezzo d'impugnazione esperibile avverso il decreto emesso dal tribunale nel solo "ricorso in appello", con esclusione della possibilità di proporre un ricorso diretto in cassazione. Neppure può soccorrere in tal senso la previsione dell'art. 111 Cost. che, come noto, può essere invocata solo nell'ipotesi di assenza di rimedi alternativi al ricorso per cassazione. È però opportuno specificare che, in forza del principio generale dettato dall'art. 568, comma 5, c.p.p., il ricorso eventualmente proposto avverso la decisione resa dal tribunale potrà comunque essere convertito in appello²⁸⁶.

Sono poi comunemente ritenute applicabili nel procedimento di prevenzione le previsioni in materia di forma, presentazione, spedizione e notificazione dell'impugnazione (artt. 581, 582, 583 e 584 c.p.p.), la quale dovrà dunque essere depositata o spedita nella cancelleria del giudice *ad quem*, ferma restando la possibilità per le parti private ed i difensori di presentare l'atto di impugnazione nella cancelleria del tribunale o del giudice di pace del luogo in cui si trovano in forza del disposto del comma 2 dell'art. 582 c.p.p.²⁸⁷. Tale ultima facoltà sembra peraltro assumere uno speciale rilievo con riguardo alla specifica situazione del soggetto sottoposto alla misura della sorveglianza di p.s. con obbligo di dimora in comune diverso rispetto a quello dell'autorità che ha emesso il provvedimento che egli intende impugnare.

Ancorché l'art. 10 individui autonomamente il termine per proporre impugnazione nella misura di dieci giorni tanto in relazione all'appello che con riguardo al ricorso per cassazione, la decorrenza di detto termine dovrà essere calcolata secondo quanto generalmente previsto dall'art. 585, comma 3, c.p.p. in relazione alle posizioni del proposto e del suo difensore. L'istituto della restituzione nel termine di cui all'art. 175 c.p.p. – tradizionalmente ritenuto applicabile anche all'interno del procedimento di prevenzione – sembra oggi invocabile limitatamente alla versione risultante dalle modifiche intervenute ad opera della l. 67/2014.

Non potrà trovare applicazione l'effetto estensivo dell'impugnazione, non essendo verificabili nel procedimento di prevenzione i presupposti che determinano l'operatività dell'art. 587 c.p.p. La dottrina si è comunque diffusamente interrogata circa la possibilità di collegare comunque la produzione un effetto sospensivo dell'efficacia del provvedimento impugnato a seguito della proposizione del ricorso in appello o in cassazione. Una simile possibilità viene fatta discendere dal richiamo operato dall'ultimo comma della norma in commento alla disciplina in materia di proposizione e decisione dei ricorsi relativi alle misure di sicurezza, la

razioni più approfondite sul requisito in oggetto, S. CARNEVALE, *L'interesse ad impugnare nel processo penale*, Torino, 2013.

²⁸⁶ Lo segnala ancora F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, cit., 219.

²⁸⁷ G. CECANESE, *Il sistema delle impugnazioni*, in AA. VV., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, cit., 2015, 514.

quale, all'art. 680, comma 3, c.p.p., prevede almeno in via eccezionale la possibilità per il tribunale di riconoscere un effetto sospensivo all'appello. Ancora, in termini più generali, un analogo effetto potrebbe altresì derivare dall'applicabilità dell'art. 666, comma 7, c.p.p. a sua volta rilevante in base al combinato disposto degli artt. 680, comma 1 e 678, comma 1, c.p.p.²⁸⁸. La giurisprudenza, dal canto suo, propende tuttavia per la soluzione negativa, evidenziando l'impossibilità di applicare in via analogica disposizioni eccezionali quali quelle poc'anzi citate e facendo leva sulla clausola di prevalenza della normativa del d.lgs. 159/2011 rispetto alle previsioni del codice di rito inserita in apertura del comma 4 dell'articolo in commento²⁸⁹.

