

Settembre 2021

dpu

DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

FASCICOLO
9/2021



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

Registrazione presso il Tribunale di Milano
al n. 71 del 15 marzo 2019

ISSN 2704-6516

Via T. Salvini 10 | 20122 MILANO (MI)

redazione@dirittopenaleuomo.org

Il presente fascicolo raccoglie una selezione di quanto pubblicato nel mese presente sulla Rivista scientifica Diritto Penale e Uomo (DPU) – Criminal Law and Human Condition.

I materiali qui pubblicati sono stati sottoposti, con esito positivo, a procedura di revisione, nelle forme e nei modi previsti dal Regolamento editoriale della Rivista



Un progetto di Luca Santa Maria

EDITORE

Diritto Penale e Condizione Umana

COMITATO DI DIREZIONE

Susanna Arcieri (Responsabile), Fabio Basile, Raffaele Bianchetti

COMITATO EDITORIALE

Pietro Buffa, Ciro Grandi, Paolo Oddi, Alessandro Rudelli, Piergiorgio Strata

COMITATO SCIENTIFICO

Alberto Aimi, Giuseppe Amarelli, Stefania Amato, Carla Bagnoli, Giuditta Bassano, Elio Romano Belfiore, Filippo Bellagamba, Giovanni Berlucchi, Alessandro Bernardi, Costanza Bernasconi, Paolo Bernasconi, Giovanni Boniolo, Riccardo Borsari, Gabriella Bottini, Pietro Buffa, Antonella Calcaterra, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Stefania Carnevali, Patrizia Catellani, Mario Caterini, Maurizio Catino, Cristina Cattaneo, Antonio Cerasa, Pierluigi Chiassoni, Paola Emilia Cicerone, Francesco Cingari, Mauro Croce, Claudio Dalpiaz, Giulio De Simone, Paolo Della Sala, Patrizia Di Fulvio, Gian Paolo Demuro, Giovanna Di Rosa, Giandomenico Dodaro, Tommaso A. Dragani, Paola Felicioni, Fabrizio Filice, Fabio Fiorentin, Giovanni Flora, Desiree Fondaroli, Novella Galantini, Paolo Garbolino, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Bruno Giordano, Fausto Giunta, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Carl L. Hart, Marco Iacoboni, Gaetano Insolera, Marina Lalatta Costerbosa, Silvia Larizza, Isabella Leoncini, Carlo Longobardo, Alfio Maggiolini, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Letizia Mancini, Gianfranco Martiello, Franco Martelli, Oliviero Mazza, Carlo Melzi d'Eril, Enrico Mezzetti, Dario Micheletti, Lorenzo Milazzo, Marco Miletta, Alberto Mittone, Daniele Negri, Paolo Oddi, Caterina Paonessa, Lorenzo Pasculli, Baldassarre Pastore, Stefania Pellegrini, Davide Petrini, Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, Nicola Pisani, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Federico Gustavo Pizzetti, Oreste Pollicino, Lucia Riscato, Alessandro Rudelli, Federica Russo, Alessandra Sanna, Luigi Santangelo, Amedeo Santosuosso, Cristina Saottini, Domenico Siciliano, Alessandro Simoni, Piergiorgio Strata, Mario Tantalo, Persio Tincani, Valeria Torre, Vico Valentini, Gianluca Varraso, Giulio Enea Vigevani, Tiziana Vitarelli, Giovanni Ziccardi, Carlo Zocchetti

COMITATO DEI CONSULENTI

Carlo Calanchini, Nadia Francesca Cipriano, Antonino Cusimano, David Eagleman, Gabrio Forti, Maria Carla Gatto, Judy Illes, Maria Paola Mittica, Daniela Ovadia, Giulio Ponzanelli, Adrian Raine, Fabrizio Richard, Sara Rubinelli, Luca Salvaderi, Teresa Scantamburlo, Viola Schiaffonati, Rosa Spagnolo, Giuseppe Vallar, Giovanni Venditti, Anna Zappia, Philip G. Zimbardo

REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatrice), Giovanna Baer, Giulia Corbetta, Gianni Giacomelli, Irene Gittardi, Giulia Preatoni, Francesca Tomasello

Riflessione

1 LA NOZIONE DI “SANZIONE PENALE” E IL CASO *GALAN*

Maria Rosaria Donnarumma

Riflessione

60 COMPLESSITÀ PSICOLOGICA DELLE CONDOTTE UMANE E SISTEMA SANZIONATORIO PENALE

Note in margine a D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, Napoli, 2020

Luciano Eusebi

12 NEL RICORDO DI PAOLO. LA COSTRUZIONE DI UN TRAUMA

Alessandro Brigatti

Riflessione

72 IL TEATRO COME STRUMENTO RIEDUCATIVO ALL'INTERNO DELLE CARCERI MINORILI: L'ESPERIENZA DI PUNTOZERO

Giovanna Mirarchi, Cristina Gargagliano

Riflessione

27 LA PREVENZIONE PERSONALE *ANTE* *DELICTUM*: ALLA RICERCA DI UN FONDAMENTO COSTITUZIONALE

Edoardo Zuffada

Riflessione

84 LA CONSAPEVOLEZZA DELLA COMPLESSITÀ NON DEVE SPINGERCI AL NICHILISMO

Francesco Provinciali

Riflessione

Riflessione

— La nozione di “sanzione penale” e il caso *Galan*

The notion of “criminal sanction” and the Galan case

di Maria Rosaria Donnarumma

Abstract. *La decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 giugno 2021 nel caso Galan c. Italia è molto importante, perché esamina la problematica della ineleggibilità o decadenza da cariche elettive con specifico riferimento alla normativa vigente in Italia, e conferma, secondo un costante indirizzo giurisprudenziale, che tali misure non sono assimilabili a sanzioni penali e, quindi, non soggiacciono al principio della irretroattività della legge penale.*

Ciò in perfetta sintonia con la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, ormai consolidata nel senso che le misure in causa, compresa quella cautelare della sospensione dal mandato, «ancorché collegate alla commissione di un illecito, non hanno carattere sanzionatorio e rappresentano solo conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche pubbliche» in uno Stato democratico di diritto.

Abstract. *The judgment of the European Court of Human Rights of June 17, 2021 in Galan v. Italy is very important. The case considers the problem of ineligibility or forfeiture from elected offices with specific reference to the legislation in force in Italy, and confirms, according to a constant jurisprudential orientation, that such measures are not comparable to criminal sanctions and, therefore, are not subject to principle of non-retroactivity of criminal law.*

This is in perfect harmony with the jurisprudence of the Italian Constitutional Court, now consolidated in the sense that the measures in question, including the precautionary measure of suspension from the mandate, "although connected to the commission of a criminal offense, are not sanctioning and represent only consequences of the cessation of a subjective requirement for access to public office" in a democratic State of Law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale, in particolare le sentenze n. 236 del 2015, n. 276 del 2016, n. 35 del 2021. – 3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, in particolare la decisione del 17 giugno 2021, *Galan c. Italia*. – 4. Considerazioni conclusive.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The jurisprudence of the Constitutional Court, in particular the judgments n° 236 of 2015, n° 276 of 2016, n° 35 of 2021. – 3. The jurisprudence of the European Court of Human Rights, in particular the judgment of June 17, 2021, *Galan v. Italy*. – 4. Concluding remarks.

1. Introduzione.

La decisione della Corte europea dei diritti dell’uomo del 17 giugno 2021 nel caso *Galan c. Italia* è di estremo interesse, perché affronta la tematica della nozione di “sanzione penale” e del connesso principio di non retroattività della legge penale, nel confronto con una diversa tematica, quale quella della incandidabilità o decadenza da mandati elettivi.

Ciò alla luce di un esame approfondito della propria pregressa e consolidata giurisprudenza, nonché della giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

2. La giurisprudenza della Corte costituzionale, in particolare le sentenze n. 236 del 2015, n. 276 del 2016, n. 35 del 2021.

La giurisprudenza della Corte costituzionale è ormai consolidata nel senso che «le misure dell’incandidabilità, della decadenza e della sospensione dalle cariche elettive [...] – afferma testualmente il giudice – ancorché collegate alla commissione di un illecito, non hanno carattere sanzionatorio e rappresentano solo conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l’accesso alle cariche pubbliche»¹.

Già nella sentenza n. 118 del 1994 la Corte costituzionale, nel pronunciarsi sulla decadenza automatica da alcuni mandati elettivi a seguito di una condanna definitiva per determinati reati, sebbene in virtù di una disposizione legislativa successiva alla data delle elezioni, aveva negato trattarsi di sanzioni o di effetti della condanna penale, quest’ultima essendo un «mero presupposto oggettivo cui è collegato un giudizio di “indegnità morale” a ricoprire determinate cariche elettive»².

Altrettanto dicasi per la sospensione, misura cautelare tesa ad evitare il «sospetto di inquinamento [...] degli apparati pubblici» e, quindi, garantirne la credibilità³.

¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 35 del 2021, *considerato in diritto*, punto 3.2.3.

² Cfr. Corte cost., sent. n. 118 del 1994, *considerato in diritto*, punto 3.1.

³ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2015, *considerato in diritto*, punto 4.3.2.

Nella sentenza n. 236 del 2015 la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'articolo 11, comma 1, *sub a*) del decreto legislativo n. 235 del 31 dicembre 2012⁴. Un tale decreto (c.d. legge Severino), recante il testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo, era stato adottato a seguito della delega contenuta nell'articolo 1, comma 63, della legge n. 190 del 6 novembre 2012 (c.d. legge anticorruzione).

Il giudice rimettente (TAR della Campania) fondava il dubbio di legittimità appellandosi a tre profili: *a*) il carattere a suo avviso sanzionatorio della misura di sospensione dalla carica; *b*) l'applicazione retroattiva; *c*) l'adozione della misura a seguito di una condanna non definitiva⁵.

La Corte innanzi tutto ricorda che, nel pronunciarsi sulla normativa antecedente il decreto legislativo n. 235 del 2012, essa ha costantemente escluso che le norme su incandidabilità, decadenza, sospensione da cariche elettive rivestano carattere sanzionatorio. «Tali misure – ribadisce la Corte – non costituiscono sanzioni o effetti penali della condanna, ma conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate o per il loro mantenimento». E ciò «nell'ambito di quel potere di fissazione dei "requisiti" di eleggibilità, che l'art. 51, primo comma, della Costituzione riserva [...] al legislatore»⁶.

Per quanto concerne il principio di irretroattività e, in particolare, la tesi di una sua "costituzionalizzazione" in tutti i casi in cui la Costituzione preveda una riserva di legge per la disciplina di diritti inviolabili, la Corte nega la fondatezza della tesi al di fuori dell'ambito di applicazione dell'articolo 25, comma 2. Le leggi possono avere efficacia retroattiva, purché nel rispetto dei «fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma» e dei principi di ragionevolezza e uguaglianza, nonché di tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti⁷.

Infine, sul profilo della sospensione dalla carica a seguito di una condanna non definitiva, la Corte ribadisce che «di fronte a una grave situazione di illegalità nella pubblica amministrazione [...] non è irragionevole ritenere che una condanna (non definitiva) per determinati delitti [...] susciti l'esigenza cautelare di sospendere temporaneamente il condannato dalla carica, per evitare un "inquinamento" dell'amministrazione»⁸.

Nella sentenza n. 276 del 2016 la Corte è ancora una volta chiamata a pronunciarsi sulle norme del decreto legislativo n. 235 del 2012 che contemplano la sospensione dalle cariche politiche in caso di condanna non definitiva per determinati reati⁹. Tra i motivi di

⁴ L'articolo 11 verte sulla "sospensione e decadenza di diritto degli amministratori locali in condizione di incandidabilità".

⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 236 del 2015, *considerato in diritto*, punto 4.

⁶ *Idem*, punto 4.1.

⁷ *Idem*, punto 4.3.1.

⁸ *Idem*, punto 4.3.2.

⁹ Precisamente l'art. 8, comma 1, e l'art. 11, comma 1, *sub a*), nonché, in collegamento con la disposizione di cui al citato art. 8, l'art. 1, comma 1, *sub b*) e l'art. 7.

ricorso merita particolare attenzione la questione concernente l'eccesso di delega sollevata nelle ordinanze dei tre giudici rimettenti¹⁰.

I giudici si appellavano in particolare all'articolo 1, comma 64, della legge n. 190 del 2012 che, nell'enunciare i criteri direttivi della delega conferita al Governo ai sensi del comma 63 per provvedere «al riordino e all'armonizzazione della vigente normativa», precisava alla lettera m) testualmente: «disciplinare le ipotesi di sospensione e decadenza di diritto dalle cariche di cui al comma 63 in caso di sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi successiva alla candidatura o all'affidamento della carica».

Di qui l'illazione dei giudici *a quibus* che la disposizione si riferisse sia alla decadenza che alla sospensione, onde la violazione della delega negli articoli del decreto legislativo contemplanti la sospensione dalla carica in caso di condanna non definitiva, anche precedente la candidatura¹¹.

Non potendo contestare l'evidente ambiguità letterale del testo, la Corte costituzionale, seguendo i criteri ermeneutici da essa costantemente adottati nell'interpretazione delle leggi di delega onde individuarne la *ratio*, esamina innanzi tutto l'evoluzione della normativa su incandidabilità, decadenza e sospensione da cariche politiche a partire dalla legge n. 55 del 1990¹² fino alla legge delega n. 190 del 2012, e constata che «l'ordinamento ha sempre previsto la sospensione dalla carica politica per provvedimenti (relativi ai reati ostativi) precedenti la condanna definitiva e la decadenza dalla carica al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna»¹³.

Da un tale costante indirizzo normativo non è possibile prescindere nell'interpretare la legge delega del 2012, tanto più ove si consideri che l'oggetto del decreto delegato è individuato testualmente, come già ricordato, nel riordino e armonizzazione della vigente normativa. Inoltre, ove la legge delega avesse inteso innovare e privare di effetto la condanna di primo grado, essa avrebbe dovuto enunciarlo espressamente¹⁴.

A ciò si aggiungano considerazioni di carattere logico-sistematico, tra cui, *in primis*, l'osservazione che l'abolizione della sospensione cautelare contrasterebbe con la finalità generale della legge n. 190 e «segnerebbe un arretramento negli strumenti di prevenzione dell'illegalità nella pubblica amministrazione»¹⁵.

Di qui la conclusione della Corte secondo cui la disposizione presente nell'articolo 1, comma 64, *sub m)* della legge si riferisce solo alla decadenza, e non alla sospensione¹⁶, onde il rigetto nel merito della questione concernente l'eccesso di delega.

¹⁰ La Corte d'appello di Bari, il Tribunale ordinario di Napoli, il Tribunale ordinario di Messina.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 276 del 2016, *considerato in diritto*, punto 4.

¹² E leggi successive n. 16 del 1992, n. 30 del 1994, n. 475 del 1999, nonché decreto legislativo n. 267 del 2000, artt. 58 e 59.

¹³ Cfr. Corte cost., sent. n. 276 del 2016, *considerato in diritto*, punto 4.2.

¹⁴ *Idem*, punti 4.2 e 4.3.

¹⁵ *Idem*, punto 4.4.

¹⁶ *Idem*, punto 5.

Circa gli ulteriori motivi di ricorso e, in particolare, la ricorrente questione concernente il principio di irretroattività di cui all'articolo 25, comma 2, della Costituzione e all'articolo 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte, nel ribadire che le misure contemplate dal decreto legislativo non hanno carattere sanzionatorio, richiama a sostegno i c.d. "criteri Engel", enunciati dalla Corte di Strasburgo per individuare la natura penale di una sanzione nella decisione Engel c. Olanda dell'8 giugno 1976. Di qui un ulteriore motivo per dichiarare la questione infondata.

Nella più recente sentenza n. 35 del 2021 il giudice rimettente (Tribunale ordinario di Genova) solleva questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 8 del decreto legislativo n. 235 del 2012 sotto un duplice profilo: a) violazione del principio di leale collaborazione tra Stato e regioni; b) violazione, nel contemplare l'applicazione della misura cautelare della sospensione come automatica conseguenza della condanna penale non definitiva per determinati reati, dei principi di cui all'articolo 3 ("Diritto a libere elezioni") del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione EDU.

Ci soffermiamo ovviamente sulla questione *sub b*). Secondo il giudice *a quo* l'articolo 3 del Protocollo, nell'interpretazione della Corte EDU, consentirebbe di limitare il diritto di elettorato passivo solo a seguito di un «processo decisorio individualizzato», quale tendenzialmente quello giurisdizionale¹⁷.

La Corte contesta una tale interpretazione, appellandosi a una vasta casistica della giurisprudenza del giudice di Strasburgo¹⁸.

Innanzitutto la Corte EDU ha precisato che i diritti di elettorato attivo e passivo non sono diritti assoluti, ma passibili di "limitazioni implicite" da parte degli Stati, ovviamente nel rispetto del principio di legalità e degli obiettivi e garanzie previsti dalla Convenzione.

Per quanto riguarda in particolare il diritto di elettorato passivo, il sindacato di proporzionalità da parte della Corte EDU, ai sensi dell'articolo 3 del Protocollo, sulle misure restrittive adottate da uno Stato, è meno stringente di quello esercitato per il diritto di elettorato attivo. Il controllo è infatti contenuto nei limiti dell'accertamento della non arbitrarietà delle misure nazionali, in quanto in tale ipotesi è in giuoco la peculiare esigenza di garantire la stabilità ed effettività di un sistema democratico, nel quadro del concetto di «democrazia capace di difendere se stessa»¹⁹.

Per quanto concerne la necessità, affermata dal rimettente, di subordinare i limiti al diritto di elettorato passivo alla valutazione di un giudice, la Corte costituzionale fa notare che solo in una decisione il giudice di Strasburgo si è espresso in tal senso²⁰, mentre nei suoi sviluppi più recenti e consolidati la giurisprudenza europea si è pronunciata per la libertà di scelta dello Stato contraente, sempre ovviamente con il limite di un corretto bilanciamento, da parte del legislatore, degli interessi in giuoco e del divieto di introdurre restrizioni generali e indiscriminate²¹.

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 35 del 2021, *considerato in diritto*, punto 3.

¹⁸ *Idem*, punto 3.2.

¹⁹ Cfr. Corte EDU, sent. del 16 marzo 2006, *Ždanoka c. Lettonia*, par. 100.

²⁰ Cfr. Corte EDU, sent. dell'8 aprile 2010, *Frodl c. Austria*, parr. 34 e 35.

²¹ Cfr., ad es., Corte EDU, sent. del 22 maggio 2012, *Scoppola c. Italia*, parr. da 97 a 102.

Ciò premesso, il controllo della Corte costituzionale si incentra sull'esame della norma censurata sotto i profili di un'eventuale arbitrarietà della scelta legislativa e della proporzionalità e corretto bilanciamento tra interessi operato dal legislatore.

La scelta legislativa supera agevolmente il controllo di non arbitrarietà poiché – afferma testualmente il giudice – «la prevista restrizione del diritto di elettorato passivo non presenta portata né generalizzata né indiscriminata, essendo circoscritta a una precisa e alquanto limitata categoria di soggetti, costituita da coloro che hanno subito condanne per determinati tipi di reati [...] particolarmente gravi o di specifico rilievo in funzione dell'attitudine a incidere sull'immagine e l'onorabilità della pubblica amministrazione»²².

Sotto il profilo della proporzionalità e del corretto bilanciamento, dopo aver ribadito che le misure dell'incandidabilità, decadenza e sospensione dalle cariche elettive, ancorché collegate alla commissione di un illecito, non hanno carattere sanzionatorio e che la sospensione dalla carica è una misura cautelare, dettata per tutelare gli interessi costituzionali di cui agli articoli 54 e 97 della Costituzione, la Corte riconosce alla scelta legislativa il requisito della proporzionalità e del ragionevole bilanciamento tra valori. Trattasi, infatti, di «una misura caratterizzata da una strutturale provvisorietà e dalla gradualità nel tempo dei propri effetti», nonché «destinata a cessare immediatamente nel caso di sopravvenuti non luogo a procedere, proscioglimento o assoluzione dell'eletto»²³.

Alla luce di quanto precede la Corte conclude per la non fondatezza della questione²⁴.

3. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare la decisione del 17 giugno 2021, *Galan c. Italia*.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a decidere sul ricorso contro l'Italia di Giancarlo Galan, dichiarato dalla Camera dei deputati, il 17 aprile 2016, decaduto dal mandato parlamentare per sopravvenuta causa di ineleggibilità (condanna definitiva del 2 luglio 2015 per fatti di corruzione commessi tra il 2008 e il 2011 durante l'esercizio della carica di presidente della regione Veneto), si pronuncia il 17 giugno 2021, all'unanimità, per l'irricevibilità del ricorso, sulla base di un esame dettagliato "in fatto" e "in diritto" della problematica.

