

**IL PERICULUM LIBERTATIS
COSTITUITO DAL RISCHIO DI REALIZZAZIONE
DI DETERMINATI REATI E LE MISURE CAUTELARI:
IL FINE GIUSTIFICA I MEZZI?**

di Francesco Callari

SOMMARIO: 1. La giustificazione della restrizione *ante iudicatum* della libertà individuale. – 2. Le esigenze cautelari di limitazione della libertà personale: valore preminente dell'effettività del processo penale ed istanze di tutela della collettività. – 3. La risposta pubblica alla pericolosità sociale per il rischio di commissione di determinati crimini da parte di un individuo gravemente indiziato di aver compiuto un reato: provvedimenti cautelari o misure di prevenzione? – 4. Prospettive *de iure condendo*.

1. La giustificazione della restrizione *ante iudicatum* della libertà individuale.

Analizzando il fenomeno della giurisdizione penale alla stregua di un'unica, inscindibile realtà giuridica, il diritto alla libertà personale «si configura nel sistema come presupposto di tutti gli altri diritti di libertà, in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione»¹. Dunque, costruire e salvaguardare una giustizia penale che persegua l'efficienza sistemica complessiva, nel senso di «effettiva idoneità dei meccanismi processuali a garantire la funzionalità del processo medesimo verso il conseguimento della sua finalità istituzionale»², comporta necessariamente influire sulla logica cautelare personale, contribuendo ad avvicinarla ai corretti termini di legittimità rispetto ai principi costituzionali che la presidiano, nel quadro coerente dell'intera architettura del “nuovo” rito *in criminalibus*.

In una dimensione evolutiva, non v'è alcun dubbio che l'affermazione del principio di inviolabilità della libertà personale, sancita solennemente nell'art. 13 Cost., segna il definitivo superamento di quell'assurda e retriva concezione — connaturata agli schemi peggiori delle procedure di marca inquisitoria — che, per secoli, ha configurato la detenzione preventiva come una misura pressoché ordinaria ai fini dello svolgimento del processo, un *prius* logico necessario per la raccolta di prove, un passaggio obbligato verso lesioni più gravi della sfera individuale dell'imputato (sia

¹ V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 2.

² V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, ed ora in V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, 10.

sotto il profilo fisico sia sotto quello morale) allo scopo di ottenerne la confessione: insomma, una *species torturae*³.

Ripudiata «la logica dell'inquisizione, che vedeva nell'imputato un nemico da schiacciare a tutti i costi»⁴, man mano che questo ha smesso di essere considerato soltanto l'"oggetto" del processo per vedersi riconosciuta la dignità di "soggetto" protagonista nell'ambito della vicenda giudiziaria si è, del pari, sempre più affermata l'idea che la libertà individuale «deve essere limitata il meno possibile, ossia nella misura strettamente necessaria perché la giustizia non sia defraudata nei suoi legittimi intenti»⁵; tale progressione inarrestabile è culminata, finalmente, nella consacrazione, da parte del dettato costituzionale, di un nuovo equilibrio tra autorità e libertà all'interno del processo penale, per cui solo in casi circoscritti e sotto ben determinate garanzie legislative e giurisdizionali può ammettersi che l'imputato venga privato della sua libertà durante lo svolgimento dell'*iter* processuale.

Invero, la Carta fondamentale pone la "persona" non più in posizione residuale rispetto agli interessi collettivi, spesso espressione di forme autoritarie di difesa sociale, bensì al centro del cosmo giuridico: in particolare, l'art. 2 Cost. identifica nella dignità umana il valore-base del sistema positivo, destinato ad operare non solo nel rapporto fra Stato e singolo, ma anche nell'articolazione democratica cui si ispira l'intera organizzazione dei pubblici poteri, affermandosi la priorità logica e giuridica della libertà personale con riferimento ad ogni circostanza che possa metterla in gioco.

Com'è noto, a fronte della pleora di giustificazioni che idealmente possono essere addotte per legittimare il sacrificio della libertà personale dell'imputato in attesa di giudizio, un tentativo di razionalizzazione non è in alcun modo concepibile facendo riferimento solo all'art. 13 Cost., atteso che il famigerato «vuoto dei fini»⁶ di tale disposizione non è in grado di fornire esplicite indicazioni circa la fisionomia funzionale delle misure restrittive ivi previste. Invero, le garanzie formali rappresentate dalla riserva di legge e dalla riserva di giurisdizione, anche se assumono una importanza non trascurabile nel loro significato di reazione alla frantumazione del principio di legalità realizzatasi nel periodo fascista, non sono sufficienti di per sé sole, ad assicurare il corretto uso dei poteri coercitivi, atteso che tacciono sul contenuto e lo scopo delle norme limitatrici preannunciate.

D'altro canto, combinando i principi sottesi all'art. 13 Cost. con la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27, comma 2, Cost. — alla luce di un «disegno programmatico ispirato a coerenza»⁷, secondo linee di bilanciamento e sintesi — viene ad emergere il parametro di riscontro della legittimità costituzionale delle finalità della

³ Così, in particolare, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 3; G. DE LUCA, *La tortura nei rapporti tra processo e pena*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 6 s.

⁴ G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 919 e 961.

⁵ L. MORTARA, *Discorso al Senato (5 marzo 1912)*, in L. MORTARA, A. STOPPATO- G. VACCA- A. SETTI- R. DE NOTARISTEFANI- S. LONGHI (a cura di), *Commento al codice di procedura penale*, vol. III, Torino, 1913, 153.

⁶ L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, 951.

⁷ M. PISANI, *La custodia preventiva: profili costituzionali*, in *Ind. pen.*, 1970, 189.

custodia *ante iudicatum*, nel senso che siffatta clausola di *favor rei* si configura come limite teleologico per le misure restrittive previste dal dettato costituzionale, di modo che non possa ritenersi conforme alla Costituzione che la libertà personale dell'imputato venga sacrificata sulla scorta di premesse e per la tutela di interessi che ne presuppongano già accertata la colpevolezza.

Anche la Corte costituzionale⁸ — mediante «un precedente con il quale occorre ancora misurarsi»⁹ — ha ritenuto di dovere affermare che, in linea di principio, la detenzione preventiva «va disciplinata in modo da non contrastare con una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino: la presunzione di non colpevolezza dell'imputato»; il che «necessariamente comporta che la detenzione preventiva in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza», per cui «essa (...) può essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo».

In sostanza, nell'universo normativo governato dal principio costituzionale e di civiltà giuridica che vuole l'imputato non equiparato al colpevole prima della formulazione di una pronuncia definitiva di responsabilità, non vi è spazio alcuno per misure cautelari che siano assimilabili alla coercizione o alla limitazione personale sofferta in sede di esecuzione della pena imposta con il provvedimento di condanna. Pertanto, affinché le restrizioni della libertà personale dell'imputato o dell'indagato nel corso del procedimento penale risultino compatibili con la presunzione di non colpevolezza è necessario che esse «assumano connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena»¹⁰, ancorché si tratti di misure ad essa corrispondenti — o addirittura pressoché uguali — sotto il profilo pregnante dell'afflittività.

