





CRISTIANA VALENTINI

MOTIVAZIONE DELLA PRONUNCIA  
E CONTROLLI SUL GIUDIZIO  
PER LE MISURE DI PREVENZIONE



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2008

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA



*Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl*

ISBN 978-88-13-xxxxx-x

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

*Stampato in Italia - Printed in Italy*

---

Stampato da CLEUP sc - Padova

# INDICE-SOMMARIO

## CAPITOLO I

### L'INEFFETTIVITÀ DELLA VERIFICA

1. Il ricorso “per violazione di legge” .....p. 1
2. Intervento della Corte costituzionale .....p. 3
3. Evoluzioni.....p. 10
4. Snodi critici dell’esegesi attuale .....p. 13
5. Ipotesi di lavoro: configurabilità di un reale controllo ....p. 26

## CAPITOLO II

### LA PRONUNCIA DI PREVENZIONE COME ATTO POTESTATIVO

1. Le fattispecie preventive.....p. 31
2. L’intervento giudiziario di prevenzione e l’atto amministrativo .....p. 38
3. Il provvedimento discrezionale .....p. 46
4. Il decreto di prevenzione quasi atto del giudice/amministratore .....p. 54

CAPITOLO III  
L'INDAGINE DI MERITO

1. I limiti del potere discrezionale nel provvedimento amministrativo: adeguatezza istruttoria e motivazione completa .....p. 59
2. Le fonti di prova. ....p. 69
3. I fatti indice di pericolosità .....p. 73
4. (*segue*). Accertamento e confisca .....p. 79
5. Processo penale e giudizio di prevenzione (argomenti sul sospetto) .....p. 84

CAPITOLO IV  
IL CONTROLLO POSSIBILE

1. La motivazione del decreto.....p. 91
2. Discrezionalità e arbitrio .....p. 97
3. Il controllo sull'*error in procedendo* nell'istruzione probatoria.....p. 102
4. Il vizio di motivazione.....p. 108
5. La verifica sull'*error in iudicando*: il difetto di sussunzione e la "fattispecie preventiva" .....p. 112
6. Un'esegesi costituzionalmente orientata .....p. 123

## CAPITOLO I

### L'INEFFETTIVITÀ DELLA VERIFICA

SOMMARIO: 1. Il ricorso “per violazione di legge”. - 2. Intervento della Corte costituzionale. - 3. Evoluzioni - 4. Snodi critici dell’esegesi attuale. - 5. Ipotesi di lavoro: configurabilità di un reale controllo.

#### 1. IL RICORSO “PER VIOLAZIONE DI LEGGE”.

È stato limpidamente detto che «repressione e prevenzione –e, in qualche misura, anche esecuzione– tendono a condizionarsi reciprocamente, a sovrapporsi e a intrecciarsi, creando zone grigie, che sempre più si colorano di prevenzione ..... si tratta di un fenomeno in espansione che richiederà di essere meglio studiato. La prevenzione si fonda, peraltro, sui due parametri della pericolosità e del sospetto, entrambi incompatibili con il principio di stretta legalità: essa è il regno delle valutazioni opinabili e incontrollabili: anche il controllo del pubblico ministero, o del giudice, nei casi in cui pure sono previsti, riescono necessariamente generici, se generici e indefiniti sono i parametri con i quali essi si devono confrontare»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Così KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e «diritto penale del nemico»*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1. Nel prosieguo si legge che «È una tentazione forte e ricorrente rispetto ai delitti politici, anche perché, dei due momenti, quello della repressione e quello della prevenzione, è sicuramente il secondo a riuscire più incisivo per la tutela dello Stato e dei cittadini: se la repressione si volge ai fatti del passato, la prevenzione guarda a quelli del futuro; obiettivo della prevenzione è sventare l’attacco terroristico; scopo della repressione è (soltanto) individuare e condannare coloro che l’hanno già realizzato. Ciò significa che il terreno elettivo per una azione di «lotta», di «contrasto» è soprattutto quello della prevenzione; o quello della repressione nel momento in cui essa venga a confondersi con la prevenzione o ne assuma su di sé certe funzioni: come nel caso in cui, proponendosi il reato associativo quale *continuum* criminoso, che inizia nel passato, ma che si proietta nel futuro, la fase investigativa possa diventare un’occasione per conoscere da autori noti reati ignoti e specialmente progetti criminali ancora non realizzati».

Con efficace sintesi il pensiero mette in luce uno dei problemi fondamentali del processo di prevenzione, costretto ad un confronto costante, nell'arco intero delle sue fasi, con fattispecie sostanziali a dir poco evanescenti.

Siffatta caratteristica delle fattispecie oggetto del processo di prevenzione incide pesantemente sull'acquisizione e valutazione degli elementi conoscitivi, influenzando gli esatti limiti del *thema probandum* e producendo un ampliamento quasi incontenibile del materiale conoscitivo suscettibile di essere qualificato come "rilevante"; tutto ciò tende a sfumare lo spazio della valutazione giudiziale, trasformando il libero convincimento in momento di supremazia incontrollabile<sup>2</sup>.

È certamente scontato –persino in questo punto meramente iniziale dell'analisi- il rilievo che gli incerti confini della fattispecie sostanziale proiettano effetti anche sul terreno del controllo affidato al giudice di legittimità.

Avverso il decreto della Corte d'appello è ammesso ricorso in cassazione entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento; le modalità di presentazione dell'atto impugnativo sono quelle previste dalle regole generali in materia di impugnazione dagli artt. 582 e 583 c.p.p.<sup>3</sup>.

A termini dell'art. 4, 11° comma, L. n. 1423 del 1956, legittimati al ricorso sono il pubblico ministero, l'interessato e il suo difensore e, secondo la stessa disposizione, il ricorso è ammesso <<per violazione di legge>>.

Un vasto panorama di pronunzie della Suprema Corte induce subito alla certezza che dal tenore testuale dell'art. 4, 11° comma, il giudice di legittimità trae la legittimazione normativa ad interpretare il proprio ruolo di controllo in *self-restraint*, escludendo dall'ambito delle censure deducibili il vizio di motivazione, nelle *species* di cui all'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p.

La massima –costantemente riprodotta- è, in effetti, che <<nel procedimento di prevenzione il ricorso per Cassazione è ammesso soltanto per violazione di legge in forza della generale disposizione dell'articolo 4, comma 11, della legge n. 1423 del 1956, applicabile anche nei casi di pericolosità qualificata di cui alla legge n. 575 del 1965. Ne

---

<sup>2</sup> Si riproduce con ciò la forte espressione di MONTELEONE, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 123.

<sup>3</sup> Così, condivisibilmente, FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure "antimafia" tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Padova, 2002, p. 579.



consegue che non è deducibile il vizio di motivazione, a meno che questa non sia del tutto carente, o presenti difetti tali da renderla meramente apparente e in realtà inesistente, traducendosi perciò in violazione di legge per mancata osservanza, da parte del giudice di merito, dell'obbligo, sancito dal comma 9 del citato articolo 4, di provvedere con decreto motivato>><sup>4</sup>.

Il diverso avviso di numerose voci<sup>5</sup> risulta fondato sostanzialmente sull'idea che <<la limitazione del ricorso in cassazione operata da una parte della giurisprudenza non ha senso, dal momento che, se si tratta di un ricorso per cassazione, deve trovare applicazione la disciplina di questo mezzo d'impugnazione>><sup>6</sup>.

Vale la pena di approfondire l'analisi, al fine di valutare la sostenibilità dell'orientamento giurisprudenziale dominante, come pure del contrario assunto della dottrina maggioritaria.

## 2. INTERVENTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Al giudizio di prevenzione risulta applicabile, a termini dell'art. 4, 6° comma, L. n. 1423 del 1956, la disciplina del procedimento di esecuzione di cui all'art. 666 c.p.p.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> In questo senso, sulla scia di una lunga serie di precedenti, peraltro puntualmente citati in motivazione, v. le recentissime Cass., Sez. I, 29 febbraio 2008 (C.C. 07-02-2008), n. 9216; Id., Sez. I, 13 marzo 2008 (C.C. 26-02-2008), n. 11279; Id., Sez. VI, 30 aprile 2008 (C.C.10-04-2008), n. 17633; Sez. II, 30 aprile 2008 (C.C.15-04-2008), n. 17604.

<sup>5</sup> Così FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 581; e v. pure, in pari sensi, GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Aspetti sostanziali e processuali*, Padova, ed. 2004, p. 237; MARGARITELLI, *Le impugnazioni nel procedimento di prevenzione*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da GAITO, II, Torino, 1998, p. 1185. In senso contrario, peraltro, v. VANNI, *Non ricorribile per vizio di motivazione il decreto che applica una misura preventiva*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 231, la cui valutazione, in termini d'inammissibilità del ricorso per vizio di motivazione, si fonda sull'idea che sarebbe proprio la peculiarità delle misure di prevenzione –ovvero la peculiarità delle fattispecie- a far sì che un eventuale vaglio sulla motivazione costringerebbe inesorabilmente il Giudice di legittimità ad una <<opzione di merito circa la scelta dei dati e la loro inferenza>>.

<sup>6</sup> Esattamente in questi termini FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 581.

<sup>7</sup> Così FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 289; MILETTO, voce *Misure di prevenzione (profili processuali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 127; MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 566.

Più nel dettaglio, l'art. 4, 6° comma, prevede l'applicazione al processo di prevenzione degli artt. 636 e 637 c.p.p. 1930, dedicati alle misure di sicurezza.

Ai sensi, poi, dell'art. 208 disp. coord. c.p.p. <<quando nelle leggi o nei decreti sono richiamati istituti o disposizioni del codice abrogato, il richiamo si intende riferito agli istituti o alle disposizioni del codice che disciplinano la corrispondente materia>> ovvero, nel caso specifico, all'art. 678 c.p.p., il quale regola il procedimento in materia di applicazione delle misure di sicurezza tramite rinvio, appunto, al procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 666 c.p.p.

Premesso, dunque, che il richiamo dell'art. 4, 6° comma, L. 1423 del 1956 dev'essere inteso quale rimando alle regole del procedimento d'esecuzione e che, comunque, la medesima disposizione contiene un limite consueto all'applicabilità della disciplina evocata, tramite la formula dell' "in quanto applicabile", è possibile dire che il primissimo esito di una ricognizione puramente testuale induce a pensare che i limiti del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza emessa al termine del procedimento di cui all'art. 666 c.p.p. coincidano con quelli regolati dall'art. 606 c.p.p.

Il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti del giudice dell'esecuzione non subisce limitazioni di sorta e anche laddove si osserva che esso è ammissibile per "motivi di legittimità", trattasi di mera deduzione, originata dal fatto che alla cognizione dell'organo che decide *in executivis* appartengono, nella maggior parte dei casi, questioni di diritto<sup>8</sup>.

D'altro canto, nel codice di procedura penale la formula che ammette il ricorso esclusivamente per <<violazione di legge>> risulta adoperata in ipotesi tassative, come quella contemplata dall'art. 311, 2° comma, c.p.p., con riferimento al ricorso *per saltum* avverso le misure cautelari personali.

A tal proposito, una giurisprudenza costante chiarisce come il ricorso immediato in cassazione sia consentito solo per violazione di legge e la scelta di tale mezzo non consente di dedurre il vizio di motivazione, a meno che questa non sia del tutto carente o presenti difetti tali da renderla meramente apparente e in realtà inesistente, sì da tra-

---

<sup>8</sup> CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 238; PRESUTTI, *Procedure in camera di consiglio e regime del ricorso per cassazione (anche, ma non solo, in sede esecutiva)*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3476; RETICO, *Sulla motivazione dei provvedimenti diversi dalla sentenza dibattimentale*, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 215.

dursi in violazione dell'art. 125, 3° comma, c.p.p.<sup>9</sup>; limite ovvio, in realtà, posto che il ricorso *per saltum* implica l'elisione di un grado di giudizio quale scelta dell'impugnante ed esige, dunque, che la censura non si rivolga avverso difetti emendabili da un secondo giudice del merito, evocato in funzione di controllo<sup>10</sup>.

Dunque, all'interno del codice di procedura penale vigente non sono effettivamente riscontrabili limitazioni al novero dei vizi da denunciare innanzi alla Suprema Corte di Cassazione, equivalenti a quella derivante dalla lettera dell'art. 4, 11° comma, L. 1423 del 1956.

L'assenza di restrizioni analoghe, nel contesto del procedimento penale, rende doveroso rilevare come la questione esegetica che si va esaminando sia stata sottoposta al vaglio della Consulta<sup>11</sup>.

A seguito di ricorso avverso decreto della Corte d'appello palermitana, la Corte di cassazione<sup>12</sup> aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, 11° comma, della L. n. 1423 del 1956, nella parte in cui, limitando alla sola violazione di legge il ricorso contro il decreto della Corte d'appello in materia di misure di prevenzione, esclude la ricorribilità in cassazione per vizio di illogicità manifesta della motivazione, ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lettera e), del codice di procedura penale.

Le argomentazioni del giudice rimettente meritano compiuta disamina: nell'ordinanza sopra citata si legge anzitutto tra le righe come l'esigenza del controllo di costituzionalità dell'art. 4, 11° comma, L. n. 1423 del 1956 fosse insorta dal rilievo di un tangibile difetto motivazionale del decreto impugnato; utile rilevare pure come sempre la Suprema Corte sottolinei che, «<benché nei motivi di ricorso e nei motivi aggiunti la difesa non abbia mai fatto riferimento al vizio di manifesta illogicità della motivazione di cui all'art. 606, comma 1, lettera e), cod. proc. pen., la maggior parte delle censure mosse contro il provvedimento impugnato attiene alla congruenza logica del discorso giustificativo della decisione impugnata e all'«adeguatezza logica» del ragionamento seguito dalla Corte d'appello nella valutazione degli indizi...>>».

---

<sup>9</sup> Tra le tante v. Cass., Sez. I, 14 aprile 2004, B., in *Guida dir.*, 2004, f. 27, p. 64.

<sup>10</sup> Ovvietà della limitazione autorevolmente evidenziata, con riferimento all'art. 569 c.p.p., da CORDERO, *Procedura penale*, Milano, ed. 2001, p. 1127.

<sup>11</sup> Corte cost., sentenza n. 321 del 2004 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>12</sup> Cass., Sez. I, 24 ottobre 2003, Guttadauro, iscritta al n. 158 del registro ordinanze 2004 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 12, prima serie speciale, dell'anno 2004.

Ciò premesso, la Corte rimettente nota come se vero che nel processo di prevenzione la giurisprudenza di legittimità giudica non deducibile il vizio di manifesta illogicità della motivazione, ma solo quello di mancanza di motivazione -intesa, peraltro, come violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato imposto al giudice di appello dall'art. 4, 10° comma, L. n. 1423 del 1956- resta altrettanto vero che alla mancanza di motivazione dev'essere equiparata l'ipotesi in cui la motivazione risulti del tutto priva dei requisiti minimi di coerenza, di completezza e di logicità, al punto da risultare meramente apparente, o sia assolutamente inidonea a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice.

Puntualmente il collegio rimettente aggiunge <<di non ignorare che nella dottrina processualpenalistica prevale l'opinione favorevole ad inquadrare nella violazione di legge tutti i vizi della motivazione, ivi compresa l'illogicità manifesta, ma ritiene che tale interpretazione, oltre a non essere sorretta da argomenti convincenti e adeguatamente sviluppati, sia contraddetta da elementi di inequivoca valenza logica e sistematica, desumibili dalla peculiare configurazione che i vizi logici della motivazione hanno ricevuto nel codice del 1988>>.

Con i passaggi sopra evidenziati, la Corte di cassazione ottempera all'obbligo di dimostrare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale sollevata nel processo in corso e la stabilità dell'esegesi del testo normativo "sospetto".

Quanto alla fondatezza, il giudice rimettente pone correttamente in evidenza come, nonostante i connotati, indiscutibilmente peculiari, del procedimento di prevenzione, esso risulta ormai <<pervenuto ad una compiuta giurisdizionalizzazione e ad una piena assimilazione al processo ordinario di cognizione, essendo caratterizzato, al pari di quest'ultimo, dai principi coesenziali al giusto processo, identificati dal novellato art. 111 Cost. nella presenza di un giudice terzo e imparziale e nel contraddittorio delle parti in posizione di parità>>; d'altro canto -rileva ancora la Corte- il procedimento di prevenzione conduce all'applicazione potenziale di misure indiscutibilmente limitative della libertà personale; donde, conclusivamente, secondo la Corte, la necessità che sia assicurato, anche nel processo di prevenzione, un <<controllo effettivo e reale>> di decisioni *de facto* limitative della libertà dell'individuo.