Dopo aver riassunto i fatti quali esposti dal ricorrente, la Corte cita le norme pertinenti del diritto interno italiano (norme costituzionali, legge n. 190 del 2012, decreto legislativo n. 235 del 2012, norme penali e di procedura penale, norme dei regolamenti parlamentari), nonché esamina la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana²⁵.

²² Cfr. Corte cost., sent. n. 35 del 2021, *considerato in diritto*, punto 3.2.2.

²³ *Idem*, punto 3.2.3.

²⁴ *Idem*, punto 3.2.4.

²⁵ Cfr. Corte EDU, sent. del 17 giugno 2021, *Galan c. Italia*, parr. da 22 a 47.

La Corte richiama altresì il diritto e la prassi internazionali pertinenti, ivi compresi i rapporti e gli studi della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, c.d. Commissione di Venezia, e i rapporti sull'Italia elaborati dal Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO)²⁶.

Infine, per il diritto comparato, ricorda che, secondo i dati a sua disposizione concernenti trentacinque Stati membri del Consiglio d'Europa, la quasi totalità di tali Stati prevede procedure di decadenza o cessazione anticipata dal mandato, riconducibili a due modelli principali: a) decisione rimessa all'assemblea di appartenenza; b) decisione pronunciata da un organo giurisdizionale²⁷.

Passando quindi all'esame "in diritto" dei fatti in causa, la Corte si sofferma sulle singole violazioni della normativa europea (artt. 7, 13 e 14 della Convenzione, art. 3 del Protocollo n. 1) invocate dal ricorrente.

A. Violazione dell'articolo 7 della Convenzione²⁸.

La Corte richiama innanzi tutto i criteri da essa enunciati onde circoscrivere la nozione di "pena" ai sensi dell'articolo 7, comma 1, della Convenzione, con il conseguente principio della irretroattività. A tal fine si rifà in particolare alla decisione del 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna (paragrafi. 77-93).

La qualifica di "pena", come quella di "accusa in materia penale" ai sensi dell'articolo 6, comma 1, della Convenzione, devono essere valutate dalla Corte nei casi singoli autonomamente e al di là delle apparenze e del *nomen iuris*, rifacendosi in particolare, per decidere sul carattere penale o meno della censura in causa, ai seguenti profili: a) previsione della misura a seguito di una condanna penale; b) natura e obiettivo della misura; c) sua qualifica nel diritto interno; d) procedura per la sua adozione; e) gravità della misura.

Onde illustrare i criteri alla luce delle applicazioni pratiche, la Corte cita molteplici contenziosi simili a quello sottoposto al suo esame e le relative decisioni²⁹, per lo più escludenti dall'applicazione degli articoli 6 e 7 della Convenzione le misure della ineleggibilità o della perdita di un mandato elettivo, misure rientranti per principio nel campo dei diritti politici ed elettorali.

Indi la Corte passa alla valutazione del caso di specie alla luce dei criteri enunciati³⁰:

²⁶ *Idem*, parr. da 48 a 59.

²⁷ *Idem*, parr. 60 e 61.

²⁸ *Idem*, parr. da 63 a 97 (Conv., art. 7, *Nulla poena sine lege*, comma 1: «Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso»).

²⁹ *Idem*, parr. da 71 a 79.

³⁰ *Idem*, parr. da 84 a 97.

a) le misure assunte nei confronti del ricorrente, cioè la decadenza dal mandato parlamentare nell'aprile 2016 e l'incandidabilità, hanno come precedente necessario la condanna penale del luglio 2015;

b) circa la natura e il fine delle misure di cui alla legge italiana n. 190/2012 e al decreto legislativo n. 235/2012, la Corte osserva che, secondo i rapporti esplicativi delle due fonti legislative, le misure si inquadrano in una più ampia azione perseguente l'obiettivo di lottare contro l'illegalità e la corruzione. Peraltro il Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) si è felicitato con l'Italia per l'approvazione della legge n. 190/2012. La Corte sottolinea l'importanza da essa attribuita, nel valutare il carattere penale o meno di una misura, al fine perseguito dalle autorità nazionali, come la vasta casistica giurisprudenziale citata conferma;

c) per quanto concerne la qualifica delle misure in diritto interno, la Corte attribuisce peso rilevante alla posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana, in particolare nelle sentenze n. 236 del 2015 e n. 276 del 2016, secondo cui le misure in questione non hanno carattere sanzionatorio, ma sono conseguenza del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso e l'esercizio di cariche elettive. Circa poi l'assimilazione operata dal ricorrente della misura della incandidabilità alla pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici (art. 28 c.p.), la Corte nega l'assimilabilità stante le differenze per base giuridica, durata e conseguenze per i diritti dell'individuo;

d) la procedura che ha portato alla decadenza del ricorrente dal mandato parlamentare si è svolta attraverso tre fasi, davanti al Comitato permanente per le incompatibilità, alla Giunta delle elezioni e alla Camera dei deputati, con ampio dibattito e secondo regole precise fissate dalla Costituzione e dal regolamento della Camera;

e) circa la gravità delle misure la Corte, dopo aver ribadito il peso non determinante del profilo, osserva che nel caso di specie le misure hanno indubbiamente conseguenze sul piano politico per il ricorrente, ma ciò non è sufficiente per la qualifica di "sanzione penale", tanto più che esse non incidono sul diritto attivo di voto.

Alla luce di quanto precede la Corte conclude che le misure contestate non sono assimilabili a sanzioni penali ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione e, quindi, rigetta il motivo di ricorso in applicazione dell'articolo 35, commi 3 e 4, della Convenzione.

B. Violazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1³¹.

La Corte premette che l'articolo 3 del Protocollo consacra un principio fondamentale per un regime democratico, quale l'impegno degli Stati ad organizzare periodicamente delle libere elezioni, con i connessi diritti soggettivi di voto attivo e passivo.

³¹ *Idem*, parr. da 98 a 136 (Protocollo n. 1, art. 3, Diritto a libere elezioni: «Le Alte Parti contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo»).

Richiamando le linee essenziali della sua giurisprudenza, la Corte sottolinea che per il diritto passivo di voto e la legislazione elettorale gli Stati dispongono di una grande latitudine, legata a fattori storici e politici propri a ciascuno Stato.

Mentre per altri diritti civili, consacrati negli articoli da 8 a 11 della Convenzione e, in particolare, negli articoli 10 (libertà di espressione) e 11 (libertà di riunione e di associazione), il controllo di conformità è abbastanza rigido, stante anche il loro inquadramento in limiti esplicitamente enunciati nelle singole disposizioni, i criteri di conformità sono meno stretti per quanto concerne l'articolo 3 del Protocollo. Si tratta in tal caso di una "limitazione implicita", riassumentesi nell'obbligo di compatibilità con il principio del primato del diritto e con gli obiettivi generali della Convenzione.

Pertanto la Corte, ove è chiamata a pronunciarsi, si ispira essenzialmente a due criteri: a) assenza di arbitrarietà e rispetto del criterio di proporzionalità; b) non violazione della libertà di espressione nella scelta del corpo legislativo³².

Passando all'applicazione dei principi enunciati al caso di specie, la Corte dà un rapido sguardo alla normativa italiana in materia, sottolineando come fin dal 1990, con la legge n. 50, fossero state previste restrizioni, a livello locale, del diritto di elettorato passivo, onde escludere dall'amministrazione persone che avrebbero potuto nuocere alla credibilità delle istituzioni. La legge n. 190 del 2012 e il decreto delegato n. 235 hanno colmato la lacuna legislativa, estendendo la normativa restrittiva ai membri del parlamento³³.

Quindi la Corte esamina singolarmente le misure della incandidabilità e della decadenza dal mandato³⁴, escludendo per entrambe, in base a quanto testé osservato, la violazione del principio di prevedibilità, eccipita tra l'altro dal ricorrente.

Circa la incandidabilità, la misura è corredata da adeguate garanzie, quali la previa esistenza di una condanna penale definitiva; la non applicazione generalizzata, ma limitata a una certa categoria di persone e in funzione della natura dei reati; l'obiettivo di tutelare l'integrità del processo democratico; il limite temporale nell'applicazione.

Di qui la conclusione che la misura non può essere considerata arbitraria, né sproporzionata.

Per quanto concerne la decadenza dal mandato parlamentare, affidata all'assemblea di appartenenza (art. 66 della Costituzione italiana), «è del tutto ragionevole – afferma la Corte – che il Parlamento sia dotato, per la difesa dell'ordinamento democratico, di un potere di controllo del suo funzionamento e del diritto di escludere dal proprio seno ogni membro che abbia infranto, come nel caso di specie, attraverso una condotta penalmente riprovevole, il rispetto del principio di legalità»³⁵.

³² *Idem*, parr. da 102 a 105. In particolare la Corte cita il caso *Ždanoka c. Lettonia* (v. *supra* nota 19), par. 115.

³³ *Idem*, parr. da 106 a 112.

³⁴ *Idem*, parr. da 113 a 136.

³⁵ *Idem*, par. 121.

La decadenza dal mandato, nel sistema italiano, è inoltre corredata da garanzie tali da escludere l'arbitrarietà: svolgimento in tre fasi, esame approfondito, dibattito, trasparenza.

La Corte conclude quindi per la manifesta infondatezza del motivo di ricorso, onde il suo rigetto.

C. Violazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1 in connessione con l'articolo 14 della Convenzione³⁶.

Il ricorrente denunciava altresì un trattamento discriminatorio ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione, nel confronto con quanto previsto per i parlamentari europei o gli amministratori locali.

La Corte sottolinea che una differenza di trattamento ai sensi dell'articolo 14 è discriminatoria solo ove manchi una «giustificazione oggettiva e ragionevole». Ciò non può affermarsi nel caso del decreto legislativo n. 235/2012, che prevede situazioni oggettive, giustificanti l'applicazione delle misure in funzione dei reati commessi e delle condanne inflitte.

La Corte conclude quindi per la manifesta infondatezza del motivo di ricorso, onde il suo rigetto.

D. Violazione dell'articolo 13 della Convenzione³⁷

Il ricorrente eccepiva infine l'assenza nel diritto italiano di un «ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale» ai sensi dell'articolo 13 della Convenzione, identificando l'istanza nazionale necessariamente con quella giurisdizionale.

La Corte smentisce una tale interpretazione, affermando che l'articolo 13 esige il carattere "effettivo" del ricorso, non un'istanza necessariamente giurisdizionale. Ciò tanto più che «la separazione dei poteri dello Stato è uno dei pilastri dell'ordinamento democratico, e l'autonomia e la sovranità del Parlamento sono importanti attributi dello stesso ordinamento democratico».

Alla luce di quanto precede, e considerate le garanzie previste dalla procedura parlamentare italiana, impostata su una triplice convalida, la Corte giudica il motivo di ricorso manifestamente infondato, onde il rigetto.

³⁶ *Idem*, parr. da 137 a 141 (Conv., art. 14, Divieto di discriminazione: «Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione»).

³⁷ *Idem*, parr. da 142 a 154 (Conv., art. 13, Diritto a un ricorso effettivo: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali»).

4. Considerazioni conclusive.

Già prima della decisione *Galan c. Italia* la Corte europea dei diritti dell'uomo, come anche la Commissione, avevano in più occasioni sostenuto che le misure della ineleggibilità o decadenza da cariche elettive esulavano dal campo del diritto penale.

Nel caso *Estrosi c. Francia* del 30 giugno 1995 la Commissione aveva escluso che l'ineleggibilità avesse rilevanza penale, rientrando essa piuttosto nella regolamentazione dell'esercizio di un diritto politico. Altrettanto dicasi nel caso *Tapie c. Francia*, deciso dalla Commissione il 13 gennaio 1997, o nel caso *Pierre-Bloch c. Francia*, deciso dalla Corte il 21 ottobre 1997. Non diversamente per gli effetti della dissoluzione di partiti politici nei casi *Refah Partisi e altri c. Turchia* del 3 ottobre 2000 e *Sobaci c. Turchia* del 1° giugno 2006.

La decisione *Galan c. Italia* è di grande rilievo perché in essa si esamina dettagliatamente la normativa italiana alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale della Corte europea, e si conferma la priorità data, nel rigettare i motivi di ricorso, non al profilo afflittivo delle misure, bensì al profilo della tutela dell'interesse pubblico e della lotta contro il rischio di inquinamento delle istituzioni elettive in uno Stato democratico di diritto.

Ciò in perfetta sintonia con la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

Riflessione

— Nel ricordo di Paolo. La costruzione di un trauma

*In memory of Paolo. The construction of a trauma**di Alessandro Brigatti*

Abstract. La strage di via D'Amelio è un evento da ricordare, da tenere vivo nelle coscienze dei cittadini presenti e futuri. Per farlo serve consapevolezza e metodo di memoria. Emerge la necessità di una costante opera di ricostruzione del passato, che alla luce di esigenze presenti, continua a riemergere per trovare risposte a questioni irrisolte.

Abstract. The via D'Amelio massacre is an event to be remembered, to be kept alive in the consciences of present and future citizens. To do this, awareness and method of memory are needed. There is a need for a constant reconstruction of the past, which, in the light of present needs, continues to re-emerge to find answers to unresolved issues.

SOMMARIO: 0. Introduzione. – 1. La violenza come affermazione di potere. – 2. Una lettura in chiave sociologica. – 3. Le arene istituzionali. – 4. Riflessioni conclusive.

SUMMARY: 0. Introduction. – 1. Violence as statement of power. – 2. A sociological analysis. – 3. The institutional arenas. – 4. Concluding remarks.

«La lotta alla mafia, il primo problema da risolvere nella nostra terra bellissima e disgraziata, non doveva essere soltanto una distaccata opera di repressione, ma un movimento culturale e morale che coinvolgesse tutti e specialmente le giovani generazioni, le più adatte a sentire subito la bellezza del fresco profumo di libertà che fa rifiutare il puzzo del

compromesso morale, dell'indifferenza, della contiguità e quindi della complicità»¹.

0. Introduzione.

Il presente contributo si prefigge lo scopo di trasmettere un messaggio culturale: per tenere vivo il ricordo di un evento che ha colpito la collettività serve un continuo lavoro di memoria che permetta di trovare risposte. La strage di via D'Amelio ne è un esempio, attese le ombre che a distanza di 29 anni ancora coprono l'accaduto, i responsabili e le ipotesi sui rapporti tra potere mafioso e Potere Costituito.

Per questo pare utile soprassedere su una scelta specifica di campo, senza esprimersi su quale sia la verità assoluta su un evento che ha come prima caratteristica un'incertezza di fondo. Si intende porre luce su come la violenza mafiosa nelle sue caratteristiche semantiche abbia caratterizzato un messaggio chiaro di affermazione per Cosa nostra indirizzato alle istituzioni del tempo (e future), su quale percezione possa essersi creata nella collettività e su come questa stessa percezione sia motrice e allo stesso tempo frutto della memoria collettiva di un gruppo portatore che ha coltivato il trauma culturale di via D'Amelio per farlo diventare *trauma di tutti*.

Per farlo corrono in aiuto sociologi come Jeffrey C. Alexander che analizza il concetto di trauma culturale; Maurice Halbwachs, uno dei primi sociologi della memoria, che porta alla luce le connessioni tra memoria individuale e memoria collettiva di un gruppo; gli autori che affrontano il tema dell'oblio applicato ai ricordi come Anna Lisa Tota, Paolo Jedlowski o Paul Ricoeur.

Il tutto, senza pretesa di esaustività, soffermandosi sull'assunto di fondo che non esiste una verità assoluta relativa ad un evento poiché esistono diversi ambiti (o arene) istituzionali in cui esso viene rielaborato. Così è parso opportuno soffermarsi sull'arena estetica, che comprende la rappresentazione tramite pellicole cinematografiche (ad esempio *Paolo Borsellino. Essendo Stato* o *La trattativa*), documentari, libri e sull'arena giudiziaria o legale, senz'altro più rigida della prima in quanto rispondente a logiche processuali e al complesso *iter* di formazione della prova (fatto questo che ben emerge dai quattro diversi procedimenti "Borsellino").

Il ricordo di Paolo Borsellino e della sua scorta, aldilà delle necessarie commemorazioni "sotto data" del 19 luglio di ogni anno, è dunque una pratica da coltivarsi in concreto a prescindere da riferimenti temporali affinché la memoria delle vittime resti viva, si continuino a cercare risposte a questioni incompiute e si formi una *postmemoria* dell'evento in cui i posteri ne coltivino il significato.

1. La violenza come affermazione di potere.

¹ Estratto del discorso tenuto dal giudice Paolo Borsellino il 20 giugno 1992 in occasione della veglia organizzata dagli Scout dell'Agesci di Palermo in onore di Giovanni Falcone. Per un ampio *report* vedasi la pellicola U. Umpel, M. Lillo, *Sotto scacco. La mafia tra la I e la II Repubblica*, 2012.

Palermo, 19 luglio 1992. A soli cinquantasette giorni dalla strage di Capaci, Paolo Borsellino morì, dilaniato da un'esplosione dirompente sotto casa di sua madre Maria Pia Lepanto, in via Mariano D'Amelio civico 21; un attacco estremamente simbolico, espressione di una violenza volta a colpire ciò che il giudice rappresentava: la lotta incondizionata alla mafia e la purezza etica, morale ed istituzionale. Nulla più doveva rimanere del ricordo, suo e degli agenti Agostino Catalano, Emanuela Loi, Vincenzo Li Muli, Walter Eddie Cosina e Claudio Traina.

Questa violenza Borsellino la conosceva bene, imparò a convivere già da ragazzino tra le strade della Kalsa a Palermo; quando la vide operare nei confronti del capitano dei carabinieri Emanuele Basile, col quale collaborò nei suoi anni da pretore a Monreale; nei confronti del generale dalla Chiesa, del commissario Cassarà (che gli ricordava: «convinciamoci che siamo cadaveri che camminano²»). Nei confronti del collega ed amico Giovanni Falcone. Fino a diventarne vittima una domenica del luglio 1992 alle 16.58, quando Cosa nostra fece esplodere una Fiat 126 con 90 kg di esplosivo.

Via D'Amelio fu un attacco imponente, distruttivo, così come Capaci solo un paio di mesi prima. Senz'altro ingenti quantità di esplosivo aumentano le probabilità di buona riuscita di un attentato, ma per quanto plausibile sia l'intento di raggiungere l'obiettivo, la risposta alle domande sul metodo risiede altrove.

I metodi scelti dalle organizzazioni criminali, infatti, sono da sempre molteplici, più o meno silenziosi, più o meno eclatanti, tuttavia mai fini a loro stessi³. Alcuni studi hanno provato a definire la *violenza mafiosa*⁴ specificandone le finalità: affermazione di potere, comunicazione di un messaggio, mezzo per la conquista territoriale e di consenso sono solo alcuni degli esempi di una violenza che si mostra talora in modo esplicito ed agito, talora in modo mediato per mezzo della minaccia («**la parola diventa strumento attraverso cui la violenza viene minacciata, permettendo alle organizzazioni mafiose di esercitare la propria forza di intimidazione**»)⁵. È strumento essenziale oggi come lo era 145 anni fa ai tempi di Leopoldo Franchetti, parlamentare del Regno d'Italia che realizzò il primo studio

² La frase è stata pronunciata da Cassarà dopo l'omicidio del commissario Giuseppe Montana nel 1985, anch'egli vittima di Cosa nostra. Lo racconta il giudice Borsellino, in una delle sue ultime interviste, al giornalista Lamberto Sposini, rinvenibile [su questo sito](#).

³ «Nell'organizzazione violenza e crudeltà non sono mai gratuite, rappresentano l'*extrema ratio*, l'ultima via d'uscita quando tutte le altre forme di intimidazione sono inefficaci o quando la gravità di uno sgarro è tale da meritare soltanto la morte». G. Falcone, *Cose di Cosa nostra*, Rizzoli, 1992, p. 28.

⁴ Si pensi ad esempio alla violenza mafiosa inflitta o minacciata, comunque senso di affermazione di potere e di comunicazione che spazia tra la spettacolarità e il silenzio a seconda delle esigenze del momento: «l'omicidio di mafia si esprime attraverso un linguaggio che, pur essendo animato principalmente da una logica strategica funzionale agli obiettivi dell'organizzazione, non disdegna il simbolismo più macabro volto a comunicare un messaggio sia all'interno che all'esterno dell'universo criminale, dunque, al pubblico più ampio», M. Massari, *Per una fenomenologia della violenza mafiosa*, in M. Santoro (a cura di), *Riconoscere le mafie. Cosa sono, come funzionano, come si muovono*, Il Mulino, 2015, pp. 221 e ss.