L'art. 10 d.lgs. 159/2011 è esplicito nell'escludere il riconoscimento di un effetto sospensivo dell'impugnazione. La decisione impugnata troverà dunque immediata esecuzione ancorché non definitiva e sottoposta a gravame, essendo state a tal proposito ritenute evidentemente prevalenti esigenze di difesa sociale rispetto alla necessità di attendere la definitività dell'accertamento. La soluzione risulta del resto coerente rispetto a quanto già generalmente disposto dall'art. 588, comma 2, c.p.p. in relazione ai provvedimenti in materia di libertà personale.

Non paiono infine sussistere ostacoli all'operatività della disciplina in materia di rinuncia all'impugnazione, così come sono comunemente ritenute applicabili le previsioni che regolano in generale l'inammissibilità dell'impugnazione ex art. 591 c.p.p.

Le modifiche apportate alla norma in commento dalla l. n. 161/2017 si premurano di disciplinare espressamente l'eventualità di un annullamento – tanto in appello che in cassazione – della decisione impugnata per difetto di competenza o legittimazione attiva del proponente, disponendo in tal caso la restituzione degli atti al procuratore della Repubblica competente.

A seguito della presentazione dell'appello è oggi altresì sancito un onere di trasmissione del proprio fascicolo in capo al pubblico ministero in favore del procuratore generale competente per il giudizio di secondo grado.

Passando a considerare in maniera più analitica i mezzi d'impugnazione a disposizione delle parti, la norma esordisce occupandosi di dettare la disciplina relativa al "ricorso" in appello. Colpisce immediatamente la previsione esplicita di una facoltà estesa a contestare anche il merito della decisione impugnata. La specificazione, riproduttiva del testo dell'abrogato art. 4, comma 9, l. 1423/1956, si rivela infatti sicuramente ultronea data la naturale idoneità del mezzo in questione a devolvere al giudice dell'impugnazione l'esame dei profili attinenti al merito²⁹⁰.

²⁸⁸ Per entrambi i rilievi si veda, tra gli altri, F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia*, cit., 216-217.

²⁸⁹ Cass., sez. I, 10 giugno 2008, n. 26639, Buono, in *CED Cass.*, rv 240871.

²⁹⁰ Lo rilevano, quanto alla previgente disciplina, R. GUERRINI L. MAZZA S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione*, cit. 299.

La disciplina dell'udienza di appello ricalca quella dettata dall'art. 7 del codice antimafia in relazione al procedimento di primo grado.

Il rinvio alle previsioni dettate dal codice in materia d'impugnazione delle misure di sicurezza determinerà altresì l'applicazione dell'art. 666 c.p.p. per quanto non previsto dalla normativa speciale (è questo infatti l'effetto della catena di rinvii operata dall'art. 10, comma 4, d.lgs. 159/2011, e dagli artt. 680, comma 1, e 678, comma 1, c.p.p.). Fissata l'udienza il presidente farà dare avviso alle parti almeno dieci giorni prima dell'udienza stessa²⁹¹, ed entro trenta giorni la corte provvederà mediante decreto motivato.

L'udienza si svolge senza la presenza del pubblico, salva la facoltà dell'interessato di richiederne la celebrazione *coram populo*.

La dottrina è concorde nel riconoscere l'operatività nel procedimento di prevenzione del c.d. divieto di *reformatio in peius* nell'eventualità dell'impugnazione presentata dal solo proposto o dal suo difensore. Ciò principalmente in ragione della natura generale di tale principio, il quale dovrebbe dunque essere garantito anche nello specifico ambito qui oggetto di considerazione. In maniera pressoché analoga a quanto osservato in relazione alla preclusione derivante dal divieto di un secondo giudizio ex art. 649 c.p.p., il principio di cui all'art. 597, comma 3, c.p.p. riceverebbe però nel procedimento di prevenzione un'attuazione tutto sommato peculiare. L'operatività del divieto in esame non impedirebbe infatti, secondo l'indirizzo maggioritario, un aggravamento del contenuto precettivo della decisione impugnata ogni volta in cui tale determinazione discenda dall'esame di nuovi elementi o circostanze sopravvenuti a seguito del giudizio di primo grado. Una simile accezione del principio in esame deriverebbe infatti dalla natura stessa del procedimento di prevenzione, il quale dovrebbe essere in grado di garantire una costante aderenza della situazione di diritto rispetto a quella di fatto²⁹².