Ad aggravare il sospetto d'illegittimità costituzionale della disposizione censurata si porrebbero, ancora, secondo la S.C., un confronto "storico" ed uno con istituti affini.

Anzitutto, vigente il codice di rito del 1930, i vizi logici della motivazione non sfuggivano al sindacato della Cassazione, risultando inclusi tra le cause di nullità della sentenza e, dunque, tra i vizi *in procedendo*, di talchè il testo dell'art. 4, 11° comma, L. n. 1423 del 1956 non impediva il controllo della Suprema Corte sulla tenuta logica del decreto di prevenzione<sup>13</sup>.

Per questo verso, la nuova “divisa” del ricorso in cassazione, di cui all'art. 606 c.p.p. vigente, avrebbe segnato un arretramento del livello di tutela offerto dal ricorso per cassazione, in contrasto con l'*iter* di progressiva giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo delle misure preventive, determinando l' «irragionevolezza sopravvenuta» della disciplina censurata.

D'altro canto, siffatta disciplina sarebbe irragionevolmente diversa e deteriore rispetto a quella dettata per l'impugnazione dei provvedimenti applicativi delle misure di sicurezza: nel nuovo codice, infatti, il ricorso per cassazione per le misure di sicurezza è esteso all'illogicità manifesta della motivazione alla stregua degli artt. 666 e 678 cod. proc. pen., ed è escluso invece, senza alcuna plausibile giustificazione, in tema di misure di prevenzione.

Identicamente irragionevole sarebbe poi la disparità di trattamento risultante dal confronto fra la disciplina dettata per le misure di prevenzione e quella predisposta per le misure, anch'esse definite preventive, disciplinate dall'art. 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, in relazione a condotte violente poste in essere in occasione di manifestazioni sportive, posto che il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di convalida dei provvedimenti applicativi di tali misure risulta consentito anche per difetti logici della motivazione del provvedimento impugnato<sup>14</sup>.

A fronte della variegatazza dei profili esaminati e della puntualità dei rilievi offerti all'attenzione del Giudice delle leggi, la risposta appare secca in modo sconcertante<sup>15</sup>: le censure non sarebbero fondate e

---

<sup>13</sup> V. *infra* par. 3.

<sup>14</sup> Sulla natura delle misure di cui all'art. 6 L. n. 401 del 1989 v. Cass., S.U., 27 ottobre 2004, n. 44273, Labbia; per tutte, a titolo esemplificativo del tipo di controllo effettuato dalla Cassazione con riferimento alle misure in parola v. Id., Sez. III, 09 maggio 2008, n. 18906.

<sup>15</sup> Peralto, una recente e puntuale analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di misure di prevenzione rileva come, negli ultimi anni, le pronunzie della Consulta siano frequentemente secche ed estremamente poche di argomentazioni di sostegno. Così DOLSO, *Misure di prevenzione e costituzione*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di FIORENTIN, Torino, 2006, pp. 1 e ss.

il risultato perseguito dal rimettente non potrebbe essere ritenuto costituzionalmente obbligato per molteplici ragioni.

Anzitutto, rileva il Giudice costituzionale, come le discipline proposte quale *tertium comparationis* sarebbero impropriamente richiamate: il confronto sarebbe stato effettuato <<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>>.

Ma non solo: evocando un noto *refrain*, spesso adoperato dalla Corte costituzionale a respingere senza eccessivo approfondimento la questione proposta, si soggiunge come sia <<giurisprudenza costante di questa Corte che le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione (v., tra molte ordinanze, n. 352 e n. 132 del 2003). Di conseguenza non può ritenersi lesivo dei parametri evocati che i vizi della motivazione siano variamente considerati a seconda del tipo di decisione a cui ineriscono>><sup>16</sup>.

Dato il tenore poco impegnativo delle argomentazioni spese, non stupisce che la decisione in parola sia passata quasi intonsa all'osservatorio dottrinale<sup>17</sup> e che la sua unica utilità residua sembra

---

<sup>16</sup> Al di là dell'indiscutibile genericità dell'affermazione –palesamente finalizzata ad un celere disbrigo della *quaestio* sollevata- val la pena di rilevare quanto mutevoli siano gli intendimenti della Corte con un semplice paragone. Si leggano, per esempio, alcuni passaggi della recente sentenza n. 136 del 2008, dove, a proposito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 157, comma 8 *bis*, c.p.p., si legge: <<quanto alla richiesta del giudice rimettente di estrapolare la notifica del decreto di citazione a giudizio dagli altri atti del processo e di dichiarare inapplicabile solo a questa l'art. 157, comma 8-*bis*, cod. proc. pen., a causa della sua particolare importanza, si deve osservare che risulta priva di fondamento la pretesa di distinguere gli atti del procedimento, quanto alla necessità della loro effettiva conoscenza da parte dell'imputato, poiché *l'esercizio del diritto di difesa non è graduabile e deve ugualmente esplicarsi per tutto il corso del procedimento stesso*. Tanto meno una simile graduazione potrebbe essere compiuta da questa Corte>>.

<sup>17</sup> In senso radicalmente critico v. le brevi note di MOLINARI, *Le misure di prevenzione ed il diritto di difesa in Cassazione dimezzato*, in *Cass. pen.*, 2005, n. 151; in senso, invece, favorevole alla sentenza di Corte cost. n. 321 del 2004 v. TALLINI, *Misure di prevenzione, cercansi garanzie*, in *Dir. giust.*, 2005, p. 113.

essere, allo stato, quella di fornire avallo alle decisioni con cui la cassazione respinge i ricorsi proposti per difetto motivazionale<sup>18</sup>.

In effetti, si noti: che il processo finalizzato all'applicazione delle misure di sicurezza non possa essere adoperato come *tertium comparationis* rispetto al procedimento di prevenzione, è assunto smentito già dal mero rilievo del fatto che l'art. 4, 6° comma, statuiva l'applicazione al processo di prevenzione degli artt. 636 e 637 c.p.p. 1930, dedicati alle misure di sicurezza; riferimento "girato", poi, attraverso la mediazione esegetica dell'art. 208 disp. coord. c.p.p., all'istituto che all'interno del vigente codice disciplina la corrispondente materia, ovvero, nel caso specifico, proprio al procedimento in materia di applicazione delle misure di sicurezza.

In altri termini e in breve: lungi dall'essere non comparabili, i due procedimenti sono *assolutamente sovrapponibili a causa di un rinvio normativo esplicito dell'uno all'altro*.

D'altro canto, che tra misure di sicurezza e misure di prevenzione vi sia assonanza anche dal punto di vista della disciplina sostanziale, è assunto non solo autorevolmente sostenuto, ma anche enunciato in termini di ovvietà concettuale<sup>19</sup>, trattandosi nell'un caso di prevenzione *post delictum*, nell'altro di prevenzione *ante o praeter delictum*, realizzate, in entrambe le ipotesi, sulla base dell'accertamento di uno stato complessivamente definito come "pericolosità sociale".

Ma si noti ancora: se sul paragone tra misure di sicurezza e di prevenzione, la Consulta asserisce senza motivare, dell'ulteriore confronto proposto dal giudice rimettente, la Corte non parla proprio; con elegante elusione evita *tout court* di valutare la disparità di trattamento esistente (e puntualmente evocata dalla Cassazione) tra disciplina del procedimento di prevenzione e disciplina predisposta per le misure, anch'esse definite preventive, di cui all'art. 6 della legge 13 dicembre

---

<sup>18</sup> V. ad esempio la già citata Cass., Sez. VI, 30 aprile 2008, n. 17533, in motivazione: <<Il sindacato della Corte di cassazione sui provvedimenti applicativi di misure di prevenzione è limitato al solo vizio di violazione di legge (L. 27 dicembre 1956, n. 1423, art. 4, penultimo comma) e non si estende alle carenze, contraddittorietà o illogicità della motivazione. Tale limitazione è sempre stata riconosciuta invalicabile da questa Corte di cassazione (tra le più recenti, v. Cass., Sez. VI, 08 marzo 2007, n. 35044), e la Corte costituzionale ha ribadito che il regime delle impugnazioni nella materia è conforme alla Costituzione con sentenza n. 321 del 2004, regime del quale la Consulta ha valutato la ragionevolezza in ragione della peculiarità del sistema delle misure in argomento sia nei suoi aspetti sostanziali sia in quelli procedurali di applicazione>>.

<sup>19</sup> Per tutti v. MANTOVANI, *Diritto penale*, ed. 2001, Padova, p. 903.

1989, n. 401, in relazione alle condotte violente poste in essere in occasione di manifestazioni sportive: e, in effetti, sarebbe stato piuttosto difficile qui evitare la constatazione di un'irragionevole disparità di trattamento, già iscritta nella costante definizione dottrinale e giurisprudenziale della natura preventiva di quelle misure<sup>20</sup>.

Risulta più grave che la Corte costituzionale taccia completamente su di un rilievo meno suggestivo dei precedenti, ma certamente anche più fondato e sostanziale, quello, cioè, attinente all' <<arretramento di tutela>> indirettamente provocato al processo di prevenzione dal vigente codice di procedura penale e, in particolare, dalla nuova disciplina dei casi di ricorso per cassazione.

È esattamente su questo profilo che conviene intrattenersi con maggior attenzione.

### 3. EVOLUZIONI.

Si è visto come l'art. 4, 11° comma, consenta il ricorso in cassazione avverso il decreto emesso dalla Corte d'appello per motivi configuranti "violazione di legge".

In effetti, la formula in parola è assolutamente ovvia in considerazione dell'epoca d'emanazione della legge che la contiene.

Con abituale semplicità espressiva si scriveva anni fa: <<i> motivi per i quali può proporsi ricorso per cassazione possono sinteticamente raggrupparsi in *un solo genere*: la violazione di legge>><sup>21</sup>; nel prosieguo dell' analisi si spiegava poi come, a causa delle finalità istituzionali della Corte, essa potesse valutare l'eventuale ingiustizia della sentenza, provocata dall' insufficienza o dalla mancanza di prove sull' ipotesi storica o dalla fallace valutazione del materiale probatorio raccolto, solo ed esclusivamente in via mediata e cioè qualora detti vizi <<si traducono in un vizio di forma che importi la nullità del provvedimento impugnato e cioè se essi si siano manifestati anche come omissione di attività processuali condizionanti la validità del provvedimento impugnato o come carenza dei requisiti formali essenziali per il

---

<sup>20</sup> Cfr. MARZADURI e BRESCIANI, *Commento articolo per articolo, D. L. 22 dicembre 1994, n. 717 (violenza e manifestazioni sportive)*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 219. Si noti come sul punto taccia anche il commento di TALLINI, *Misure di prevenzione*, cit., p. 114.

<sup>21</sup> PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, II, Milano, 1965, p. 398.



provvedimento e, in particolare, quale difetto o contraddittorietà della motivazione<sup>22</sup>>>.

In altri termini, è ben noto<sup>23</sup> che nel codice del 1930 il vizio afferente all'apparato giustificativo della sentenza passava attraverso la violazione di legge processuale, ovvero della norma che statuiva come, a pena di nullità, la sentenza dovesse essere motivata.

Logicamente, dunque, in giurisprudenza non si dubitava in alcun modo del fatto che, essendo il ricorso avverso il decreto di prevenzione proponibile per "violazione di legge" ed essendo, poi, prevista, a pena di nullità, la motivazione del decreto emesso nel procedimento di prevenzione, tramite il ricorso disciplinato dall'art. 4, 11° comma, L. 1423 del 1956 potessero essere denunciate *tutte le variegate ipotesi di carenza motivazionale* elaborate da dottrina e giurisprudenza con riferimento alla sentenza emessa all'esito del processo penale<sup>24</sup>.

L'armonia tra codice di procedura penale e legge in materia di prevenzione dura, però, quanto il codice stesso: in ascolto delle voci che criticano la c.d. deriva della Suprema Corte verso un poco appropriato ruolo di giudice di terza istanza<sup>25</sup>, il legislatore del nuovo codice di procedura penale tenta l'eliminazione del problema<sup>26</sup> alla radice, riformando, in seno all'art. 606 c.p.p., il volto del ricorso per mancanza di motivazione.

---

<sup>22</sup> Così ancora PETRELLA, *Le impugnazioni*, cit., p. 399. Con riferimento esplicito al travisamento del fatto, inteso come difetto della motivazione tale da generare la nullità della sentenza impugnata a causa della fallacia del sillogismo giudiziale, v. FOSCHINI, *Il travisamento del fatto*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p. 666.

<sup>23</sup> Impossibile non rammentare qui la consueta ed efficace sintesi di CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2001, cit., p. 1120: «<dura a lungo l'idea che le premesse storiche sfuggano a questo sindacato, finché risulta smentita dal regime dei *vitia in procedendo*. È annullabile ogni sentenza che abbia violato regole a pena di nullità: ora, una esige decisioni motivate (art. 99<sup>1</sup> e 101 cod. 1913); l'art. 475, n. 3, cod. 1930 definisce nulla quella a cui manchi la motivazione o sia <<contraddittoria>>. Così la corte viene alla *quaestio facti* e non usurpa niente: annullando i prodotti sintatticamente malfermi, esercita una funzione necessaria al sistema>>».

<sup>24</sup> V. per esempio Cass., Sez. I, 27 febbraio 1989, Castrogiovanni, in *Cass. pen.*, 1990, p. 942.

<sup>25</sup> V., per tutti, AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, pp. 181 e ss.

<sup>26</sup> Che la forma epifanica del ricorso per cassazione avesse dato la stura ad una serie di problemi, sembra certo indiscutibile; efficace sintesi di questo profilo in RENON, *Spunti per una riconsiderazione del travisamento del fatto come motivo di ricorso in cassazione*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 552.

Reiterata negli anni, la critica si appunta immediatamente contro la novità, scolpendone i vizi d'origine in termini impossibili da confutare: <<volendo sentenze meno vulnerabili, i codificatori prevedono l'annullamento quando "manchi" o sia "manifestamente" illogica la motivazione, se consta dal "testo del provvedimento impugnato". Formula infelice e i relatori aggravano l'effetto postulando una quasi impossibile "effettiva omissione" (sentenze ridotte al puro dispositivo) o, almeno, lacune relative a "singoli momenti esplicativi", purchè "ineliminabili nel rapporto tra i temi"; non bastano mere insufficienze. Chiose incomprensibili: nella patologia del discorso, niente distingue i lacunosi dai troppo esili... Dove le motivazioni siano vagliate solo ab intra, essendo interdetto alla Corte l'accesso agli atti, diventa possibile ogni travisamento: non importa cos'abbiano narrato i testimoni e nemmeno se esistano, purchè il motivante li nomini, attribuendo a ciascuno un detto; idem quando tiri in ballo ricognizioni mai eseguite; ecco ridotto il terzo grado ad una fantasmagoria dove valgono anche pseudo-fatti processuali, mai accaduti, se l'estensore ne parla>><sup>27</sup>.

Insomma: l'aggancio normativo secco del controllo sulla motivazione al *vitium in procedendo* della sentenza nulla, aveva consentito alla Corte, sino al 1989, di verificare in buona sostanza la fedeltà della motivazione rispetto agli atti processuali<sup>28</sup>; al contrario, l'estrapolazione del difetto motivazionale dalla congerie degli errori

---

<sup>27</sup> Così la critica di CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2001, cit., p. 1122. Le voci di critica nei confronti dell'assetto del ricorso per cassazione, così come realizzato dall'art. 606 c.p.p. (in versione *ante* riforma operata con L. n. 46 del 2006) sono divenute, nel corso degli anni, molteplici. Per una ricostruzione del senso originario della riforma, si veda SPANGHER, *Suprema Corte di Cassazione (ricorso per)*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, p. 123. Aspra la posizione di FERRUA, *Il sindacato di legittimità sul vizio di motivazione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Studi sul processo penale*, Torino, 1990, p. 113. Sul punto, tra i tanti, v. pure BARGI, *Il ricorso per cassazione, Le impugnazioni penali*, a cura di GAITO, II, Torino, 1998, p. 449; CURTOTTI, *Il travisamento del fatto nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 3384; GIALUZ, *Limiti cognitivi del giudice di legittimità e sindacato sulla completezza della motivazione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2045; IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997, *passim*; LOZZI, *Carenza o manifesta illogicità della motivazione e sindacato del giudice di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 766; RENON, *L'omesso esame di prova come vizio della motivazione tra limiti normativi e deviazioni giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1251; ID., *Spunti per una riconsiderazione del travisamento del fatto come motivo di ricorso in cassazione*, cit., p. 552.