⁵ Così testualmente: O. Ingrasci, *La violenza delle mafie. Pratiche, significati e conseguenze*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, Vol. 4 n. 4, 2018, pp. 90-98. Per un approfondimento sul tema: G. Chinnici, U. Santino, *La violenza programmata. Omicidi e guerre di mafia a Palermo dagli anni '60 ad oggi*, F. Angeli Edizioni, 1989; Aa.Vv., *La violenza delle mafie. Forum con Nando dalla Chiesa, Alessandra Dino, Gabriella Gribaudo, Marcella Marmo, Marco Santoro e Rocco Sciarrone*, Coordina Monica Massari, in *Meridiana*, Viella, 2017, pp. 255 e ss; M. Massari, V. Martone, *Mafia Violence: Political, Symbolic and Economic Forms of Violence in Camorra Clans*, Routledge, 2019.

analitico sulla presenza della mafia in Sicilia nel 1876 e che discuteva di una mafia *industria di violenza*⁶.

Financo mostrarsi indirettamente, la violenza, come silente presupposto dell'intimidazione mafiosa. «L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo, della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva» (art. 416 *bis* co. 3 c.p.): la previsione è frutto di uno studio e di una consapevolezza sociologica e giuridica – cui si ricollega la stessa aggravante del metodo mafioso (art. 416 *bis* 1 c.p.)⁷ – che mostra come l'intimidazione per sussistere possa non avvalersi di alcun tipo di violenza. È la consapevolezza che l'interlocutore appartenga o sia vicino ad un'associazione che sa usare la violenza a rendere efficace la forza intimidatrice, quale **patrimonio aziendale**⁸ dell'organizzazione stessa.

D'altronde quel pomeriggio a Palermo Cosa nostra ha voluto affermare e manifestare il suo potere, dimostrare che l'organizzazione para-statale poteva tranquillamente colpire e sfidare l'ordine costituito. La resa esplicita della violenza altro non è che un preciso metodo di autoaffermazione, una sorta di marchio di fabbrica o biglietto da visita e serve a veicolare un messaggio: l'organizzazione mafiosa esiste ed intende sopravvivere. Mentre lo Stato fa la sua parte e approva leggi sulle misure di prevenzione applicabili ai mafiosi, prevede reati *ad hoc* come l'art. 416 *bis* c.p.⁹ e istituisce la Direzione Nazionale Antimafia (legge 20 gennaio 1992, n. 8), Cosa nostra colpisce gli uomini simbolo di legalità con una **violenza volta a cancellare fisicamente le persone, rendendoli irriconoscibili agli occhi dei familiari**. Questa fu la scelta nella strage di Capaci e in quella di via D'Amelio, due episodi di un unico contesto traumatico e frutto di un preciso intento stragista, definito in dottrina come *una strage semplice*¹⁰.

2. Una lettura in chiave sociologica.

Dopo l'esplosione accorsero in via D'Amelio le autorità, le ambulanze, i vigili del fuoco a constatare che la mafia era riuscita a vendicare se stessa, scegliendo la massima

⁶ S. Mazzenzani (a cura di), *Condizioni politiche e amministrative della Sicilia, di Leopoldo Franchetti*, in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, Vol. 3 n. 3, 2017, pp. 171 e ss.

⁷ Sul metodo mafioso è interessante notare che la giurisprudenza di legittimità ritiene che «l'aggravante non presuppone necessariamente l'esistenza di un'associazione riconducibile all'art. 416 *bis* c.p., essendo sufficiente, ai fini della sua configurabilità, il ricorso a modalità della condotta che evocano la forza intimidatrice tipica dell'agire mafioso» (Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2020, n. 32533).

⁸ Vedasi il paragone tra la forza di intimidazione mafiosa come caratteristica intrinseca e l'avviamento commerciale di un'azienda in: G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015, p. 128.

⁹ A ciò si aggiunga il duro colpo patito da Cosa nostra con la conferma in Cassazione di molte condanne del maxi-processo che in fase di appello erano state annullate: si veda Cass. pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, n. 80.

¹⁰ «A Capaci e in via D'Amelio esplose, più del tritolo, il sogno antico dell'impunità, fattosi incubo di rabbia e di paura per quella Procura Nazionale che spaventava l'Italia decisa a convivere con la mafia, esattamente come un Ufficio Istruzione aveva spaventato Palermo. Prima, però, vi era stata una storia lunga più di un decennio. Passata per tante tappe preparatorie. Su ognuna di esse, in un punto o nell'altro del tempo e dello spazio, sarebbe stato possibile intervenire. Tanti avrebbero potuto modificarne il corso e invece non lo fecero, contribuendo a sospingerlo verso il suo insostenibile finale. Perché, nonostante la folla dei protagonisti e la sua drammaticità, fu una strage semplice». Tratto da N. Dalla Chiesa, *Una strage semplice*, Melampo, 2017, pp. 173-174.

visibilità come aveva fatto solo due mesi prima con Giovanni Falcone. Tuttavia gli accertamenti di polizia non furono completi né accurati, complici i tempi, le risorse scientifiche e probabilmente interessi occulti¹¹. Sta di fatto che sull'accaduto esistono tuttora delle discrepanze nella ricostruzione fattuale e dichiarazioni contrastanti e ciò incide sulla memoria storica dell'evento, formatasi negli ultimi 29 anni, grazie alla rielaborazione di quanto accaduto sia nell'intera collettività sia nelle coscienze individuali dei protagonisti.

Per comprendere quale ruolo svolga e in che misura questo evento persista nella memoria comune sono utili alcuni concetti della sociologia della memoria¹², attraverso i quali ad un evento come quello di via D'Amelio può essere concesso un posto d'onore. È grazie all'analisi approfondita di come sia stato in un trentennio effettuato il c.d. **memory work** – «complesso e delicato insieme di processi, a cui la società civile e le istituzioni pubbliche sono chiamate a contribuire, quando un passato traumatico e controverso richiede di essere collettivamente rielaborato»¹³ – che si comprende come un fatto venga iscritto nella memoria collettiva. La rielaborazione è dunque un continuo *work in progress* poiché sono gli eventi irrisolti, cui non si è data risposta certa in termini di verità, che continuano a cercare spazio nel presente per ottenere risposte definitive alla luce di esigenze attuali. Ne è un esempio il fatto che dall'omicidio di Borsellino siano nati quattro diversi procedimenti penali per l'accertamento delle responsabilità¹⁴.

Merita allora indagare come questi temi abbiano trovato spazio nella **memoria pubblica** italiana, un ambito di primaria importanza poiché rappresenta lo spazio intellettuale dove si incontrano non solo i messaggi politici ed istituzionali ma anche le opinioni e le rielaborazioni dei cittadini, sia come gruppi sia come singoli individui, il tutto mediato dai canali di informazione come la letteratura, i *mass media*, il cinema e la televisione. Tali canali sono chiaramente influenzati da chi li utilizza per lanciare un messaggio: così la memoria che ne nasce è frutto razionale o irrazionale di una scelta di campo effettuata alla luce delle necessità presenti da chi si sente protagonista di un evento¹⁵, qualità questa non necessariamente legata ad una partecipazione effettiva ai

¹¹ Utili per una ricostruzione della vicenda ed in generale dei rapporti tra Cosa nostra e potere locale si consigliano: G. Turone, *Italia occulta*, Chiare Lettere, 2019; E. Deaglio, *Il vile agguato. Chi ha ucciso Paolo Borsellino, una storia di orrore e menzogna*, Feltrinelli, 2013.

¹² Il primo ad impostare uno studio organico sulla memoria a livello collettivo e sui processi cognitivi che la riguardano a livello sociale è Maurice Halbwachs, sociologo e filosofo francese continuatore del pensiero di Durkheim. Si veda T. Grande, L. Migliorati, *Maurice Halbwachs. Un sociologo della complessità sociale*, Morlacchi, 2016.

¹³ A.L. Tota, L. Luchetti, T. Hagen, *Sociologie della memoria. Verso un'ecologia del passato*, Carocci, 2018, p. 17.

¹⁴ Borsellino *primo, bis, ter e quater*.

¹⁵ Lo storico Giovanni De Luna afferma che la memoria pubblica è la sede di incontro tra più istanze sociali di ricordo, in cui si decide cosa debba persistere nel futuro e cosa invece debba essere tralasciato. Sul punto diffusamente: G. De Luna, *La Repubblica del dolore. Le memorie di un'Italia divisa*, Feltrinelli, 2011. Il sociologo Paolo Jedlowski – alla luce di quanto teorizzato da Jurgen Habermas – afferma che «la memoria pubblica è la memoria della sfera pubblica, intendendo quest'ultima come l'ambito della vita delle moderne società democratiche al cui interno i convincimenti dei cittadini si confrontano e si influenzano reciprocamente sulla base di una logica argomentativa di carattere razionale che, in linea di principio, è accessibile ad ognuno», cfr.: P. Jedlowski, *Memorie. Temi e problemi della sociologia della memoria nel XX secolo*, in *Rassegna Italiana di sociologia*, n. 3, 2001, p. 387.

fatti, ma che ben può esistere grazie alla condivisione dei valori di chi l'evento l'ha subito materialmente¹⁶.

Da qui l'emersione di temi fondamentali quali il concetto di **trauma culturale**, di **memoria collettiva**, di **gruppi portatori** di interessi e di **oblio** come mezzo costruttivo e de-costruttivo della memoria¹⁷. Questi concetti sono tra loro interconnessi e offrono una via per ripercorrere e comprendere la nascita di un sentimento sociale riguardo agli accadimenti di via D'Amelio e, di conseguenza, come questo sentire appartenga ad una collettività che ne coltiva le memorie, in quanto – va specificato – la memoria pubblica di una nazione è formata da diverse memorie collettive vantate da altrettanti gruppi portatori di interessi talora contrastanti, tra cui ad esempio chi vuole ricordare e chi invece rivendica il diritto di non farlo (fatto quest'ultimo che contribuisce positivamente o negativamente a formare una coscienza comune sull'accaduto)¹⁸.

Se si guarda all'omicidio di Borsellino (così come a quello di Falcone) ci si deve interrogare se effettivamente si tratti di un **trauma culturale** riferibile all'intera società. Il termine trauma deriva dal greco ed indica l'interruzione netta di ciò che esisteva in un dato momento e ciò che dopo l'evento non esiste più o è mutato nella sua essenza caratterizzante. Il neofunzionalista Jeffrey C. Alexander ha analizzato il concetto di trauma declinato all'interno dei fenomeni sociali, sostenendo che il trauma sia «**nozione empirica e scientifica in grado di suggerire nuove e significative relazioni causali, precedentemente indefinite, tra eventi, strutture, percezioni e azioni**»¹⁹. Sostiene l'autore che gli eventi, per quanto sconvolgenti, non sono ontologicamente traumatici, ma lo diventano al termine di una costruzione di significato attorno ai medesimi, quasi ad intendere che il trauma non sia l'evento stesso – di per sé neutro – ma è piuttosto **la rielaborazione dell'evento che diviene trauma**, qualora un determinato gruppo intenda prendersi carico del suo contenuto e, quindi, voglia attribuirgli un valore. Nell'opera *Trauma culturale, la rappresentazione sociale del dolore* Alexander rielabora il concetto differenziando tra metodologie di approccio al concetto di **trauma**: spiega che esiste una **teoria profana** secondo la quale il trauma nasce o come risposta razionale ad un evento di rottura rispetto all'equilibrio precedente (ad esempio il fatto che sia esplosa una bomba a Palermo e che abbia provocato morti) o come risposta psichica inconscia rispetto all'evento stesso. In tale seconda ipotesi l'evento destabilizza a tal punto che la risposta razionale è quella di delimitarlo e rinchiuderlo all'interno di una cornice che definiamo *trauma*. Ciò che hanno in comune queste due declinazioni (la prima illuminista, la seconda psicoanalitica) è l'accettazione dell'evento come traumatico in sé.

¹⁶ Halbwachs, nello spiegare il passaggio dalla memoria individuale a quella collettiva, afferma come «per confermare o riportare alla mente un ricordo non sono necessari testimoni nel senso comune del termine» che possiamo essere noi stessi o altri, ma che si possa fare riferimento anche a ciò che ricordano altri individui rispetto ad un evento che, come nel caso che qui occupa, ha avuto un forte impatto nel contesto sociale: per un confronto analitico M. Halbwachs, *La memoria collettiva*, trad. it., Unicopli, 1987, pp. 79 e ss.

¹⁷ Sul concetto di oblio vedasi A. L. Tota, *La memoria contesa. Studi sulla comunicazione sociale del passato*, F. Angeli Edizioni, 2001; P. Jedlowski, *cit.*, p. 386.

¹⁸ Nell'opera citata, Halbwachs afferma che si possa parlare di memoria collettiva quando «rievochiamo un avvenimento che aveva un posto nella vita del nostro gruppo, che abbiamo considerato e che consideriamo ancora nel momento in cui lo ricordiamo, dal punto di vista di quel gruppo». Ciò spinge a riflettere sul fatto che il punto di vista sia fondamentale per definire un ricordo e la presenza di gruppi che posseggano diversi punti di vista fa nascere ontologicamente un conflitto all'interno della società. Per il virgolettato si veda M. Halbwachs, *La memoria*, *cit.*, p. 92.

¹⁹ J.C. Alexander, *Trauma. La rappresentazione sociale del dolore*, Meltemi, 2018, p. 35.

Diversamente, Alexander opta per una **teoria riflessiva** secondo la quale il trauma è frutto di un processo interpretativo in quanto «**lo status di trauma viene attribuito a fenomeni, reali o immaginari, non tanto sulla base della loro effettiva pericolosità e della loro oggettiva imprevedibilità, quanto piuttosto sulla base della rappresentazione di quegli eventi come pericolosi o imprevisti per l'identità collettiva**»²⁰.

Vi è poi un passaggio ulteriore attraverso il quale coloro che elaborano l'evento come traumatico – reputandosi vittime e secondo le proprie esigenze nel presente – cercano di convincere la società della portata traumatica dell'evento stesso attraverso «un articolato processo di costruzione sociale» che Alexander definisce **spirale di significazione**²¹.

Come si forma dunque il trauma culturale? Alexander delinea alcuni passaggi affinché il trauma si compia e venga iscritto nella memoria pubblica: ci si deve interrogare sulla natura del dolore provocato dall'evento, sulla natura e sull'origine delle vittime (nonché sul loro ruolo all'interno della vicenda), su quale relazione esista tra vittime e pubblico e come il pubblico stesso si immedesima nell'evento ed, infine, come tutto ciò si concili con l'individuazione dei responsabili. Solo un'elaborazione compiuta di un processo costruttivo di significato potrà allargare la c.d. spirale di significazione e il trauma potrà dirsi formato. Senza dimenticare che il gruppo portatore agisce nella sfera pubblica, all'interno della quale può incontrare altri gruppi portatori di interessi simili o avversi: ciò significa che le memorie collettive potranno essere differenti e potranno nascere diverse concezioni traumatiche dell'evento²².

3. Le arene istituzionali²³.

La formazione del trauma, la costruzione di una o più memorie collettive, l'incontro tra i diversi gruppi portatori avvengono in luoghi fisici e/o concettuali nei quali si pratica il ricordo di eventi passati, con l'intento di ascriverli definitivamente nella memoria di una società. Rileva il piano di incontro delle diverse istanze, quello **spazio pubblico** dove determinate memorie vengono rielaborate ed entrano in conflitto sull'oggetto di contesa comune che è il passato: si tratta di luoghi dove l'ambito estetico (ad esempio cinema, teatro, letteratura) svolge un ruolo primario nel trasmettere la memoria di un evento; così come l'arena giudiziaria, ove l'accertamento della verità rappresenta per i consociati un pilastro fondamentale.

²⁰ *Idem*, p. 47.

²¹ *Idem*, p. 49.

²² Nel caso di Borsellino, sono ad esempio gruppi portatori le vittime (i familiari, i colleghi), soggetti estranei all'evento che fanno propri i valori rappresentati da Borsellino (cittadini comuni sensibili al tema, l'associazionismo antimafia), financo la mafia nel suo ruolo di attrice de-costruttiva di memoria e di portatrice di oblio.

²³ *Idem*, p. 55. L'autore, oltre che l'arena legale ed estetica, cita anche quella religiosa, scientifica, mass-mediale e della burocrazia statale per delineare i protagonisti nella memoria pubblica e nella costruzione del trauma. Importante è il concetto di **gruppo portatore** (che riprende da Max Weber) per descrivere il consesso di soggetti che fa propri determinati valori e li esternalizza al fine di costruire la memoria di un evento e di connotarla come traumatica per il pubblico.

La strage di via D'Amelio è sicuramente un evento irrisolto, questo almeno per una ragione: troppi dubbi vi sono sulle connivenze istituzionali (regionali e nazionali) con i vertici di Cosa nostra, sul ruolo di protagonisti "eccellenti" come Bruno Contrada, Arnaldo La Barbera e i vertici dei ROS in Sicilia²⁴. Sono stati condannati esponenti di Cosa nostra, quali mandanti ed esecutori materiali dell'attentato. Ma un dubbio più di ogni altro rischia di non ricevere risposta, ossia a che livello le istituzioni fossero direttamente coinvolte nell'omicidio di Borsellino. Questi fatti sono stati valorizzati ad esempio nell'**arena estetica** che vede il cinema un particolare strumento che contribuisce a creare una memoria sull'evento. Sia perché mostra e riproduce visivamente la violenza dell'attentato, sia perché dà voce ai dubbi di cui sopra, riportando testimonianze e ponendo luce su punti irrisolti. Due esempi recenti utili alla rielaborazione sono stati i *docufilm Paolo Borsellino. Essendo Stato* di Ruggero Cappuccio (il cui titolo, ripreso dal libro che ha dato spunto alla pellicola cinematografica, esprime il doppio significato lapidario relativo alla sua scomparsa e allo stesso tempo metaforico relativo alla coscienza di uomo di Stato che perdura oltre la sua stessa morte) e *La trattativa* di S. Guzzanti, un'interessante scenografia che spazia dalla collaborazione di Vincenzo Scarantino e di Gaspare Spatuzza alla rappresentazione del ruolo di Vito Ciancimino²⁵, mediatore tra alcuni esponenti del Raggruppamento operativo speciale dei Carabinieri (ROS) e i boss Salvatore Riina e Bernardo Provenzano. Queste due pellicole²⁶ sono due esempi di come il cinema contribuisca efficacemente a sostenere la memoria collettiva sulla violenza mafiosa nella strage di via D'Amelio e sulla trattativa Stato-mafia e rientrano tra gli strumenti di quel *memory work* sopra accennato. Selezionando e trasmettendo il passato con l'intento di ricordare allo spettatore cosa è accaduto e perché, il cinema mantiene vivo l'evento alla luce dell'esigenza assolutamente attuale della ricerca di verità.

La ricchezza e l'utilità dell'arena estetica mostrano anche come nella rappresentazione cinematografica della mafia sia maturata una coscienza differente nei confronti delle associazioni mafiose, i cui componenti in passato venivano visti come super-uomini del male e oggi invece sono rappresentati come il marcio prodotto

²⁴ In una recente intervista, Antonino Di Matteo ha ricordato le testimonianze di alcuni funzionari di polizia relative alla presenza di Bruno Contrada (allora in forza al Servizio per l'Informazione e la Sicurezza Democratica – SISDE –, condannato definitivamente nel 2007 per concorso esterno in associazione mafiosa, decisione poi annullata senza rinvio dalla Corte di Cassazione a seguito della sentenza della Corte Edu 14 aprile 2015 che condannava l'Italia per violazione del principio di irretroattività della norma penale, visto che Contrada era stato condannato per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti intercorsi prima della sentenza Demitry del 1994 che di fatto avallava il concorso esterno come fattispecie di reato) nei pressi di via D'Amelio nell'immediatezza della strage: si veda A. Purgatori, *Strage di via D'Amelio, la rivelazione di Nino Di Matteo*, intervista per *La 7*, 27 maggio 2020.

Su Arnaldo La Barbera, allora capo della Squadra Mobile di Palermo, interessante è quanto affermato dalla Corte d'Assise di Caltanissetta nella sentenza del procedimento Borsellino *quater*: «si è già sottolineato il ruolo fondamentale assunto, nella costruzione delle false collaborazioni con la giustizia, dal Dott. Arnaldo La Barbera, il quale è stato altresì intensamente coinvolto nella sparizione dell'agenda rossa, come è evidenziato dalla sua reazione – connotata da una inaudita aggressività – nei confronti di Lucia Borsellino, impegnata in una coraggiosa opera di ricerca della verità sulla morte del padre» (Corte D'Assise di Caltanissetta, 20 aprile 2017, n. 1). Per un commento alla sentenza si veda M. Milano, *Borsellino quater: la Corte di Assise di Caltanissetta si pronuncia sulla "strage di Stato" e su "uno dei più gravi depistaggi della storia giudiziaria italiana"*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 luglio 2018.

²⁵ Definito *il più mafioso tra i politici e il più politico tra i mafiosi* come riporta il Prof. Nando dalla Chiesa in *L'eredità di Borsellino*, webinar Wikimafia, 19 luglio 2020.