Sembrirebbe tuttavia preferibile l'interpretazione più rigorosa del divieto, la quale preclude in radice al giudice di estendere la propria cognizione a circostanze sfavorevoli ulteriori rispetto a quelle dedotte dall'interessato a sostegno del proprio gravame secondo quanto previsto dall'effetto limitatamente devolutivo dell'appello (sulla cui rilevanza nell'ambito oggetto di considerazione si veda subito *infra*) e – conseguentemente – impedirebbe comunque un aggravamento del contenuto della decisione di primo grado fondato su elementi diversi rispetto a quelli considerati nel primo grado di giudizio²⁹³. Simile orientamento sembra infatti l'unico in grado di garantire una piena ed effettiva applicazione del divieto in esame, che verrebbe al contrario sostanzialmente neutralizzato attraverso l'adesione alla prima soluzione ermeneutica. Il divieto di riforma in senso peggiorativo della decisione di primo grado non sarà operativo nell'ipotesi della proposizione di appello incidentale ad opera della parte pubblica che non aveva originariamente proposto impugnazione.

²⁹¹ Cass., sez. III, 12 dicembre 2008, n. 12117, Geoglovan, in *CED Cass.*, rv 243617.

²⁹² F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia*, cit., 221.

²⁹³ Cass., sez. V, 17 marzo 2000, n. 1520, Cannella ed altri, in *Cass. pen.*, 2001, 1327.

Sempre in forza dei principi generali, anche l'appello di prevenzione risulterà produttivo di un effetto limitatamente devolutivo, ossia esclusivamente riferito ad i capi ed ai punti cui attengono i motivi oggetto dell'impugnazione. Pare altresì corretto includere all'interno della cognizione del giudice – in accordo con l'elaborazione della giurisprudenza di legittimità – i capi ed i punti legati da connessione essenziale a quelli specificamente oggetto di gravame.

La dottrina propende per riconoscere la possibilità di una rinnovazione dell'istruzione in appello in base a quanto disposto dall'art. 603 c.p.p. Sul punto può essere assai interessante interrogarsi in merito ai poteri del giudice di seconda istanza nell'ipotesi dell'impugnazione ad opera della parte pubblica di un decreto favorevole al proposto. Stante l'indiscussa applicabilità dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al procedimento di prevenzione, potrebbero essere ritenuti estensibili al caso *de quo* i principi dettati al riguardo dalla Corte di Strasburgo²⁹⁴. Il giudice dell'appello potrebbe quindi sovvertire l'esito favorevole al proposto del primo grado di giudizio solo a seguito di una rinnovazione dell'istruzione, e già non sulla base di una rivalutazione meramente cartolare delle risultanze del procedimento celebrato innanzi al tribunale.

Si ripropone poi in appello la questione relativa alle concrete modalità di effettuazione dell'istruzione la quale, pur a fronte di quanto previsto dall'art. 185 disp. att. c.p.p. in materia di libertà delle forme dell'acquisizione probatoria, dovrebbe avvenire nel rispetto del fondamentale principio del contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 111 Cost.

È infine bene chiarire come gli effetti della decisione di revoca della misura di prevenzione inflitta in primo grado differiscano a seconda delle valutazioni in concreto operate dalla corte d'appello.

Ove la revoca si basi infatti sul riconoscimento dell'originaria mancanza delle condizioni per l'applicazione della misura di prevenzione il provvedimento avrà efficacia *ex tunc*, determinando peraltro l'impossibilità di configurare alcuna delle ipotesi di reato relative all'eventuale inosservanza della misura in precedenza disposta. Diversamente, qualora la revoca sia invece fondata su di un mutamento del quadro fattuale intervenuto successivamente alla decisione di primo grado, il provvedimento reso in appello avrà efficacia *ex nunc*.