2. Le esigenze cautelari di limitazione della libertà personale: valore preminente dell'effettività del processo penale ed istanze di tutela della collettività.

Il problema della legittimità della misura cautelare coercitiva, nel quadro d'insieme dell'architettura delle *Grundnormen* in materia di libertà personale e giurisdizione penale, si identifica con quello della legittimità dei fini che ad essa sono attribuiti. Soltanto avendo riguardo alle finalità in funzione delle quali sono ordinate le ipotesi di applicazione delle misure cautelari¹¹, sarà possibile verificare che nel

⁸ Corte cost., sent. 4 maggio 1970, n. 64, in *Giur. cost.*, 1970, 663.

⁹ G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, in G. CONSO (a cura di), *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale. I cinquant'anni della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 393.

¹⁰ Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2010, 513.

¹¹ Nell'intento evidente di limitare al massimo l'ambito di applicabilità della carcerazione preventiva, concepita come una «ingiustizia necessaria», e soprattutto di sottrarre all'arbitrio l'irrogazione delle misure restrittive della libertà personale dell'imputato, le ragioni della custodia cautelare erano indicate da Carrara (*Immoralità del carcere preventivo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, Lucca, 1874, 300) in questi termini: «per formare il *processo scritto*, onde il giudice possa interrogare lo imputato ad ogni bisogno della istruzione; (...) per raggiungere la *verità*, togliendo allo imputato i mezzi di subornare od intimidire i

trattamento dell'imputato, sia pure assoggettato alla coercizione personale, non si parta dal presupposto di una sua identificazione con il colpevole, e che, di conseguenza, la custodia preventiva non venga utilizzata come pena anticipata rispetto alla condanna, che sola può legittimare l'applicazione della sanzione vera e propria.

Senz'altro, è da escludere l'ammissibilità di funzioni direttamente connesse ad esigenze di pura e semplice tutela della sicurezza collettiva¹², alla finalità di placare l'allarme sociale destato dal fatto criminoso o comunque per scopi di pubblica esemplarità¹³, perché in tutte queste ipotesi la misura coercitiva personale — e segnatamente la custodia preventiva — finirebbe per uscire completamente dall'ambito processuale che le è consono, per svolgere un compito sostanziale del tutto identico a quello della pena vera e propria¹⁴.

D'altro canto, nonostante sia possibile colmare in buona parte il "vuoto dei fini" dell'art. 13 Cost., resta comunque il fatto che la Costituzione non giunge a fissare "positivamente" le finalità delle restrizioni della libertà personale. Invero, l'art. 27, comma 2, Cost., benché assuma un rilievo ed una incidenza fondamentale nell'ambito della disciplina della libertà personale dell'imputato, rappresenta pur sempre un limite di carattere essenzialmente "negativo", che non risolve il problema di tradurre compiutamente le direttive costituzionali al livello delle scelte legislative e delle valutazioni discrezionali del giudice. Secondo tale prospettiva, non si tratta, d'altronde, di impedire ogni valutazione di probabile colpevolezza, ma di evitare che, in conseguenza di una valutazione del genere, la restrizione personale preventiva venga ad assumere una funzione essenzialmente punitiva.

A ben vedere, comunque, proprio la lettura coordinata degli artt. 13 e 27, comma 2, Cost., per quanto non consenta di commisurare ad una specifica funzione il complesso delle garanzie, meramente tecniche, della libertà personale, sembra

testimoni, o distruggere le vestigia e le prove del suo reato; (...) per la *sicurezza*, affinché lo imputato non abbia potestà, pendente il processo, di continuare nei suoi delitti; (...) per raggiungere la *pena*, affinché il reo non si sottragga alla medesima con la fuga». Quando tali ragioni non fossero in concreto presenti o fossero cessate, doveva venir meno la possibilità della privazione della libertà personale.

¹² Sul punto cfr. A. MARUCCI, *Polemiche vecchie e nuove sulla custodia preventiva*, in *Giur. it.*, 1971, II, 145 s.

¹³ Proprio al riguardo, di recente, la Corte costituzionale (Corte cost., sent. 21 luglio 2010, n. 265, cit.) ha affermato *expressis verbis*: «la eliminazione o riduzione dell'allarme sociale cagionato dal reato del quale l'imputato è accusato, o dal diffondersi di reati dello stesso tipo, o dalla situazione generale nel campo della criminalità più odiosa o più pericolosa, non può essere peraltro annoverata tra le finalità della custodia preventiva e non può essere considerata una sua funzione. La funzione di rimuovere l'allarme sociale cagionato dal reato (e meglio che allarme sociale si direbbe qui pericolo sociale e danno sociale) è una funzione istituzionale della pena perché presuppone, ovviamente, la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme e la reazione della società. Non è dubitabile, in effetti, che il legislatore possa e debba rendersi interprete dell'acuirsi del sentimento di riprovazione sociale verso determinate forme di criminalità, avvertite dalla generalità dei cittadini come particolarmente odiose e pericolose, quali indiscutibilmente sono quelle considerate. Ma a tale fine deve servirsi degli strumenti appropriati, costituiti dalla comminatoria di pene adeguate, da infliggere all'esito di processi rapidi a chi sia stato riconosciuto responsabile di quei reati; non già da una indebita anticipazione di queste prima di un giudizio di colpevolezza».

¹⁴ Così G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, 24.

condurre anche a desumere «l'idea di uno specifico coordinamento funzionale della carcerazione preventiva alla logica del processo, quindi alle necessità ed agli scopi del medesimo»¹⁵.

Ad ogni modo, se la presunzione di non colpevolezza fornisce un argomento certo e decisivo per respingere l'idea che la libertà personale dell'imputato possa venire ristretta allo scopo dell'assolvimento di funzioni di natura "sostanziale" proprie, invece, della pena, in quanto giustificabili soltanto sul presupposto di un accertamento definitivo di colpevolezza, acquista precipuo risalto il carattere di doppia funzionalità della restrizione cautelare dell'imputato in ordine al fenomeno "processuale", nella misura in cui, assicurando la disponibilità del giudicabile, essa funge da garanzia sia rispetto allo svolgimento del processo (cautela strumentale) sia rispetto al risultato del medesimo (cautela finale). Nel primo caso la coercizione della libertà personale dell'imputato in carcere soddisfa l'esigenza di conservazione delle prove, prevenendo il pericolo che l'imputato medesimo, lasciato in libertà, possa modificare lo stato dei luoghi e delle cose, influenzare i testimoni o, comunque, inquinare la ricerca probatoria (art. 274, lett. a, c.p.p.). Nel secondo caso, invece, il fondamento della restrizione personale preventiva è legato all'esigenza di evitare la fuga dell'imputato, ossia al pericolo che si sottragga all'esecuzione dell'eventuale condanna conclusiva dell'accertamento processuale (art. 274, lett. b, c.p.p.).