²⁶ R. Cappuccio, *Paolo Borsellino. Essendo Stato*, docufilm Rai Play, 2016; S. Guzzanti, *La trattativa*, docufilm Rai Play, 2014.

dell'omertà e della connivenza. Omertà, connivenza, totale assenza di valori sono il *corpus* descrittivo del mafioso in pellicole come *Placido Rizzotto* di Vincenzo Scimeca (2000) e *I Cento passi* di Marco Tullio Giordana (2000), film dove per il tramite umano emerge il senso di opposizione antimafioso già nato nei primi del 900' e maturato fino ai primi anni 2000²⁷. Non vi sono più super-uomini criminali tanto malvagi quanto affascinanti come Don Vito Corleone o Al Capone, bensì personaggi vili e disprezzabili come i boss di Corleone Michele Navarra e Luciano Liggio in *Placido Rizzotto* o come il boss di Cinisi Gaetano Badalamenti ne *I Cento passi*.

Due pellicole quelle appena citate protagoniste nel restituire memoria a Placido Rizzotto e a Giuseppe Impastato, personaggi storici che come Borsellino e Falcone hanno deciso di rinnegare e combattere apertamente il potere mafioso e per tale ragione Cosa nostra ha eliminato facendone sparire i corpi dilaniati ed esprimendosi nei termini della violenza-affermazione di potere di cui accennato sopra²⁸.

Tuttavia, l'istanza della collettività (e delle vittime di via D'Amelio) di vedere riconosciuto il trauma non ha incontrato sempre una strada libera da ostacoli. Questa ricerca di verità e conoscenza si è scontrata con istanze differenti – anche legittime, in quanto **chiunque può svolgere un ruolo nella costruzione della memoria** – tra cui quelle di una parte delle istituzioni che ha negato la trattativa e sostenuto l'assoluta estraneità ai fatti di qualsivoglia esponente di governo o di pubblica sicurezza. Entra in gioco così anche la verità processuale, quella che nasce nelle aule dei tribunali e che emerge dalla valutazione delle prove. Anche questo è un elemento che svolge un ruolo per la memoria e la particolarità sta nel fatto che la verità processuale non sempre riesce a corrispondere a quella storica. La posta in gioco qui è diversa ed è oggetto di contesa tra parti (pubblico ministero, imputato ed eventuali altre parti regolarmente costituite) che possono provare quanto a supporto della propria teoria dentro i binari di rigide regole processuali di accertamento.

Se già l'**arena processuale** sarebbe di per sé complessa, a complicare ulteriormente l'oggetto di cui si discute si inseriscono i diversi procedimenti penali scaturiti dai fatti di via D'Amelio e le dichiarazioni contrastanti di imputati, imputati in procedimenti connessi e collaboratori di giustizia. Ad oggi occorre evidenziare che sono nati quattro diversi procedimenti per strage e associazione mafiosa (artt. 422 e 416 *bis* c.p.) soprannominati Borsellino *primo, bis, ter e quater*²⁹. Sul punto, ai fini del discorso sulla

²⁷ Per una panoramica sulla storia dell'antimafia si veda la cronistoria elaborata dal Centro Siciliano di Documentazione "Giuseppe Impastato", rinvenibile su [questo sito](#).

²⁸ Per un'analisi compiuta si veda: S. Adamo, *Vittime restituite alla memoria. Placido Rizzotto. I cento passi e una diversa prospettiva sui film di mafia*, Il Mulino, Fasc. 2, luglio-dicembre 2015, pp. 247-264. L'autore riporta un importante riconoscimento letterario effettuato da Stanislaw G. Pugliese – professore di Storia Europea Moderna alla Hofstra University di New York – il quale ha scritto che il film *I Cento Passi* «holds out the hope of doing for the anti-Mafia movement in Italy what Schindler's List did for a wider public consciousness of the Holocaust». Per i riferimenti, S. Adamo, *Vittime restituite*, cit., p. 248.

²⁹ Brevemente, Borsellino *primo*: condannati in via definitiva (Cass. pen., Sez. I, 18 dicembre 2000 n. 468) gli esecutori materiali Vincenzo Scarantino (18 anni di reclusione) e Salvatore Profeta (ergastolo) per aver rubato la Fiat 126 e averla posizionata con l'esplosivo in via D'Amelio; Giuseppe Orofino (ergastolo) per avere procurato la documentazione per la libera circolazione della Fiat 126; Pietro Scotto (ergastolo) per avere manomesso la rete telefonica del palazzo di Via D'Amelio al fine di intercettare le chiamate di Borsellino alla madre e così di conoscerne gli spostamenti.

costruzione del trauma e delle pratiche di memoria, non si intende ripercorrere gli avvicendamenti storici relativi alle dichiarazioni dei protagonisti, né tantomeno commentare quanto le diverse Corti hanno ritenuto. Si uscirebbe dai binari del messaggio che si intende trasmettere, per finire dopo decine di pagine scritte a creare una copia scadente di quello che Manzoni definirebbe «misto di storia e invenzione».

Hic et nunc, si vuole affermare che la mafia ha avuto un ruolo attoreo nella de-costruzione di una memoria collettiva su via D'Amelio. Infatti i procedimenti Borsellino *primo, bis* e *ter* si sono basati sulle dichiarazioni di Vincenzo Scarantino, affiliato minore di Cosa nostra, il quale aveva confessato il proprio ruolo³⁰ nell'attentato a Borsellino e alla sua scorta, indicando i mandanti ed altri esecutori materiali, sino a che nel 1995 rivelò agli inquirenti di avere ricevuto pressioni da parte di alcuni funzionari di Polizia di Stato: spinto a collaborare e a dichiarare il falso dal lato oscuro delle istituzioni, gli sarebbe stato promesso «**sarai il nuovo Buscetta**»³¹. Tuttavia le sue dichiarazioni – si badi confortate anche da altri collaboratori di giustizia – portarono a ben sette condanne all'ergastolo. Bisognerà aspettare il 2008 perché si smentiscano definitivamente le sue dichiarazioni, quando il collaboratore di giustizia Gaspare Spatuzza confesserà la sua responsabilità nel furto e nella preparazione della Fiat 126 – su mandato di Giuseppe Graviano, capomandamento del quartiere Brancaccio a Palermo – dichiarando la falsità delle accuse di Scarantino (accusato del reato di calunnia). Da qui nacque il processo di revisione Borsellino *quater*, per cui ad oggi è intervenuta sentenza d'appello in data 15 novembre 2019.

Questi fatti di strage si pongono all'interno del più ampio contesto della c.d. *trattativa Stato-mafia*³², che sarebbe intervenuta per porre fine alla stagione stragista: famoso è il "papello" di richieste avanzato da Riina e Provenzano a Vito Ciancimino, ex sindaco di Palermo, il quale avrebbe dovuto fare da ponte con le istituzioni nazionali: le condizioni del cessate il fuoco erano ad esempio lo smantellamento della Direzione nazionale antimafia, la concessione delle premialità (permessi premio, colloqui, etc.) agli ergastolani condannati per mafia, addirittura l'abrogazione dell'articolo 416 *bis* c.p. Quello che si suppone è che questo ed altre relazioni furono annotate da Borsellino nella sua celeberrima agenda rossa, che il magistrato portava sempre con sé e che non fu mai rinvenuta. Non si tratta di mere ipotesi, di supposizioni mai avvalorate. È in corso un procedimento penale in cui in primo grado è stata dichiarata la penale responsabilità di carabinieri del ROS responsabili di aver contribuito nello svolgimento di questa trattativa.

Borsellino *bis*: condannati in via definitiva (Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 2003, n. 11914) quali mandanti Salvatore Riina, Carlo Greco, Salvatore Biondino, Pietro Aglieri, Giuseppe Graviano e come esecutori Gaetano Scotto e Francesco Tagliavia (per tutti l'ergastolo); più una decina di altri imputati per 416 *bis* c.p.

Borsellino *ter*: tra i molti imputati, condannati in via definitiva (Cass. pen., Sez. VI, 18 gennaio 2003, n. 17) Giuseppe Calò, Raffaele Ganci, Michelangelo La Barbera, Cristoforo Cannella, Filippo Graviano, Domenico Ganci, Salvatore Biondo e l'omonimo cugino (tutti condannati all'ergastolo).

Borsellino *quater*: ad oggi non definitivo, sono stati condannati in primo grado (Corte d'Assise di Caltanissetta, 20 aprile 2017, n. 1) Salvatore Madonia e Vittorio Tutino (ergastolo), Francesco Andriotta e Calogero Pulci (10 anni di reclusione). La sentenza è stata confermata dalla Corte d'Assise d'appello di Caltanissetta il 15 novembre 2019.

³⁰ Affiliato di Cosa nostra, aveva dichiarato il furto e la preparazione dell'autobomba.

³¹ E. Deaglio, *Il vile agguato*, cit., p. 57.

³² Sul tema, tra i molti, si veda su questa rivista: V. Giglio, *La trattativa Stato-Mafia*, 8 aprile 2020. Inoltre si veda il testo: S. Lodato, A. Di Matteo, *Il patto sporco. Il processo Stato-mafia nel racconto di un suo protagonista*, Chiare Lettere, 2018.

La Corte d'Assise di Palermo, infatti, il 20 aprile 2018 ha condannato gli ex ufficiali dell'Arma Antonio Subranni e Mario Mori a 12 anni di reclusione e Giuseppe De Donno a 8 anni di reclusione³³ per il reato di cui agli artt. 110 e 338 c.p. («concorso in violenza o minaccia ad un corpo politico, amministrativo o giudiziario o ai suoi singoli componenti»).

Qual è il risultato? Come possono essere lette le false dichiarazioni, le calunnie di Scarantino e il fatto che per sedici anni ci fosse qualcuno come Spatuzza che sapeva dei mandanti e degli esecutori materiali di via D'Amelio, se si adotta il punto di vista della sociologia della memoria? Senz'altro si deve riconoscere che Cosa nostra e una parte deviata delle istituzioni sono state attrici indesiderate nella formazione del ricordo su Borsellino e via D'Amelio. **Dunque regie di de-costruzione della memoria che hanno diffuso incertezza compiendo forme attive di oblio**³⁴: in tal modo hanno permesso che il passato restasse irrisolto e che continuasse a riemergere, spingendo le Procure verso nuove indagini e la società civile a porsi nuove domande.

4. Riflessioni conclusive.

Si può affermare che la strage di via D'Amelio sia un trauma culturale a livello nazionale nel senso inteso da Alexander? Sicuramente, a patto che praticare le memoria dell'evento e coltivarne il senso continui a persistere e non si traduca silenziosamente nel solo anniversario in cui si ricorda che la mafia ha colpito il magistrato, l'uomo e lo Stato. Serve dunque che la spirale di significazione non giunga mai ad un punto di arrivo, ma che costantemente si muova per nutrire la memoria collettiva del gruppo (o dei gruppi) che si sente colpito dalla strage e affinché questo possa trovare uno spazio privilegiato nella memoria pubblica, dove più memorie collettive si incontrano.

Nel corso degli anni sono nati molti strumenti per tenere viva la memoria di Borsellino: associazionismo, eventi, libri, pellicole cinematografiche, intitolazione di borse di studio, istituti scolastici, strade dedicate al ricordo di un evento che non solo ha coinvolto fisicamente il magistrato e la sua scorta, ma che ha sconvolto la vita di tutti e rafforzato il sentimento antimafioso che già da tempo maturava. Riprendendo nuovamente Alexander e la sua teoria di costruzione del trauma, **la spirale di significazione sulla strage si è allargata tanto da coinvolgere la società intera**: limpido apparve l'accaduto di un attentato allo Stato che combatteva senza condizioni la criminalità organizzata e che fu colpito nei suoi uomini e nelle sue donne, soldati e soldatesse di questa battaglia. Così la natura del dolore provocato, nonostante correnti avverse alla verità, fu iscritta nella memoria collettiva e dunque in quella pubblica.

Ugualmente, la natura delle vittime fu palese: Borsellino, gli agenti di scorta, i loro familiari e la democrazia stessa colpita nel suo assetto fondante. Con tale evento si è affermato l'ulteriore processo di identificazione tra pubblico e vittime. Se la mafia colpisce chi difende la società ed i suoi valori, colpisce indistintamente l'intero consesso sociale. *Je suis Paolo*, scriverebbe qualcuno.

³³ Il procedimento è attualmente pendente innanzi la Corte d'Assise d'appello di Palermo.

³⁴ Sul concetto di oblio e i rapporti con memoria e storia cfr.: P. Ricouer, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L'enigma del passato*, Il Mulino, 2012; Id., *La memoria, la storia, l'oblio*, Cortina, 2003.

Non v'è dubbio alcuno che si sia formato un trauma culturale. Anche l'ultimo passaggio – l'attribuzione delle responsabilità – può dirsi sulla via del compimento: i mandanti mafiosi e gli esecutori sono stati condannati, qualche esponente istituzionale è stato assolto, altri condannati, altri sono ancora sotto processo. Grazie al lavoro instancabile delle Procure e dei ricercatori possiamo sostenere validamente che altro ancora emergerà, ma a patto che si riconosca che un trauma culturale per rimanere tale va coltivato, tenuto vivo poiché la memoria pubblica, quel luogo dove più memorie collettive di confrontano, è un ambito in continuo cambiamento. Il fine è continuare a ricostruire e a stanare le motivazioni che hanno portato alla strage di via D'Amelio, non fermandosi alla vendetta mafiosa per il maxiprocesso, ma leggendo l'accaduto sotto la chiave di lettura della continua ricerca e affermazione di potere che le associazioni criminali pongono come fine fondante del loro operato e delle possibili (secondo alcuni certe) connivenze con la parte deviata dello Stato.

Non si può quindi pensare che le responsabilità emerse nel procedimento innanzi alla Corte d'Assise di Palermo nel 2018 siano un punto d'arrivo. Certamente rappresentano un punto di svolta nella costruzione del trauma e nella sua sopravvivenza. Tuttavia, scrive Anna Lisa Tota, «**la memoria pubblica guarda al passato come a quella zavorra da cui il presente non può prescindere**»³⁵, per questo il procedimento che porta ad una definitiva vittoria pubblica ed all'equilibrio tra memoria e giustizia, non può passare solo dalle aule di tribunale: serve – come direbbe Renate Siebert – che la verità processuale sia affiancata dalla verità sostanziale e conceda spazio al sentimento individuale e collettivo delle vittime. Rielaborare le responsabilità permette di compiere un percorso di purificazione e di legittimità anche dell'amministrazione della cosa pubblica. È importante che le stesse istituzioni narrino nella sfera pubblica ed in occasioni formali che la fine della Prima Repubblica e l'inizio della Seconda è macchiata da una zona d'ombra di cui una parte istituzionale è responsabile, svolgendo un'opera di autocritica fondamentale ai fini della costruzione di una consapevole verità e di una futura credibilità. Tale risultato può avvenire se viene realizzata una **postmemoria**³⁶ ossia uno spazio discorsivo dove non sono (e non solo) i protagonisti diretti, i testimoni a dover sorreggere la propria memoria collettiva, ma le generazioni presenti e future a svolgere il ruolo di garanti del trauma culturale. Affinché ciò avvenga, gli attori sociali che devono farsi carico di questa impresa sono molteplici: la politica, la società civile, ogni singolo individuo nel ruolo che svolge per se stesso e per la comunità.

Proprio a questo fine, encomiabile è la recentissima Relazione conclusiva dell'Inchiesta sul depistaggio delle indagini in via D'Amelio (13 luglio 2021) redatta dalla Commissione Parlamentare d'Inchiesta e Vigilanza sul Fenomeno della Mafia e della Corruzione in Sicilia. La redazione di tale importantissimo documento ha prodotto un lodevole contributo istituzionale che rientra nel concetto di *memory work* necessario per rivitalizzare un evento e conoscerne le cause: il lavoro cerca di dare risposte soprattutto in relazione al depistaggio delle indagini su via D'Amelio, mettendo a confronto una serie di testimonianze³⁷ di protagonisti (e non) dell'omicidio Borsellino e della stagione stragista

³⁵ A. L. Tota, *La memoria contesa*, cit., 2018, p. 26.

³⁶ O. Affuso, *La memoria culturale della mafia, Il trauma mafioso e la graphic novel italiana*, in *Rivisteweb*, Il Mulino, n. 2/2014, p. 284.

³⁷ Sono stati sentiti dalla Commissione i giornalisti Enrico Deaglio, Salvo Palazzolo, Stefania Limiti, Damiano Aliprandi, Fabrizio Calvi; l'avvocato Valeria Maffei, legale di Gaspare Spatuzza; gli ex magistrati Antonio Di

in genere ed evidenziando come le mancanze degli apparati statali, volenti o nolenti, abbiano contribuito a permettere quanto accaduto il 19 luglio 1992. Si pensi ad esempio a quanto avrebbe potuto e dovuto essere aumentata la scorta di Borsellino dopo la morte di Giovanni Falcone, cosa che affatto non avvenne come testimoniano il già Ministro della Giustizia Claudio Martelli e l'unico agente della scorta superstite di via D'Amelio Antonio Vullo³⁸.

In conclusione, ricordare significa questo. Porsi domande sulle immagini, sulle opinioni che si ricollegano, cercando soluzioni che senza un'opera di ricostruzione non si possono trovare. Per citare il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Palermo Roberta Scarpinato «la strage di via D'Amelio è ancora tra noi», dunque capirne il senso è l'unico modo per rendere giustizia alle vittime.

C'è una targa in via D'Amelio. *Tu che vieni qui a contemplare, ricorda: non tutti i siciliani sono mafiosi e non tutti i mafiosi sono siciliani.*

Bibliografia.

Materiale bibliografico.

Aa.Vv., *La violenza delle mafie. Forum con Nando dalla Chiesa, Alessandra Dino, Gabriella Gribaudo, Marcella Marmo, Marco Santoro e Rocco Sciarone. Coordina Monica Massari*, in Meridiana, Viella, 2017.

S. Adamo, *Vittime restituite alla memoria. Placido Rizzotto. I cento passi e una diversa prospettiva sui film di mafia*, Il Mulino, Fasc. 2, luglio-dicembre 2015, pp. 247-264.

Pietro, Antonio Ingroia, Alberto di Pisa; Gaetano Murana, innocente accusato da Scarantino e Vincenzo Pipino, compagno di cella di Scarantino; l'attuale consigliere del C.S.M. Sebastiano Ardita; il sostituto procuratore generale presso la Corte d'Appello di Messina Felice Lima, il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Palermo Roberto Scarpinato; l'ex dirigente del SISDE Bruno Contrada; gli ex direttori del carcere di Pianosa Vittorio Cerri e Vincenzo D'Andria; l'ex componente del COPACO Massimo Brutti; l'ispettore superiore di Polizia di Stato Giuseppe Garofalo; l'ex agente di Polizia di Stato superstite di via D'Amelio Antonio Vullo; gli ex ministri Claudio Martelli (Giustizia) e Vincenzo Scotti (Interno). Si veda: *Relazione conclusiva sull'Inchiesta sul depistaggio delle indagini su via D'Amelio*, Commissione Parlamentare d'Inchiesta e Vigilanza sul Fenomeno della Mafia e della Corruzione in Sicilia, 13 luglio 2021. La Relazione è in fase di caricamento [su questo sito](#).

³⁸ Claudio Martelli, nella veste di testimone durante il procedimento sulla strage di Via D'Amelio: «La cosa che mi colpì è che anche a loro prospettai la questione della mancata protezione, della mancata tutela di Borsellino, ma la cosa lasciò Tinebra del tutto... *si si...* come se fosse un aspetto trascurabile e tutto l'interrogatorio che poi mi riguardò... mi ha dato la sensazione di essere un rito puramente formale, insomma, che non è che cercasse neanche spunti investigativi, suggestioni, fantasie o qualche fatto».

Antonio Vullo: «Quando ho preso in custodia il giudice Borsellino siamo andati subito in via Cilea. Io immaginavo di trovare un bunker perché dopo la strage di Capaci pensavo che tutelare il giudice Borsellino fosse doveroso anche perché sapevamo tutti che dopo Falcone toccava a Borsellino, lo sapeva anche la gente comune. Solo che quando siamo arrivati... non c'era la vigilanza fissa e questo ci ha dato molto da pensare». Per tali testimonianze, si veda la Relazione conclusiva dell'Inchiesta sul depistaggio delle indagini su via D'Amelio, pp. 35-36.