<sup>28</sup> IACOVIELLO, *La motivazione del giudice e il suo controllo in Cassazione*, cit., p. 305.

processuali ed il suo irrigidimento nelle spente forme dell'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p., inibisce per anni l'indispensabile verifica su quella che con un minimo di ironia si è indotti a chiamare corrispondenza tra processo e sentenza.

Con riforma operata nel contesto di una legge dedicata ad altro (L. n. 46 del 2006, mediaticamente nota come "Legge Pecorella"), il legislatore ha posto rimedio al mal fatto<sup>29</sup>, ammettendo nuovamente la Suprema Corte ad un tipo di vaglio certamente conforme al suo ruolo di "Giudice dei giudici"<sup>30</sup> e altresì ricomponendo la <<frattura tra sentenza e processo>><sup>31</sup>.

La breve sintesi appena effettuata rende evidente la fondatezza delle critiche addotte dal giudice rimettente nell'ordinanza decisa con sentenza costituzionale n. 321 del 2004: nel passaggio dal codice del 1930 a quello del 1989, la riforma del ricorso per cassazione ha prodotto un eclatante arretramento di tutela nel processo di prevenzione<sup>32</sup>; dopo il 1989, la formula "violazione di legge", di cui all'art. 4, 11° comma, L. n. 1423 del 1956 ha reso censurabili solo gli *errores in procedendo* e quelli *in iudicando*, escludendo completamente qualunque tipo di controllo (tangibile) sulla motivazione dei decreti applicativi di misure di prevenzione.

#### 4. SNODI CRITICI DELL'ESEGESI ATTUALE.

È chiaro come l'odierna veste del ricorso di prevenzione non fosse scelta voluta (né certamente prevista) da parte del legislatore del

---

<sup>29</sup> In dottrina, per l'opinione –nettamente maggioritaria– favorevole alla riforma dell'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p., cfr. per tutti IACOVIELLO, voce *Ricorso per cassazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, V, Milano, 2006, p. 5264 e SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio in Cassazione*, in *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, a cura di Gaito, Torino, 2007, p. 61.

<sup>30</sup> L'espressione –ormai divenuta d'uso comune, per designare la Corte di cassazione– è biblica, estratta dal Salmo n. 58, intitolato appunto "Il giudice dei giudici terrestri".

<sup>31</sup> Così IACOVIELLO, *Ricorso per cassazione*, cit., p. 5286.

<sup>32</sup> Si legge giustamente in GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 273: <<le difficoltà che l'interprete trova, ad ogni piè sospinto, allorché si muove all'interno del microsistema sin qui tratteggiato... sono considerevolmente accresciute se lo si riguarda sul versante processuale, specialmente in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale: il legislatore del 1989 ha infatti <<dimenticato>> con disinvoltura, finanche nelle disposizioni di coordinamento, l'esistenza di una regolamentazione previdente....>>.

1956, il quale –come si è visto- ne ha semplicemente agganciato la regolamentazione al procedimento applicativo delle misure di sicurezza e, per questo tramite, alla generale disciplina prevista all'epoca per il ricorso in cassazione nel procedimento penale.

In altre parole: la stessa formula della “violazione di legge” ha comportato sino al 1989 che la Suprema Corte fosse investita del controllo relativo alla fedeltà della motivazione agli atti del procedimento di prevenzione<sup>33</sup> e, dopo il 1989, che qualunque travisamento degli atti fosse destinato a rimanere indenne al controllo della Cassazione.

Vero questo –e non pare possibile dubitarne- diventa subito altrettanto vero che una siffatta disciplina non è da ascrivere alla discrezionale scelta di un legislatore libero di modulare le forme d'esercizio del diritto di difesa <<in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione>><sup>34</sup>; essa appare piuttosto la risultante di un difetto, o piuttosto omissione, di coordinamento normativo tra la L. n. 1423 del 1956 ed il nuovo codice di procedura penale.

Il difetto di coordinamento e lo stridente contrasto tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, appaiono ancora più eclatanti dopo la riforma dell'art. 606 c.p.p. operata con L. n. 46 del 2006.

E, in effetti, il ricorso per cassazione, quale esito del procedimento penale, è tornato ad una veste paragonabile a quella cristallizzata dall'evoluzione giurisprudenziale avvenuta in seno al codice del 1930<sup>35</sup>; la Suprema Corte ha riconquistato una possibilità d'accesso agli atti processuali commisurata all'avvedutezza dei ricorrenti; viceversa il ricorso di prevenzione resta inchiodato ai notevoli limiti sopra illustrati.

---

<sup>33</sup> Si veda, ad esempio, quanto rileva sul punto, sia pur fuggevolmente, SICLARI, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1973, p. 273.

<sup>34</sup> Così il Presidente Valerio Onida nella Relazione in occasione della conferenza stampa, intitolata *La giustizia costituzionale del 2004*, p. 81, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>35</sup> In termini analoghi FAMIGLIETTI, *Il controllo di legittimità sul travisamento del fatto e della prova: ritorno al passato con la "legge Pecorella"*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 878.

Si tratta, poi, di margini che il c.d. diritto dei giudici<sup>36</sup> ha reso ancor più ristretti di quanto sarebbe lecito arguire dal valore consolidato della formula “violazione di legge”.

Quando si legge, in effetti, che <<nel procedimento di prevenzione il ricorso per cassazione è ammesso solo per violazione di legge... ne consegue che, in sede di legittimità, non è deducibile il vizio di motivazione, a meno che questa non sia del tutto carente, o presenti difetti tali da renderla meramente apparente e in realtà inesistente, traducendosi in tal modo, in violazione di legge per mancata osservanza, da parte del giudice di merito, dell'obbligo di provvedere con decreto motivato, sancito dal nono comma dell'art. 4, cit.>><sup>37</sup>, sembrerebbe di poter comprendere che il vaglio della Corte di cassazione copra non solo le ipotesi di carenza c.d. grafica della motivazione o di difetti logici sulla soglia della teratologia; sembrerebbe, cioè, di poter sperare che la Corte si estenda a censurare anche quelle motivazioni<sup>38</sup> dove il discorso giustificativo assume le fattezze di una mera facciata, inidonea a dar conto dell'effettiva valutazione operata dal giudice del merito.

L'idea risulta, però, smentita da pronunzie ulteriori, alquanto chiare, nelle quali dietro lo stereotipo della massima si scorge qualcosa di più, ossia il reale assunto esegetico della Suprema Corte, come quando si legge che <<in tema di procedimento di prevenzione, atteso che il ricorso per cassazione è ammesso solo per violazione di legge, la motivazione del provvedimento con il quale la misura viene applicata è censurabile solo quando essa sia priva dei requisiti minimi di

---

<sup>36</sup> Espressione del FLORA, *Valori costituzionali, <<diritto penale dei professori>> e <<diritto penale dei giudici>>*, in *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di CANESTRARI, Torino, 1998, pp. 327 e ss.

<sup>37</sup> Cass., Sez. II, 30 gennaio 2001, Pace ed altri, in *Giur. it.*, 2003, p. 765.

<sup>38</sup> Viene ad esempio definita apparente la motivazione nella quale il giudice <<si avvalga di argomentazioni di puro genere o di asserzioni apodittiche o di proposizioni prive di efficacia dimostrativa; vale a dire, in tutti i casi in cui il ragionamento espresso dal giudice a sostegno della decisione adottata sia soltanto fittizio e perciò sostanzialmente inesistente>>: così Cass., Sez. VI, 01 giugno 1999, n. 6839. Ancora, secondo Sez. I 23 maggio 1994, n. 1831, P.M. in proc. Caldaras, <<costituisce motivazione meramente apparente del provvedimento con il quale viene concessa la riabilitazione, l'impiego, in un modulo a stampa, della locuzione "risulta ... che il condannato ha dato prove effettive e costanti di buona condotta", senza alcuna esplicitazione in ordine alla natura ed al contenuto di tali asserite condotte e senza alcuna integrazione e personalizzazione, sul punto, dello stampato, recante la predisposizione di espressione riprodotte pedissequamente la formulazione della norma (art. 179, comma primo, ult. parte, cod. pen.), nella parte in cui essa determina le condizioni per una pronuncia favorevole>>.

coerenza, completezza e logica, così da risultare meramente apparente, ovvero quando sia assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice di merito, ovvero ancora quando le linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate e carenti dei necessari passaggi logici da far risultare oscure le ragioni che hanno giustificato l'applicazione della misura>><sup>39</sup>.

Insomma: *nel settore della prevenzione, la motivazione apparente sembrerebbe essere un fenomeno diverso dalla motivazione apparente nel processo penale*, esigendosi, perché sia censurabile, che sia comparabile al balbettio emesso da un rappresentante dell'autorità giudiziaria affetto da disturbi psichiatrici, posto che a realizzarla occorre che risulti <<assolutamente inidonea a rendere comprensibile il filo logico seguito dal giudice del merito>>.

L'esito di siffatta temperie esegetica diventa paradossale quando si noti come persino sotto la vigenza del codice abrogato si ritenesse acclarato che il difetto c.d. intrinseco della motivazione –ovvero quello che non esige alcun raffronto tra motivazione ed atti del fascicolo– dovesse essere ravvisabile non solo nella scolastica ipotesi della motivazione del tutto inesistente o sconclusionata, ma pure in quella –assai più realistica– in cui il giudice non aveva motivato su alcuni dei punti su cui era tenuto a motivare <<e principalmente sulle eccezioni e difese fissate nelle conclusioni o risultanti altrimenti dal processo verbale>><sup>40</sup>.

Un assetto di tal genere risulta variamente censurabile.

È, in effetti, certamente noto che la Corte Europea dei diritti dell'Uomo, pur limitata dalla necessità del confronto con ordinamenti processuali in cui vige il sistema del verdetto immotivato della giuria, include l'obbligo di motivare le decisioni giudiziarie all'interno della nozione di "equo processo" di cui all'art. 6 CEDU<sup>41</sup> e, sotto codesto profilo, l'obbligo di motivare comporta quello di dare *risposta esplicita e specifica alle legittime e rilevanti richieste presentate dalle par-*

<sup>39</sup> Cass., Sez. V, 7 febbraio 2002, n. 13789.

<sup>40</sup> Così PETRELLA, *Le impugnazioni nel processo penale*, II, cit., p. 402.

<sup>41</sup> V. il discorso di JEAN-PAUL COSTA, Presidente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, al Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 10 ottobre 2007, in [www.csm.it](http://www.csm.it); *amplius* v. CHIAVARIO, *Diritto ad un equo processo*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 197 e ss.

ti<sup>42</sup>. Risulta, per questa via, esclusa la legittimità di moduli motivazionali quali la motivazione a stampa, quella apodittica o meramente riproduttiva del tenore testuale della legge, la motivazione apparente, la motivazione implicita, allorquando il punto sprovvisto di motivazione non sia in rapporto di dipendenza logica con quello dotato di motivazione<sup>43</sup>; modelli motivazionali, questi appena elencati, tutti ampiamente rappresentati nella desolante casistica delle decisioni sui ricorsi in materia di prevenzione.

D'altro canto, risulta impossibile argomentare che al procedimento per le misure di prevenzione non siano applicabili le tipiche garanzie della *iurisdictio* previste dall'art. 6 CEDU; non solo l'opinione di chi ascrive alle medesime natura sostanzialmente amministrativa è oramai minoritaria<sup>44</sup>, ma, a ben guardare, anche muovendosi nel contesto argomentativo di quell'opinione risulta impossibile negare che sempre di giurisdizione si tratta.

E in effetti: suggestivamente si nota che «<l'imperium penale compete agli organi giudiziari; chiamiamo "processo" i modi nei quali stabiliscono se qualcuno debba essere punito; fungono da modello figure legali preesistenti al fatto (art. 25<sup>2</sup> Cost.). Dislocate dalla sede penale, tali forme configurano una pseudogiurisdizione detta "volontaria"; dei togati esercitano poteri amministrativi, verificandone i presupposti e questa simbiosi attua una tutela preventiva. Dove non sia toccata la libertà personale, sarebbe compatibile col sistema anche l'atto amministrativo puro, impugnabile dall'interessato, come impone

---

<sup>42</sup> Caso Hiro Balani c. Spagna, 9 dicembre 1994 in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) dove, in particolare, si legge: «<La Cour rappelle que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (voir l'arrêt Van de Hurk c. Pays-Bas du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 20, par. 61). L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en outre, tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 (art. 6) de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce>>».

<sup>43</sup> Così, proprio con riferimento ad altra decisione della Corte europea, IACOVIELLO, voce *Ricorso per cassazione*, cit., p. 5283.

<sup>44</sup> Trattasi di CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2001, cit., p. 1241 e, più di recente, senza esplicitazione di ragioni esegetiche per la scelta, TALLINI, *Misure di prevenzione*, cit., p. 113. Per tutti, in senso contrario, v. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 286.

l'art. 13 Cost., ma gli interessi sono meglio garantiti dalla via paragiurisdizionale>><sup>45</sup>.

La tesi reca sullo sfondo l'approfondimento di temi arati altrove e, in particolare, gli studi sulle caratteristiche distintive della c.d. volontaria giurisdizione rispetto alla contenziosa<sup>46</sup>; vi echeggiano, in particolare, le parole di chi descrive la volontaria come fatta di <<ingerenze della pubblica autorità, rappresentata dai giudici, nello svolgimento di rapporti o affari altrui, a scopo di assistenza, polizia o controllo preventivo, ingerenza tipicamente di interesse pubblico, quindi sostanzialmente amministrativo, sebbene non di amministrazione di beni pubblici>><sup>47</sup>.

Risulta impossibile, però, non aggiungere subito come, altrettanto autorevolmente -e in senso critico rispetto a quelle costruzioni che finiscono col non attrarre nell'orbita della giurisdizione quella volontaria, per relegarla nel novero delle attività appartenenti alla amministrazione- si osserva che la volontaria null'altro può essere se non giurisdizione, in quanto forma di autorealizzazione dell'ordinamento in vista di interessi generali, non già particolari dell'amministrazione; il suo *proprium*, in quest'ultima prospettiva, sta nel risolversi non già in un *accertamento*, ma in una *valutazione di interessi*<sup>48</sup>.

Su una scia di tal genere, allora, può coerentemente osservarsi che effettivamente è suggestivo notare come il procedimento di prevenzione sta a quello penale, come la volontaria giurisdizione sta a quella contenziosa nel processo civile.

Detto ciò, però, nulla cambia, se non la descrizione del fenomeno, che è e resta esercizio di giurisdizione, sia pur finalizzato, appunto, ad una *valutazione di interessi contrapposti a fini di prevenzione dei reati*, piuttosto che all'accertamento in merito ad esistenza e consistenza di una fattispecie delittuosa<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Così CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2001, cit., p. 1241.

<sup>46</sup> Per tutti v. VERDE, *La volontaria giurisdizione*, Padova, 1989, *passim*; ma anche, volendo, per una prospettiva più recente, JANNUZZI-LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Padova, 2004, pp. 5 e ss.

<sup>47</sup> Così CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1942, p. 74.

<sup>48</sup> Così la brillante esposizione di SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, ed. 2005, p. 837.

<sup>49</sup> Sostanzialmente in tal senso, con riferimento alla *vexata quaestio* della natura ascrivibile alla volontaria giurisdizione, v. ancora JANNUZZI-LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, cit., p. 11.



D'altro canto, è proprio l'integrale attrazione nell'orbita della *iurisdictio* penale uno dei cardini di quel processo evolutivo che ha consentito di attenuare le riserve d'illegittimità costituzionale del modello di prevenzione<sup>50</sup>.

Invero è ben noto come attraverso una lunga serie di decisioni - inaugurate proprio agli albori del funzionamento della Corte di legittimità delle leggi - la Consulta abbia salvato l'idea stessa di prevenzione costruendo letteralmente i parametri di legittimità di un sistema sostanzialmente privo di copertura costituzionale, ed anzi volutamente ignorato dalla Costituente<sup>51</sup>.