Il discorso diventa, allora, particolarmente delicato in ordine alla impostazione di natura fondamentalmente "sostanziale" — accolta anche nel vigente codice di rito (art. 274, lett. c, c.p.p.) — che, in omaggio ad esigenze di "tutela della collettività", assegna alla misura cautelare personale una finalità di prevenzione della commissione di delitti da parte di chi sia indiziato di determinati reati. Il dato codicistico disciplina, invero, l'esigenza cautelare relativa alla sussistenza del concreto pericolo, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'individuo sottoposto alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede (qualora per quest'ultimi sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni).

Nel dare attuazione alle «esigenze di tutela della collettività» richiamate dall'art. 2 n. 59 della legge-delega (l. 16 febbraio 1987, n. 81), il legislatore del codice di procedura penale del 1988 ha respinto l'idea di richiamare espressamente nel dato letterale tale concetto — che sembrava troppo generico per poter essere recepito in un testo normativo non immediatamente censurabile sotto il profilo della determinatezza della fattispecie *ex art. 13 Cost.* (mentre ancora nell'art. 253 c.p.p. 1930, come modificato dalla legge 5 agosto 1988, n. 330, definita "anticipatrice" del nuovo codice¹⁶, continuava a prevedersi l'emissione del mandato di cattura «quando, per la pericolosità

¹⁵ V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 41.

¹⁶ Sul punto v. M. CHIAVARIO, *Una legge "anticipatrice" sui generis in tema di libertà personale*, in *Leg. pen.*, 1988, 501; P. Spagnolo, *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, 22 s.

dell'imputato desunta dalla sua personalità e dalle circostanze del fatto, sussistono esigenze di tutela della collettività») — e ha così adottato, come parametro di valutazione, gli elementi deducibili sia da «specifiche modalità e circostanze del fatto» sia dalla «personalità» dell'indagato o imputato, riconoscendo loro rilevanza ogniqualvolta risulti il «concreto pericolo» che lo stesso, non sottoposto a cautela, possa commettere delitti rientranti nelle tipologie specificamente richiamate dalla norma.

Emerge, quindi, chiaramente come la disposizione coinvolga la pericolosità sociale dell'indagato o dell'imputato — apprezzabile come significativa probabilità che lo stesso commetta determinati reati — e miri direttamente a tutelare la collettività da queste, potenziali, nuove aggressioni.

Così definita, sembra, però, che la misura cautelare adottata per questa specifica esigenza non coincida o non collimi con le necessità di tutela interne alla vicenda processuale, che rappresentano, essenzialmente, il fondamento logico immediato delle cautele, giacché l'ambito di operatività della disposizione è guidato da coordinate poste al di fuori del processo ed essenzialmente slegate dall'accertamento ivi effettuato¹⁷. Proprio la sua estraneità al percorso "processuale" in senso stretto conduce a sollevare più di qualche dubbio in ordine ad un'eventuale discrasia rispetto all'impalcatura costituzionale e — per traslato — sistemica in materia di libertà personale¹⁸.

Secondo una radicata posizione dogmatica e culturale, l'idea che si possa addivenire al sacrificio della sua libertà personale per fini di prevenzione speciale, non solo non sembra agevolmente conciliabile con la presunzione di non colpevolezza¹⁹,

¹⁷ Riguardo al dibattito dottrinale, ormai «quasi completamente sopito» (G. ILLUMINATI, *Presupposti e criteri di scelta delle misure cautelari*, cit., 389), sul tema della legittimità costituzionale della previsione di esigenze cautelari basate su finalità di prevenzione, con toni e prospettive diverse, cfr. M. CHIAVARIO, *La libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in L. ELIA- M. CHIAVARIO (a cura di), *Libertà personale*, Torino, 1977, 230 s.; G. CONSO, *La libertà provvisoria a confronto con le esigenze di tutela della collettività, ovvero la "legge Reale" tra politica e diritto*, in *Giur. cost.*, 1980, I, 470; V. GREVI, *Libertà provvisoria ed esigenze di tutela della collettività: una questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. it.*, 1976, II, 633; G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, cit., 919; Id., *Finalità della custodia preventiva e criteri di valutazione alla luce dell'art. 254 c.p.p.*, in V. GREVI (a cura di), *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, 1983, 57 s.; G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit., 1; più di recente v. G. GARUTI, voce *Misure coercitive (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, 748; E. MARZADURI, voce *Misure cautelari reali (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1994, 71; M. SCAPARONE, *La libertà personale*, in Aa. Vv., *Il codice di procedura penale. Esperienze, valutazioni, prospettive. Atti del Convegno presso l'Accademia nazionale dei Lincei, Roma 23-24 ottobre 1992*, Milano, 1994, 115; C. TAORMINA, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino, 1995, 383.

¹⁸ In proposito, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 7^a ed., Torino, 2011, 302, osserva che la previsione della tutela della collettività dal pericolo di commissione di certi reati, come finalità cautelare della custodia preventiva, poggia su una «molto discutibile» equiparazione tra esigenze "strettamente inerenti" al processo ed altre "aventi comunque fondamento" nei fatti del processo. Sul punto v., inoltre, C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 136.

¹⁹ In tal senso, V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., p. 49, afferma perentoriamente che «non sembra possano esservi dubbi nel concludere che lo stesso art. 27 comma 2 Cost. conduca decisamente al ripudio di una concezione della custodia preventiva in funzione di prevenzione speciale,

lasciando intendere come dietro ad una simile concezione si celi, e neppure troppo velatamente, una presunzione di colpevolezza a carico dell'imputato (si dice, cioè, che il riferimento ad esigenze di prevenzione speciale, ancorché limitato alla finalità di impedire delitti da parte dell'imputato, implica "necessariamente" il riconoscimento di una sua colpevolezza in relazione al reato del quale si trova ad essere indiziato), ma soprattutto viene a trascinare dall'alveo naturale, prettamente "processuale", dell'istituto cautelare, ossia dalla sua intrinseca ed immediata destinazione a garantire il raggiungimento delle finalità tipiche del processo²⁰.

Peraltro, sempre nel solco di questa ricostruzione dogmatica, anche senza sostenere che il rispetto della presunzione di non colpevolezza sia inconciliabile con un impiego della misura cautelare in funzione di prevenzione speciale, altre autorevoli voci hanno comunque sottolineato la natura tipicamente "accessoria" dell'esigenza di difesa sociale o specialpreventiva, ritenendola rilevante non in via autonoma ma solo se congiunta ad altra esigenza cautelare²¹.

In sostanza, in un'ottica di stretta e biunivoca integrazione funzionale tra il procedimento di cognizione e le misure cautelari, si ritiene che il fenomeno della disponibilità del giudicabile andrebbe configurato quale garanzia rispetto allo svolgimento del processo e all'attuazione del risultato del medesimo²². Si è giunti, pertanto, a criticare le ipotesi normative come quelle accolte nella lett. c dell' art. 274 c.p.p., in cui la misura cautelare personale risponde a ragioni specialpreventive, aventi con il processo solo un'incidentale confluenza, ma capaci di condizionare in modo rilevante la vicenda processuale, prestandosi, sovente, a possibili strumentalizzazioni.