- O. Affuso, *La memoria culturale della mafia, Il trauma mafioso e la graphic novel italiana*, in *Rivisteweb*, Il Mulino, n. 2/2014, pp. 275 e ss.
- J.C. Alexander, *Trauma. La rappresentazione sociale del dolore*, Meltemi, 2018.
- G. Chinnici, U. Santino, *La violenza programmata. Omicidi e guerre di mafia a Palermo dagli anni '60 ad oggi*, F. Angeli Edizioni, 1989.
- N. dalla Chiesa, *Una strage semplice*, Melampo, 2017.
- E. Deaglio, *Il vile agguato. Chi ha ucciso Paolo Borsellino, una storia di orrore e menzogna*, Feltrinelli, 2013.
- G. De Luna, *La Repubblica del dolore. Le memorie di un'Italia divisa*, Feltrinelli, 2011.
- G. Falcone, *Cose di Cosa nostra*, Rizzoli, 1992.
- V. Giglio, [La trattativa Stato-Mafia](#), in questa rivista, 8 aprile 2020.
- T. Grande, L. Migliorati, *Maurice Halbwachs. Un sociologo della complessità sociale*, Morlacchi, 2016.
- H. Halbwachs, *La memoria collettiva*, trad. it., Unicopli, 1987.
- O. Ingrasci, [La violenza delle mafie. Pratiche, significati e conseguenze](#), in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, Vol. 4 n. 4, 2018.
- P. Jedlowski, *Memorie. Temi e problemi della sociologia della memoria nel XX secolo*, in *Rassegna Italiana di sociologia*, n. 3, 2001, p. 387.
- S. Lodato, A. Di Matteo, *Il patto sporco. Il processo Stato-mafia nel racconto di un suo protagonista*, Chiare Lettere, 2018.
- M. Massari, [Per una fenomenologia della violenza mafiosa](#), in M. Santoro (a cura di), *Riconoscere le mafie. Cosa sono, come funzionano, come si muovono*, Il Mulino, 2015.
- M. Massari, V. Martone, *Mafia Violence: Political, Symbolic and Economic Forms of Violence in Camorra Clans*, Routledge, 2019.
- S. Mezzenzana (a cura di), [Condizioni politiche e amministrative della Sicilia, di Leopoldo Franchetti](#), in *Rivista di studi e ricerche sulla criminalità organizzata*, Vol. 3 n. 3, 2017.
- M. Milano, [Borsellino quater: la Corte di Assise di Caltanissetta si pronuncia sulla "strage di Stato" e su "uno dei più gravi depistaggi della storia giudiziaria italiana"](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 13 luglio 2018.
- Relazione conclusiva sull'inchiesta sul depistaggio delle indagini su via D'Amelio*, Commissione Parlamentare d'Inchiesta e Vigilanza sul Fenomeno della Mafia e della Corruzione in Sicilia, 13 luglio 2021.
- P. Ricouer, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L'enigma del passato*, Il Mulino, 2012.
- P. Ricouer, *La memoria, la storia, l'oblio*, Cortina, 2003.
- A. L. Tota, *La memoria contesa. Studi sulla comunicazione sociale del passato*, F. Angeli, 2001.
- A. L. Tota, L. Luchetti, T. Hagen, *Sociologie della memoria. Verso un'ecologia del passato*, Carocci, 2018.
- G. Turone, *Italia occulta*, Chiare Lettere, 2019.
- G. Turone, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè, 2015.

Sentenze.

- Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2020, n. 32533.
- Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 2003, n. 11914.
- Cass. pen., Sez. VI, 18 gennaio 2003, n. 17.
- Cass. pen., Sez. I, 18 dicembre 2000 n. 468.
- Cass. pen., Sez. I, 30 gennaio 1992, n. 80.

Corte d'Assise d'appello di Caltanissetta, 15 novembre 2019.
Corte d'Assise di Caltanissetta, 20 aprile 2017, n. 1.

Sitografia.

- R. Cappuccio, [Paolo Borsellino. Essendo Stato](#), docufilm Rai Play, 2016.
S. Guzzanti, [La trattativa](#), docufilm Rai Play, 2014.
A. Purgatori, [Strage di via D'Amelio, la rilevazione di Nino Di Matteo](#), intervista per *La 7*, 27 maggio 2020.
L. Sposini, [Intervista a Paolo Borsellino](#), 1992.
U. Umpel, M. Lillo, [Sotto scacco. La mafia tra la I e la II Repubblica](#), 2012.
Wikimafia, [L'eredità di Borsellino](#), webinar, 19 luglio 2020.

Riflessione

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

The ante delictum prevention: searching for a constitutional basis

di Edoardo Zuffada**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

nell'ordinamento italiano almeno dalla metà dell'Ottocento².

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ *Ibidem*.

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

¹¹ *Ivi*, p. 102.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Primo orientamento: incostituzionalità delle misure di prevenzione.

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

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

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

questione¹⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

co. 3, Cost.²⁸.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁴ *Ibidem*.

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

³⁶ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

inferenze»⁴⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

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

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

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

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

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*.

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

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

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

⁶⁵ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷¹ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁸ Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, con note di: S. Finocchiaro, *Le misure di prevenzione italiane sul banco degli imputati a Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 881 ss.; V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1039 ss.; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 15 ss.; F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, p. 370 ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 61.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a) siano basati su presupposti soggettivi *criminologicamente pregnanti e non intersecanti il diritto criminale* in senso stretto (v. *supra*, 4.2.);

b) presentino contenuti proporzionati alle *specifiche finalità di prevenzione* che si intendono perseguire e siano idonei a contenere le *specifiche manifestazioni di pericolosità* delle singole tipologie di soggetti individuati come possibili destinatari di misure preventive;

c) svolgano una funzione *complementare e di supporto* al diritto e al processo penale, solo ed esclusivamente in relazione ai *fenomeni criminali di maggiore allarme sociale*.

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

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

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

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

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

dottrina¹¹⁵, purtroppo senza successo¹¹⁶.

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

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

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

Riflessione

— **Complessità psicologica delle condotte umane e sistema sanzionatorio penale***

Note in margine a D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, Napoli, 2020

Psychological complexity of human conduct and criminal sanctions system

Notes to D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Jovene, Naples, 2020

di Luciano Eusebi

Abstract. Il contributo evidenzia come l'interesse per un approccio non riduttivo alla complessità psicologica delle condotte criminose non può essere limitato ai soli casi nei quali il medesimo rende possibile escludere l'imputabilità o, comunque, la colpevolezza dell'imputato. Anche nei casi ordinari in cui ciò non si verifichi, pertanto, le modalità sanzionatorie dovranno tener conto di simile complessità, il che può avvenire solo nell'ambito di risposte al reato non più concepite in senso retributivo, bensì come progetto: valorizzando, soprattutto, sanzioni di natura prescrittiva. Viene altresì rimarcato, in linea con l'elaborazione di Daniele Piva, come gli studi sulle componenti impulsive delle condotte e, in genere, sui correlati cerebrali dell'agire volontario non siano affatto in

* Testo della relazione presentata dall'Autore in occasione del Convegno online del 5 maggio 2021, intitolato "[A proposito di... Le componenti impulsive della condotta](#)", dedicato all'omonimo volume di Daniele Piva (per leggere la prefazione del libro, a firma di Francesco Palazzo, [clicca qui](#)).

grado di risolvere il mistero della libertà umana in senso deterministico. Piuttosto, l'impossibilità di soppesare l'autonomia decisionale rispetto ai fattori incidenti sulle scelte individuali rende insostenibili i presupposti teorici di una concezione retributiva della giustizia.

Abstract. *The paper highlights how the interest in a non-reductive approach to the psychological complexity of criminal conducts cannot be limited only to cases in which it makes possible to exclude the sanity or, however, the guilt of the offender. Even in ordinary cases in which this does not occur, therefore, the sanctioning modalities shall take into account this complexity, which can only take place in the context of responses to the crime no longer conceived in a retributive sense, but as a project: promoting, above all, sanctions with prescriptive nature.*

It is also noted, in line with Daniele Piva's elaboration, that the studies on the impulsive components of conduct and, in general, on the cerebral correlates of voluntary action are not at all able to solve the mystery of human freedom in a deterministic sense. Rather, the impossibility of weighing decision-making autonomy with respect to the factors affecting individual choices makes the theoretical assumptions of a retributive concept of justice unsustainable.

SOMMARIO: 1. L'esigenza di non eludere, in nome della prevenzione generale, un approccio onesto verso i presupposti psicologici delle condotte criminose. – 2. Il contesto degli impulsi comportamentali resta rilevante anche nei casi in cui non ci si astiene dal punire... – 3. (Segue) e orienta a modalità sanzionatorie di natura progettuale. – 4. Non è affatto archiviato il mistero relativo al tema della *libertà*.

SUMMARY: 1. The need not to evade, in the name of general prevention, an honest approach to the psychological assumptions of criminal conducts. – 2. The context of behavioral impulses remains relevant even in cases in which we do not refrain from punishing... – 3. (Continues) and orientates towards sanctioning modalities with planning nature. – 4. The mystery related to the theme of freedom is by no means dismissed.

1. L'esigenza di non eludere, in nome della prevenzione generale, un approccio onesto verso i presupposti psicologici delle condotte criminose.

Il volume di Daniele Piva che ispira queste note si pone nel solco di quello che dovrebbe essere – e che tuttora, nonostante alcuni sviluppi (*in primis*, l'affermarsi della colpevolezza in quanto categoria dogmatica), non riesce ad essere – un diritto penale **onesto**. Un sistema giuridico, cioè, che cerchi di evitare qualsiasi riduzionismo circa la realtà psicologica umana cui risulta applicabile, aprendosi al dialogo con le conoscenze, sebbene imperfette, progressivamente acquisite su di essa: senza, del resto, che possa prevedersi la possibilità, nel futuro, di pervenire a dirimere per intero la complessità delle scelte personali di cui si occupa la nostra materia.

Così che il diritto penale – nonostante ogni inveterata aspirazione a una sua propria geometrica razionalità, vuoi di matrice illuministica, vuoi di matrice positivista – sappia percepire come l'accostare il vero nell'ambito dei suoi giudizi si renda tanto più

praticabile, per paradosso, ove di essi venga riconosciuto il carattere necessariamente **relativo**: non in termini, tuttavia, da avallare, con ciò, spiegazioni approssimative delle condotte che assumano rilievo ai fini di un reato.

Tutto al contrario delle impostazioni le quali alcuni decenni orsono andavano proponendo che le zone grigie inerenti alla ricostruzione dell'imputabilità e, in genere, della colpevolezza, dovessero essere colmate sulla base di valutazioni circa l'opportunità politico-criminale della punizione: in modo da permettere, comunque, di punire, facendo leva sul richiamo sempre disponibile a quelle non meglio definite esigenze di prevenzione generale dalle quali Piva, giustamente, mette di continuo in guardia nello sviluppo del suo lavoro¹.

Impostazioni le quali non mancarono di volenterosi seguaci, nei diversi Paesi, disponibili a elaborare forbite riletture **normativizzanti**, che continuano ad aleggiare in ambito penalistico, di tutto quanto concerne i profili soggettivi dell'agire criminoso: con l'effetto di eludere il misurarsi col **mistero** dell'uomo che delinque.

E poiché pure chi scrive, avviando decenni orsono il rigagnolo delle sue riflessioni penalistiche, ebbe a prendere posizione contro simili impostazioni², ne è derivato, durante [l'incontro online tenutosi il 5 maggio 2021](#) sui temi proposti dal volume di Piva, un breve intervento non previsto, del quale queste righe riprendono il senso.

S'era dunque inteso rimarcare, già agli inizi degli anni '80, lo stretto legame fra quelle impostazioni e criteri della risposta al reato che radicalizzavano la visione retributiva, riferendo la corrispettività che essa persegue all'impatto di un certo fatto offensivo sulla sensibilità sociale e ritenendo tale impatto suscettibile d'essere elaborato e archiviato, senza altri oneri, attraverso la pena subita dal soggetto cui di quel fatto risultasse ascritta la colpevolezza³. Un indirizzo, peraltro, col quale veniva preso commiato dalla stessa ambizione del retribuzionismo classico a punire pur sempre nei termini del *malum pro malo*, ma con riguardo a una colpevolezza soggettiva che, più o meno velleitariamente, s'intendeva cogliere nella sua effettività.

In tal senso le suddette impostazioni utilizzavano linguaggi suggestivi, e per lo più acritici, di psicologia sociale, così da confinare nella sfera *rétro* di un ritenuto buonismo moralistico la ricerca puntigliosa dei presupposti psichici reali inerenti alla condotta, cioè all'unico elemento del reato che dipende *in toto* dalla persona umana. Del resto, le derive securitarie – anche dal punto di vista dottrinale – non sono nate dal nulla.

Quanto dunque s'intende far valere, sulla base di queste premesse, è che l'operazione culturale coraggiosa proposta da Piva con il suo libro – intesa a rivalutare la

¹ Come emerge attraverso le stesse parole conclusive del volume, le quali auspicano che l'analisi svolta possa «aprire la strada a un diritto della comprensione (per certi versi della compassione) che ben potrebbe collocarsi in quel processo di personalizzazione della responsabilità che, nonostante i passi avanti di cui si è pur avuto modo di dar conto [...], ancora sembra subire troppo le contropinte, a tratti ossessive, per non dire isteriche, derivanti da esigenze di prevenzione generale» (p. 433).

² Cfr. L. Eusebi, *La "nuova" retribuzione, (I) Pena retributiva e teorie preventive - (II) L'ideologia retributiva e la disputa sul principio di colpevolezza*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1983, pp. 914 ss. e 1315 ss.

³ Cfr., in proposito, anche D. Piva, *Le componenti impulsive*, cit., p. 349.

sfera del soggettivo nell'accertamento dei fatti criminosi, rispetto a quella del loro contingente manifestarsi oggettivo – implichi effetti che interessano anche l'apparato sanzionatorio penale.

2. Il contesto degli impulsi comportamentali resta rilevante anche nei casi in cui non ci si astiene dal punire...

A tal proposito sono tuttavia necessarie alcune precisazioni, onde evitare fraintendimenti che conducano a letture riduttive circa gli esiti di contenimento della penalizzazione desumibili dal volume in esame.

È ovvio, infatti, che la finalità prioritaria dell'indagine di Piva non può che essere quella di individuare, e meglio definire, i casi nei quali appaia infondato muovere un rimprovero di colpevolezza verso l'autore, pur imputabile, di una condotta rilevante ai fini penali, cioè attribuirgli una dominabilità, nel concreto inesistente, del fatto determinatosi: in modo da evitare che l'approfondimento dei casi suscettibili di condurre a un'assoluzione venga eluso attraverso mere mitigazioni della pena inflitta, ai sensi degli artt. 133 o 69 c.p. Come, altresì, è ovvio che la suddetta indagine risulti importante onde definire la portata applicativa in concreto delle norme che già attribuiscono rilievo, per esempio sul piano delle circostanze del reato, agli impulsi oggetto d'indagine, comunque vengano denominati.

Del pari, risulta evidente come la medesima indagine assuma una portata chiarificatrice rispetto alle condizioni in grado di escludere l'imputabilità del soggetto che abbia agito⁴. Sebbene in questo caso, rimanendo pur sempre esposto tale soggetto alla possibile applicazione delle misure di sicurezza ove ritenuto socialmente pericoloso, rimanga fermo il rilievo per cui quanto si rivela decisivo, al di là del **binario** cui siano riconducibili le conseguenze sanzionatorie, è che esse rivestano pur sempre una portata favorevole, non soltanto nominalistica, con riguardo alla riabilitazione sociale di tale individuo⁵.

Ciò premesso, tuttavia, il rilievo dei fattori impulsivi, psicologici, familiari o sociali incidenti sulla commissione di un fatto corrispondente al dettato di una fattispecie criminosa non può rimanere limitato ai contesti predetti.

Si tratta, in altre parole, di superare l'antico postulato penalistico, che rappresenta anche un limite circa il ruolo effettivamente assolto, oggi, dai parametri della colpevolezza, secondo cui o sussistono fattori di carattere psico-soggettivo vuoi per escludere l'imputabilità, vuoi, comunque, per non punire, oppure, nel caso in cui non si addivenga a un simile esito, la situazione personale del soggetto agente non viene nemmeno considerata, stante l'art. 220, secondo comma, c.p.p., e, di fatto, **non conta alcunché** ai fini

⁴ Per un quadro sintetico molto efficace, anche con riguardo alla giurisprudenza, circa l'incidenza sul diritto penale degli apporti derivanti dalle scienze della psiche cfr. M. Bertolino, *Riflessioni giuridico-penali sui rapporti tra vizio di mente e (neuro)scienze*, in A. Oliva, M. Caputo, (a cura di), *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, Giappichelli, 2021, pp. 216 ss.

⁵ Valga, in proposito, M. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990, p. 677.

della condanna: salvo solo il rilievo di meri dati fattuali disponibili agli atti per quanto concerne la determinazione giudiziaria (in senso stretto o in senso lato) della pena.

Ma è fuor di dubbio che i suddetti fattori incidono anche sulla realizzazione, se vogliamo, **ordinaria** di un reato, la quale non è certo avulsa dal contesto psicologico e sociale in cui essa si colloca⁶. Saranno forse fattori, per quanto se ne può comprendere, **non irresistibili**, e rispetto alla loro operatività potrebbe aver inciso una **pre-colpevolezza**: ma, certamente, contribuiscono a **spiegare** il reato posto in essere, offrendo elementi che appare illogico ignorare se si vuole che la pena risponda davvero al dettato dell'art. 27, terzo comma, della Costituzione, come pure a quello di Corte cost. n. 313/1990.

Né il problema è superabile facendo appello allo studio della personalità, da attuarsi *dopo* la condanna ai sensi dell'art. 13 ord. penit.: sia perché quello studio inerisce, per l'appunto, a una condanna **già definitiva**, sebbene aperta a profili di flessibilizzazione; sia perché esso è riferito più alla condizione personale complessiva del condannato, che alle caratteristiche del fatto commesso; sia perché, *a fortiori*, si rischia di perdere, in quella fase, tutto il patrimonio delle possibili conoscenze, ricollegabili all'*iter* accertativo processuale, sulle precondizioni del reato.

Si osserverà, peraltro, che di quei fattori – se attinenti al fatto – già può tenersi conto in sede di commisurazione della pena: posto che la valutazione della colpevolezza non rileva solo con riguardo all'*an*, bensì anche con riguardo al *quantum* della punizione (in termini di *Strafzumessungsschuld*). Ma simile incidenza finisce per essere quanto mai riduttiva, se non addirittura fittizia: posto che il giudice, nel quadro sostanzialmente retributivo che contraddistingue il punire inteso come dosimetria della pena detentiva o pecuniaria (da cui il termine invalso, estraneo al codice penale, di **commisurazione**, piuttosto che di **determinazione** della pena), può svolgere soltanto valutazioni riferite all'entità del rimprovero che ritenga di muovere all'agente colpevole, da tradursi – secondo il *modus operandi* delle colonnine di mercurio nei vecchi termometri – in un certo *quantum* della condanna: salvo, poi, spiegare, per far salvo il sistema, di non aver comunque raggiunto in sede applicativa il livello mitico della *schuldangemessene Strafe*, avendo dato spazio a qualche elemento di mitezza onde favorire la rieducazione del condannato.

Per quanto da secoli si faccia così, appare difficilmente sostenibile, infatti, che il novero dei dati i quali illustrano il contesto psicologico, e non solo, della commissione di un reato – purché, come auspica Piva, si cominci seriamente a ricercarli – debba assumere rilievo soltanto quale insieme di indici cui riferire il *quantum* del rimprovero da muoversi nei confronti del soggetto ritenuto colpevole di quel reato.

La realtà, piuttosto, è che le colpevolezze – sebbene talora consentano una valutazione complessiva di maggiore o minore gravità del reato – sono fra loro, innanzitutto, **qualitativamente** diverse, e non possono essere reciprocamente soppesate,

⁶ Osserva significativamente D. Piva, *Le componenti impulsive*, cit.: «È davvero sorprendente, per non dire paradossale, come molto si sappia sulle malattie della mente, ma poco si conosca sul suo normale funzionamento in rapporto agli impulsi subiti: si dispone cioè di una mappa accurata, sebbene ancora imperfetta, dello spettro mentale "subnormale" inteso come zona dell'esistenza umana caratterizzata da capacità inferiori alla norma di provare sentimenti, pensare o tradurre intenzioni in azioni, ma non risultano ancora dischiusi gli orizzonti di studio dei meccanismi della coscienza delle persone considerate sane».

in grammi e milligrammi, sulla stadera. Come sarebbe possibile attribuire un punteggio – attraverso, poniamo, una tabella analitica delle Sezioni Unite – a tutti i fattori che Piva prende in considerazione nel suo studio?

Si obietterà: impossibile fino a ieri, ma oggi abbiamo lo strumento magico degli algoritmi, che non temono certo l'espandersi dei dati rilevanti. Il problema, però, è strutturale, ed è costituito dalla circostanza per cui quei fattori sfuggono, ampiamente, a una rilevanza esprimibile in termini di quantificazione del rimprovero da ravvisarsi laddove essi sussistano, come pure alla possibilità stessa di essere valutati, per tale fine, secondo un parametro di giudizio omogeneo.

La risposta all'avanzamento, richiesto da Piva, dei criteri attraverso i quali il diritto penale accede alla realtà umana del reato – anche nei casi in cui non si escluda di punire – va ricercata, pertanto, in un modo diverso di concepire le caratteristiche del sistema sanzionatorio⁷.