Con due importanti decisioni - la n. 2 e la n. 11 del 1956 - la Corte forniva anzitutto il blocco intero delle disposizioni in materia di prevenzione di una giustificazione saldissima, nel superiore concetto sintetizzato da quell'*in dubio pro republica*<sup>52</sup> nel quale si risolve l'assunto che le limitazioni imposte in via di prevenzione sarebbero

---

<sup>50</sup> Nel contesto, si noti come la giurisprudenza della Corte EDU sembrerebbe mutata: nella sentenza *Riela c. Italia* del 4 settembre 2001 (ric. n. 52439/99 in [www.dirittouomo.it](http://www.dirittouomo.it)), la Corte, a fronte delle doglianze dei ricorrenti, rammentava come la procedura italiana di prevenzione «non si riferisce alla “fondatezza” di una “accusa penale”... Il secondo e il terzo paragrafo dell'articolo 6, che garantiscono rispettivamente il principio della presunzione d'innocenza e i diritti delle persone accusate, non trovano quindi applicazione nel caso di specie»; anche nella più recente sentenza di Sez. II, *Bocellari e Rizza c. Italia*, del 13 novembre 2007 (ric. n. 399/02 in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)) si è giudicato dell'applicabilità al processo di prevenzione delle regole di cui all'art. 6, §1, CEDU e, in particolare, della necessaria pubblicità dell'udienza *in quanto applicabile ad ogni tipo di processo*. Su una differente “lunghezza d'onda evolutiva” sembrano invece collocarsi le decisioni della Sez. IV, 4 gennaio 2007, *R. c. Regno Unito*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3950 e Sez. III, 1° marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*, *ibidem*, p. 3929. Nel primo caso, si è negato che il giudizio costituisse giudizio sul merito di un'accusa penale, con conseguente applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU, tenendo conto del fatto che *nessuna multa o restrizione risultavano applicabili all'esito del procedimento ivi considerato*; nel secondo caso, la decisione è stata opposta, in considerazione del fatto che la confisca costituirebbe una autentica sanzione penale. Sull'importante sentenza *Bocellari e Rizza v. Di CHIARA*, «*Against the administration of justice in secret*»: *la pubblicità delle procedure giudiziarie tra Corte europea e assetti del sistema italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di BALSAMO e KOSTORIS, Torino, 2008, p. 293.

<sup>51</sup> Per questo interessante rilievo, fondato sull'analisi dei Lavori Preparatori dell'Assemblea Costituente, v. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, p. 26. Più di recente, si vedano, sul punto, le considerazioni di DOLSO, *Misure di prevenzione*, cit., pp. 16 e ss.

<sup>52</sup> Espressione ancora di MANGIONE, voce *Misure di prevenzione (dir. pen.)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24ore*, IX, Milano, 2007, p. 627.

informate <<al principio.. di sicurezza sociale, per il 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>><sup>53</sup>.

Dalla mistica evocazione del bene comune, la Consulta è poi passata alla qualificazione delle misure in parola come indiscutibili forme di limitazione della libertà personale e, anzi, modi 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>><sup>54</sup>.

È bene intendere subito l'astuzia del ragionamento seguito: il riconoscimento del carattere gravemente limitativo della libertà personale, da cui le misure di prevenzione sono caratterizzate, è servito al giudice costituzionale per convogliarne la regolamentazione nel nucleo di principi di cui all'art. 13 Cost.: se sono misure privative della libertà personale, allora esse sono limitabili nei modi decisi dalla legge e per atto dell'autorità giudiziaria<sup>55</sup>.

Non sfugge, dunque, come l'attrazione nell'ambito dell'art. 13 della Carta fondamentale, lungi dall'aver svolto una funzione di garanzia, ha prodotto un guscio di legittimazione a norme che di fatto ne erano prive.

Dinanzi, poi, al c.d. vuoto di fini della norma cardine in materia di libertà personale, la Corte ha ricondotto le misure di prevenzione nello stesso alveo delle misure di sicurezza: <<l'art. 25, secondo comma, col riaffermare il principio, già espresso dall'art. 199 del Codice penale, per il quale nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi stabiliti dalla legge, accoglie per ciò stesso nell'ordinamento il sistema delle misure di sicurezza a carico degli individui socialmente pericolosi. È ben vero che le misure di sicurezza

---

<sup>53</sup> Così Corte cost. n. 2 del 1956 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>54</sup> Così Corte cost. n. 11 del 1956 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>55</sup> L'astuzia diventa ben chiara nella decisione n. 27 del 1959 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), ove si legge << in effetti l'art. 13, con lo statuire che restrizioni alla libertà personale possono essere disposte soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge, 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.>>

in senso stretto si applicano dopo che un fatto previsto dalla legge come reato sia stato commesso (art. 202 Cod. pen.), e quindi per una pericolosità più concretamente manifestatasi; ma poiché le misure di sicurezza intervengono o successivamente all'espiazione della pena, e cioè quando il reo ha già, per il reato commesso, soddisfatto il suo debito verso la società, ovvero (a parte le ipotesi di cui agli artt. 49 e 115 Cod. pen.) in casi nei quali il fatto, pur essendo previsto dalla legge come reato, non è punibile, bisogna dedurne che oggetto di tali misure rimane sempre quello comune a tutte le misure di prevenzione, cioè la pericolosità sociale del soggetto<sup>56</sup>.

Quasi superfluo intrattenersi su questo aspetto che rivela la fallacia del ragionamento della Corte; le misure di prevenzione risultano accomunate alle misure di sicurezza, focalizzando l'attenzione dell'interprete *su di un solo elemento della fattispecie sostanziale* –la pericolosità– accantonando quale dato di minor rilievo semantico, prima ancora che giuridico, l'elemento differenziatore, ossia *il previo accertamento* della commissione di un reato, dal quale deriva l'assunto di *persistente* pericolosità vagliato nel procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza<sup>57</sup>.

Si nota, nel percorso argomentativo appena rammentato, la tensione della Corte verso un obiettivo che va oltre la mera legittimazione costituzionale e l'ammodernamento di un vecchio apparato repressivo, per giungere a propugnare quel medesimo apparato addirittura come *costituzionalmente doveroso*; la giurisdizionalizzazione progressiva del procedimento di prevenzione deve esser letta su questo sfondo, valendo a ricoprire di garanzie ciò che, per definizione, appare come inidoneo ad offrirne, in virtù dell'assenza di posizioni qualificabili in termini di potere (del privato) e dovere (dell'organo pubblico) all'interno del procedimento di prevenzione.

Può essere ripetuto, qui, utilmente quel che taluno notava quasi vent'anni fa a proposito del diritto di difesa: non è strumento che

---

<sup>56</sup> Così ancora la sent. n. 27 del 1959 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); ma v. pure, in termini pressochè sovrapponibili, seppur maggiormente elaborati, Corte cost., sent. n. 419 del 1994, *ibidem*.

<sup>57</sup> Con il che, come giustamente è stato notato, la differenza tra le une e le altre si snoda sul piano della tassatività; così BRICOLA, *Forme di tutela <<ante-delictum>> e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno*, Milano, 1975, p. 29 e, specificamente, p. 43.

funzioni quale che sia il sistema in cui lo si adopera<sup>58</sup>; ebbene, la giurisdizionalizzazione del procedimento finalizzato alla prevenzione ha pressappoco la stessa efficacia e lo stesso valore del diritto di difesa all'interno di un sistema inquisitorio o misto.

Allo stesso modo la giurisdizionalizzazione –che dicesi, giustamente, integrale<sup>59</sup>- del procedimento di prevenzione è priva di sostanza: come meglio si vedrà appresso, è una *iurisdictio* su dei non-fatti storici e sulla base di non-prove, in una parodia di procedimento penale, dove il fumo di cui consta la fattispecie viene dimostrato tramite il fumo di cui constano gli elementi di conoscenza adoperati dal giudice.

Riappare, dunque, ancora una volta alla superficie l'assunto iniziale del presente studio: al momento attuale, le misure di prevenzione sono la forma più efficace di *rinunzia legale all'accertamento* che lo Stato conosca.

L'assetto del ricorso per cassazione concorre in termini decisivi ad avverare l'ipotesi.

È qui che si nota intensamente quella che è stata poc'anzi definita come sostanziale assenza di posizioni giuridiche definibili in termini di potere e dovere.

Quando si legge con quale densità d'accenti il Giudice costituzionale descrive l'assetto del procedimento di prevenzione, risulta impossibile dubitare che si tratti di fenomeno attratto completamente in meccanismi ritenuti ovvi, almeno in uno stato di diritto: <<se giurisdizione in materia penale significa applicazione della legge mediante l'accertamento dei presupposti di fatto per la sua applicazione attraverso un procedimento che abbia le necessarie garanzie, *tra l'altro di serietà probatoria*, non si può dubitare che anche nel processo di prevenzione la prognosi di pericolosità (demandata al giudice e nella cui formulazione sono certamente presenti elementi di discrezionalità) *non può che poggiare su presupposti di fatto previsti dalla legge e, perciò, passibili di accertamento giudiziale*. L'intervento del giudice (e la presenza della difesa, la cui necessità è stata affermata senza riserve) nel procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione *non avrebbe significato sostanziale (o ne avrebbe uno pericolosamente distorto) la funzione giurisdizionale nel campo della libertà per-*

---

<sup>58</sup> FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, rist. 2002, pp. 466 e ss.

<sup>59</sup> Sul punto v. in prospettiva DEAN, *La contestazione dell'accusa nel processo di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 440.

sonale) se non fosse preordinato a garantire, nel contraddittorio tra le parti, l'accertamento di fattispecie legali predeterminate»<sup>60</sup>.

Orbene, è chiaro che l'accertamento di quei presupposti di fatto e l'intervento di quella difesa, che si assume dotata di significato reale, *devono essere esternati, ossia pubblicizzati e resi controllabili, tramite la motivazione*.

Si è già sottolineato, del resto, come l'obbligo giudiziale di motivare le decisioni sia condizione d'effettività tanto del diritto di difesa, quanto del contraddittorio: assente la motivazione restano imperscrutabili e incontrollabili le ragioni del decidere<sup>61</sup>.

Ed è qui, per vero, che l'attuale assetto del sistema preordinato all'applicazione delle misure di prevenzione mostra la sua reale e ingannevole natura: il controllo ultimo e più efficace –quello affidato alla Corte di cassazione– non esiste, se non quale parvenza: ammesso il vizio di procedura (ma quale? data l'estrema semplificazione del procedimento probatorio) e l'*error in iudicando* (su quale tra i vaghissimi elementi della fattispecie?) e, infine, la censura sul “discorso vaneggiante”<sup>62</sup> quanto alla tenuta logica della motivazione, il controllo resta confinato sulla soglia della pura scena.

Il potere del privato d'invocare il controllo logico della decisione appare quale una mera forma; il dovere del giudice della prevenzione di motivare le scelte in materia di pericolosità, altrettanto.

Non per caso le statistiche ministeriali attestano come i procedimenti di prevenzione terminino nell'arco di due anni al massimo dall'avvio<sup>63</sup>: tenuto conto delle tempistiche comuni, una soprannaturale celerità, che si spiega esclusivamente nella prospettiva di uno strumento formalmente giudiziale, sostanzialmente qualificabile come repressione senza accertamento e senza controllo.

La natura effettivamente autoritaria e illiberale del fenomeno diventa, poi, esplicita laddove se ne mettano in luce le pieghe nascoste. Un esempio appare eclatante: la pericolosità sociale, inglobata nell'ordinamento (anche) tramite la L. 1423 del 1956, funge da pre-

---

<sup>60</sup> Così Corte cost., sent. n. 180 del 1980 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>61</sup> Si veda, curiosamente e sia pur con riferimento alle misure di sicurezza, il nitore con cui, già negli anni '30, si proclamava il valore di date garanzie della giurisdizione –segnatamente obbligo di motivazione– proprio in materia di accertamento della pericolosità; cfr. D'ANIELLO, *Sulla prova della pericolosità*, in *Riv. dir. penit.*, 1938, I, p. 512.

<sup>62</sup> CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1121.

<sup>63</sup> V. i dati relativi su [www.giustizia.it/statistiche/statistiche-indice.htm](http://www.giustizia.it/statistiche/statistiche-indice.htm).

supposto per consistenti limitazioni della libertà personale pure nel contesto del Testo Unico sull'Immigrazione.

Taluni giudici del merito (ma in una circostanza anche il Consiglio di Stato) sospettavano l'illegittimità costituzionale dell'art. 13 di questo testo unico e non per caso: qui l'amministrazione *definisce* il singolo individuo (pericoloso, appunto) e poi ne limita la libertà personale tramite meccanismi di vario genere (arresto, accompagnamento alla frontiera, restrizione negli appositi "centri di raccolta" per un termine massimo semestrale) entro tempi ristrettissimi, con un controllo giudiziale posticipato, privo di effetto sospensivo e, dunque, in ultima analisi privo di effetti<sup>64</sup>.

Percepito l'illiberale autoritarismo della procedura, la sottopongono al vaglio della Consulta: anzitutto notano come le violazioni della disciplina dell'immigrazione, sanzionate con l'espulsione e relativi mezzi restrittivi, facciano riferimento a condotte variegata e non accomunabili: essere *entrato* nel territorio dello Stato sottraendosi ai controlli di frontiera; essersi *trattenuto* nel territorio dello Stato senza aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto; aver avuto *la revoca o l'annullamento del permesso* di soggiorno; *appartenere a taluna delle categorie indicate nell'art. 1 L. n. 1423 del 1956*; essere *sottoposto a procedimento penale*: a queste diversissime situazioni fattuali l'art. 13 del T.U. Immigrazione dona la medesima risposta; donde, secondo i rimettenti, violazione del canone costituzionale d'uguaglianza, risultando disciplinate in modo eguale violazioni di natura profondamente diversa. Ma non solo: poiché il decreto di espulsione comporta, in caso di inottemperanza allo stesso, una misura che incide sulla libertà personale dell'individuo senza prevedere un preventivo giudizio sulla sua effettiva pericolosità sociale, risulta violato anche l'art. 13 Cost.<sup>65</sup>.

Ancora si nota come gravi misure coercitive siano eseguite sulla base di <<un mero sospetto di polizia, senza contraddittorio ed effettivo vaglio giudiziale>> e che, comunque, le disposizioni impugnate determinano disparità di trattamento tra straniero e cittadino, dipendendo la dichiarazione di appartenenza dello *straniero* ad una delle categorie previste dall'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, dagli stessi elementi di fatto che legittimano l'inserimento del *cittadino* nelle cita-

---

<sup>64</sup> V. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, *passim*.

<sup>65</sup> In questi termini l'ordinanza di rimessione nel caso deciso da Corte cost., ord. n. 294 del 2007 in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

te categorie, con la differenza (ingiustificabile) che questi può difendersi, in contraddittorio con l'amministrazione, e con il controllo giudiziale, laddove, per lo straniero, alla dichiarazione consegue immediatamente la misura dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera<sup>66</sup>.

Seguendo uno schema già sperimentato in anni e decisioni precedenti, la Corte dichiara per due volte manifestamente inammissibili le questioni, sulla base di argomenti alquanto capziosi; in una terza occasione<sup>67</sup> le dichiara infondate osservando che <<l'accompagnamento alla frontiera non era correlato a lievi irregolarità amministrative ma alla situazione di coloro che avessero già dimostrato la pervicace volontà di rimanere in Italia in una posizione di irregolarità tale da sottrarli ad ogni normale controllo o di coloro che tale volontà lasciassero presumere all'esito di una valutazione dei singoli casi condotta sulla base di specifici elementi (sottrazione ai controlli di frontiera e mancanza di un documento d'identità). È opportuno, perciò, ricordare che questa Corte ha già affermato che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli>>.

Insomma: la materia è vile, gli interessi coinvolti appartengono a fasce assolutamente marginali e poco importa che la sicurezza pubblica e le necessità di prevenzione siano tirate in ballo con riferimenti a pervicaci rapinatori provenienti dall'est europeo o (come riscontrabile con schiacciante prevalenza statistica) innocui africani, la cui pericolosità per l'ordine pubblico consiste nella vendita di accessori di moda contraffatti: il legislatore è sovrano in materia e le regole costituzionali appaiono irrilevanti.

---

<sup>66</sup> Così invece l'ordinanza di rimessione nella fattispecie decisa con ord. n. 153 del 2005. In termini analoghi, anche le numerose ordinanze di rimessione all'origine di Corte cost., sent. n. 206 del 2006, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>67</sup> Con la già citata sentenza n. 206 del 2006.

## 5. IPOTESI DI LAVORO: CONFIGURABILITÀ DI UN REALE CONTROLLO.

L'escursione vale ad un duplice fine: mostra nude tanto l'ubiquità intrinseca alle leggi di prevenzione quanto il reale *animus* del Giudice costituzionale *in subiecta materia*: l'ordine pubblico, anzi l'imperativo *in dubio pro re pubblica*, vale la rinuncia a qualche principio.

Invero, sembrano possibili –ed anzi dovute- scelte esegetiche differenti, persino fermo restando l'attuale assetto della materia.