In particolare, la lettera normativa sembra riproporre, sostanzialmente, determinate coordinate logiche del concetto di pericolosità sociale, storicamente utilizzato, fin dal codice Rocco (con l'introduzione del c.d. sistema del "doppio binario")²³, per delimitare l'ambito di applicazione delle misure di sicurezza²⁴, proprio

cioè come *mesure de sûreté* fondata su un giudizio di pericolosità che postuli la colpevolezza dell'imputato». In tal senso v., inoltre, C. FANUELE, *La libertà personale*, in F.R. DINACCI (a cura di), *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, p. 224; R. FONTI, *La tutela costituzionale delle libertà individuali*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit., 20; G. ILLUMINATI, *Carcere e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 2012, 2377.

²⁰ Al riguardo, per stigmatizzare il rischio nefasto della «contaminazione teleologica del processo», dell'erosione di ogni linea di demarcazione tra materie e settori della giurisdizione penale in materia di libertà personale dell'imputato, O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in www.penalecontemporaneo.it, afferma che, «interpretando rigorosamente il dettato costituzionale, nessuno può seriamente dubitare che il processo debba rimanere un giardino inviolato, deputato esclusivamente alla verifica della responsabilità per un fatto penalmente rilevante, senza essere gravato da fini impropri di difesa della società, di reazione esemplare, di repressione della devianza».

²¹ Così, segnatamente, G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit., 24.

²² Così V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 48 s.

²³ Senza dubbio, l'introduzione delle misure di sicurezza detentive può essere considerata «una delle più significative novità della codificazione del 1930» (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6ª ed., Bologna, 2009, 819). Riguardo a tale profilo v., segnatamente, F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 120 s.; G. BETTIOL, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Jus*, 1941, 557; F. DE MARSICO, *Natura e scopi delle misure di sicurezza*, in *Riv. dir. penit.*, 1933, 1259; Id., *Premesse certe alla dogmatica*

in ordine alle ipotesi in cui sia «probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati» (art. 203, comma 1, c.p.). In tal modo, però, si verrebbe a determinare una trasmigrazione della pericolosità sociale da presupposto di un momento che accompagna il trattamento sanzionatorio, coprendo una particolare ottica disvelata dall'accertamento penale, a condizione legittimante un provvedimento cautelare, ossia *ante iudicium*. In questa prospettiva, il giudizio prognostico di pericolosità espresso al momento e nei termini della misura cautelare sarebbe un modo strumentale per legittimare la restrizione della libertà personale sprovvisto di reale fondamento, perché privo di una valutazione sufficientemente ampia, autonoma e seria sulla pericolosità, pur finendo appunto per invadere il terreno affidato dal sistema penale alle cure delle misure di sicurezza, applicate definitivamente o in via provvisoria, ove, invece, l'accertamento della pericolosità è da attuare in forma specifica e concreta (pur con i limiti inevitabili di un giudizio predittivo a lungo termine) — secondo l'art. 203, comma 2, c.p. — sulla base delle medesime condizioni applicative della pena, ossia in forza della rilevanza degli indici di gravità del reato e di capacità a delinquere *ex art.* 133 c.p.²⁵.

In realtà, la Corte costituzionale²⁶ ha, in passato, ritenuto di non condividere l'assunto che la finalità cautelare della custodia preventiva relativa alla “tutela della collettività” dal pericolo di commissione di certi reati «sarebbe propria della pena e della misura di sicurezza, ed incompatibile con la presunzione di non colpevolezza cui deve ispirarsi il trattamento dell'imputato durante il processo». I giudici della Consulta hanno, infatti, sostenuto che «le finalità della custodia preventiva, che non possono in alcun modo risolversi in anticipata espiazione di pena, sono segnate da esigenze di carattere cautelare, rispetto a ragioni di giustizia penale che per la durata del processo penale sarebbero pregiudicate ove non potesse cautelativamente provvedersi anche prima della sentenza definitiva», e sotto questo profilo hanno concluso che «non vi è sostanziale differenza fra esigenze “strettamente inerenti al processo”, ed altre che comunque abbiano fondamento nei fatti per cui è processo, posto che anche la tutela di queste ultime abbia rilievo costituzionale, e giustifichi quindi il sacrificio della libertà personale dell'imputato».

In tal modo, verrebbe fundamentalmente respinto l'orientamento dottrinale secondo cui è possibile legittimare la restrizione personale preventiva solo nella prospettiva di garantire l'esecuzione della pena e l'acquisizione delle prove, con

delle misure di sicurezza, *ivi*, 1935, 108; E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, *passim*; A. ROCCO, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. dir. penit.*, 1930, 1245.

²⁴ A tal riguardo, F. CORDERO, *Procedura penale*, 9ª ed., cit., 480, parla di «metamorfosi poco felice» dell'intervento cautelare in misura di sicurezza.

²⁵ Sul tema v., in particolare, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 825 s.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2012, 1431 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 7ª ed., Padova, 2011, 843 s.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Milano, 2009, 639 s.; A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 141 s.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9ª ed., Milano 2008, 344 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4ª ed., Torino, 2011, 554 s.

²⁶ Corte cost., sent. 23 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. cost.*, 1980, 3.

esclusione di qualsiasi riferimento a funzioni di prevenzione speciale o generale ovvero a funzioni in qualche modo collegate alla pericolosità dell'imputato. In precedenza, del resto, si era anche sostenuto, sempre nella giurisprudenza costituzionale, che «non si può escludere che la legge possa (entro i limiti, non insindacabili, di ragionevolezza) presumere che la persona accusata di reato particolarmente grave e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza, sia in condizione di porre in pericolo quei beni a tutela dei quali la detenzione preventiva viene predisposta»²⁷: insomma, «la finalità di prevenzione speciale non potrebbe essere più apertamente proclamata»²⁸.

In realtà, però, il problema non è volere negare la rilevanza delle istanze di difesa sociale, che sono, senza dubbio, «una componente ontologicamente necessaria di ogni società organizzata»; bensì, la questione è che, una volta «individuata la necessità della prevenzione, (...) resta ancora da dimostrare se e attraverso quali forme la Costituzione italiana abbia inteso legittimarla»²⁹.

3. La risposta pubblica alla pericolosità sociale per il rischio di commissione di determinati crimini da parte di un individuo gravemente indiziato di aver compiuto un reato: provvedimenti cautelari o misure di prevenzione?

Senza tema di smentita, è piuttosto facile osservare che, allorché la logica cautelare è retta da risposte restrittive che esorbitano dalle finalità tipiche del processo, per attingere ad istanze di matrice sostanziale, il rischio di utilizzazioni strumentali e comunque collegate ai significati correnti (anche se non propri) della pena diventa, di sicuro, elevato.