La decisione della corte d'appello è assoggettabile a ricorso in cassazione a norma dell'art. 10, comma 3, d.lgs. 159/2011. La norma riproduce testualmente le previsioni dettate dal comma precedente con riguardo all'individuazione dei legittimati all'impugnazione, al termine di dieci giorni per la sua proposizione, all'ulteriore scadenza di trenta giorni per la decisione della Corte ed all'assenza di effetto sospensivo determinato dall'impugnazione. A tale riguardo si rimanda pertanto alle considerazioni già svolte nel precedente paragrafo.

²⁹⁴ Cfr. in particolare Corte eur. dir. uomo, sez. III 5 luglio 2011, Dan c. Moldavia, ric. n. 8999/07.

Quanto alle concrete modalità di svolgimento dell'udienza, l'art. 10, comma 3, d.lgs. 159/2011 prevede anche in questo la celebrazione della stessa nelle forme della camera di consiglio, coerentemente a quanto generalmente disposto dall'art. 611 c.p.p. La trattazione del procedimento in cassazione avverrà pertanto in udienza camerale non partecipata²⁹⁵.

Emerge immediatamente l'omissione della previsione della facoltà di richiedere la trattazione pubblica dell'udienza del giudizio in cassazione, differentemente rispetto a quanto oggi stabilito con riguardo al procedimento di primo grado e di appello. Un simile assetto è stato però ritenuto conforme alle previsioni costituzionali e sovranazionali in materia di giusto processo in ragione della natura eminentemente tecnica del giudizio di legittimità²⁹⁶.

L'art. 10 ripropone la discutibile limitazione dei vizi denunciabili innanzi al giudice di legittimità già fatta propria dall'art. 4, comma 11, l. 1423/1956. Il sindacato della corte di cassazione risulta pertanto ancora oggi limitato al vizio della "violazione di legge". Non saranno pertanto censurabili in cassazione profili attinenti al vizio di motivazione della decisione impugnata *ex art. 606, lett. e), c.p.p.*²⁹⁷. Potrà comunque essere legittimamente dedotta innanzi al giudice di legittimità quantomeno la radicale assenza dell'apparato motivazionale ovvero la sua predisposizione in forma meramente apparente in quanto un simile vizio è direttamente riconducibile alla violazione degli artt. 125 c.p.p. e 111 Cost. Sembra altresì condivisibile l'opinione di chi riconduce nell'alveo della violazione di legge anche l'ipotesi di *errores in procedendo*, tipicamente in materia di ammissione della prova, fattispecie collegate alla violazione del disposto dell'art. 190 c.p.p.

Pur nel vigore della disciplina previgente al d.lgs. 159/2011, la limitazione del ricorso alla sola ipotesi della violazione di legge è stata ritenuta conforme ai principi costituzionali di cui agli artt. 3 e 24 Cost. Il giudice delle leggi ha infatti avuto modo di osservare come risultasse assolutamente legittima la differente modulazione delle prerogative difensive in funzione della specifica tipologia della decisione in rilievo²⁹⁸. L'orientamento ha recentemente trovato ulteriore conferma nella recente pronuncia Corte cost. n. 106/2015. Tale limitazione del sindacato del giudice di ultima istanza risulta pressoché unanimemente criticata in dottrina, la quale – tra gli altri argomenti – pone in risalto l'intrinseca contraddittorietà della previsione di un obbligo motivazionale in capo al giudice il cui rispetto non sarebbe però suscettibile di alcuna verifica in sede di legittimità²⁹⁹. Altri evidenziano dunque l'op-

²⁹⁵ Per la declaratoria di manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento alla mancata partecipazione del difensore in conseguenza del modello procedimentale prescelto cfr. Cass., sez. V, 20 giugno 2013, n. 35371, Scinaro ed altro, in *CED Cass.*, rv 255765.

²⁹⁶ Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80.

²⁹⁷ C. VALENTINI, *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione*, Padova, 2008, 2.

²⁹⁸ Così Corte cost., 28 ottobre 2004, n. 321.