Della complessità di quei fattori è infatti possibile tener conto – pur con tutte le approssimazioni legate ai limiti conoscitivi umani – solo nell'ambito di un percorso sanzionatorio inteso come **progetto**, e non come (supposta) corrispettività quantitativa della punizione al disvalore del reato.

È in realtà del tutto asfittica, e per molti versi solo formalistica, la considerazione di quei fattori limitandosi a tradurne il rilievo onde infliggere, pur sempre, lo stesso tipo di pena, salvo circoscritte modulazioni del suo *quantum* che di solito incidono molto poco, in favore del condannato, rispetto all'entità sanzionatoria ritenuta confacente alla gravità oggettiva dell'evento doloso o colposo.

Piuttosto, il contesto psico-soggettivo della realizzazione di un reato assume rilievo concreto, quanto alle conseguenze sanzionatorie, soltanto ove queste ultime rivestano i contorni di un **programma**, sufficientemente duttile, nel cui ambito l'atteggiamento nei confronti degli impulsi che abbiano condotto il soggetto agente a delinquere, e tutte le sfaccettature della sua personalità, possano entrare in gioco ed essere elaborate, come meglio possibile, attraverso il contenuto di tale programma e il rapporto con gli operatori dell'esecuzione penale.

Non a caso, del resto, il nostro sistema penale prevede oggi uno studio specifico della personalità, quale presupposto delle sue modalità d'intervento, esclusivamente ai fini del trattamento penitenziario, delle misure alternative e dei provvedimenti sanzionatori minorili. Vale a dire nei casi in cui l'insieme dei dati psico-soggettivi inerenti al reato può effettivamente contribuire a delineare le suddette modalità.

Ma, allora, solo una visione della risposta sanzionatoria penale concepita non in termini ritorsivi (**negativo per negativo**) al momento della condanna, bensì come risposta di segno opposto, nelle sue caratteristiche, alla negatività del reato, sarà davvero interessata a far luce, in sede processuale, sui presupposti psicologici di quest'ultimo:

⁷ Per cui D. Piva, *Le componenti impulsive*, cit., p. 351, auspica «un ripensamento complessivo delle modalità di risposta al reato (sul piano del *quantum*, ma ancor prima dell'*an* e del *quomodo*)».

onde dar luogo, poi, a percorsi che risultino significativi per il condannato in quanto persona, nel suo rapporto con la comunità sociale e con le eventuali parti offese.

3. (Segue) e orienta a modalità sanzionatorie di natura progettuale.

Ciò significa che la ricerca condotta da Piva rappresenta un impulso, se si vuole indiretto ma, riterremmo, di notevole rilievo, in favore dell'orientamento a un modello **restaurativo**, piuttosto che (di fatto) retributivo, della giustizia penale.

Verso un modello, quindi, meno interessato a lanciare, attraverso la pena, messaggi di rassicurazione emotiva della società dinnanzi agli eventi criminosi (scelta la quale, in realtà, deresponsabilizza i consociati sia rispetto alla questione penale nel suo insieme, sia rispetto a quanto richiede una politica criminale efficace) e più attento, invece, a cogliere i lati oscuri, o comunque complessi, della psicologia umana: affinché, chiarendoli, si possa operare una prevenzione migliore e chi abbia delinquito possa riappropriarsi della capacità di governare gli stessi scenari problematici della sua vicenda esistenziale.

Aspetto, quest'ultimo, di estremo interesse anche a fini di prevenzione generale: posto che un'acquisita rielaborazione critica del reato commesso operata, per tale via, dal oggetto agente rinsalda l'autorevolezza, in ambito sociale, dei precetti penali infranti e contribuisce a intaccare, nel contesto di provenienza di quel soggetto, l'attrattività delle scelte criminose (secondo quella che definivamo in altre sedi una prevenzione generale **reintegratrice**)⁸.

Ne deriva l'emergere dell'opportunità di estendere finalmente il catalogo delle pene principali, introducendo, soprattutto, modalità sanzionatorie di natura **prescrittiva** (nel senso, pertanto, di una pena **agita**, piuttosto che meramente subita). Ma, altresì, l'esigenza di rileggere lo stesso ricorso al carcere, nei casi in cui lo si ritenga inevitabile, come aspetto, pur sempre, di un progetto d'insieme volto alla reintegrazione sociale del detenuto. Di modo che, comunque, i fattori psicologici connessi al reato e la condizione personale di chi lo abbia posto in essere pervengano a incidere realmente sui contenuti della pena.

Si tratta, in altre parole, di passare dalla logica di una compensazione ritorsiva del fatto illecito giudicato colpevole a quella di un percorso sanzionatorio pensato *ab initio* onde risultare significativo, secondo fini di risocializzazione, nei confronti del condannato (inteso non come oggetto passivo di un *iter* trattamentale, ma come un interlocutore): sulla base di tutto quanto possa rendersi comprensibile circa il vissuto personale del medesimo nel momento in cui tenne la condotta criminosa e, in genere, circa la sua personalità.

Il che implica un ulteriore sviluppo importante relativo al sistema sanzionatorio penale, desumibile dalla circostanza per cui i fattori dei quali da ultimo s'è detto vengono

⁸ Per esempio in L. Eusebi, «Gestire» il fatto di reato. Prospettive incerte di affrancamento dalla pena «ritorsione», in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, p. 235.

alla luce ben più facilmente nell'ambito di un'interazione con la stessa persona interessata. Appare necessario, dunque, rendere praticabile una simile interazione già in sede processuale, salvo il consenso di tale persona: così da modificare il disposto preclusivo di cui all'art. 220, secondo comma, c.p.p., come del resto s'era ipotizzato all'epoca della progettazione del codice di procedura vigente.

Ne deriva che, quantomeno, andrebbe introdotta – dopo la fase relativa all'accertamento processuale degli addebiti e all'esclusione degli elementi in grado di escludere a priori la punibilità nonché, in particolare, l'imputabilità – una fase nella quale sia esperibile, senza ormai il rischio di effetti *in malam partem*, un dialogo con l'imputato su quei medesimi fattori di natura soggettiva e sulla stessa configurazione, che di essi tenga conto, del percorso sanzionatorio. Secondo profili, dunque, di una pur contenuta bifasicità del processo.

Di modo che la pena venga ad assumere, come s'è detto, fin dal momento della sua inflizione un carattere programmatico, e quindi costruttivo, rispetto alla persona cui è applicata. Carattere suscettibile di esprimersi, peraltro, anche attraverso procedure riparative, di messa alla prova o di mediazione penale.

Né potrebbe opporsi che rendere protagonista della pena l'autore del reato – senza che ciò in alcun modo contraddica, come si osservava, l'obiettivo della prevenzione generale (perseguito solo in modo formale da una pena intesa, al contrario, quale corrispettivo simbolico del reato stesso) – vanifichi la definizione di limiti garantistici della risposta sanzionatoria e apra a derive di colpa d'autore. Quasi che la migliore garanzia per il soggetto qualificato colpevole sia quella che ne esautora la considerazione come persona e lo rende mero strumento di intimidazione, o di rassicurazione, sociale.

Resta fuori di dubbio – va pertanto chiarito – che simili limiti delle modalità caratterizzanti l'intervento penale devono rimanere fermi, sia con riguardo alle previsioni edittali, sia con riguardo alla **colpevolezza del fatto** in sede giudiziaria: risultando i medesimi limiti, del resto, ben più credibili ove siano rapportati – anche nei casi di criminalità grave – alle esigenze ragionevoli di provvedimenti i quali perseguano un'affidabile reintegrazione sociale del loro destinatario, piuttosto che a parametri insondabili di retribuzione del reato.

4. Non è affatto archiviato il mistero relativo al tema della libertà.

Un particolare pregio del volume di Piva è da ravvisarsi, inoltre, nel non aver seguito il trend rivolto a utilizzare le cognizioni acquisite circa i correlati cerebrali delle condotte umane e, dunque, gli stessi studi sulle componenti impulsive di queste ultime per accreditare come in via, ormai, di risoluzione il mistero relativo al manifestarsi in ambito umano, secondo una continua diversificazione relativa ai suoi scopi, della volontà⁹: quella volontà che, in tal modo, si vorrebbe attivata da fattori determinanti di ordine, *lato sensu*, materiale, e in particolare dall'interazione del cervello (parlare della mente, in simile prospettiva, costituirebbe un fuor di luogo) col mondo esterno. Posizione, in effetti,

⁹ Cfr. D. Piva, *Le componenti impulsive*, cit., in part. p. 383.

altrettanto semplificatoria di quella che prospettasse il volere come realtà irrelata rispetto ai condizionamenti, quale ne sia la natura, e all'incidenza delle motivazioni per agire o per non agire.

Orbene, che l'attuarsi del volere passi attraverso la fisiologia del cervello è cosa ovvia. Ed è altrettanto pacifico che lesioni, o comunque interventi, i quali interessino il cervello possano incidere sulle modalità del volere. Essendo del resto ben noto da secoli, anche al diritto penale, come la medesima incidenza possa derivare da condizioni psichiche della persona riconosciute patologiche, secondo quanto attesta la stessa disposizione dell'art. 85 c.p.

Ma il quesito cruciale è come, al netto di tali evenienze macroscopicamente condizionanti, si instauri un'intenzione: non quale mera ipotesi teorica del produrre una data modifica della realtà o della propria condizione personale, bensì quale intenzione effettivamente coltivata attraverso la scelta di tenere una data condotta (*intention in action*).

Né rispetto a simile problematica appare risolutiva, onde derivarne una lettura *easy* del volere in senso deterministico, la constatazione (sulla base dei noti esperimenti, ripresi da molti, di Benjamin Libet)¹⁰ che a livello cerebrale l'evidenziarsi, riscontrato per la prima volta da Hans Helmut Kornhuber e Lüder Deecke nel 1965¹¹, del c.d. potenziale di preparazione (*readiness potential, Bereitschaftspotential - RP*) anteriore alla tenuta delle condotte **precede** il momento in cui il soggetto interessato risulta consapevole del suo agire. E infatti, al di là del significato da attribuirsi a quelle modifiche cerebrali non coscienti che precedono l'azione¹², può non sorprendere più di tanto la circostanza per cui un individuo acquisisca la consapevolezza del proprio movimento corporeo qualche centinaio di millisecondi (ms) dopo il primo inizio del potenziale di preparazione: in quanto ciò non esclude affatto che la decisione soggettiva di agire si realizzi **prima** della suddetta consapevolezza e non comporta, del pari, che l'attivarsi del potenziale di preparazione implichi che si agirà (esso potrebbe costituire, secondo alcune letture, una preparazione della decisione).

Ulteriori studi segnalano che fino a 200 ms circa prima della rilevazione di un'attività muscolare quest'ultima può essere interrotta dal soggetto interessato, nonostante il progredire del fattore RP: ma, si puntualizza, «un punto di non ritorno a -200 ms è compatibile sia con una decisione di agire [prodottasi] a -200 ms, sia con una decisione di agire [prodottasi] a -2 giorni»¹³. Non si deve trascurare, inoltre, che gli

¹⁰ Cfr. per esempio, in italiano, B. Libet, *Mind Time. Il fattore temporale nella coscienza*, Raffaello Cortina, 1996.

¹¹ H.H. Kornhuber, L. Deecke, *Changes in the Brain Potential in Voluntary Movements and Passive Movements in Man: Readiness Potential and Reafferent Potentials*, in *Pflügers Archiv für die gesamte Physiologie des Menschen und der Tiere*, 284, June 1965, pp. 1 ss.

¹² S'è messa in discussione, per esempio, la reperibilità di una singola causa neurale dell'azione intenzionale, ritenendo che i processi relativi all'inizio e al controllo delle azioni manifestino un carattere maggiormente dinamico e sensibile al contesto: cfr. A. Schurger - S. Uithol, *Nowhere and Everywhere: The Causal Origin of Voluntary Action*, in *Review of Philosophy and Psychology*, online 19 marzo 2015; S. Uithol, D. C. Burnston, P. Haselager, *Why we may not find intentions in the brain*, in *Neuropsychologia*, 56, 2014, pp. 129 ss.

¹³ Così S. Uithol, A. Schurger, *Reckoning the moment of reckoning in spontaneous voluntary movement*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)*, January 26, 2016, vol. 113, n. 4, p. 818, cui si rinvia

esperimenti in materia riguardano comandi semplici rivolti ai soggetti arruolati negli studi, come per esempio pigiare un bottone o muovere un dito: vale a dire comandi privi di una motivazione o, comunque, avulsi da una fase deliberativa complessa.

Potrebbe essere, d'altra parte, che il momento decisionale sfugga inevitabilmente alle nostre capacità accertative, posto che di esso possiamo (e in futuro potremo meglio) conoscere le condizioni, e fra di esse i presupposti neurologici, pertinenti: rimanendo dubbio, tuttavia, che si possa andare oltre, **fotografando il *quomodo*** l'individuo decida rispetto a tutti i fattori in gioco.

Una prova del determinismo decisionale potrebbe derivarsi, semmai, dalla constatazione di massime d'esperienza universali, e pertanto mai confutate dati certi presupposti. Ma, nonostante la capacità, oggi, di estendere secondo modalità neppure immaginabili solo pochi decenni orsono il novero dei fattori presi in esame (lo si può evincere dagli stessi algoritmi elaborati ai fini dell'intelligenza artificiale), di simili massime riferibili alla previsione *certa* del comportamento individuale non v'è alcuna traccia. Anzi, fin dall'antichità ci è stato detto che neppure gli atti automatici sono poi così scontati, se è vero che quel tal Muzio Scevola non ritrasse la sua mano dal braciere...

Peraltro, immaginare che Auschwitz, gulag e genocidi, al pari di tutte le condotte dei giusti che hanno speso la loro vita per far salva la dignità umana, costituiscano nient'altro che l'esito di equilibri (o disequilibri) **biologici** nei cervelli dei soggetti agenti sembra ad oggi, quantomeno, un poco banalizzante.

Meglio allora riconoscere che in merito all'esercizio di quella dimensione empirica della realtà umana comunemente definita come **libertà** sappiamo ben poco. Così che mantenere, da parte di tutti, una certa dose di *humilitas* nell'esprimersi sul tema sembrerebbe consigliabile¹⁴.

Piuttosto, va preso atto di come il *nolite iudicare* evangelico abbia motivazioni ben fondate e difficilmente eludibili. Oggi infatti, già lo si diceva, siamo in grado di comprendere, in maniera parziale ma assai di più rispetto al passato, i fattori che incidono sulle decisioni umane e che ad esse, senza eccezione, fanno da cornice: che **limitano**, se vogliamo, l'ambito della libertà o che, comunque, rendono particolarmente difficile una scelta la quale riesca ad affrancarsi da tali fattori, dominandoli. Quei fattori li andiamo indagando (e il volume di Piva ci sprona a non rimuovere simili conoscenze scomode): eppure nessuno potrà mai accertare empiricamente, in rapporto ad essi, l'uso della libertà, cioè soppesare quanto di totalmente suo – di totalmente **libero** – taluno abbia espresso nel suo agire.

anche per ulteriori informazioni e riferimenti. Cfr. altresì A. Schurger, M. Mylopoulos, D. Rosenthal, *Neural Antecedents of Spontaneous Voluntary Movement: A New Perspective*, in *Trends in Cognitive Sciences*, February 2016, vol. 20, n. 2, pp. 77 ss.

¹⁴ Cfr., sul tema, M. Bertolino, *Il "breve" cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in *Criminalia*, 2008, in part. pp. 344 ss.; L. Eusebi, *La condotta umana come volizione di eventi*, in Id. (a cura di), *Dinamiche della volizione e libertà*, Vita e Pensiero, 2008, pp. 7 ss.; Id., *Neuroscienze e diritto penale: un ruolo diverso del riferimento alla libertà*, in A. Castaldo, V. De Francesco, M. del Tufo, S. Manacorda, L. Monaco, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 91 ss.

Per cui le stesse valutazioni inerenti alla colpevolezza penale, ove quest'ultima non venga esclusa, saranno sempre, inevitabilmente, segnate dal carattere della **relatività**.

Ed è proprio a tal proposito che va ravvisata la pretesa **immorale** della giustizia retributiva, che pure fa leva sull'esigenza condivisibile di non deflettere da un'immagine della persona umana fondata sulla sua autonomia. La pretesa, cioè, di saper ponderare il cattivo uso della libertà, erigendolo, in presenza di un reato, a criterio sostanziale del punire e ritenendo di poter dosare rispetto a quel giudizio il contenuto della pena inflitta (**eri libero, hai utilizzato male la tua libertà e, per questo, meriti una data pena**). Salvo poi attribuire ex *ufficio* a quella pena finalità di prevenzione, e salvo dimenticare che, perfino rispetto a una colpevolezza in ipotesi quantificabile senza riserve, non sarebbe reperibile alcuna pena la quale, in sé, le corrisponda: così che quest'ultima viene a dipendere pur sempre, nei suoi modi e nella sua durata temporale, da valutazioni ulteriori.

Laddove risulta realistico, invece, parlare di libertà, in ambito penale, riguardandola **al futuro** (ovvero, non come fattore suscettibile di un accertamento retrospettivo, il quale ne autorizzi la retribuzione). Identificandola, cioè, quale capacità – che mai viene meno e mai dovrebbe essere inibita – di recuperare per l'avvenire, da parte dell'agente di reato, spazi significativi di dominio e di orientamento rispetto ai fattori complessi che abbiano inciso sul suo agire: conformemente a quanto delinea la visione predetta della giustizia **restaurativa**.

In questo senso, ove il passato di una persona abbia conosciuto il recepimento di impulsi criminogeni, esso può essere stato, in effetti, un passato di **non libertà**, rispetto al quale c'è una libertà da recuperare. Un'esigenza, questa, riguardante in certa misura, peraltro, ciascuno di noi, se è vero che il termine **liberazione** è tra quelli che più profondamente esprimono l'anelito a un pieno realizzarsi della vita personale: come si evince dalle parole che Lelio Basso coniò per il testo, insuperabile nella sua intensità, dell'art. 3, secondo comma, della Costituzione; ma anche dall'ambito della riflessione filosofica, religiosa, politico-sociale, e così via.

Dunque, se di libertà può parlarsi, essa non consiste né in un agire intenzionale disgiunto dal quadro complesso dei contesti psichici e situazionali nei quali si svolge la vita di un individuo, e nemmeno nel puro fatto che in un dato contesto di vita taluno possa assumere decisioni senza che altri lo costringa. Piuttosto, essa sembra potersi cogliere allorché un individuo mostri di riuscire a governare, senza esserne travolto, i condizionamenti che, nondimeno, operano nei suoi confronti e di saper trovare in sé stesso le motivazioni per fare ciò che in coscienza gli appaia come bene, pur quando il farlo implichi rischi o sofferenza.

Che questa attitudine umana, frammentaria e mai del tutto acquisita, a scelte effettivamente libere non sia da escludersi in modo aprioristico e precipitoso può essere una cautela ragionevole: tanto più in un contesto culturale contraddittorio, che esalta l'autonomia personale ma, nel contempo, sembra ammaliata dal desiderio di dismettere una visione dell'uomo che la possa fondare e, nondimeno, coltiva la passione del punire, per cui quasi mai perdona.

Un contesto, comunque, singolare: se il genere umano, almeno per la sua gran parte, non ha saputo appagarsi, lungo i millenni, dell'idea che la realtà materiale –

l'universo – **esista perché esiste**, ritenendo necessaria una volontà dalla quale essa derivi, nel momento, viceversa, in cui oggi si discute in merito all'esperienza pratica del volere individuale moltissimi sembrano ansiosi di poterlo inquadrare come mero epifenomeno di determinismi materiali.

Il libro di Piva costituisce in questo orizzonte un richiamo quanto mai opportuno a prendere sul serio i dati psicologici relativi all'agire umano: affinché il diritto penale sappia rifuggire «da quello che, altrimenti, sarebbe un processo sull'uomo senza l'uomo»¹⁵, cioè da un'immagine riduttiva e, inevitabilmente, strumentale delle persone che giudica. Così che l'adesione, in quanto umanamente possibile, al principio di colpevolezza assuma uno spessore sempre più sostanziale. E così che alle stesse persone valutate giuridicamente colpevoli possano finalmente essere offerte *chance* effettive di valorizzazione della propria personalità e, con ciò, di quello che rimane il mistero¹⁶ della libertà individuale.

¹⁵ Così D. Piva, *Le componenti impulsive*, cit., p. 431.

¹⁶ È il termine che utilizza anche J.R. Searle, *Il Mistero della realtà* (2019), trad. it. Raffaello Cortina, Milano, 2019, p. 295, con riguardo al libero arbitrio, del quale ipotizza come per la coscienza, e pur con molte riserve, una spiegazione riconducibile alla meccanica quantistica, di carattere non deterministico ma, nel contempo, non casuale.