Orbene, non sembra da mettere in discussione il fatto che l'individuazione (e l'eventuale cattura) di un soggetto indiziato di gravi reati possa porre in luce la probabilità della commissione di determinati delitti da parte di detta persona, al punto da giustificare anche una restrizione della sua libertà³⁰; e ciò senza che necessariamente

²⁷ Corte cost., sent. 4 maggio 1970, n. 64, cit.

²⁸ G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit., 24.

²⁹ F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in Id., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 74-75.

³⁰ Sul punto, G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit., 20, ammonisce: «la società si ribella all'idea che, scoperta che sia stata la pericolosità immediata dell'individuo in occasione di un procedimento a suo carico, costui debba essere lasciato libero di nuocere fino a che la sua responsabilità nel procedimento in corso non sia definitivamente accertata, sì che possa farsi luogo nei suoi confronti all'esecuzione della pena. Nessun sistema giuridico difensivo dei beni collettivi potrebbe organizzarsi intorno ad un simile postulato: e chi tentasse di farlo sarebbe prima o poi rovesciato dall'insoddisfazione generale, superiore ad ogni supposto principio costituzionale e ad ogni ispirazione legalitaria». In tal senso, nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, è previsto che sia ammissibile una restrizione *ante iudicatum* della libertà personale di un individuo quando vi sono «*des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction*» (art. 5, § 1, lett. c, CEDU). In particolare, la Corte europea ha espressamente riconosciuto che «*la gravité d'une inculpation peut conduire les autorités judiciaires à placer et laisser le suspect en détention provisoire pour empêcher des tentatives de nouvelles infractions*» (Corte eur., 12 dicembre 1991, *Clooth c. Belgio*, § 39).

questo individuo sia da ritenersi *sic et simpliciter* colpevole dell'illecito penale di cui è stato indagato o imputato.

In particolare, un fatto criminale di determinato rilievo può mettere a nudo la concreta esistenza del pericolo attuale di un'ulteriore attività delittuosa e l'immediata individuazione del possibile autore, così come l'esame della personalità dello stesso può rendere ancor più evidente tale pericolo; nondimeno, tale pericolosità sociale non dovrebbe essere inserita *tout court* nell'ambito delle cautele processuali, sia perché col processo ha solo una occasionale e limitata coincidenza rivelatrice, sia perché va tutelata indipendentemente, sulla base di una specifica attenzione ed anche oltre la durata del processo, con mezzi adeguati e con una peculiare struttura rieducativa e risocializzante, intervenendo (soprattutto) sulle condizioni — sociali e psicologiche — che hanno determinato lo stato di pericolosità.

Dunque, non si vuol dire che le esigenze della difesa sociale e prevenzione speciale non siano, anch'esse, meritevoli di attenzione e tutela³¹, né si vuole negare che la prevenzione speciale possa rappresentare, a certe condizioni, una tipica finalità perseguibile mediante una privazione della libertà³²; tuttavia, si dovrebbe evitare di contrabbandare per "cautelari" risposte ordinamentali e, quindi, misure restrittive che tali non sono o che comunque non lo dovrebbero essere. Senza considerare, poi, che «gli ibridi costano più di quanto rendano»³³.

Nei casi di pericolo derivante dalla plausibile futura commissione di determinati crimini da parte di un soggetto gravemente indiziato di aver già compiuto un reato, è senza dubbio legittima la "preoccupazione" pubblica e diventa, così, necessaria la predisposizione di mezzi adeguati di tutela collettiva, che possono ricomprendere forme di coazione, assimilabili, anche per i tratti esteriori, alle misure coercitive cautelari. Essi, però, devono inserirsi direttamente ed in modo compiuto nell'ambito giuridico delineato dal concetto penalistico di "pericolosità sociale" (intesa non come generica proclività a commettere azioni delittuose o mera "possibilità" di "cadere nel reato", ma come determinata "probabilità" che si commettano futuri

³¹ Posto che «prevenire il reato è un compito imprescindibile dello Stato, che si pone come un *prius* rispetto alla potestà punitiva» (P. NUVOLONE, *Relazione introduttiva*, in Aa. Vv., *Le misure di prevenzione (Atti del Convegno «Enrico De Nicola»*), Milano, 1975, 16), ogni società organizzata deve necessariamente "preoccuparsi" di evitare — quanto meglio sia possibile — che i reati vengano commessi e soprattutto con riguardo ad un soggetto del quale si abbia concretamente da temere l'elevata pericolosità. Anche secondo la Corte costituzionale, il principio di prevenzione e di sicurezza sociale si pone come «esigenza e regola fondamentale di ogni ordinamento», di modo che «l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti fra i cittadini deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive dei fatti illeciti, anche da un parallelo sistema di adeguate misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi nell'avvenire» (Corte cost. sent. 5 maggio 1959, n. 27, in *Giur. cost.* 1959, I, 722).

³² L'importante è che la misura restrittiva rappresenti «*le moyen d'empêcher une infraction concrète et déterminée [...] notamment en ce qui concerne le lieu et le temps de sa commission et les victimes potentielles*» (Corte eur., 1° dicembre 2011, *Schwabe e M.G. c. Germania*, § 63 ; Corte eur., 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italia*, § 40; Corte eur., 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italia*, § 102).

³³ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., 481.

crimini)³⁴ ed essere in generale collegati, anche per omogeneità finalistica, più propriamente ad un'autonoma e specifica espressione normativa delle misure di prevenzione, le quali, peraltro, "per natura", pur assolvendo a funzioni parzialmente assimilabili a quelle delle misure di sicurezza, a differenza di queste, non presuppongono necessariamente la commissione di un fatto di reato o di un c.d. quasi reato³⁵ e, quindi, dovrebbero eliminare in radice il rischio che simili provvedimenti conferiscano una sorta di presunzione di colpevolezza a carico dell'indiziato o che gli stessi vengano ad assumere una funzione essenzialmente punitiva³⁶. In ogni caso, poi,

³⁴ Il concetto di pericolosità sociale, «un concetto generico, potenzialmente carico di una pluralità di significati e perciò virtualmente polifunzionale» (G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 824), esprime il risultato di un giudizio prognostico di tipo scientifico-naturalistico, relativo alla probabilità di determinati comportamenti futuri di una certa persona. Si tratta di una valutazione tanto "problematica", per l'impossibilità, connaturata ad i limiti intrinseci delle scienze umane ed alle condizioni di praticabilità offerte dalle strutture procedurali, di raggiungere un giudizio predittivo di certezza, quanto "pericolosa", per la difficile controllabilità empirica ed affidabilità della *prognosi criminale* e per il correlativo rischio di veicolare significati di mera stigmatizzazione sociale. Sul tema v., inoltre, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 720 s.