²⁹⁹ G. CECANESE, *Il sistema delle impugnazioni*, cit., 524.

portunità di uniformare i motivi di ricorso in sede di prevenzione a quelli previsti in via generale dall'art. 606 c.p.p.³⁰⁰.

Conseguenza della limitazione dei vizi deducibili in cassazione alla sola violazione di legge, è l'impossibilità di lamentare la mancata assunzione di una prova decisiva ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p.³⁰¹, a meno che un simile diniego non risulti privo di alcuna motivazione da parte del giudicante (verrebbe infatti in tal caso in questione la violazione del generale obbligo di motivazione delle decisioni).

Nell'ipotesi di un annullamento con rinvio disposto dalla cassazione appare condivisibile l'orientamento che considera applicabile nel procedimento di prevenzione il disposto dell'art. 623, lett. c), c.p.p. in ragione della equiparabilità del provvedimento conclusivo del giudizio di prevenzione alla sentenza resa all'esito del procedimento penale, con la conseguenza che in tale evenienza gli atti andranno trasmessi ad altra sezione della corte di appello che ha pronunciato il provvedimento³⁰².

7. La fase esecutiva: struttura e competenze. Revoca e modifica della misura

Anche il procedimento di prevenzione risulta caratterizzato dalla presenza di un'autonoma fase esecutiva diretta a disciplinare la concreta attuazione del provvedimento conclusivo del giudizio. Differentemente rispetto alla disciplina di cui agli artt. 648 ss. c.p.p., la normativa in esame risulta però applicabile anche a provvedimenti non ancora definitivi, stante l'immediata esecutività decisione resa ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 159/2011.

Un'ulteriore e significativa differenziazione rispetto al codice di rito è altresì rappresentata dall'individuazione dell'organo competente a curare l'esecuzione della misura, rappresentato dalla figura del questore territorialmente competente.

Una simile previsione non sarebbe tuttavia sufficiente a smentire la natura giurisdizionale della procedura esecutiva delle misure di prevenzione, in cui risulterebbe comunque assicurato l'intervento dell'autorità giurisdizionale (tribunale o corte d'appello) in funzione di giudice dell'esecuzione secondo le scansioni del procedimento disciplinato agli artt. 665 e ss. c.p.p.³⁰³. È difatti ritenuta pacifica l'applicabilità di tale ultima disposizione in relazione alle questioni sul titolo esecutivo eventualmente avanzate dall'interessato, dallo stesso questore o dal pubblico ministero.

³⁰⁰ L. FILIPPI, M. F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., 581.

³⁰¹ Cass., sez. I, 10 febbraio 2009, n. 41, Giuliana, in *CED Cass.*, rv 242887.

³⁰² Cass. (ord.), sez. V, 30 ottobre 2002, n. 40995, Ferrara ed altri, in *CED Cass.*, rv 223218. *Contra* però, argomentando per il ricorso alla differente previsione di cui all'art. 623, lett. a), c.p.p. applicando analogicamente la disciplina dettata con riguardo all'impugnazione delle ordinanze, Cass., sez. V, 27 settembre 2004, n. 42371, Lamanna, in *CED Cass.*, rv 231015.

³⁰³ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 200-201.

A tale riguardo l'opinione prevalente nega correttamente la necessità di rivolgere preliminarmente le contestazioni in tal senso rilevanti al questore, in forza dell'assenza di qualsiasi disposizione che sancisca un simile onere a carico delle parti. Taluno evidenzia tuttavia l'opportunità di acquisire un parere preventivo dell'autorità amministrativa che cura l'esecuzione della misura in ordine all'istanza avanzata al giudice dell'esecuzione³⁰⁴.

L'istituto della revoca e della modifica della misura di prevenzione disciplinato dall'art. 11, commi 2, 3 e 4, d.lgs. 159/2011 riveste un'importanza strategica nell'economia della fase esecutiva. Esso rappresenta infatti lo strumento attraverso cui viene in concreto assicurata la necessità di garantire una costante aderenza degli esiti del procedimento alla realtà di fatto.