Se il ricorso per vizio di motivazione è tornato ad essere quel che era nel codice del '30 –ossia verifica potenziale su quei <<falsi presupposti>> del sillogismo giudiziale che <<importano il dover considerare meramente apparente e quindi non sussistente la motivazione>><sup>68</sup>; e se, come non può dubitarsi, l'enucleazione del vizio motivazionale, dal comune circolo dei vizi processuali<sup>69</sup> *non ne implica una natura differente*, ma solo l'esigenza di precisare i confini del controllo affidato alla Suprema Corte e i modi di deduzione del vizio;

---

<sup>68</sup> Sono parole di G. FOSCHINI, *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, p. 145, di cui vale la pena riprodurre qualcosa di più di una mera formula azzeccata: <<invero, che la sentenza si risolva in un sillogismo del quale la premessa maggiore è costituita dalla norma e la premessa minore è costituita dal fatto, non è cosa che vuol essere qui ricordata. Così come non vuole essere ricordato che il giudice non trova tali premesse belle e pronte, ma deve ricavarle da altri sillogismi, così che tanto la determinazione della norma, quanto quella del fatto si risolvono in due parallele catene sillogistiche. Nella formazione della catena sillogistica relativa alla determinazione del fatto (premessa minore) il giudice non è censurabile in cassazione (convincimento di fatto). Va bene. Però tale catena sillogistica... praticamente ha origine in alcuni elementi che il giudice assume come certi perché frutto di esperienza o perché risultanti con evidenza dagli atti. Da queste premesse... viene fatta derivare tutta la catena sillogistica nel che consiste la motivazione in fatto e quindi il convincimento del giudice di merito. Ecco perché, quando la comune esperienza o gli atti del processo smentiscono l'esistenza di quegli elementi che sono stati assunti come premesse di partenza oppure rivelano l'esistenza di elementi che avrebbero dovuto essere assunti come premesse di partenza e non lo sono stati, in tal caso viene a cadere tutta la catena sillogistica. *I falsi presupposti importano il dover considerare meramente apparente e quindi non sussistente la motivazione*>>.

<sup>69</sup> Per l'inquadramento tra i vizi processuali del vizio di motivazione –nell'ipotesi di non corrispondenza tra motivazione e processo- v., per tutti, IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale*, cit., p. 312 e, solo per testimoniare la natura risalente dell'inquadramento, v. pure NICOLINI, *Della procedura penale per il Regno delle due Sicilie*, Livorno, 1843, II, pp. 914-916: <<l'ipotesi della legge dev'essere sciolta nè suoi elementi; e tante circostanze devono trovarsi nella motivazione, quante sono le circostanze costitutive di quell'ipotesi... ogni circostanza di queste che manchi nel fatto espresso dalla gran-corte, rende la decisione non motivata per questa parte>>.



se tutto questo è vero, allora la formula “violazione di legge”, di cui all’art. 4, 11° comma, L. 1423 del 1956, non può che essere interpretata nei suoi termini *genetici*, tali da consentire il vaglio sui presupposti del decreto di prevenzione, ossia un controllo effettivo sulla motivazione apparente e sui casi di travisamento degli atti.

Le ragioni che militano acchè una soluzione di questo genere sia non solo consentita, ma finanche costituzionalmente imposta, sono molteplici e, a questo punto dell’analisi, già intuibili.

La censurabile disparità di trattamento tra procedimento per l’applicazione di misure di sicurezza e procedimento di prevenzione, segnatamente quanto alla disciplina dei casi di ricorso, è addirittura eclatante; che, poi, la disciplina delle misure di sicurezza sia adoperabile quale pietra di paragone di quella predisposta per le misure di prevenzione emerge dalla mera lettura di cinquant’anni di giurisprudenza della Corte costituzionale; del resto, è proprio questa giurisprudenza a dare atto del come la sostenibilità costituzionale dell’intero apparato di prevenzione sia agganciata al filo sottile dell’art. 25, 3° comma, Cost. e, dunque, alla previsione nella Carta fondamentale delle misure di sicurezza, di talchè tagliare il nesso tra misure di sicurezza e di prevenzione significa esporre le seconde ad una radicale ed insanabile incostituzionalità<sup>70</sup>.

D’altro canto, accettare la sostanziale incontrollabilità della motivazione dei decreti di prevenzione espone la disciplina della materia ad un duplice ordine di obiezioni: anzitutto si inibisce il diritto di difesa in una delle sue manifestazioni più vistose ed essenziali, ovvero il potere d’invocare il controllo di legittimità sull’ottemperanza del Giudice all’obbligo di motivare la decisione<sup>71</sup>; potere, questo, senza il quale tutte le altre garanzie del procedimento giurisdizionale appaiono *inutiliter* date.

Ma, soprattutto, si osservi: la sostenibilità costituzionale delle misure di prevenzione è ancorata –come si notava, ad opera della medesima Corte costituzionale<sup>72</sup>- a due capisaldi: da un lato, l’attrazione delle medesime in uno schema di prevenzione della pericolosità inteso

---

<sup>70</sup> NUVOLONE, voce *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1975, p. 634.

<sup>71</sup> Per questa impostazione v. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, cit. *passim*; ma anche FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, pp. 640-641: <<la motivazione ha insieme il valore endo-processuale di garanzia di difesa e il valore extra-processuale di garanzia di pubblicità>>.

<sup>72</sup> V. soprattutto Corte cost. n. 170 del 1980 e n. 419 del 1994, già citate.

come comune alle misure di sicurezza e coperto, per questa via, dall'art. 25, 3° comma, Cost.; dall'altro, la completa giurisdizionalizzazione del fenomeno, su una lunghezza d'onda di pensiero assai diffusa dai primi del '900 in avanti, per la quale tutto il diritto si risolve nel fenomeno processuale ed in esso trova esplicazione o negazione<sup>73</sup>.

In questa prospettiva, la giurisdizionalizzazione completa del processo di prevenzione è stata non solo un doveroso tributo all'asserita comunanza di natura con le misure di sicurezza, ma anche la via maestra per declinare in termini di garanzie processuali quel che non si rintraccia e non può essere rintracciato in termini di tassatività della fattispecie e rispetto della presunzione di non colpevolezza: come dire che si affida al buon senso del giudice la scelta di quei parametri concreti di pericolosità che il legislatore non ha voluto né, forse, potuto identificare<sup>74</sup>.

Se, dunque, tutte le garanzie ottenibili in materia di prevenzione refluiscano nell'affidamento al giudice di scelte non compiute dal legislatore, allora il sistema attuale è posto dinanzi ad una alternativa netta: o definirne i compiti quale forma di discrezionalità troppo lata

---

<sup>73</sup> Eloquente, in questa prospettiva, la lettura delle pagine di SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 127 e ss.; di quelle assai note del CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, *passim*, ma anche di quelle – più semplici e dirette – di G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1956, p. 349: «l'idea della strumentalità con riguardo al processo è tutt'altro che inconsueta; anzi è diffusissima l'opinione che addirittura l'intero processo abbia funzione strumentale rispetto alla fattispecie sostanziale, così come di carattere strumentale sarebbero tutte le norme processuali rispetto alle norme di diritto sostanziale...»; concezione la cui erroneità sarebbe agevole da dimostrare: «basta riflettere che il processo non è che l'espressione più saliente del vivere stesso del diritto, anzi, per quel che riguarda il diritto penale il processo ne è l'espressione necessaria, per comprendere che non può la vita essere strumento della materia... Che il processo sia vita del diritto significa che *il processo è lo stesso diritto nel suo vivere* e quindi non può essere considerato strumento perché sarebbe strumento di sé stesso, così come se l'uomo considerasse la propria vita quale strumento del proprio corpo vivente, cioè strumento di se stesso».

<sup>74</sup> Scriveva CAVALLARI, *Il procedimento delle misure di prevenzione. Analisi e spunti critici*, in *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 83-85: «la verità è che il predicare misure *ante* o *extra delictum* che siano in ogni caso fondate su fattispecie tipiche e individualizzanti, vuol dire pretendere l'impossibile... Se così stanno le cose, il trasferire dalla polizia al magistrato il potere di applicare le misure, non costituisce certo rimedio idoneo ad attribuire al sistema lo stigma di legittimità costituzionale».

per essere controllabile<sup>75</sup>, oppure tracciare i confini di quella (indiscutibile) discrezionalità e predisporre il relativo controllo.

Il costo della prima opzione è manifesto: una discrezionalità sottratta a limiti e controlli è inconcepibile per un organo pubblico in uno stato di diritto; il costo di una scelta del genere è la definitiva reclusione delle misure preventive in un ambito in cui la *iurisdictio* cessa di essere cognitiva per diventare puramente potestativa<sup>76</sup>.

È appena il caso di aggiungere come definire assoluta e inverificabile la discrezionalità esercitata dal giudice in materia di prevenzione, conduce all'assurdo epilogo di rendere il controllo sulla materia addirittura meno penetrante di quello che l'ordinamento assegna nei confronti dell'atto amministrativo illegittimo, posto che il controllo giudiziale, in questo caso, sia pure postumo, non disdegna affatto l'analisi della motivazione dell'atto e dei suoi presupposti fattuali<sup>77</sup>.

L'alternativa, dunque, è obbligata, almeno in termini costituzionali: dato per acclarato che le fattispecie di prevenzione sono carenti in punto di tassatività<sup>78</sup> e che, in effetti, risultano costruite attorno a concetti volutamente vaghi o densi di opzioni valutative o, ancora, schiettamente discrezionali, allora deve dirsi che una effettiva giurisdizionalizzazione del procedimento esige che il controllo sulla motivazione giudiziale si imponga quale verifica sui presupposti fattuali che il giudice del merito ha estrapolato dal reale a concretizzare gli spazi vuoti della norma; in altri termini, il vaglio di legittimità non può non investire anche il rapporto tra motivazione del *decisum* e atti a contenuto probatorio.

---

<sup>75</sup> Tale era, in effetti, la conclusione di CAVALLARI, *Il procedimento delle misure di prevenzione*, cit., p. 85.

<sup>76</sup> Queste sono, invece, le conclusioni di FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 821 sulla *iurisdictio* in materia di prevenzione.

<sup>77</sup> Per un primo sguardo v. VIGGIANI, *Motivazione del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, a cura di TOMEI, Padova, 2005, pp. 97 e ss.

<sup>78</sup> Ancora in tal senso, e proprio in questi termini netti, v. FIANDACA, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, ed. 1985, p. 520.



## CAPITOLO II

### LA PRONUNCIA DI PREVENZIONE COME ATTO POTESTATIVO

SOMMARIO: 1. Le fattispecie preventive. - 2. L'intervento giudiziario di prevenzione e l'atto amministrativo. - 3. Il provvedimento discrezionale. - 4. Il decreto di prevenzione quasi atto del giudice/amministratore.

#### 1. LE FATTISPECIE PREVENTIVE .

Esistono parole che appaiono di immutata attualità ad oltre trent'anni di distanza dal momento in cui furono scritte o pronunziate. Si consideri il seguente pensiero: <<la verità è che il predicare misure *ante o extra delictum* che siano in ogni caso fondate su fattispecie tipiche e individualizzanti, vuol dire pretendere l'impossibile... Se così stanno le cose, il trasferire dalla polizia al magistrato il potere di applicare le misure, non costituisce certo rimedio idoneo ad attribuire al sistema lo stigma di legittimità costituzionale. La riserva di giurisdizione ha un senso soltanto nella piena osservanza del principio di legalità. *Se l'intervento del magistrato viene a perdere la naturale funzione di accertare la conformità di una situazione di fatto a una previsione normativa* mediante regole di giudizio legalmente prestabilite e viene invece *destinato ad applicare leggi a fattispecie indeterminata o comunque ad adottare la latitudine di apprezzamento e i criteri approssimativi propri dell'autorità amministrativa*, scompare il rigore logico, sistematico e probatorio proprio della giurisdizionalità, *la motivazione perde gran parte del suo valore*: il giudice, in sostanza, si trasforma in funzionario di polizia...Viene spontaneo domandarsi quale valore possano mai avere lo studio organico del procedimento e i tentativi di un'interpretazione in chiave garantistica del dettato normativo, se il tutto poi si risolve in un *dictum* del giudice che, nella maggior parte dei casi, costituisce la pura e

semplice manifestazione di sospetti e presunzioni o comunque *l'esercizio di una discrezionalità sostanzialmente incontrollabile*>><sup>1</sup>.

Il valore del pensiero induce ad adoperarne alcuni snodi chiave quale punto di partenza dell'analisi.

Primo assunto: le misure di prevenzione dimostrano che la riserva di giurisdizione ha senso solo qualora la fattispecie risulti rispettosa del principio di legalità.

Secondo assunto: la caratteristica indeterminatezza delle fattispecie di prevenzione immuta profondamente l'opera del giudice, avvicinandola a quella del pubblico amministratore.

Terzo assunto: la motivazione finisce deprivata del suo valore caratteristico.

Quarto assunto: il provvedimento terminativo è frutto di una discrezionalità sostanzialmente incontrollabile.

In effetti, la peculiare qualità delle fattispecie su cui si esercita l'opera di sussunzione nel processo finalizzato all'applicazione delle misure preventive, è tema ben esplorato in materia di misure di prevenzione: con rimarchevole concordia di voci, risulta posta in evidenza, attraverso gli anni, l'irrimediabile assenza di tassatività delle fattispecie preventive e la conseguente –data per scontata o meglio inevitabile– <<inverificabilità logico-razionale della decisione>> fondata sulle medesime<sup>2</sup>.

In uno sguardo panoramico, che spazia dall'art. 1 della L. n. 1423 del 1956, all'art. 1 della L. n. 575 del 1965, la lettura delle norme offre all'interprete la certezza di avere a che fare con fattispecie sostanziate (se così può dirsi) di concetti qualificati ora come *vaghi*, ora *indeterminati*, ora *valutativi* e ciò nonostante il fatto che il legislatore abbia prestato ascolto, nel corso degli anni, ad occasionali puntualizzazioni della Corte costituzionale<sup>3</sup>, come pure ai moniti dottrinali, rielaborando profondamente il tessuto basilare della materia, in particolare con L. n. 646 del 1982 (c.d. Legge Rognoni-La Torre).

L'originario testo dell'art. 1 L. 1423 del 1956 elencava 5 categorie di persone, identificate dal legislatore come socialmente

---

<sup>1</sup> Così CAVALLARI, *Il procedimento delle misure di prevenzione*, cit., pp. 84-85. Il corsivo, nel brano sopra citato, è dell'autrice.

<sup>2</sup> L'espressione è, per vero, riferita da MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., p. 182, all'art. 1 L. 575/1965.

<sup>3</sup> Soprattutto con la già citata, nota sentenza n. 177 del 1980, su *Giur. cost.*, 1980, I, 1535, con commento di BRANCA.

pericolose, in quanto rientranti nello schema del “tipo d’autore”<sup>4</sup>: oziosi e vagabondi; soggetti dediti a traffici illeciti; proclivi a delinquere; individui sospettati, per condotta e stile di vita, di essere dediti ad una serie variegata di reati, dallo sfruttamento della prostituzione alle scommesse abusive; infine persone dedite ad altre attività contrarie alla pubblica morale e al buon costume.

Bene si è notato come, *de facto*, le cinque categorie in questione dovessero essere rielaborate in due, la prima delle quali evocante una pericolosità in senso puro, priva di collegamenti con qualsivoglia fattispecie di reato; la seconda, invece, efficacemente riassunta nel concetto di fattispecie surrogatorie rispetto a crimini insuscettibili di persecuzione penale per carenza di riscontro probatorio<sup>5</sup>.

Vale la pena di notare come la prima categoria “criminogena” costituisca traccia persistente delle più vetuste leggi in materia, dedicate, per l’appunto, agli *oziosi* e ai *vagabondi* o *uomini senza stato*, intesi non già come persone disoccupate o emarginate, ma quali <<classi di persone>> che esigono <<un’attiva vigilanza>>, posto che <<un uomo ozioso è già un principiante nella scelleraggine: egli è simile a quei liquori che si corrompono nel riposo e rodono ben tosto il vaso che li contiene, sì che conviene o gettarli immediatamente o permutarli di nuovo>><sup>6</sup>; nel T.U. delle leggi di pubblica sicurezza n. 6144 del 30 giugno 1889, trova spazio anche l’antesignana e oggi reviviscente categoria dei <<diffamati>>, ossia coloro dei quali si vociferasse che avessero commesso reati e che -specificava la norma a guisa di maggior “garanzia”- fossero stati assoggettati a procedimento penale, pur se conclusi con assoluzione<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> In questi termini, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 820.

<sup>5</sup> Così FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, cit., p. 115.

<sup>6</sup> Così il *Discorso sull’amministrazione della giustizia criminale* dell’avvocato generale *Servant*, citato da NICOLINI, *Della procedura penale nel Regno delle due Sicilie*, cit., I, p. 159, n. 5; in termini comparabili, sugli *oziosi* e *vagabondi*, v. la relazione del Ministro dell’interno sabardo Galvagno, al progetto della L. 26 febbraio 1852, citata quasi integralmente da MEREU, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell’Italia liberale (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione*, cit., p. 197: <<Possono considerarsi in permanente reato>> poiché <<frodano la società della parte che da ogni cittadino le si deve e non si può concepire come possano, privi quali sono di mezzi, esistere senza supporre una sequela continua di truffe, ladroncelli e simili>>.