Riflessione

— Il teatro come strumento rieducativo all'interno delle carceri minorili: l'esperienza di Puntozero

Theatre as a re-educational tool in juvenile detention centres: Puntozero experience

*di Giovanna Mirarchi, Cristina Gargagliano**

Abstract. Il presente contributo, attraverso l'esperienza laboratoriale della compagnia teatrale Puntozero presso l'Istituto Penale per i Minorenni Cesare Beccaria, propone una riflessione sull'utilizzo del teatro all'interno delle carceri minorili come strumento per il recupero ed il reinserimento sociale dei giovani detenuti, nel pieno rispetto del principio di rieducazione della pena sancito dalla nostra Carta costituzionale.

Abstract. The present article provides an analysis on the use of the theatre in juvenile detention centres as a re-educational device, which aims at the social reintegration of minor detainees in compliance with the re-educational principle of punishment enshrined by our constitutional Charter. The analysis is based on the theatrical laboratories promoted by the theatre company Puntozero at the Milan juvenile detention centre Cesare Beccaria.

* In particolare, la dott.ssa Mirarchi ha provveduto alla stesura dei parr. 1, 2, 3 e 5, mentre la dott.ssa Gargagliano ha redatto il par. 4.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il principio di rieducazione della pena all'interno delle carceri minorili. – 3. L'utilizzo del teatro come strumento rieducativo. – 4. L'esperienza di Puntozero. – 5. Considerazioni finali.

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The re-educational principle of punishment. – 3. Theatre as a re-educational device. – 4. The Puntozero experience. – 5. Closing remarks.

1. Introduzione.

La storia della pena, come scriveva il giurista tedesco Rudolf von Jhering, è una «continua abolizione»¹.

In Italia, nello specifico, si è passati dall'applicare sanzioni efferate, compresa la condanna a morte, ad attribuire al principio di **rieducazione** della pena un valore costituzionale intangibile.

Proprio per tale ragione, sono stati progressivamente soppressi tutti gli strumenti inidonei al raggiungimento della finalità rieducativa, che rappresentavano, piuttosto, trattamenti degradanti e contrari al senso di umanità.

Tale intervento eliminatorio, tuttavia, non può, da solo, considerarsi sufficiente a realizzare il recupero del condannato: per raggiungere questo scopo è necessario, altresì, che il diritto penale ampli i propri orizzonti, iniziando a dialogare con **discipline extra giuridiche** in grado di stimolare i reclusi e indurli a riflettere sui propri errori.

Nella prassi carceraria, anche a livello mondiale, il **teatro** gioca, ormai da anni, un ruolo fondamentale in tal senso, rappresentando uno «**strumento pedagogico e terapeutico essenziale per il trattamento dei detenuti**»².

Alla finalità rieducativa deve essere attribuita un'importanza ancor maggiore nell'ambito della **giustizia penale minorile**, basata su un sistema che «riserva al soggetto, e quindi alla persona in età evolutiva, largo spazio e larga attenzione»³. La società, infatti, «non può abbandonare umanamente chi ha trasgredito, soprattutto se si tratta di un giovane»⁴.

Sulla base di queste premesse, il presente contributo, attraverso il racconto dell'esperienza del laboratorio curato dalla compagnia teatrale **Puntozero** presso l'IPM milanese Cesare Beccaria, propone una riflessione sul ruolo che il teatro può svolgere nel processo di recupero e di reinserimento sociale dei minori autori di reato.

¹ R. von Jhering, *Lo scopo del diritto*, ed. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, 1972, p. 269.

² D.A. Telesca, *Carcere e rieducazione*, Aras edizioni, 2019, p. 88.

³ R. Bianchetti, [La giustizia minorile: un sistema davvero incentrato sulla persona](#), in questa rivista, 23 marzo 2021, p. 2.

⁴ L. Berlinguer, *Prefazione*, in M.T. Spagnoletti, *Il mio territorio finisce qui*, Ediesse, 2019, p. 8.

2. Il principio di rieducazione della pena all'interno delle carceri minorili.

L'art. 27, comma 3 della Costituzione sancisce che le pene, oltre a non dover consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, debbano tendere alla **rieducazione** del condannato. Come noto, tale disposizione ha rappresentato un elemento di grande novità rispetto al passato, poiché la sanzione penale, fino ad allora, era sempre stata intesa o in senso "retributivo" – rispetto al comportamento socialmente dannoso posto in essere dal reo – o in senso "preventivo", quale deterrente alla commissione di nuovi reati.

Il **recupero sociale**, a partire da questo momento, diventa, dunque, un **elemento necessario ed ineliminabile del trattamento sanzionatorio**, non sacrificabile in nome delle altre legittime funzioni della pena⁵.

Alla luce della concezione laica dello Stato, il termine "rieducazione" va obbligatoriamente inteso come "**risocializzazione**": la finalità della pena, in altre parole, non deve essere quella di far nascere nel condannato un senso di pentimento rispetto alla propria condotta delinquenziale, quanto piuttosto quella di fornire allo stesso gli strumenti necessari per correggere i propri comportamenti criminali ed ottenere, così, un progressivo rientro nel contesto sociale⁶.

Proprio alla luce dell'art. 27, comma 3 della Costituzione, inoltre, la rieducazione «non può estrinsecarsi in misure imposte, ma deve costituire il risultato cui si perviene ponendo a disposizione del condannato **nuove esperienze di vita e opportunità**, che favoriscano il suo cambiamento ed il suo reinserimento nella società»⁷.

L'importanza di questa tematica si avverte maggiormente quando l'autore del reato è un **minorenne**, ovvero un soggetto dalla personalità ancora *in fieri*, che, nella maggior parte dei casi, delinque unicamente poiché influenzato dall'ambiente familiare e sociale in cui si trova a crescere⁸.

Anche se la Corte Costituzionale, in una pronuncia nel 1964, descrive la giustizia penale minorile come «diretta in modo specifico alla ricerca delle forme più adatte per la rieducazione dei minorenni»⁹, occorre sottolineare che, fino al 2018, è totalmente mancata un'apposita normativa penitenziaria minorile, in grado di assicurare, nella prospettiva della massima individualizzazione del trattamento, un percorso rieducativo rivolto agli autori di reato non ancora maggiorenni, ai quali venivano applicate, pertanto, le norme sull'ordinamento penitenziario degli adulti¹⁰.

⁵ Così, di recente, si è espressa Corte Cost., con sent. n. 149/2018, uniformandosi a Corte Cost., sent. n. 282/1989 (che sottolineava l'impossibilità di delineare un'assoluta gerarchia tra le possibili funzioni della pena) e Corte Cost., sent. n. 313/1990 (che descriveva l'afflittività e la retributività come condizioni minime della pena, mentre quella rieducativa come la sola «espressamente consacrata in Costituzione»).

⁶ R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Nel Diritto Editore, ed. 2018-2019, p. 1311.

⁷ A. Diddi, *Manuale di diritto penitenziario*, Pacini Giuridica, 2020, p.147.

⁸ L. Volpini, T. Frazzetto, *La criminalità minorile*, Maggioli Editore, 2013, pp. 26 ss.

⁹ Corte Cost., sent. n. 25/1964.

¹⁰ E. Zappalà, *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli Editore, 2015, p.247.

Questo grave *gap* normativo è stato recentemente colmato, almeno in parte, dal d.lgs. 121/2018, avente ad oggetto la disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, che ha avuto il merito di introdurre novità importanti in tema di rieducazione minorile¹¹.

L'art. 14, in particolare, prevede che la permanenza presso gli IPM debba svolgersi in conformità ad un **progetto di intervento educativo** (PIE), da predisporre, previo ascolto del condannato, entro tre mesi dall'inizio dell'esecuzione della pena.

Tale progetto deve essere elaborato secondo i principi della **personalizzazione** delle prescrizioni e della flessibilità esecutiva, basandosi, quindi, sulle **attitudini** e sulle **caratteristiche della personalità del giovane detenuto**.

Al suo interno, deve contenere indicazioni sulle **attività da svolgersi per il recupero sociale** e per prevenire il rischio di commissione di ulteriori reati.

Questa disposizione, in altre parole, «intende esplicitare che un progetto formativo compiuto deve tendere alla formazione di una "persona" in grado di valorizzare pienamente le sue potenzialità, assecondandone le inclinazioni individuali e stimolandone, al contempo, capacità relazionali, senso critico ed autostima»¹².

Per far sì che l'articolo possa raggiungere l'obiettivo prefisso, dunque, è necessario ed opportuno che ciascun IPM preveda attività che possano stimolare il giovane autore di reato, fornendogli, contemporaneamente, gli strumenti necessari per far nascere nello stesso una riflessione sul proprio passato ed avviarlo verso un progressivo percorso rieducativo.

3. L'utilizzo del teatro come strumento rieducativo.

L'idea di utilizzare il teatro come strumento rieducativo all'interno degli istituti penitenziari nasce oltre oceano, negli Stati Uniti, presso il carcere di massima sicurezza di San Quintino.

Qui, il 19 novembre 1957, gli attori del *San Francisco Actor's Workshop* mettono in scena, per i 1400 reclusi della struttura, la famosa rappresentazione beckettiana "Aspettando Godot".

L'ergastolano Rick Cluchey rimane estremamente colpito dall'opera e nota l'interesse suscitato anche negli altri detenuti, in grado di identificarsi pienamente con il tema dell'attesa e di una prospettiva sospesa, priva di speranza per il futuro¹³.

¹¹ Il d.lgs. n. 121/2018, all'art. 1, sancisce espressamente che, per quanto non previsto dal medesimo, debba applicarsi ancora l'ordinamento penitenziario degli adulti, ovvero le disposizioni della l. 354/1975, del d.P.R. 448/1988, del d.P.R. 230/2000 e del d.lgs. 272/1989.

¹² Linee di indirizzo relative al d.lgs. n. 121/2018, consultabili presso il sito del Ministero della Giustizia [a questo indirizzo](#), p.7.

¹³ Intervista rilasciata da Rick Cluchey al quotidiano Repubblica in data 4 novembre 1984, [Il mio Godot, da San Quentin a Beckett](#).

Per tale ragione, solo qualche mese dopo, decide di fondare il **San Quentin Drama Workshop**, la prima compagnia teatrale amatoriale composta unicamente da detenuti, che inizia ben presto a rappresentare le proprie opere anche al di fuori della realtà carceraria.

Lo stesso gruppo, nel 1984, durante una *tournee* organizzata da Pontedera Teatro, approda anche in Italia, portando in scena alcune opere di Beckett.

È proprio grazie all'interesse suscitato da queste rappresentazioni che iniziano a nascere compagnie teatrali anche all'interno di diversi istituti penitenziari della nostra penisola, la quale, fino a quel momento, aveva avuto come unica esperienza il "Teatro Gruppo", fondato, solo due anni prima, presso il carcere di Rebibbia¹⁴.

Così, già **a partire dal 1984**, vengono create compagnie teatrali nelle case circondariali di Brescia e di Milano, ma è solo nel **1986**, grazie all'entrata in vigore della cd. **Legge Gozzini**, che avviene la vera svolta.

Fra le varie innovazioni apportate all'ordinamento penitenziario, infatti, viene introdotta la possibilità di affidare a soggetti esterni alle case circondariali la gestione di attività trattamentali: «in questo modo **si aprono le porte del carcere a professionisti del mondo artistico e alla visione del carcere anche da parte di esterni**»¹⁵ ed il detenuto inizia ad avere la possibilità di entrare in contatto anche con realtà diverse da quella di provenienza.

Nel 1988, a fronte di questa grande novità, per opera del drammaturgo e regista teatrale Armando Punzo, nasce anche la Compagnia della Fortezza, nel carcere di Volterra¹⁶.

Il teatro, dunque, inizia progressivamente a comparire tra le **attività finalizzate al reinserimento sociale dei detenuti**, e, contestualmente, **gli istituti di pena cominciano ad aprire le loro porte agli operatori teatrali ed agli spettatori**.

Grazie a questo innovativo cambiamento «società civile e società reclusa hanno iniziato ad incontrarsi, incrociando sguardi inediti fra scena e platea. Gli spettatori hanno imparato che è possibile riconoscere l'attore senza dimenticare il detenuto. Gli attori hanno scoperto nel confronto con gli spettatori che una diversa rappresentazione di sé è possibile»¹⁷.

¹⁴ Oggi prende il nome di "Compagnia Teatro Stabile Assai" e la sua storia può essere approfondita consultando [questo indirizzo](#).

¹⁵ F. Giordano, F. Perrini, D. Langer, L. Pagano, G. Siciliano, *L'impatto del teatro in carcere, Misurazione e cambiamento nel sistema penitenziario*, Egea, 2017, p. 63.

¹⁶ La storia della Compagnia può essere approfondita consultando [questo indirizzo](#).

¹⁷ C. Valenti, [La sfida del teatro in carcere](#), in *Rivista anarchica*, n. 342, marzo 2009.

Il teatro, all'interno degli istituti penitenziari «non è solo attività di svago, ma ha anche un **valore terapeutico**, agisce nel profondo ed implica un **percorso di presa di coscienza** che è individuale e collettivo al tempo stesso»¹⁸.

La persona reclusa, infatti, grazie alla partecipazione alla realtà teatrale – che permette di essere apprezzati per un ruolo diverso da quello criminale – riesce a riflettere sulla propria identità personale, prendendone le distanze e gettando le basi per poter ripartire e ricostruire *ex novo* la propria persona¹⁹.

Tale **finalità**, peraltro, viene **riconosciuta anche dal Ministero della Giustizia**, che definisce il teatro in carcere come «una pratica formativa non tradizionale, che **aiuta la riscoperta delle capacità e delle sensibilità personali**, ma anche una **modalità di espressione positiva di emozioni negative o angoscianti**», dal momento che «l'esperienza del gruppo teatrale consente di sperimentare ruoli e dinamiche diversi da quelli propri della detenzione, sostituendo i meccanismi relazionali basati sulla forza, sul controllo e sulla sfida con quelli legati alla collaborazione, allo scambio e alla condivisione»²⁰.

La realtà del teatro in carcere ha iniziato ad essere conosciuta maggiormente ed apprezzata dalla collettività a partire dal 2012, grazie al film **“Cesare non deve morire”**, diretto da Paolo e Vittorio Taviani e vincitore di prestigiosi premi, tra cui l'Orso d'oro al Festival di Berlino.

Il docu-film racconta il “dietro le quinte” della messa in scena dell'opera Shakespeariana “Giulio Cesare”, realizzata dal regista Fabio Cavalli, interamente recitata dai detenuti del carcere romano di Rebibbia ed offre al pubblico, per la prima volta, uno spaccato della vita carceraria e, al contempo, la possibilità di osservare come il teatro sia in grado di plasmare e migliorare la vita delle persone reclusi.

Nel 2018, secondo l'ultimo monitoraggio effettuato dalla Direzione generale dei detenuti e del trattamento, nelle carceri italiane sono stati registrati 146 laboratori teatrali e, in **132** casi, gli operatori hanno segnalato che tali esperienze hanno inciso **positivamente** sul clima dei vari istituti penitenziari²¹.

Si tratta, dunque, di un esperimento che, a distanza di circa quarant'anni dalla sua nascita, può dirsi decisamente riuscito.

4. L'esperienza di Puntozero.

¹⁸ A. Minati, [Il teatro in carcere come veicolo di integrazione](#), in *EPAL - Electronic Platform for Adult Learning in Europe*, 15 giugno 2016.

¹⁹ C. Sarzotti, [Il teatro in carcere tra cerimonie istituzionali e strumento di riabilitazione: appunti per una riflessione teorica](#), in *Antigone, Il carcere secondo la Costituzione – XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2019.

²⁰ Ministero della Giustizia, [Teatro in carcere](#).

²¹ Dati contenuti all'interno del Protocollo d'Intesa tra Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, Coordinamento Nazionale Teatro in Carcere e Università degli Studi di Roma tre, Dipartimento di Filosofia, Comunicazione e Spettacolo, consultabile [a questo indirizzo](#).

Il ruolo rieducativo del teatro in carcere è vissuto con ancor più sentimento ed intenzionalità quando ci si addentra nell'ambito minorile.

All'interno dell'IPM milanese Cesare Beccaria, per esempio, vive una particolare realtà, che incrocia le vite dei minori autori di reato ed offre loro una concreta possibilità di riscatto.

Si tratta dell'Associazione *non-profit* **Puntozero**, fondata dal regista e attore Giuseppe Scutellà e dall'attrice Lisa Manzoni²².

Il nome si ricollega alla filosofia del famoso regista britannico Peter Brook, il quale sostiene che un attore, prima di entrare in scena, debba dedicarsi unicamente al **"qui ed ora"**, fare, in altre parole, il "punto zero", estraniandosi dal proprio trascorso e concentrandosi esclusivamente sull'attimo presente.

Il progetto teatrale dell'Associazione prende avvio nel 1995, quando Scutellà, dopo aver concluso gli studi presso la Civica Scuola d'Arte Drammatica Paolo Grassi, svolgendo il Servizio Civile presso l'IPM Cesare Beccaria, porta la sua compagnia teatrale all'interno del carcere ed inizia a coinvolgere i giovani detenuti in laboratori di recitazione²³.

Nel 2005, assieme alla compagna Lisa Manzoni, decide di avviare la ristrutturazione del teatro dell'istituto, inagibile dal 1993, per permettere ai ragazzi dell'IPM di potersi esibire su un palcoscenico.

I lavori si realizzano anche grazie alla collaborazione dei giovani detenuti e dei tecnici del Piccolo Teatro e del Teatro alla Scala, i quali, entusiasti del progetto, decidono di fornire il proprio contributo²⁴.

La ristrutturazione termina definitivamente nel 2015 ed il teatro del carcere viene inaugurato ufficialmente il 6 ottobre dello stesso anno, alla presenza dell'allora sindaco di Milano Giuliano Pisapia²⁵.

Nel settembre del 2019 Puntozero compie un ulteriore passo in avanti, dando avvio ai lavori per la creazione di un'apposita porta d'ingresso che possa permettere al pubblico un **accesso diretto al teatro**, in modo tale da non costringere più gli spettatori ad utilizzare l'entrata dell'istituto penitenziario ed evitare, così, le relative trafale burocratiche. La creazione del "doppio accesso", nell'intento dei suoi ideatori, rappresenta la piena apertura del teatro alla cittadinanza e, di conseguenza, un'esperienza di **fusione e normalità tra il "dentro" ed il "fuori"**.

²² I contenuti che seguono sono tratti da un'intervista rilasciata da Lisa Manzoni presso il teatro del carcere Beccaria nel giugno 2021, alla presenza di alcuni ex detenuti che hanno preso parte e tuttora partecipano ai laboratori di Puntozero.

²³ Come i due teatranti entrano a far parte della vita dell'IPM è raccontato nell'opera teatrale *Errare Humanum est*, che contiene una profonda riflessione sulla giustizia e sul disagio e la devianza minorile.

²⁴ È stato proprio lo stesso Direttore Generale del teatro alla Scala, Maria di Freda, a donare le 200 poltrone su cui oggi il pubblico di Puntozero assiste agli spettacoli della compagnia.

²⁵ Oltre ai due importanti teatri meneghini, altri finanziatori del progetto sono stati anche le Fondazioni Marazzina e Cariplo.

Nel dicembre dello stesso anno, con l'inaugurazione del nuovo ingresso, Puntozero diventa la **prima sala teatrale indipendente all'interno di un istituto penale minorile**.

Quella che è nata unicamente come un'esperienza laboratoriale, negli anni, si è trasformata in qualcosa di decisamente più grande, arrivando a raggiungere importanti traguardi.

I due professionisti, infatti, sono riusciti progressivamente a portare il pubblico all'interno dell'IPM, ad organizzare *tournee* e a far calcare ai giovani detenuti un palcoscenico importante come quello dello storico Piccolo Teatro²⁶.

Da ormai 26 anni, l'obiettivo di Puntozero è quello di **realizzare laboratori teatrali che mirano al reinserimento sociale dei minori autori di reato**, attraverso un approccio professionale sperimentale dal forte contenuto innovativo, che ha alla base un'idea di rifiuto della detenzione come momento di stasi e di astensione dal fare.

L'attività dell'Associazione, in concreto, prende avvio con un **laboratorio propedeutico**, che si svolge, inizialmente, **all'interno della sezione detentiva** ed è condizionato alla buona condotta del ragazzo che vuole prendere parte al progetto ed al parere positivo dell'*equipe* educativa.

Una volta superata tale fase iniziale, si passa a quella successiva, nel corso della quale al detenuto è permesso di **trascorrere intere giornate fuori dalla propria cella**, in teatro, impegnato nella preparazione delle rappresentazioni.

I ragazzi, in questo modo, ciascuno seguendo le proprie attitudini ed inclinazioni, imparano a **recitare**, a **realizzare riprese video**, ma anche le arti della **scenotecnica** e dell'**illuminotecnica**.

La visione di Puntozero di **carcere come luogo aperto e di esperienza** emerge anche nella volontà di **inserire il giovane autore di reato in un contesto socio-lavorativo stimolante**, senza **fargli mai perdere il contatto con la realtà esterna**.