Il comma 2 della norma in commento si occupa in primo luogo di disciplinare la revoca o la modifica del provvedimento nell'ipotesi della cessazione o della modificazione delle esigenze che ne avevano determinato l'adozione. Risulta dunque evidente che, mentre la radicale cessazione delle esigenze fondanti l'applicazione della misura disposta ne determinerà la cessazione, il semplice mutamento dei presupposti legittimanti la sua applicazione sarà al più idoneo a determinare l'adozione di una misura meno afflittiva.

L'iniziativa per la revoca o la modificazione in senso migliorativo della misura è riservata al soggetto interessato ovvero, secondo le regole generali in materia di poteri delle parti, al suo difensore appositamente nominato per la fase esecutiva o al legale che aveva assistito il proposto nella fase della "cognizione".

La competenza a provvedere è invece stabilita in capo all'organo che ha emanato il provvedimento oggetto di esame, il quale assumerà la propria determinazione solo dopo aver interpellato l'autorità di pubblica sicurezza.

La Corte di cassazione ha valorizzato il ruolo dell'istituto in esame al fine di negare la possibilità di ricorrere al mezzo della revisione nell'ambito del procedimento di prevenzione. Gli esiti dei due rimedi appaiono in effetti sostanzialmente assimilabili, ma non si può però omettere di notare come gli stessi presentino un rilevante profilo di differenziazione proprio in relazione all'individuazione dell'autorità competente a pronunciarsi. L'art. 633, comma 1, c.p.p. è infatti esplicito nell'attribuire la competenza a decidere in ordine alla richiesta di revisione alla corte d'appello individuata a norma dell'art. 11 dello stesso codice, così da assicurare la terzietà dell'organo decidente. Ciò non può invece dirsi in relazione alla norma in commento la quale – come appena ricordato – attribuisce la competenza a pronunciarsi sulla revoca e sulla modifica allo stesso giudice che aveva emesso il provvedimento.

Il procedimento di revoca o modifica della misura si pone in termini di alternativa rispetto alla proposizione dell'impugnazione di tal che, qualora non risultino ancora spirati i termini per la presentazione di quest'ultima, le relative richieste dovranno essere avanzate in sede di gravame ordinario³⁰⁵.

³⁰⁴ Cfr. ancora F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, cit., 216.

³⁰⁵ F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia*, cit., 257).

La giurisprudenza chiarisce peraltro che, nell'ipotesi in cui sia pendente un'impugnazione, la richiesta di revoca del provvedimento del gravame dovrà essere inoltrata allo stesso giudice dell'impugnazione, sussistendo la competenza del magistrato che ha emanato il decreto impositivo solo nel caso dell'irrevocabilità di quest'ultimo³⁰⁶. Qualora il procedimento risulti pendente in cassazione, la competenza a provvedere in ordine alla revoca dovrà però essere individuata in capo al giudice di primo grado³⁰⁷.

Quanto ai presupposti di merito della revoca o della modifica migliorativa si considera necessaria ai fini dell'accoglimento della relativa istanza la ricorrenza di un duplice presupposto: deve infatti sussistere la decorrenza di un considerevole lasso di tempo a seguito dell'applicazione della misura cui deve aggiungersi il venir meno o la modifica della pericolosità del soggetto valutata sulla base della globale condotta serbata dal medesimo³⁰⁸.

Analogamente alla decisione favorevole al proposto resa in sede di impugnazione, il provvedimento di revoca può spiegare effetti *ex tunc ovvero ex nunc* a seconda del riconoscimento del difetto originario delle condizioni di applicabilità della misura a suo tempo applicata ovvero della loro successiva cessazione o modificazione.

È infine esplicitamente prevista una facoltà di modificazione *in peius* della misura su impulso dell'autorità proponente, "anche per l'applicazione del divieto o dell'obbligo di soggiorno". Una simile eventualità sarà però giustificata esclusivamente da gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica o nel caso di ripetuta violazione degli obblighi inerenti alla misura. Nei casi in cui la necessità di un aggravamento della misura sia invece più semplicemente determinata dalla sopravvenienza di nuovi elementi occorrerà infatti procedere con l'apertura di un nuovo procedimento di prevenzione, in maniera tale da riconoscere al proposto la possibilità di svolgere in maniera compiuta le sue difese beneficiando del doppio grado di giurisdizione.