<sup>7</sup> Interessantissimi, sul punto, i rilievi di MEREU, *Cenni storici*, cit., pp. 209-212. L’evoluzione del sistema preventivo si ritrova delineata con lineare sintesi anche in CHIAVARIO, *La libertà personale nell’Italia degli anni Settanta*, in *La libertà personale*, a cura di ELIA, Torino, 1977, pp. 267 e ss.

Nell'evoluzione storica le fattispecie preventive sfiorano, però, velocemente il campo del contenimento finalizzato alla tutela di un certo <<ordine borghese costituito>><sup>8</sup> che si autoprottegge in senso classista, per giungere ad una prospettiva diversa, intuibile appunto nel delineamento di quella che è stata sopra definita come la seconda grande categoria di soggetti pericolosi.

Ciò di cui il legislatore si avvede velocemente è il fatto che la congenita vaghezza di misure concepite per essere applicate *ante delictum*, ne fa <<un mezzo buono per tutte le stagioni>><sup>9</sup>, sicché dal contenimento classista<sup>10</sup> dello Stato liberale le fattispecie di prevenzione passano attraverso quello smaccatamente politico dello Stato autoritario<sup>11</sup>, per poi farsi spazio nell'Italia repubblicana con la veste di strumenti sostitutivi di un'endemica incapacità alla repressione penale.

Quest'ultima fase dell'evoluzione appare ora definitivamente cristallizzata: l'art. 1 della L. 1423 del 1956 –così come riformulato dall'art. 3 L. 3 agosto 1988, n. 327- si applica a persone *abituamente dedite a traffici delittuosi*, a quelle che del pari *abituamente vivono, in tutto o in parte, dei proventi di attività delittuose* e, infine, a persone *presumibilmente dedite a <<reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica>>*<sup>12</sup>.

D'altro canto, l'art. 1 della L. 31 maggio 1965, n. 575, intitolata “Disposizioni contro la mafia”, si applica a individui pericolosi in quanto *indiziati di appartenere <<ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso>>*<sup>13</sup>, come pure –secondo

<sup>8</sup> FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 111.

<sup>9</sup> È la ricostruzione di MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., p. 23.

<sup>10</sup> Il rilievo è comunque effettuato, con riferimento, al sistema preventivo dell'Italia degli anni '70, da BRICOLA, *Forme di tutela <<ante delictum>>*, cit., p. 36 e *passim*, il quale acutamente nota come <<sembra dunque che tutto il congegno sia fatto per trasformare una sfuggente “asocialità” in reato>>.

<sup>11</sup> V., sul punto, AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, pp. 289 e ss.

<sup>12</sup> Sulla riforma si vedano i commenti di FIANDACA, *Commenti articolo per articolo. L. 3.8.1988 n. 327, artt. 2 e 3*, in *Leg. pen.*, 1989, p. 24; MILETTO, *Le misure di prevenzione*, Torino, 1989, p. 135.

<sup>13</sup> Trattasi naturalmente del testo sostituito dall'art. 13 della L. 13 settembre 1982, n. 646. Sul punto v. la ricostruzione di MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*



recentissime modifiche- <<ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51, comma 3bis, del codice di procedura penale>><sup>14</sup>.

Nella temperie del terrorismo politico e, in tempi più recenti, di quello internazionale<sup>15</sup>, si inserisce, invece, l'art. 18 L. n. 152 del 1975<sup>16</sup>, (Legge sulla tutela dell'ordine pubblico) che considera quali persone pericolose e, dunque, assoggettabili a misure di prevenzione,

---

*nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano, ed. 2002, pp. 435 e ss.

<sup>14</sup> Trattasi dell'interpolazione effettuata, nel corpo dell'art. 1 L. n. 575 del 1965, dall'art. 10, 1° comma, lett. a), del D.L. n. 92 del 2008, così come convertito dalla L. n. 125 del 2008. Per un commento a prima lettura, v. FIORENTIN, *Il direttore Dia può proporre la sorveglianza*, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 32, p. 109. *Amplius* cfr. FILIPPI-CORTESI, *Novità sulle misure di prevenzione*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di SCALFATI, Torino, 2008, p. 241 e ss.

<sup>15</sup> Legge, invero, esplicitamente finalizzata al terrorismo di matrice islamica, che –si è detto- allarga la sfera di questi <<nebulosi e inquietanti settori di confine, dove l'attività preventiva e l'attività repressiva tendono a sovrapporsi>>: così PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 623 e ss.

<sup>16</sup> Così come interpolato dapprima dal D.L. n. 374 del 2001 - convertito, con modificazioni, in L. n. 438 del 2001- e poi dal noto D.L. n. 144 del 2005, convertito con modificazioni in L. n. 155 del 2005, dedicati al contrasto del terrorismo internazionale. Si leggano sul punto, nella prospettiva del diritto penale sostanziale, le riflessioni di VIGNANO', *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 648. Dall'angolo prospettico del processualpenalista v. i commenti di FILIPPI, *Misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale: le disposizioni processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1212 e SPANGHER, *L'azione di contrasto al terrorismo internazionale: le novità nella legge n. 155 del 2005*, in *Studium juris*, 2006, pp. 40 e ss. Interessante in proposito anche la lettura della recente decisione della Consulta (sent. n. 432 del 2007) che ha dichiarato <<infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 4, D.L. 27 luglio 2005, n. 144 (Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale), convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1, L. 31 luglio 2005, n. 155, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 Cost. nella parte in cui dispone che, in caso di espulsione dello straniero per motivi di prevenzione del terrorismo, il ricorso al Tribunale Amministrativo non sospende l'esecuzione del provvedimento. La norma censurata, infatti, limitandosi a ribadire che il ricorso giurisdizionale in nessun caso è in grado di sospendere l'esecuzione del provvedimento, lascia impregiudicato il sistema dei controlli giurisdizionali degli atti amministrativi>>.

All'elenco delle misure (come di consueto) urgenti, dedicate al contrasto del terrorismo internazionale, deve aggiungersi quello che è da considerarsi ormai come "dato storico", ovvero il D.L. n. 249 del 2007, intitolato "Misure urgenti in materia di espulsioni e di allontanamenti per terrorismo e per motivi imperativi di pubblica sicurezza", il quale, a norma del Comunicato del Ministero della giustizia 3 marzo 2008 (in *Gazz. Uff.*, 3 marzo 2008, n. 53), non è stato convertito in legge nel termine di sessanta giorni dalla sua pubblicazione.

altre cinque categorie di individui: 1) *autori di atti preparatori* diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato ovvero alla commissione dei reati con finalità di terrorismo internazionale; 2) individui già partecipi di associazioni politiche disciolte ai sensi della L. n. 645 del 1952, *che si ritenga continuino a svolgere tali attività*; 3) autori di *atti preparatori* diretti alla ricostituzione del partito fascista; 4) condannati per delitti in materia di armi ed esplosivi *che si ritengano proclivi* a commettere analoghi reati; 5) istigatori, mandanti e finanziatori dei personaggi appartenenti alle prime quattro categorie.

Alla violenza sprigionata da determinati soggetti in occasione di manifestazioni sportive sono, poi, dedicate le categorizzazioni di cui all'art. 6 della L. n. 401 del 1989, come risultante a causa delle modifiche operate dapprima con D.L. n. 717 del 1994, poi con D.L. n. 336 del 2001 e infine con D.L. n. 162 del 2005 e con D.L. n. 8 del 2007<sup>17</sup>: le particolari misure preventive ivi regolate risultano applicabili a persone condannate (negli ultimi cinque anni, ma anche con sentenza non definitiva) o anche solo denunciate per uno dei reati di cui al primo e secondo comma dell'art. 4 L. n. 110 del 1975; persone condannate o denunciate per aver preso parte attiva ad episodi di violenza nel corso o a cagione di manifestazioni sportive; persone che abbiano svolto opera di incitamento alla violenza nelle medesime circostanze.

Già la mera giustapposizione delle figure immaginate dal legislatore nell'arco degli ultimi trent'anni, conferma l'intrinseca fondatezza dell'opinione dottrinale suesposta<sup>18</sup>: il campo delle misure di prevenzione è diventato spazio surrogatorio di un procedimento penale non ancora avviato, non prospettabile o inopinatamente esitato in assoluzione.

---

<sup>17</sup> Convertito, il primo, con modificazioni, dalla L. n. 45 del 1995; il secondo, con modificazioni, dalla L. n. 377 del 2001; il terzo dalla L. n. 210 del 2005 e il quarto con L. n. 41 del 2007. Sulla versione *ante* riforma del 2001 v. il commento di MARZADURI e BRESCIANI, *Commenti articolo per articolo, d.l. 22.12.1994, n. 717 (violenza e competizioni agonistiche)*, cit., pp. 209 e ss. Sulla versione *post* riforma del 2001, v. MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 807. Una ricostruzione della disciplina e delle sue vicissitudini, cagionate dalla tecnica della legislazione emergenziale, può leggersi in CURI, *La fretta, che l'onestade ad ogni atto dismaga*, in *Cass. pen.* 2007, p. 2259; e v. pure FIORENTIN, *Le misure di prevenzione nell'ambito sportivo*, in *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 203 e ss.

<sup>18</sup> È la già citata opinione esposta al meglio da FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., pp. 115 e ss.

Il dato è appieno evidente già dal tenore testuale delle fattispecie, costruite nei termini di ipotizzabile *modus vivendi* fondato sul delitto (art. 1, nn. 1, 2 e parzialmente n. 3, L. n. 1423 del 1956); ipotizzabile appartenenza alle consorterie criminali di cui all'art. 416*bis* c.p. e ipotizzabile commissione dei reati di cui all'elenco dell'art. 51, comma 3*bis*, c.p.p. (art. 1 L. 575 del 1965); congetturabile futura commissione di reati commessi con armi o di sovversione dell'ordinamento statale, nonché ipotetiche condotte di *favor* per il terrorismo internazionale (art. 18 L. n. 152 del 1975); ipotizzabili condotte delittuose in occasione o a causa di manifestazioni sportive (art. 6 L. n. 401 del 1989).

All'interno dei casi elencati appare sostanzialmente inesistente lo scarto tra spazio dell'accertamento penale e spazio del processo di prevenzione: per lo più le fattispecie preventive si presentano sostanziate dal riferimento testuale a reati specifici, a categorie di reati, ai delitti in genere<sup>19</sup>.

In questo senso può dirsi che il legislatore ha considerato il monito dottrinale che censurava le misure di prevenzione a causa del difetto di tassatività delle relative fattispecie<sup>20</sup>: un maggior tasso di determinatezza, oggi, appare assicurato dal riferimento ad ipotesi di reato che di volta in volta vengono in considerazione nel caso specifico, con l'unica eccezione delle ancora fortemente generiche figure di cui ai nn. 1) e 2) dell'art. 1 L. 1423 del 1956.

Ciò posto, nel tornare all'ipotesi iniziale, si nota senz'altro come il legislatore abbia senz'altro ritenuto che la giurisdizione senza legalità costituisse una mera illusione di garanzia<sup>21</sup> o una vistosa contraddizione in termini; ma al contempo abbia pure *sfruttato* la necessità (costituzionale) di conferire sostanza alle sfuggenti fattispecie di prevenzione per adoperarle quale succedaneo di un accertamento penale mancante o fallito.

A ben vedere, il dato conduce direttamente all'analisi di quello che abbiamo posto come secondo assunto da sottoporre a verifica: posto che le fattispecie di prevenzione sembrerebbero almeno in parte

---

<sup>19</sup> Si tratta di un processo di relazionamento alle fattispecie del codice penale che si mostra nuovamente, con limpida chiarezza, nel recentissimo art. 10 L. n. 125 del 2008, con cui si è esteso il profilo soggettivo della L. n. 575 del 1965 anche ai "soggetti indiziati" dei delitti elencati nell'art. 51, comma 3*bis*, c.p.p.

<sup>20</sup> Per tutti v. la puntualissima disamina di BRICOLA, *Forme di tutela <<ante delictum>>*, cit., *passim*.

<sup>21</sup> L'espressione è di BRICOLA, *Forme di tutela*, cit., p. 56.

emendate dalla vaghezza dei pregressi riferimenti semantici, è legittimo parlare ancora di indeterminatezza della fattispecie quale fattore determinante dell'estesa discrezionalità ascritta all'operato giudiziale nel settore?

## 2. L'INTERVENTO GIUDIZIARIO DI PREVENZIONE E L'ATTO AMMINISTRATIVO.

In vista della possibilità di rispondere a questo interrogativo in termini esenti dallo spirito polemico che (comprensibilmente) invade quasi ogni trattazione della materia, sembra opportuno allargare l'analisi a comprendere, anzitutto, *quando* una determinata fattispecie possa indicarsi come *fonte di potere discrezionale* e, in secondo luogo, verificare somiglianze e differenze tra atti sicuramente discrezionali e il provvedimento emesso dal giudice della prevenzione.

A legittimare l'analisi si aggiunge la suggestiva ipotesi di chi tende a leggere il procedimento di prevenzione quale atipica zona di <<interferenza tra potere amministrativo e potere giudiziario, in cui il giudiziario pone in essere una sostanziale attività amministrativa>><sup>22</sup>.

Si noti: la congettura in parola risultava legittimata ed anzi appariva sostanzialmente fondata sulla previsione del potere d'avvio del procedimento di prevenzione in capo al Questore, ai sensi dell'art. 4 L. 1423 del 1956 –ossia della legge fondamentale in materia di prevenzione- la cui esistenza sembrava palesare un rapporto P.A./Tribunale non mediato dalla valutazione della proposta ad opera del p.m., e dunque <<un tentativo di imporre all'autorità giudiziaria la ricostruzione dei fatti operata dalle autorità di polizia, secondo la logica della compromissione amministrativa del potere giudiziario già sperimentata in passato>><sup>23</sup>.

Ebbene, l'esistenza –ed anzi l'odierna dominanza prasseologica- della concorrente legittimazione alla proposta del Procuratore della Repubblica territorialmente competente, come pure del Procuratore nazionale antimafia e del Direttore della direzione investigativa

---

<sup>22</sup> Così MERUSI, *Profili amministrativi delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, cit., p. 127.

<sup>23</sup> Sono ancora parole di MERUSI, *Profili amministrativi*, *ibidem*.

antimafia, ai sensi dell'art. 2 L. 575 del 1965<sup>24</sup>, non sembrano delegittimare la proponibilità dell'ipotesi, posto che la natura inquisitoria del procedimento e, dunque, il deflusso *totale* del materiale unilateralmente acquisito a fondamento della proposta nel fascicolo per il giudizio<sup>25</sup>, nonché le suggestive peculiarità del materiale conoscitivo adoperato per la decisione e quelle del procedimento probatorio<sup>26</sup>, autorizzano quantomeno il dubbio di trovarsi in presenza di un giudice che, al pari di una (ormai superata) configurazione del giudice amministrativo, si pone quale *organo di controllo dell'atto piuttosto che organo della sussunzione*, con mediata conoscenza del fatto storico<sup>27</sup> e deresponsabilizzato della sua qualificazione.

In altre parole, non solo la ricorrente *querelle* sulla natura discrezionale del potere attribuito al giudice della prevenzione dal tipo di fattispecie applicata, ma anche le caratteristiche dell'indagine conoscitiva affidata a quel giudice, esigono che l'analisi si sposti su di un piano apparentemente estraneo a quello della trattazione, ossia uno che proponga all'attenzione dell'interprete le caratteristiche del decreto di prevenzione e quelle dell'atto amministrativo discrezionale.

Concentrando inizialmente il ragionamento sulla denotazione del decreto quale frutto d'esercizio di un potere discrezionale, una premessa appare obbligata: talora, in maniera tanto seducente, quanto potenzialmente foriera di fraintendimenti, si definisce discrezionale *tutta* l'attività giudiziale di sussunzione<sup>28</sup>, sulla scorta di forme

---

<sup>24</sup> Doverose precisazioni sul punto in FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., pp. 177 e ss. La legittimazione alla proposta del Direttore D.I.A. è frutto di interpolazione dell'art. 2 ad opera della recente L. n. 125 del 2008.

<sup>25</sup> Sul punto v. ancora FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 166 e ss.

<sup>26</sup> Su cui ci si intratterà debitamente nel prosieguo dell'analisi.

<sup>27</sup> Parafrasando sempre MERUSI, *Profili amministrativi*, cit., p. 125.