³⁵ Invero, la "pericolosità" sociale può rivelarsi tramite una valutazione di carattere prognostico che si attua *post delictum*, proiettandosi nel futuro, con la finalità di verificare il grado di probabilità che la persona possa tornare, nuovamente, a commettere illeciti penali (una sorta di "probabilità di recidiva" ossia di futura "ricaduta nel reato"), ed in tale ambito si colloca la sfera di applicazione delle misure di sicurezza personali; del pari, lo stesso concetto può essere declinato con riferimento alla pericolosità *potenziale* di un soggetto di commettere illeciti penali, a prescindere da un'affermazione di colpevolezza per un crimine precedente e, quindi, dalla valutazione della concreta estrinsecazione di una simile qualità personale attraverso il materiale compimento di un fatto di reato (*ante o praeter delictum*), ed è questo il campo di azione delle misure di prevenzione. Sul tema della pericolosità sociale, che si atteggia in modo differente in ordine alle misure di sicurezza ed a quelle di prevenzione, v. in particolare L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 573 s.; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, 1990, 1; E. MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, 762 s.; Id., *Misura di sicurezza e pericolosità: profili di riforma*, in G. VASSALLI (a cura di), *Problemi generali di diritto penale. Contributi alla riforma*, Milano, 1982, 178 s.; P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, 1976, 633 s.

³⁶ Peraltro, con riguardo alle misure di sicurezza applicate provvisoriamente ai sensi dell'art. 312 c.p.p., in merito alla sussistenza di «gravi indizi di commissione del fatto», l'utilizzo di tale formula (al posto di quella di «gravi indizi di colpevolezza» di cui all'art. 273, comma 1, c.p.p.) – onde tener conto di quelle ipotesi in cui la misura può essere applicata in relazione ai c.d. quasi reati – conduce a ritenere che il "fatto" «che viene in considerazione deve essere tale da legittimare la previsione che all'esito del processo venga applicata in via definitiva» una misura di sicurezza (M. ROMANO- G. GRASSO- T. PADOVANI, *Sub art. 206 c.p.*, *Commentario sistematico del codice penale*, 2^a ed., vol. III, Milano, 2011, 481), attuando così una sorta di "anticipazione" *ante iudicium* degli effetti della statuizione giudiziale definitiva in ordine alla tipica sanzione preventiva, tesa cioè ad impedire la futura reiterazione di reati. In tal senso, G. TRANCHINA, *Assurdi vecchi e nuovi a proposito di anticipata applicazione di misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 808, osserva che l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza rappresenta «un limite alla libertà personale che si realizza nel processo e attraverso il processo e che pure non è conseguenza né risultato di esso». Con riguardo all'idea dottrinale secondo cui l'applicazione provvisoria della misura di sicurezza "anticipa" l'accertamento che, in base all'art. 27, comma 2 Cost., può aver luogo a conclusione dell'iter processuale v., inoltre, C.U. DEL POZZO, *La libertà personale nel processo penale italiano*, Torino, 1962, p. 581; G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 55; V. SCORDAMAGLIA, *L'applicazione provvisoria di pene accessorie*, Napoli, 1980, 153.

le misure di prevenzione *de quibus* — ricollegate *ex lege* non a tipologie soggettive di dubbia consistenza criminologica e dai contorni incerti, ma alla situazione concreta di un individuo gravemente indiziato di aver commesso un determinato reato — in quanto provvedimenti limitativi della libertà personale, oltre alla garanzia giurisdizionale, dovranno rispettare la condizione essenziale di essere adottate non sul fondamento di semplici sospetti di futuri crimini, bensì su «una oggettiva valutazione di fatti (...), in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili»³⁷.

A ben vedere, anche non accogliendo l'idea che la prevenzione immediata della futura commissione di delitti costituisca una delle finalità proprie della pena che non possono assolutamente essere "anticipate" sotto forma di misure cautelari, in linea di massima, per garantire coerenza sistemica e per scongiurare il rischio che il processo si pieghi alle "nostalgie inquisitorie" che tendono a strumentalizzarlo per fini di mera difesa sociale, occorrerebbe almeno distinguere il pericolo di commissione di determinati reati, pur se gravissimi, generato dal fatto e dalla personalità del soggetto colpito da rilevanti indizi di colpevolezza, che è materia da fare rientrare nell'ambito più generale della tutela nei confronti della pericolosità sociale e, quindi, nel solco di autonome misure di natura "preventiva", dalla necessità di interrompere l'*iter* criminoso e di evitare che il reato sia portato ad ulteriori conseguenze o che venga raggiunto lo scopo criminale per il quale è stato realizzato. Soltanto quest'ultime esigenze possono disvelare, infatti, un'impellente necessità di intervento, tale da potere essere incanalato anche in una dimensione prettamente "cautelare" nell'ambito del procedimento penale³⁸.

Tutto ciò è, però, cosa assai diversa dalle tipologie attualmente descritte dall'art. 274, lett. c, c.p.p. Dunque, il pericolo di commissione di futuri reati andrebbe valutato in termini completamente differenti da come è adesso ed andrebbe meglio dimensionato, tramite l'individuazione dei comportamenti e delle situazioni oggettive che possono determinare il pericolo alla sicurezza e le personalità idonee a concretarlo, avendo ben chiaro che ad esso va collegato l'intero meccanismo di difesa pubblica, incluso un possibile intervento assistenziale e/o sanitario volto a rimuovere o quantomeno contenere le cause criminogene³⁹. Nell'identificazione delle linee di

³⁷ Corte cost., sent. 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1980, 1546.

³⁸ Al riguardo, G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, cit., 44, afferma: «dal punto di vista costituzionale [...] la [...] presunzione di non colpevolezza, essendo posta in relazione al reato per cui si procede, non esclude a stretto rigore una misura provvisoria in vista d'un delitto futuro della quale si sia occasionalmente scoperta la probabile commissione da parte del soggetto e di cui si possa addirittura temere la perpetrazione imminente. Ma dal punto di vista razionale è soltanto codesta ragione d'urgenza e di immediatezza del pericolo quella che può giustificare una misura restrittiva al di fuori di un accertamento definitivo della pericolosità».

³⁹ Invero, l'esigenza della preventiva protezione della comunità sociale può richiedere la sottoposizione di una persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di quest'ultima ad oneri particolari. La Costituzione italiana definisce la "salute" come «fondamentale diritto dell'individuo» e come «interesse della collettività» (art. 32, comma 1, Cost.), delineando così due aspetti distinti, ma coordinati — *rectius*, inscindibili — dello stesso concetto. La salute, quindi, non riguarda solo il singolo, ma si riflette sulla collettività, per cui la relativa tutela non si esaurisce solo in situazioni attive di pretesa, bensì implica e comprende il dovere di non ledere né porre a rischio

politica criminale da seguire per affrontare la situazione descritta si deve osservare che l'ambito privilegiato per questi fini — seppur da riorganizzare significativamente, soprattutto per garantire l'effettiva conformità alle *Grundnormen* in materia di restrizione della libertà personale — sembra essere quello delle misure di prevenzione, che si fondano, appunto, su «fattispecie di pericolosità» sociale, descritte dalla legge⁴⁰. Difatti, tali misure sono, storicamente, state pensate e disciplinate proprio per difendere la collettività da soggetti — e da comportamenti — definiti “pericolosi” e, quindi, potenzialmente “portati” ad offendere beni di pregnante rilievo giuridico. Insomma, la definizione di pericolosità che sottintendono quelle misure è proprio particolarmente individuata nella rilevante probabilità, basata su un giudizio prognostico, di realizzazione di determinati fatti di reato⁴¹: concetto del tutto analogo a (*rectius*, incorporante) quello di pericolo di reiterazione di reati della stessa specie o di pericolo di commissione di particolari reati con l'uso di mezzi violenti, che è accolto in materia di provvedimenti cautelari dall'art. 274, lett. c, c.p.p.