Del resto, non osta a questa soluzione, sicuramente più rispettosa delle prerogative del singolo, la preclusione in materia di divieto di un secondo giudizio³⁰⁹.

L'ultimo comma della norma in commento consente altresì un immediato aggravamento della misura ad opera del presidente del tribunale in senso conforme al contenuto della proposta di modifica peggiorativa già avanzata. La tecnica normativa si rivela ancora una volta estremamente lacunosa non premurandosi di specificare i presupposti per l'esercizio di una tale facoltà né l'eventuale onere di presentazione di un'apposita domanda in tal senso da parte del proponente. Appare comunque preferibile offrire soluzione positiva all'ultimo quesito in ragione

³⁰⁶ Cass., sez. I, 28 aprile 2010, n. 18742, Careri, in *CED Cass.*, rv 247456.

³⁰⁷ Cass., sez. I, 22 novembre 2007, n. 44638, Sibio, in *CED Cass.*, rv 238484.

³⁰⁸ In senso critico circa il primo requisito C. DE CARO, La fase esecutiva, in AA. VV., Trattato teorico-pratico di diritto penale, cit., 556.

³⁰⁹ Sul punto, F. INSOM, *L'esecuzione delle misure*, in AA. VV., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2013, 271-272.

della necessità di contenere il riconoscimento di poteri officiosi in materia di limitazione della libertà personale.

In forza di quanto previsto dall'art. 7, comma 9, d.lgs. 159/2011, risulterà applicabile l'art. 666 c.p.p. per quanto non diversamente disposto dalla normativa speciale.

Il comma 3 della norma in commento ammette infine la possibilità di impugnare il provvedimento che dispone in ordine alla revoca o alla modifica della misura in sede esecutiva. Una prima opinione ritiene dunque ammissibile la presentazione del ricorso in appello e, successivamente, in cassazione secondo quanto previsto in generale dall'art. 10 del d.lgs. 159/2011. Un differente e minoritario orientamento limita però i rimedi esperibili al solo ricorso per cassazione in base al disposto dell'art. 666, comma 6, c.p.p.³¹⁰.

FABIO NICOLICCHIA

³¹⁰ L. FILIPPI, M. F. CORTESI, *Il codice delle misure di prevenzione*, cit., 212-213, cui si rimanda anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

Hanno collaborato alla sezione online di questo fascicolo:

ENRICO AMATI, Professore associato di diritto penale nell'Università di Udine

LAURA BARTOLI, Assegnista di ricerca in procedura penale nell'Università di Bologna

DAVIDE BERTACCINI, Ricercatore a tempo determinato (senior) di diritto penale nell'Università di Bologna

GIAN MARCO CALETTI, Assegnista di ricerca presso la Libera Università di Bolzano

LORENZO CARSETTI, Avvocato in Bologna

CARLOTTA CASSANI, Professoressa a contratto di diritto penale nell'Università di Bologna

FRANCESCA CONSORTE, Professoressa a contratto di diritto penale nell'Università di Bologna

ANNARITA DE RUBEIS, Dottore di ricerca in diritto e procedura penale nell'Università di Roma-Sapienza

VINCENZO GAROFOLI, Professore ordinario (fuori ruolo) di diritto processuale penale nell'Università di Bari-Aldo Moro

PIETRO INSOLERA, Dottore di ricerca in diritto penale nell'Università di Trento

NICOLA MARIA MAIELLO, Dottorando di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna

FABIO NICOLICCHIA, Assegnista di ricerca in procedura penale nell'Università di Ferrara

ANTONIO PUGLIESE, Dottorando di ricerca in diritto processuale penale nell'Università di Bologna

ALESSANDRA SANTANGELO, Dottoranda di ricerca in diritto penale nell'Università di Bologna