<sup>28</sup> Ad una discrezionalità latamente presente nel momento della sussunzione fa riferimento, ad esempio, BARAK, *La discrezionalità del giudice*, ed. it., Milano, 1995, *passim*. Sembra doveroso rilevare come non solo il diritto e la filosofia del diritto, ma, prima ancora, la medesima filosofia analitica si ponga sempre più spesso l'obiettivo del richiamo a forme di percezione del reale capaci di definirsi in termini di 'oggettività'. Significativa, in tal senso, la recente opera di NOZICK, *Invarianti*, Bologna, 2003, *passim*. In senso opposto, peraltro, si collocano affascinanti opere che tracciano in termini talora schiacciati e imprescindibili i contorni di una relativizzazione irridimibile della conoscenza, distruggendo i confini rassicuranti del <<servizievole mondo di tutti i giorni>>: in quest'ultima prospettiva v. GOODMAN, *Vedere e costruire il mondo*, Bari, 2008 (rist. inalterata della prima edizione italiana del 1988), p. 23 per la frase poc'anzi citata, e LICATA, *La logica aperta della mente*,

d'irrazionalismo giuridico che negano la possibilità di distinguere fatto e diritto e, all'interno di entrambi, la valutazione puramente soggettiva ed eventualmente arbitraria dell'*homo iudicans*.

Sulla scia di siffatte opinioni, si rintraccia un utilizzo della formula “potere discrezionale” realizzato sulla base di una convenzione linguistica diffusissima e, peraltro, idonea a privare il termine del suo significato giuridico –intenso e ricco di echi- per identificarlo col potere (del giudice) di determinare la propria condotta in una pluralità di direzioni, definite come tutte concepibili e tutte legittime<sup>29</sup>.

Il “lessico familiare” della discrezionalità (potere discrezionale, valutazione discrezionale, determinazione discrezionale, mezzo di prova discrezionale, *etc.*) affiora in effetti pressoché continuamente non solo e non tanto nella giurisprudenza di merito, ma nelle pronunzie della Corte di cassazione ed anche, talora, della Corte costituzionale: non solo –come appresso si vedrà- la selezione e valutazione dei dati informativi nel processo di prevenzione, ma, allargando brevemente il cerchio dell'analisi, può notarsi che, ad esempio, l'ammissione della consulenza tecnica nel processo civile e della perizia nel processo penale *sono comunemente definite atti discrezionali*; così come discrezionali sarebbero pure la sostituzione del consulente tecnico d'ufficio inefficiente o sospetto ai sensi dell'art. 196 c.p.c., la decisione di ricovero dell'indagato in struttura del servizio psichiatrico, in alternativa alla misura della custodia cautelare in carcere ai sensi dell'art. 286 c.p.p.<sup>30</sup>; gli accertamenti sulla c.d.

Torino, 2008, *passim*. In particolare lo studio di LICATA –frutto dell'opera sincretistica di un fisico che tenta di congiungere in un approccio unitario fondamentali approdi delle scienze cognitive e della fisica teorica- induce il sospetto che non vi siano “letture discrezionali” o arbitrarie dell'oggetto di conoscenza di volta in volta considerato, ma che *ogni* forma di conoscenza sia, per definizione, influenzata in termini sostanzialmente incommunicabili e difficilmente controllabili dal soggetto conoscente.

<sup>29</sup> L'uso giurisprudenziale del termine “discrezionale”, a proposito di molteplici poteri del giudice penale, appare in questo senso assolutamente significativo di questo modo che deve definirsi generico e per nulla denotativo. Sul punto ci si permette di rinviare a VALENTINI, *Il potere del giudice nell'ammissione della prova*, Padova, 2004, *passim*.

<sup>30</sup> <<Il diniego di applicazione della custodia cautelare in luogo di cura in sostituzione della custodia in carcere motivato con l'assenza di pericolosità dell'indagato è in contrasto con il dettato dell'art. 286 cod. proc. pen., che non indica fra le condizioni per la tramutazione della misura un simile requisito, richiedendo soltanto, perché il giudice, *nell'esercizio del suo potere discrezionale*, disponga il *ricovero provvisorio dell'indagato in un'idonea struttura del servizio psichiatrico*, che la persona da

capacità processuale dell'imputato *ex art. 70 c.p.p.*<sup>31</sup>, l'intervento presidenziale durante l'esame del teste in dibattimento previsto dall'art. 499 c.p.p.<sup>32</sup>, la decisione d'introduzione della prova nuova ai sensi dell'art. 507 c.p.p., *etc. etc.*

Poiché la disamina delle singole fattispecie dimostra *per facta concludentia* come quest'uso della formula "potere discrezionale" corrisponde per lo più ad un *abuso* del concetto<sup>33</sup>, deprivato del significato suo proprio ed inteso come mero contenitore linguistico<sup>34</sup> ritenuto capace di sottendere *l'incontrollabilità della valutazione di merito* sottesa, di volta in volta, alla singola fattispecie, conviene piuttosto –come si accennava– investigare su cosa s'intenda per "discrezionalità" nel settore d'origine della nozione.

Sullo scivoloso terreno della delimitazione concettuale è probabilmente possibile tracciare una *summa divisio*, configurata da una duplicità di posizioni, contraddistinte sostanzialmente dall'identificazione di un rapporto di sostanziale differenza o, all'opposto, sostanziale similitudine che viene tracciato tra i concetti d'interpretazione e di discrezionalità.

Sul primo versante, pur sottolineando la varietà del panorama definitorio, si ritiene che il nucleo essenziale della formula sia da identificarsi in <<due fattori principali>>, ovvero, da un lato, <<il

sottoporre a misura cautelare si trovi in stato di infermità di mente da escludere o da menomare grandemente la sua capacità di intendere e di volere>>: Cass., Sez. VI, 20 luglio 1992, rv. 191315 in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 558.

<sup>31</sup> <<In tema di accertamenti sulla capacità dell'imputato, il giudice non è tenuto necessariamente a disporre perizia, in quanto, come risulta dalla locuzione "se occorre" contenuta nell'art. 70, primo comma, cod. proc. pen., l'espletamento di tale attività rientra nel potere *discrezionale* del giudice, il quale deve a tal fine valutare se gli elementi dei quali dispone siano insufficienti ai fini dell'accertamento dello stato mentale dell'imputato>>: Cass., Sez. VI, 24 aprile 1997, rv. 208917.

<sup>32</sup> <<Ai sensi dell'art. 499 comma sesto c.p.p. rientra nel *potere discrezionale del Presidente* di intervenire nell'esame del teste al fine di assicurare la pertinenza delle domande, la genuinità delle risposte e la lealtà dell'esame medesimo, di guisa che nessuna violazione del diritto di difesa è ravvisabile nell'intervento del Presidente che chieda precisazioni al teste circa il contenimento di una risposta conseguente ad una domanda formulata dal difensore>>: Cass., Sez. I, 10 febbraio 1995, rv. 200241.

<sup>33</sup> Anche qui sia consentito il rinvio a VALENTINI, *Il potere discrezionale del giudice*, cit., *passim*. Nel processo civile v. MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, *passim*.

<sup>34</sup> Che il termine risulti <<usato in contesti alquanto diversi, e solo in una minoranza dei casi esso è rapportabile alla nozione tradizionale di discrezionalità>> risulta essere anche la considerazione di BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 180 e anche p. 203.

particolare vincolo “positivo” che condiziona l’attività discrezionale>> identificato nell’ <<obbligo di realizzare uno scopo determinato>>, dall’altro <<l’operazione intellettuale caratteristica di questa attività, che è il giudizio di opportunità>><sup>35</sup>, indi, in termini più dettagliati –ma anche di maggior rilievo per la presente analisi- si chiarisce come la “forma” data dalla legislazione alla norma/origine di un potere discrezionale sia sempre e solo quella di <<norma che non fissa nella fattispecie tutti gli elementi di individuazione e qualificazione dei fatti>> ragion per cui <<non ... consente che si proceda in via interpretativa a verificare la sussistenza delle condizioni alle quali sono legate le conseguenze giuridiche previste>><sup>36</sup>.

La particolarità della norma/fonte di potere discrezionale appare nel fatto che, proprio in considerazione del suo indispensabile aggancio con un momento di selezione ed estrapolazione dal reale dei fatti rilevanti, essa risulta necessariamente strutturata sulla base di un duplice tipo di direttive che rivolge all’utente: <<l’una fissa gli obiettivi e gli interessi che rappresentano il “vincolo positivo” della potestà discrezionale conferita>>; d’altro canto, proprio a cagione dell’attività valutativa e *non certo interpretativa* che la norma discrezionale consente al destinatario, <<la seconda componente delle “fattispecie di potere” regola il procedimento: lo fa perché il suo sviluppo non è implicito, come potrebbe dirsi per le norme condizionali (ne è prova la scarsa considerazione in cui sono tenute le regole legislative sul procedimento di interpretazione delle leggi)>><sup>37</sup>.

In altri termini: secondo questa prima costruzione, all’inapplicabilità della logica sussuntoria e delle regole interpretative alla norma/fonte di potere discrezionale, fa da contraltare il *vincolo dell’organo pubblico destinatario allo scopo della norma e alle regole procedurali dell’attività svolta*. La norma fonte di potere discrezionale sarebbe inconfondibile con la fattispecie astratta <<tipica della sussunzione giudiziaria>><sup>38</sup>.

Deve notarsi, qui, come l’interesse dello studio, di cui si sono sin qui evidenziati alcuni passaggi, risiede particolarmente nel suo essere finalizzato all’approfondimento di struttura e funzione di quel

---

<sup>35</sup> Così BIN, *Atti normativi*, cit., p. 179.

<sup>36</sup> Così ancora BIN, *Atti normativi*, cit., p. 208.

<sup>37</sup> BIN, *Atti normativi*, cit., pp. 208-209.

<sup>38</sup> BIN, *Atti normativi*, cit., p. 226.



particolare genere di norme “indeterminate” che sono le norme programmatiche.

Sul secondo versante, si colloca la costruzione di chi ad essa giunge in esito ad un’ articolata analisi delle radici storiche della formula, finalizzata al problema configurato dal bisogno di conferire <<giuridicità>> a <<quello spazio non regolato dalla legge>><sup>39</sup> rintracciabile al fondo di ogni fattispecie costitutiva di potere discrezionale. Il peculiare interesse dello studio appare questa volta dalla chiara manifestazione del suo intento di scrutare nelle origini più remote per, poi, meglio vagliare nella modernità i *limiti effettivi del sindacato giudiziale* sull’attività (discrezionale) della pubblica amministrazione.

L’analisi prende le mosse dal riscontro della natura estremamente risalente del <<nesso necessario di complementarietà tra *assenza* (sia in senso di lacunosità, sia in senso di indeterminatezza) di disciplina normativa e *presenza* di potestà discrezionali>><sup>40</sup>, per sottolineare successivamente l’aggancio argomentativo in virtù del quale se la discrezionalità è concepita come *libera*, a cagione dell’assenza di vincoli legislativi, allora la verifica giurisdizionale dell’attività svolta in quell’ambito sarebbe inammissibile<sup>41</sup>.

Già da questi primi, sintetici rilievi, non sfugge come l’identificazione –validata dall’analisi storica del concetto– tra potere discrezionale e difficoltà di verifica giurisdizionale sulla scelta effettuata, trovi una chiara eco non solo in tanti ricorrenti *refrain* della giurisprudenza sul nesso asseritamente esistente tra discrezionalità dell’atto e incontrollabilità del medesimo, ma anche *nella forma attuale del ricorso per cassazione in materia di prevenzione*, dove il possibile controllo sul decreto appare mantenersi su un livello *più basso e meno impegnato di quello che il giudice amministrativo effettua sull’atto amministrativo discrezionale*; ma sul punto converrà intrattenersi nel prosieguo.

Nella (storica) prospettiva appena delineata un dato risulta evidente: <<la scelta discrezionale non può che apparire come la tipica manifestazione di un potere assoluto, estranea al diritto, poiché essa è

---

<sup>39</sup>COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, p. 292.

<sup>40</sup>COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, cit., p. 41.

<sup>41</sup>COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., pp. 72-73.

del tutto inattaccabile anche in presenza di arbitri e di macroscopiche ingiustizie>><sup>42</sup>.

È ancora interessante notare come questa vetusta ricostruzione – dotata, peraltro, di echi persistenti anche nella dottrina italiana degli ultimi anni del novecento<sup>43</sup> - finisca col *porre sullo stesso piano la discrezionalità del giudice e quella dell'amministratore*, tutte le volte in cui essi si trovino ad operare la “sussunzione” tra fatto e norma con riferimento ad una fattispecie indeterminata: in entrambi i casi si parla di *potere libero*; di interpretazione, in un caso, di esecuzione, nell'altro. Ed è altrettanto utile notare come si evidenzi pure che l'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale novecentesca in materia – osservata nell'angolo prospettico, particolarmente denso di intuizioni, del dibattito tedesco sulla discrezionalità- reca segni visibili di uno sforzo finalizzato ad impedire che <<la genericità delle formulazioni legislative nella indicazione o nella descrizione dei presupposti di fatto, idonei a fondare il concreto esercizio del potere, si traduca in un rinvio all'arbitrio>><sup>44</sup>.

Al punto estremo di quest'arco evolutivo si ritrova, poi, <<una concezione esasperata ed estremamente ideologizzata dello “Stato di diritto”>>, dove si tende a risolvere il potere discrezionale creato dalla fattispecie indeterminata in un mero problema di interpretazione, che deve essere decifrato con strumenti identici per l'amministratore e per il giudice, considerati entrambi quali <<interpreti ed esecutori imparziali della legge>>, al punto che l'amministrazione si trasforma in un <<organo decisionale di prima istanza (*Entscheidungsgremium erster Instanz*), competente cioè ad integrare in via preliminare le norme “aperte” in considerazione del caso concreto. La Corte amministrativa viene correlativamente ad assumere il “ruolo di corte d'appello”>><sup>45</sup>.

Si noti come i vertici di questo vigoroso percorso –da una discrezionalità intesa in senso ancora pronò rispetto alle esigenze dello

---

<sup>42</sup> COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p. 77.

<sup>43</sup> Il rilievo è sempre di COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p., 85, in particolare nota 71, ma anche p. 215, dove si parla della <<difficoltà di superare definitivamente l'originaria concezione di un potere discrezionale *agiuridico*: “libero”, cioè, nei riguardi della legge>>.

<sup>44</sup> COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p. 232. Sul punto v. pure le belle pagine di NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, ed. 2002, pp. 24 e ss., che sottolinea <<la ragione politica essenziale degli istituti di giustizia amministrativa>>.

<sup>45</sup> COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p. 252.

Stato assoluto, rispetto ad una ridotta a forma esegetica della volontà del parlamento sovrano- coincidano con *l'ideale sovrapposizione tra amministratore e giudice*, in un caso considerati entrambi, dinanzi alla fattispecie indeterminata, liberi dalle pastoie della legge e dell'interpretazione, ovvero <<addetti ai lavori>> chiamati al completamento (appunto libero) dello spazio lasciato vuoto dal legislatore; nell'altro, ritenuti entrambi vincolati al rispetto di una *voluntas legis* sempre rintracciabile, pur qualora essa appaia massimamente sfuggente nel contesto della norma massimamente indeterminata.

Ne deriva una conclusione assai interessante: premessa una lettura della discrezionalità quale <<ambito che la legge ritiene di non dover disciplinare, per affidare all'amministrazione una certa autonomia di scelta in base ad una situazione di fatto da valutare in concreto>><sup>46</sup>, vengono riprese e coltivate storiche intuizioni secondo le quali il potere discrezionale *deve* e *può* trovare limiti non solo all'esterno della propria area d'azione (ossia nel testo della norma attributiva del potere), ma all'interno di quello stesso spazio<sup>47</sup>, tramite la ricerca giurisprudenziale di *principi generali del diritto*, invalicabili anche all'interno dello spazio lasciato libero dal legislatore ed *inverati dal giudice chiamato al controllo, tramite un <<pieno ed autonomo accesso... al fatto>>*<sup>48</sup>.

In tutte le analisi più recenti del fenomeno "discrezionalità" affiora, peraltro, la consapevolezza –talora strisciante, talaltra esplicitamente affermata- che l'ampiezza del campo di scelte possibili, affidate all'amministrazione, trova un limite significativo e, anzi, a ben vedere, il proprio *ubi consistam* o, se si vuole, la propria forma di manifestazione necessaria, nella *ritualizzazione dell'attività amministrativa*, a causa della quale l'atto emesso risulta (*rectius* deve risultare emesso) ad esito di un coinvolgimento del privato e di un vero e proprio contraddittorio col medesimo, così che l'attuazione del precetto legislativo non appare più come frutto di un puro atto autoritativo<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p. 220.