4. Prospettive de iure condendo.

Concludendo, a parte le delineate ipotesi residuali, in grado, in qualche modo, di legittimare anche un apposito intervento di natura cautelare, le finalità di prevenzione speciale oggi indicate globalmente nell'art. 274, lett. c, c.p.p. sarebbero, in generale, più correttamente e coerentemente tutelate nell'ambito di autonome misure preventive, costruite secondo canoni di efficienza e di legittimità, che siano la naturale risposta che il sistema riconosce per le suddette situazioni di pericolosità sociale, anche

con il proprio comportamento l'incolumità e, *a fortiori*, la vita altrui (Corte cost., sent. 2 giugno 1994, n. 218, in *Giur. cost.*, 1994, 1812). In quest'ottica, ben possono essere prescritti con legge trattamenti sanitari obbligatori, in deroga al principio di libertà della persona, ma solo ove concorrano due condizioni, e cioè la necessità di garantire la salute fisica e mentale dei terzi che, in mancanza di siffatto trattamento, risulterebbe messa in pericolo o danneggiata, insieme all'esigenza di tutelare la salute di colui che è sottoposto al trattamento stesso, in virtù del riferimento fondamentale del rispetto della persona umana (Corte cost., sent. 22 giugno 1990, n. 307, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2694).

⁴⁰ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 871; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 569.

⁴¹ Più in generale, la pericolosità sociale richiesta per l'applicazione di una misura di prevenzione può essere definita come la ragionevole probabilità che la persona compia attività illecite e/o antisociali sì da rendere necessaria una proporzionata risposta da parte dell'autorità pubblica al fine di impedire — o quantomeno limitare — i rischi e gli eventuali danni alla collettività. Sul tema cfr., in particolare, A. BARGI, *L'accertamento della pericolosità nelle misure di prevenzione. Profili sistematici e rapporti con il processo penale*, Napoli, 1988, 23 s.; L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, *passim*; E. GALLO, voce *Misure di prevenzione*, cit., 2; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 1475 s.; G. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, 1994, 109 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 865; P. MILETTO, *Le misure di prevenzione*, Torino, 1989, 7 s.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi Petrocelli*, vol. III, Milano, 1972, 1591 s. In giurisprudenza, si afferma che «il sillogismo indiziario articolato in sede di prevenzione personale è funzionale ad un giudizio prognostico avente ad oggetto la probabilità della futura commissione di reati e la pericolosità sociale del soggetto va apprezzata in base a presupposti di fatto oggettivamente verificabili» (Cass., sez. I, 14 gennaio 2011, in *Dir. e giust.*, 2011).

se andrebbe rivisitata globalmente l'intera dogmatica della materia e, di conseguenza, andrebbe rimodellata — pur nel solco della recente riforma della materia compiuta dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. Codice antimafia), che ha operato una provvida risistemazione dell'istituto preventivo rispetto alla passata frammentazione normativa — la struttura normativa di queste peculiari forme di limitazione delle libertà personali. Si tratta di prefigurare un nuovo modello di prevenzione *praeter delictum*, veramente conforme ai principi di uno Stato sociale di diritto e che persegua, tendenzialmente, anche un'impostazione assistenziale-curativa della limitazione della libertà personale (art. 32 Cost.), senza esaurirsi nella mera "neutralizzazione" dell'individuo "pericoloso"⁴².

Ad ogni modo, la politica penale difficilmente rinuncerà all'attuale configurazione dell'uso della custodia cautelare personale per garantire anche bisogni estranei agli scopi del processo, almeno fino a quando non verrà compreso pienamente che, in generale, l'indiscutibile esigenza di tutela sociale connessa al *periculum libertatis* generato dal rischio di probabile commissione di determinati reati, per essere soddisfatta in maniera adeguata, deve trovare differenti forme di protezione, estrinseche al processo, ma interne all'ordinamento e complessivamente rivolte al fenomeno della pericolosità sociale in generale⁴³.

⁴² Sul tema merita richiamare la riflessione di G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 884: «anche in uno Stato come quello prefigurato dalla Costituzione repubblicana, la funzione di prevenzione trova invero fondamento e giustificazione. E ciò non solo perché — come è stato detto — appartiene alla stessa essenza logica dello Stato, alla sua giustificazione razionale, impedire la commissione dei reati, salvaguardare la vita, l'incolumità, i beni dei cittadini; quanto piuttosto perché uno Stato sociale di diritto dovrebbe rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale dello Stato stesso. In tale contesto, la prevenzione si presta ad essere considerata (...) non più attività intesa ad impedire in via diretta ed immediata la commissione dei reati, ma impegno solidaristico e reale volto ad assicurare lo sviluppo della persona e a prevenire, in via indiretta e mediata, il reato attraverso la rimozione delle sue cause sia di natura sociale e ambientale, sia soggettive in quanto connesse a disturbi e debolezze della personalità individuale».

⁴³ In realtà, una recente proposta di legge si muove, sostanzialmente, in tale direzione. Innanzitutto, tale iniziativa legislativa, recante il n. 2993 e presentata al Senato il 26 settembre 2011, prevede la radicale soppressione dell'art. 274, lett. c, c.p.p. In secondo luogo, è stabilito che nei confronti degli iscritti nel registro degli indagati per uno dei reati di cui all'art. 4, comma 1, lett. a (art. 416-bis c.p.) e b (reati previsti dall'art. 51, comma 3-bis, c.p.p. ovvero delitto ex art. 12-*quinquies*, comma 1, del d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modif., dalla l. 7 agosto 1992, n. 356) del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione) le misure di prevenzione personali sono applicate anche su proposta del p.m. procedente in sede penale ed indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale. Il giudice è chiamato a valutare se il soggetto sia pericoloso per la sicurezza pubblica e, in caso positivo, a disporre una delle misure di cui all'art. 6 del citato decreto con i poteri e nelle forme del provvedimento d'urgenza emesso ai sensi dell'art. 9 del medesimo testo normativo. Tale proposta ha il merito di conseguire «il risultato di "spostare" il giudizio di pericolosità sociale dell'indagato su gravi reati nella sede più propria, quella che attiene alle misure di prevenzione» (*Relazione di accompagnamento*); non pare, tuttavia, condivisibile la ristretta elencazione dei reati per cui è ammessa la procedura preventiva, ma soprattutto l'idea di non agire *de iure condendo* sulla disciplina e la tipologia delle richiamate misure preventive di cui al d.lgs. n. 159 del 2011, dato che la risposta pubblica, di fronte ad uno specifico scrutinio

In questa prospettiva, a fronte di una formulazione alquanto generica e non pienamente conforme al principio di tassatività, che è in grado di consentire distorsioni applicative in una materia tanto delicata, per l'intanto, non appare fuori luogo sollecitare una riscrittura immediata dell'art. 274, lett. c, c.p.p., capace di affidare ad indici meno "ambigui" il compito di assicurare un esercizio dei poteri cautelare davvero congruo alle predette esigenze, così da giungere all'elaborazione di una prognosi "attendibile" di pericolosità che tragga spunto non da generici ed incontrollabili sospetti, bensì da situazioni specifiche acquisite nel procedimento in corso.