Tale ultimo obiettivo, in particolare, viene realizzato grazie alla **partecipazione ai laboratori teatrali di coetanei incensurati**.

La compagnia teatrale, infatti, è composta anche da studenti dell'Università degli Studi di Milano²⁷, da coloro che frequentano la scuola di teatro di Puntozero, nonché dai giovani volontari che decidono di collaborare al progetto, fornendo, ognuno a proprio modo, il loro apporto.

²⁶ Il Piccolo Teatro ha ospitato diverse rappresentazioni sceniche dei giovani detenuti del Beccaria, quali *Sogno di una notte di mezza estate*, *Antigone* ed *Errare Humanum est*.

²⁷ Grazie alla collaborazione sorta tra il Dipartimento di Lingue e letterature straniere dell'Università degli Studi di Milano, l'Associazione Puntozero e l'IPM Cesare Beccaria.

Degna di nota è anche la scelta delle rappresentazioni che vengono messe in scena: si tratta sempre, infatti, di **opere dall'alto contenuto riflessivo**, che, spaziando dal *cyberbullismo*²⁸ fino ad arrivare ad una rivisitazione contemporanea dei capolavori shakespeariani²⁹, permettono a tutti i giovani detenuti di poter ragionare su tematiche profonde.

Il bilancio complessivo degli oltre venticinque anni di attività dell'Associazione è indubbiamente positivo.

Numerosi, infatti, sono gli ex detenuti che hanno intrapreso una carriera artistica, svolgendo la professione di scenografi, teatranti, assistenti di scena, ma anche cantanti ed addirittura attori cinematografici. Molti di loro, al termine del periodo di detenzione, proprio grazie alle competenze acquisite, hanno iniziato tirocini presso importanti teatri come il Piccolo, la Scala e l'Ansaldo.

Una delle più belle storie di rinascita – purtroppo improvvisamente interrotta dalla prematura scomparsa del suo protagonista nel 2017 – è quella di Josciua Algeri, ex detenuto del carcere Beccaria, che, dopo aver collaborato con Puntozero, nel 2014 vince come cantante il Festival città di Caltanissetta e, due anni dopo, partecipa come attore protagonista nel pluripremiato film "Fiore" del regista Claudio Giovannesi³⁰.

Ciò che ancor più fa capire l'importanza del lavoro svolto da Lisa e Giuseppe, tuttavia, sono le testimonianze dei giovani detenuti che, una volta usciti dal carcere, partecipano ancora con gioia ai loro laboratori teatrali:

«Il teatro ha scelto me, mi ha aiutato ad esprimere i miei sentimenti di rabbia e gioia, che dentro l'IPM sono tutti amplificati [...]. Ero un ragazzino fuori di testa, in un periodo brutto della mia vita, pensavo di aver perso tutto e di non avere più nessuno, poi ho trovato un mondo e una seconda famiglia e sono fiero delle spalle su cui piangere e avere conforto. Teatro è amore, io qui mi sento a casa»³¹.

5. Considerazioni finali.

Le osservazioni sopra svolte portano a ritenere che un laboratorio teatrale all'interno di un IPM possa effettivamente trasformare una pena detentiva in un'**occasione**

²⁸ È il caso dello spettacolo *New Wild Web – le armi del Cyberbullismo*, rappresentato in *streaming*, a causa dell'emergenza sanitaria, nel febbraio del 2021. Si tratta di uno spettacolo in forma di concerto rap, con testi appositamente scritti per l'occasione, incentrati sulla tematica del *cyber bullismo*, intermezzato da momenti di *stand up comedy*.

²⁹ Come è avvenuto con *Processo a Romeo*, rappresentazione del dicembre 2018, in cui si inscena un vero e proprio procedimento penale a carico del Montecchi per l'omicidio di Tebaldo, e *Romeo & Juliet Disaster*, spettacolo che alterna scene integrali tratte dall'opera shakespeariana ad istanti di pura comicità, andato in scena nel dicembre 2019.

³⁰ La storia di Josciua Algeri può essere approfondita consultando l'articolo di V. Rusconi, [Addio a Josciua Algeri, muore il rapper e attore di 'Fiore', film di Claudio Giovannesi](#), in *La Repubblica*, 4 marzo 2017.

³¹ Frase pronunciata nel corso dell'intervista da G.U., ex detenuto del carcere Beccaria, che tuttora fa parte della compagnia Puntozero.

di riflessione e di cambiamento per il giovane detenuto, nel pieno rispetto della finalità rieducativa sancita dalla nostra Costituzione.

Frequentemente, gli autori di reato minorenni fanno il loro ingresso nel circuito penitenziario senza avere una coscienza effettiva di quello che dovranno affrontare e, non avendo ancora sviluppato un concetto identitario chiaro e definito a causa della giovane età, risultano privi di strumenti per guardarsi dentro, esplorare in modo cosciente il loro essere ed avere una visione a lungo termine della propria persona³².

Le loro aspettative sulla carcerazione, inoltre, il più delle volte, non corrispondono alla realtà e si trovano, così, a fare improvvisamente i conti con l'allontanamento fisico dalla famiglia e dai propri affetti, con la riduzione dei contatti con l'esterno, l'interruzione del percorso scolastico e di eventuali attività extracurricolari precedentemente intraprese.

Diventano, tutt'a un tratto, **solì e spaesati**, senza i mezzi adeguati per comprendere a fondo la loro nuova condizione.

È proprio questo scenario che fa capire come vivere un'esperienza quale quella di Puntozero possa non solo **fornire ai giovani detenuti le basi necessarie per poter rielaborare i loro comportamenti devianti, ma anche far acquisir loro competenze che agevolino ed accelerino il cambiamento auspicato in vista della libertà.**

L'importanza dell'organizzare laboratori teatrali all'interno degli IPM, d'altronde, sembra essere percepita anche dal sistema carcerario italiano.

Secondo quanto riportato dal **Rapporto dell'Associazione Antigone** dell'anno **2019**, infatti, tra i 17 Istituti penali per i minorenni presenti nella nostra penisola, ben **13**, tra le attività ludico ricreative, annoveravano i laboratori teatrali³³.

Il Rapporto è stato recentemente aggiornato dall'Associazione e, da quanto si apprende consultandolo, risulta che, nonostante le difficoltà legate all'emergenza sanitaria dovuta all'insorgere del Covid-19, nel **febbraio 2021** ben 7 IPM avevano ripreso con regolarità le proprie attività teatrali³⁴.

³² Questa la teoria di psicologia dello sviluppo dello psicoterapeuta M. Erickson, che descrive in questi termini la fase della pubertà e dell'adolescenza.

³³ Gli IPM privi di laboratori teatrali nel 2019 risultavano essere quelli delle città di Catania, Roma, Torino e Treviso; quello di Palermo, invece, pur non prevedendo un corso teatrale direttamente rivolto ai giovani detenuti, partecipava al progetto "Ci vediamo in teatro", condotto tra il febbraio ed il luglio del 2019 dall'Associazione Culturale "La Compagnia in valigia", che proponeva una rappresentazione teatrale, con l'obiettivo di far riconoscere e gestire ai giovani detenuti le emozioni attraverso il contesto teatrale. Tali dati sono consultabili [a questo indirizzo](#).

³⁴ Non erano state riprese dagli IPM di Cagliari, Caltanissetta, Catanzaro, Nisida, Palermo; dallo stesso rapporto si apprende, altresì, che il carcere di Torino ha dovuto sospendere temporaneamente il progetto che prevedeva la costruzione di un teatro all'interno dell'IPM, tramite il coinvolgimento di diverse associazioni del territorio. Tali dati sono consultabili [a questo indirizzo](#).

Una prova, insomma, di come anche le amministrazioni penitenziarie percepiscano come esperienze di tal genere possano incidere positivamente sui ragazzi che le vivono.

Proprio grazie ai laboratori teatrali, infatti, i giovani autori di reato:

«non solo imparano a riconoscere sé stessi e a ripensare alle loro vite passate e quindi immaginare scenari futuri, ma invitano anche la comunità a riconsiderarli, vedendo in loro opportunità e risorse, piuttosto che gli errori commessi. Soggetti non più solo da punire, ma **giovani con talenti, sogni, e forse possibilità di allontanarsi dai percorsi delinquenziali sperimentati**»³⁵.

Bibliografia.

Antigone, [Rapporto 2019 - Istituti penali per i minorenni](#).

Antigone, [Aggiornamento Covid - febbraio 2021](#).

L. Berlinguer, *Prefazione*, in M.T. Spagnoletti, *Il mio territorio finisce qui*, Ediesse, 2019, p. 8.

R. Bianchetti, [La giustizia minorile: un sistema davvero incentrato sulla persona](#), in questa rivista, 23 marzo 2021, p. 2.

R. Cluchey, intervista rilasciata al quotidiano *Repubblica* in data 4 novembre 1984, [Il mio Godot, da San Quentin a Beckett](#).

A. Diddi, *Manuale di diritto penitenziario*, Pacini Giuridica, 2020, p.147.

R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Nel Diritto Editore, ed. 2018-2019, p. 1311.

F. Giordano, F. Perrini, D. Langer, L. Pagano, G. Siciliano, *L'impatto del teatro in carcere, Misurazione e cambiamento nel sistema penitenziario*, Egea, 2017, p. 63.

Linee di indirizzo relative al d.lgs. n. 121/2018, consultabili presso il sito del Ministero della Giustizia [a questo indirizzo](#), p.7.

A. Minati, [Il teatro in carcere come veicolo di integrazione](#), in *EPAL - Electronic Platform for Adult Learning in Europe*, 15 giugno 2016.

Ministero della Giustizia, [Teatro in carcere](#)

F. Perrini, *Prefazione*, in M. Cavecchi, Lisa Manzoni, M.Rose, G. Scutellà (a cura di), *Scekspir al Bekka*, edizioni Clichy, 2020, p. 15.

³⁵ F. Perrini, *Prefazione*, in M. Cavecchi, L. Manzoni, M. Rose, G. Scutellà, *Scekspir al Bekka*, edizioni Clichy, 2020, p. 15.

Protocollo d'Intesa tra Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, Dipartimento per la Giustizia Minorile e di Comunità, Coordinamento Nazionale Teatro in Carcere e Università degli Studi di Roma tre, Dipartimento di Filosofia, Comunicazione e Spettacolo, consultabile [a questo indirizzo](#).

C. Sarzotti, [Il teatro in carcere tra cerimonie istituzionali e strumento di riabilitazione: appunti per una riflessione teorica](#), in Antigone, *Il carcere secondo la Costituzione – XV rapporto sulle condizioni di detenzione*, 2019.

D.A. Telesca, *Carcere e rieducazione*, Aras edizioni, 2019, p. 88.

C. Valenti, [La sfida del teatro in carcere](#), in *Rivista anarchica*, n. 342, marzo 2009.

L. Volpini, T.Frazzetto, *La criminalità minorile*, Maggioli Editore, 2013, pp. 26 ss..

R.Von Jhering, *Lo scopo del diritto*, ed. it. a cura di M.G. Losano, Einaudi, 1972, p. 269.

E. Zappalà, *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli Editore, 2015, p.247.

Riflessione

— La consapevolezza della complessità non deve spingerci al nichilismo

Awareness of complexity must not promote us to nihilism

di Francesco Provinciali

Abstract. La pluralità e la sovrabbondanza di dati, notizie e informazioni di cui disponiamo dovrebbe impegnarci in una sorta di selezione per promuovere la condizione umana e la dimensione sociale delle sue relazioni: il tema sotteso è quello dell'etica della responsabilità che spesso soccombe ai sensazionalismi, ai casting improvvisati e alla circolazione delle fake news che finiscono per assecondare interessi commerciali e privati, piuttosto che la promozione del bene comune all'insegna del vero e del giusto.

Abstract. The plurality and superabundance of data, news and information at our disposal should engage us in a sort of selection to promote the human condition and the social dimension of its relationships: the underlying theme is that of the ethics of responsibility that often succumbs to sensationalism, to improvised castings and the circulation of fake news that end up favoring commercial and private interests, rather than the promotion of the common good in the name of truth and justice.

In un brillante saggio pubblicato dal *Corriere della sera* in data 1 settembre u.s. con l'intrigante titolo "[Imparare a vivere – Un'epoca in bilico tra lumi e oscurantismo](#)" il Prof. William John Morgan, Emerito alle Università di Cardiff e di Nottingham, traccia una rapida e vigorosa sintesi delle contraddizioni e delle potenzialità del nostro tempo, sotto vari profili di considerazione: colpisce la sua capacità di inquadrare in un efficace fermo-immagine una serie di tematiche di incalzante attualità e lo fa occupando lo spazio di una mezza pagina di giornale, partendo da una «colossale monografia» di Michael Grant – "I

gladiatori” – scritta 50 anni fa¹, grazie anche all’impeccabile traduzione a cura dello Studio Annita Brindani (Busseto- Parma).

Nel vasto mondo romano, questo è il contesto storico considerato nell’*incipit*, «milioni di persone si sentivano inette, ignorate, trascurate, smarrite e soprattutto annoiate»²: la metafora del “*panem et circenses*” di Giovenale³ era la risposta della classe dirigente a questa alienazione di massa. Morgan ritrova questa condizione – a un tempo – di alienazione e di insoddisfazione nelle efferatezze perpetrate dall’umanità nei secoli successivi, fino al nostro tempo. Evidenziando peraltro come si viva oggi in un mondo che offre straordinarie opportunità di conoscenze e dotazione di mezzi per cercare un sostenibile equilibrio esistenziale. Impossibile che sia sfuggito al Prof. Morgan il coacervo di problematicità latenti, vissute ed emergenti, non è immaginabile che nel suo ragionamento non tenga conto ad esempio della crisi climatica e delle conseguenze che ne possono derivare, certamente conosce il recente Rapporto ONU COP/26⁴ dalle previsioni catastrofiche, impossibile inoltre che non abbia cognizione del dramma planetario della pandemia, delle questioni demografiche e degli esodi biblici, della fame del terzo mondo, del dramma dell’Afghanistan, dei conflitti culturali e dei fondamentalismi. Egli è uomo del nostro tempo e non si sottrae ai suoi dilemmi, anzi li fa emergere allo scopo di evidenziarne le contraddizioni.

La più evidente consiste proprio nella sostanziale incapacità di governare il cambiamento: il riferimento non riguarda tanto l’impresa tecnica o le potenzialità del *web* in senso strumentale quanto piuttosto l’assenza di controllo e di dominio dei flussi informativi, comunicativi e relazionali.

Il fatto che la nostra vita non possa più prescindere dall’universo semantico e simbolico di internet e del *web* crea una distonia tra reale e virtuale che ci disorienta: siamo immersi in pieno nell’opposto concettuale riassunto dalla descrizione del villaggio di Macondo da Gabriel Garcia Marquez⁵, dove le cose erano così nuove che non avevano un nome e per definirle bisognava indicarle con il dito.

La pluralità e la sovrabbondanza di dati, notizie e informazioni di cui disponiamo dovrebbe impegnarci in una sorta di selezione per promuovere la condizione umana e la dimensione sociale delle sue relazioni: il tema sotteso è quello dell’etica della responsabilità che spesso soccombe ai sensazionalismi, ai *casting* improvvisati e alla circolazione delle *fake news* che finiscono per assecondare interessi commerciali e privati, piuttosto che la promozione del bene comune all’insegna del vero e del giusto.

Di questa condizione sono state date definizioni suggestive che la descrivono ma non la spiegano, dallo spaesamento, alla liquidità debordante, dal villaggio globale al grande fratello, definizioni cioè che afferiscono alle contraddizioni esistenziali di questo tempo, tra etica ed estetica, soggettività e bene comune, tradizione e progresso, apparenza e realtà, empirismo e utopia.

¹ M. Grant, *Gladiators*, Penguin Books, 1971, p. 107.

² *Ibidem*.

³ *Satire*, 10, 70, 81, in C.M von Weber, *Panem et circenses*, Garzanti, 1989, p. 84.

⁴ IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change) Working Group I (WGI), *Sixth Assessment Report*, 2021.

⁵ G.G. Marquez, *Cent’anni di solitudine*, Mondadori, 2017.

La destrutturazione e la polverizzazione delle dinamiche conoscitive e dei flussi informativi sono uno degli aspetti che la cultura del web sta introducendo nei meccanismi relazionali: ciò si riscontra osservando come le idee radicate nella storia e tramandate dalla tradizione siano state a poco a poco sostituite dalle opinioni soggettive.

«Viviamo una situazione paradossale, bombardati da frasi a effetto in cui tutti urlano la propria verità mettendo a tacere anche le opinioni più autorevoli, abbandonando ogni discorso basato su evidenze ed argomentazioni motivate»⁶.

Uno stallo di relativismo che si fa assoluto, l'epifenomeno di una umanità a poco a poco deprivata degli archetipi per far posto ad improbabili verità soggettive, una democrazia-pozzanghera dell'impantanamento ossessivo e compulsivo dell'uno vale uno, a prescindere dai vincoli oggettivi della sua strutturazione e dell'esercizio di un potere di gestione riconosciuto e legittimato.

Neppure Max Weber aveva accettato questa idea di democrazia acefala, deprivata dai concetti di responsabilità, competenza ad autorità, basti leggere le sue lezioni raccolte ne *Il lavoro intellettuale come professione*⁷.

Partecipazione democratica non è obbedienza ad un dogma di iniziazione calato dall'alto.

L'input del Prof. Morgan apre ad approfondimenti che si rivelano necessari per restituire un riorientamento ed una direzione di senso al lavoro intellettuale, al fine di sottrarre la realtà e l'ordine delle cose al limbo dell'indeterminato.

Il nichilismo del XXI secolo non assomiglia neanche un poco a quella filosofia di pensiero che lo aveva generato agli inizi del '900: oggi il nichilismo 4.0 è sostanzialmente assenza, destrutturazione, immobilismo, miscredenza, una miscela paralizzante e negazionista agita anche sotto forma di violenza simbolica, come ribellione dell'io. Di quell'io che sta compiendo un lungo periodo di sgretolamento e di lisi verso la dissoluzione identitaria: la stessa umanità si fa debole e annichilita, il tempo si accorcia, per questo manca una visione credibile del futuro, annientata proprio dal proliferare di una micro progettualità autoreferenziale e di breve deriva. Un nichilismo – lo vediamo crescere – che si fa negazionismo senza alternative, ove non si considerino la preclusione alla scienza, la minusvalenza della vita o la coreografica rappresentazione plastica di quel terrapiattismo perennemente alla ricerca di evidenze dimostrabili tanto da far opera di proselitismo in ogni target sociale: un passatempo, dunque, inconcludente e surrettizio, un riempitivo evanescente del nulla.

Morgan descrive un'iconografia della realtà che oscilla tra oscurantismo e neo-umanesimo: di più, invoca il ritorno alla ragione e alla ragionevolezza, non senza ammettere che un neo illuminismo nella società irreversibilmente globale difficilmente riuscirebbe a trovare spazio.

⁶ W.J. Morgan, *Imparare a vivere*, cit., p. 40.

⁷ M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, tr. it. di A. Giolitti, Einaudi, 1966.

Tuttavia la necessità irrinunciabile di trovare ipotesi condivise ed utili alla soluzione di problemi comuni spinge il Prof. Morgan a cercare alternative e capacità in altri ambiti: «se vogliamo rinnovare e rafforzare tali capacità occorreranno delle qualità non cognitive per poter valutare gli strumenti scientifici cognitivi attuali e futuri»⁸, come il dialogo, il lavoro di squadra, la valutazione e – sostengo io – il controllo come valore aggiunto a valenza “promozionale”.

Spiega conclusivamente William John Morgan:

«si tratta di una visione umanistica del concetto di educazione e sviluppo, fondato su principi quali il rispetto della vita in tutte le sue fasi, la dignità umana, la parità dei diritti, la giustizia sociale, la diversità culturale, la solidarietà internazionale e la responsabilità condivisa per un futuro sostenibile»⁹.

«*Vaste programme*», direbbe De Gaulle.

Ed è vero: il programma è vasto e impegnativo ma giunti a questo punto, in cui si discute dei destini del pianeta e dell’umanità, in cui il futuro si può fare improvvisamente breve e imperscrutabile, è necessario che ciascuno avverta e assuma il dovere di fare la propria parte.

L’imperativo è morale, non retorico e va assolto a cominciare da una politica che deve trovare altre categorie connotative oltre il vincolo ideologico e il posizionamento parlamentare.

La saturazione demografica del pianeta, le ciclicità pandemiche e l’emergenza climatica sono buone ragioni per cambiare marcia e registro, *hic et nunc*.

⁸ W.J. Morgan, *Imparare a vivere*, cit., p. 40.

⁹ *Idem*, p. 41.



DIRITTO PENALE
E UOMO

Criminal Law and Human Condition

www.dirittopenaleuomo.org

redazione@dirittopenaleuomo.org