Invero, sono proprio i caratteri di eccessiva genericità ed indeterminazione della disposizione normativa e, soprattutto, l'ambiguità del pericolo di reiterazione in sé considerato (il quale è facilmente confondibile con una mera possibilità, in sé riscontrabile ovunque) che vengono a mal conciliarsi con il dettato costituzionale. Nell'applicazione di misure restrittive della libertà personale, infatti, il giudice conserva ampi margini di valutazione discrezionale, nonostante l'intervento legislativo (l. 8 agosto 1995, n. 332) che ha tentato di comprimere gli spazi assegnati al vaglio giurisdizionale, affermando in termini generali che, a fondamento della prognosi di pericolosità, deve collocarsi la necessaria valutazione della personalità dell'individuo, riferita a parametri ispirati a caratteri di concretezza e specificità. Correlativamente, anche la motivazione dei provvedimenti cautelari, nel momento in cui il discorso giustificativo coinvolge l'esigenza di cui alla lett. c dell'art. 274 c.p.p., finisce, nella pratica giudiziaria, per assumere contorni opaci e contenuti alquanto apodittici, esaurendosi, non di rado, nell'enunciazione pura e semplice dell'asserita "pericolosità sociale" del destinatario della misura, senza illustrare, però, le reali ragioni che militano nel senso di ritenere, nella singola situazione, concreto il pericolo di commissione di uno specifico reato tra quelli indicati dalla norma.

In particolare, al fine di evitare un uso meno indiscriminato della custodia preventiva sarebbe, pertanto, opportuno aggiungere espressamente il termine "attuale"⁴⁴ nel corpo dell'art. 274, lett. c, c.p.p., in modo che la formula normativa richieda l'esistenza di un pericolo di probabile commissione di determinati reati che sia

della pericolosità sociale di un soggetto indiziato di ben determinati reati, non può esaurirsi solo in un regime di sorveglianza speciale o di obbligo o divieto di soggiorno, senza poter comportare, eventualmente, anche un più incisivo (ma ben calibrato) sacrificio restrittivo della libertà personale, soprattutto qualora la pericolosità accertata sia correlata ad uno stato (sia pure solo transeunte) di alterazione psichica, tale da richiedere urgenti interventi terapeutici e/o assistenziali.

⁴⁴ È interessante notare come, secondo una giurisprudenza ben consolidata, per giustificare l'applicazione di misure di prevenzione, la pericolosità sociale debba essere attuale. Se difetta il requisito dell'attualità, e cioè se la persona non risulta "portatrice" di un pericolo immediato per la collettività al momento della relativa decisione, manca l'interesse e, quindi, la ragione di un intervento di limitazione da parte delle autorità pubbliche (così, *ex pluribus*, Cass., sez. I, 17 gennaio 2011, P., in *Cass. pen.*, 2012, 671; Cass., sez. V, 22 settembre 2006, C., *ivi*, 2007, 4313). Sul punto, in particolare, in dottrina, v. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 1484.

«concreto ed attuale»⁴⁵. L'esplicita previsione dell'attualità all'interno del giudizio cautelare potrebbe, invero, corroborare le componenti dimostrative della disposizione normativa in esame, ormai smarrite nella *routine* della quotidiana applicazione del diritto⁴⁶: da un lato, ciò comporterebbe che le specifiche circostanze fattuali e condotte sintomatiche di una personalità proclive al reato debbano ingenerare un effettivo ed immediato timore che il soggetto possa commettere nuovi delitti; dall'altro, in tal modo verrebbe ad esigersi un maggiore rigore e sforzo argomentativo nella stesura della motivazione dell'ordinanza cautelare da parte del giudice *de libertate*.

In un sistema processuale distintamente garantista e doverosamente informato all'osservanza del dettato costituzionale, per recuperare un apprezzabile senso di ragionevolezza della misura cautelare specialpreventiva è, infatti, necessario che sia individuata non la propensione generica a commettere alcuni illeciti penali, legata a condotte dell'indiziato anche risalenti nel tempo, ma l'attuale, immediata ed effettiva potenzialità di commetterli, cioè la materiale disponibilità di mezzi e circostanze che rendano altamente probabile la perpetrazione di determinati reati.

⁴⁵ In tal senso, la proposta di legge n. 4616, presentata alla Camera il 14 settembre 2011, prevede, al fine di meglio definire la sussistenza del *periculum libertatis*, che nell'art. 274, lett. c, c.p.p., dopo l'aggettivo «concreto», vengano inserite le parole «e attuale». Anche la proposta di legge n. 5399, presentata il 2 agosto 2012, stabilisce specifiche disposizioni al fine di «ripristinare una cultura delle cautele penali fondate sul pieno rispetto della presunzione di innocenza e sulla funzione strumentale al processo delle misure di contenimento anticipate» (*Relazione di accompagnamento*). In particolare, oltre a contemplare la suddetta previsione circa il requisito dell'"attualità" del pericolo di commissione di ulteriori delitti, in modo da rafforzare l'esigenza di una valutazione più stringente dell'effettiva pericolosità del prevenuto, tale iniziativa legislativa mira a prescrivere che «la sussistenza della situazione di pericolo non può essere desunta esclusivamente dalle modalità del fatto per cui si procede e la personalità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non può essere desunta unicamente dalle circostanze del fatto addebitato», così da evitare che tale *periculum libertatis* possa essere desunto unicamente dalla vicenda criminosa in oggetto.

⁴⁶ Ad oggi, il requisito dell'attualità non risulta pienamente valorizzato dalla giurisprudenza, tant'è che si suole affermare che, in ordine alla esigenza cautelare di cui all'art. 274, lett. c, c.p.p., «il parametro della concretezza non si identifica con quello della attualità del pericolo, derivante dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati, dovendo al contrario, il predetto requisito essere riconosciuto alla sola condizione necessaria e sufficiente che esistano elementi concreti (cioè non solo meramente congetturali) sulla base dei quali possa affermarsi che il soggetto inquisito possa facilmente, verificandosene l'occasione, commettere reati rientranti tra quelli contemplati dalla suddetta norma processuale» (Cass., sez. I, 22 settembre 2006, La Bianca, in *Guida al diritto*, 2006 (47), 78).