<sup>47</sup> COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., pp. 219 e ss.

<sup>48</sup> COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p. 301.

<sup>49</sup> PUBUSI, voce *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, ed. 2004, IX, p. 402 e in particolare pp. 406 e ss.; LAZZARA, voce *Discrezionalità e merito*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica*, Bergamo, 2007, 5, p. 461 e soprattutto pp. 464 e ss.

Significativamente, anzi, –in particolare per la prospettiva qui di maggior rilievo- si osserva che <<il procedimento diviene... una delle sedi in cui viene determinata la norma concreta, proseguendo il confronto tra gli interessi non definito in sede legislativa>><sup>50</sup> e che le risultanze istruttorie, introdotte all'attenzione dell'amministrazione procedente *ex officio* o per iniziativa del privato coinvolto <<possono finanche condurre alla c.d. *riduzione a zero della discrezionalità*>><sup>51</sup>.

Esattamente in questa prospettiva, la legge sul procedimento amministrativo (L. n. 241 del 1990, oggi come innovata con leggi nn. 15 e 80 del 2005) è stata definita <<la più importante riforma dell'amministrazione fatta nell'ordinamento repubblicano>> e ciò in considerazione del suo scopo manifesto, identificato nello sforzo di <<sconfiggere l'autoritarismo, l'irresponsabilità e l'arbitrio dell'azione amministrativa>><sup>52</sup>, il tutto in un contesto in cui –come ormai unanimemente riconosciuto- <<il legislatore non sa o non vuole individuare modelli stabili di composizione degli interessi pubblici e privati, lasciando agli apparati il compito di provvedervi>><sup>53</sup>.

### 3. IL PROVVEDIMENTO DISCREZIONALE.

Il potere discrezionale, dunque, prende origine da una norma fraseggiata in modo *volutamente* indeterminato, così che *uno degli elementi della fattispecie normativa si concretizzi solo in relazione ad una data situazione di fatto il cui accertamento è demandato dal legislatore all'organo pubblico*<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> PUBUSI, voce *Merito*, cit., p. 407.

<sup>51</sup> LAZZARA, voce *Discrezionalità*, cit., p. 465 che ancora osserva: <<si comprende allora come la scelta discrezionale possa essere legittimamente assunta soltanto dopo aver correttamente acquisito e ponderato tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto>>. Il corsivo nel testo è dell'autrice.

<sup>52</sup> Così TOMEI, *Il procedimento amministrativo tra evoluzione della società e trasformazioni dell'amministrazione*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa. Commento alle legge n. 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, a cura di TOMEI, Padova, 2005, pp. 3 e ss.

<sup>53</sup> TOMEI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 8; ma sostanzialmente in questo senso v. pure i lavori di BIN, *Atti normativi*, cit., *passim*; e COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., *passim*.

<sup>54</sup> In questi termini, sulle orme delle note teorie di Jellineck, v. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 253, ma anche, al di fuori della peculiare prospettiva del diritto amministrativo, CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 170.

La suggestiva e sicuramente convincente immagine reca in sé, peraltro, l'intrinseco rischio di occultare la trama delle distinzioni *tra giudizio discrezionale e giudizio di fatto*<sup>55</sup>.

Nel giudizio (realmente) discrezionale l'organo giudicante non è *sic et simpliciter* abilitato a compiere valutazioni e successive scelte in modi più o meno liberi da vincoli derivanti dalla fattispecie; egli è chiamato al (non facile) compito di riempire di contenuto una disposizione normativa variabilmente incompleta, indi a compiere un'opzione relazionata ad un numero mutevole di vincoli, e tutto ciò *solo* dopo aver svolto un'attività di conoscenza del substrato fattuale rilevante nella prospettiva della norma medesima<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Per uno spunto in tal senso può essere sufficiente già leggere le considerazioni in merito alla differenza tra attività d'accertamento e potere discrezionale tracciata da GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 485.

<sup>56</sup> In questo senso si legga pure FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 151 e ss. È particolarmente proficuo, in tal senso, il confronto tra due norme processuali non più in vigore, ovvero tra l'art. 254 c.p.p. 1930 in versione *ante* e *post* riforma operata con L. n. 532 del 1982. Nella *facies* meno recente il mandato di cattura c.d. facoltativo era da emettersi sulla base di una valutazione che doveva <<tener conto delle qualità morali della persona e delle circostanze del fatto>>. Nel testo riformato, la stessa disposizione ancorava la decisione ai parametri <<del pericolo di fuga dell'imputato o del pericolo per l'acquisizione delle prove, desunti da elementi specifici, nonché dalla pericolosità dell'imputato, desunta dalla sua personalità e dalle circostanze del fatto in rapporto alla tutela della collettività>>.

La prima fattispecie è esempio paradigmatico ed estremo di norma intenzionalmente indeterminata, in cui il legislatore conferiva al giudice il potere/dovere di esplorare le circostanze del caso concreto alla ricerca di quelle che apparissero idonee a riempire il vuoto dispositivo, all'interno di un novero di situazioni (le qualità morali della persona e le circostanze del fatto) definite solo come un amplissimo *genus* nonché in assenza di qualunque scelta di fini o valori, indicati a restringere e dirigere le opzioni giudiziali. La seconda norma mostra un'evoluzione in cui l'intento legislativo di confermare l'affidamento al giudice della determinazione di quell'elemento della fattispecie rappresentato dalle esigenze cautelari, si coniuga con una riduzione 'in quota' dei margini del potere/dovere giudiziale mediante l'adozione di un *genus* più ristretto e l'*indicazione di finalità da perseguire*. In entrambi i casi, il legislatore anziché enumerare casisticamente e descrivere quelle condotte dell'imputato che ritenesse rappresentative di un *periculum in mora*, enunciava uno o più vincoli concettuali entro il cui perimetro il giudice era chiamato ad estrapolare fatti, che assumessero direttamente *valore* di riempimento della fattispecie.

Entrambe le versioni dell'art. 254 c.p.p. 1930 venivano definite, quindi, correttamente quali disposizioni configuranti una decisione *discrezionale* del giudice, versioni differenziate, appunto, solo dall'ampiezza del campo entro cui operare la scelta omonima, *ovvero la valutazione delle circostanze fattuali che fossero leggibili quali "segni"* della potenziale pericolosità dello *status libertatis* dell'imputato. È estremamente interessante, per la presente analisi, notare come, sotto la vigenza del

Ciò detto, però, appare ancora ignota la linea di demarcazione tra giudizio di fatto e opzione discrezionale.

Si consideri anzitutto il dato ovvio per cui un giudizio di fatto è sempre e comunque incluso nel ragionamento giudiziale contenuto nella sentenza: apprensione del fatto e conferimento di valore al medesimo sono, per definizione, l'in sé dell'opera del giudice<sup>57</sup>.

In questo senso generalissimo, l'accertamento dei fatti che precede il giudizio discrezionale non differisce dalla ricostruzione dell'accaduto storico di cui si sostanzia il giudizio di fatto.

A rendere più complesso il discorso si aggiungono non solo le note difficoltà definitorie che affliggono tanto il concetto di giudizio discrezionale quanto quello di giudizio di fatto<sup>58</sup>, ma anche la persistente tendenza a negare la possibilità di <<distinguere il diritto (o, comunque, il criterio di valutazione) dal fatto (o, comunque, dall'oggetto della valutazione)>><sup>59</sup>.

Si allude qui -è chiaro- a tutte quelle teorizzazioni dell'interazione costante tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, che finiscono con il colorare fatalmente, seppur in varia misura, l'attività del giudice come *potestativa* e non già *cognitiva*<sup>60</sup>.

codice abrogato, si notasse che <<il settore processuale che, più di ogni altro, presenta modelli normativi aperti alle *componenti discrezionali* è, naturalmente, quello dei *provvedimenti cautelari* e, in particolare, della custodia personale dell'imputato>> [corsivo nostro]: così CRISTIANI, *La discrezionalità dell'atto nel processo penale*, Milano, 1985, p. 155.

<sup>57</sup> Sul punto non si può che rinviare a UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, *passim*.

<sup>58</sup> Sul punto, all'interno di una letteratura ormai vastissima e ricca di contributi di grande valore, resta ineliminabile la lettura delle pagine di CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964 (rist. ed. 1937), *passim*, che al tema dedica pagine non solo brillanti, ma spesso tanto ironiche, quanto intense.

<sup>59</sup> La frase è mutuata da VERDE, voce *Prova. b) Teoria generale e diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 579 e ss., il quale, peraltro, articola con equilibrio la critica contro le teorie irrazionalistiche e/o intuizionistiche che negano in radice la possibilità di distinguere fatto e valore giuridico e, in ultima analisi, di configurare in termini razionali l'attività del giudicare. Con analogo equilibrio, v. pure TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv. (Sez. civile)*, XVI, Torino, rist. 2004, pp. 3 e ss.

<sup>60</sup> Per queste conclusioni v. diffusamente RENTERIA DÍAZ, *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, Milano, 2000, p. 59. Si noti come l'idea della decisione giudiziale come frutto di attività decisoria e non cognitiva, affiora decisamente anche nell'opera di Kelsen, non solo nei suoi ultimi sviluppi, ma sin dalle prime e più note elaborazioni; in questi termini, v. GIANFORMAGGIO, *In difesa del sillogismo pratico ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milano, 1987, p. 95,

La difficoltà o addirittura la teorizzazione dell'impossibilità di distinguere *quaestio facti* e *quaestio iuris*<sup>61</sup>, non sono solo idonee ad incidere profondamente sulla praticabilità dei compiti di controllo affidati alla Corte di cassazione<sup>62</sup>, ma complicano ogni discorso che

---

secondo cui, all'interno dell'ultimo studio di Kelsen, ovvero il noto *Allgemeine Theorie der Normen*, si troverebbe espresso, in ultima analisi, tra l'altro, un concetto già contenuto tutto nella *Dottrina pura del diritto*, ovvero che «ogni produzione giuridica, anche la produzione di una norma individuale, è funzione della volontà, oltretutto della conoscenza, ed in definitiva è la volontà che trionfa sulla conoscenza perchè i controlli istituzionali sulla correttezza delle due premesse (giuridica e di fatto) del presunto sillogismo normativo costruito dall'organo che applica e produce diritto, devono pure avere un termine».

<sup>61</sup> Essenziale, per la conoscenza e lo svolgimento di codesta linea di pensiero è la lettura delle pagine di M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976, la cui brillante teorizzazione può forse riassumersi nel concetto secondo cui «il fatto intanto può sottoporsi all'attenzione del giudice in quanto presenti le note di una rilevanza giuridica che viene espressa dalla legge. Anche la mancanza di rilevanza di un fatto intanto può essere stabilita in quanto il fatto si trovi al di là dei limiti della considerazione della legge. Il fatto non viene descritto, dunque, in quanto fatto, ma in quanto oggetto di una qualificazione giuridica. Sotto questo aspetto si potrebbe allora dire che il giudizio è sempre innanzitutto giudizio di diritto. E si può comprendere che cosa significhi dire che il fatto è condizionato dal diritto. Esso si presenta già con le note della rilevanza giuridica e nasce condizionato in un sistema di valutazioni normative» (così a p. 225). Ma esattamente in questa prospettiva deve tornarsi anche allo studio di CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., ad esempio a p. 180: «la più esatta o meno contraddittoria maniera di distinguere [la risposta alla *quaestio facti* dalla risposta alla *quaestio iuris*] è quella di concepire la prima come pura *probatio* e la seconda come pura *iurisdictio*. Impossibile è infatti, s'è visto, distinguere l'una come pura *cognitio facti* dall'altra come pura *cognitio iuris*, giacché conoscenza del diritto significa in concreto sussunzione sotto il diritto e nessun fatto si può sussumere sotto il diritto se anzitutto non lo si conosce, cioè se non lo si ha presente al pensiero».

<sup>62</sup> L'influenza di una siffatta linea di pensiero sulla possibilità di ricostruire in termini limpidi il fenomeno della decisione giudiziale è innegabile e ripetutamente sottolineata, anche se sviluppi più recenti testimoniano la sua rimediazione in una prospettiva che ne smussa le componenti più spiccate al fine di comprendere in termini razionali e comunicabili l'opera del giudice, esattamente partendo dalla premessa della possibilità di scindere *quaestio facti* e *quaestio iuris*. V., esemplarmente in tal senso, FERRUA, *Il giudizio di diritto nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, n. 1825; nonché ID., *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 51: «La distinzione tra giudizio storico e giudizio di valore è fondamentale nel processo, sebbene sia evidente che anche il giudizio di esistenza implichi comunque una qualificazione (non giuridica); essendo il fatto individuabile solo attraverso il linguaggio che lo ritaglia dal reale, il giudice non può conoscere nessun fatto, né presente, né passato, senza 'qualificarlo', senza precisare in qualche modo *che cosa* esso sia»; come pure FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., *passim* e, conclusivamente sul punto, p. 140; e nettamente VERDE, voce

tenti di denotare i caratteri propri della scelta discrezionale –intesa quale frutto di un potere/dovere del giudice di determinare gli elementi in bianco di una fattispecie intenzionalmente indeterminata–rispetto ai tratti caratterizzanti delle scelte compiute dal giudice nel giudizio di fatto; ed è ovvio, considerato che l'attività esplicativa di discrezionalità è attività che *segue* quella di esegesi del testo normativo e *vale a completarne gli estremi*, così presentandosi al giudice, per questo aspetto, appunto come *quaestio iuris*, non diversamente dall'interpretazione.

Si è visto, in effetti, come il potere discrezionale derivi senz'altro dalla ritenuta necessità legislativa di lasciare indeterminati uno o più elementi della fattispecie, affidandone il completamento al giudice o all'amministratore in vista di un miglior bilanciamento degli interessi esistenti nel caso concreto<sup>63</sup>; se si accetta questa premessa, si dovrà anche convenire che siffatta attività, seppur *necessariamente preceduta da un accertamento di fatto*, consiste non già *nell'instaurazione di un rapporto d'identità/differenza tra una fattispecie concreta ed una astratta*, ovvero nella sussunzione di quei dati fattuali sotto una fattispecie<sup>64</sup> (che è attività di qualificazione

---

*Prova*, cit., pp. 581 e ss. Anche il recente studio sulla discrezionalità di MARENGO, *La discrezionalità*, cit., pp. 169 e ss., assume la scindibilità tra *quaestio facti* e *iuris* come dato di partenza di un'analisi finalizzata a verificare l'esistenza di spazi di discrezionalità in seno alla fase giudiziale di decisione sulla regiudicanda. Chiarissima e ben delineata la posizione di VERDE, voce *Prova*, cit., p. 583 che conclude, in termini condivisibili, come debba <<essere confermata la tendenza a recepire i risultati di un'analisi logica di buon senso tradizionale, basata sulla separazione ontologica tra fatto e diritto e sulla conservazione di una mentalità di tipo sillogistico>> e ancora osserva l'autore come tutta l'attività processuale (delle parti e del giudice) imponga <<sempre al giudice e, prima ancora, alle parti un costante impegno di analisi, secondo il quale la narrazione del fatto va commisurata alla regola che si ritiene applicabile: un'analisi che non solo è possibile, ma diviene necessaria se si vuole imprimere ordine e razionalità al procedimento e non se ne vogliono affidare i risultati al caso e, peggio ancora, al capriccio incontrollabile dell'autorità decidente>>. Sempre in una prospettiva di rimeditazione di talune conquiste dell'epistemologia moderna e del loro modellamento in funzione della decisione giudiziale appare indispensabile leggere le pagine di COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Milano, 1992, pp. 215 e ss.

<sup>63</sup> Il momento del bilanciamento o contemperamento degli interessi è *refrain* costante degli studi giuspubblicistici più recenti; si vedano, in tal senso, tutte le opere già sopra citate e, in particolare, COGNETTI, *op.cit.*, *passim*.

<sup>64</sup> Si ricordi come ad esempio BIN, *Atti normativi*, cit., p. 208, neghi in radice che l'attività applicativa della norma discrezionale sia qualificabile come sussunzione.



giuridica del fatto<sup>65</sup>), bensì –come sopra si notava- nella *diretta attribuzione al dato, qualificato solo semanticamente, del valore di “riempitivo” della fattispecie medesima*.

È un fenomeno certo simile, nell'apparenza, a quello che viene descritto allorché si sottolinea come i difetti della fattispecie astratta, ovvero la presenza in essa di formule ‘valutative’ –che cancellano il suo carattere ‘fattuale’ o di denotazione di classi di comportamenti accertabili <<meramente per via osservativa>>- producano una discrezionalità dell'organo giudicante<sup>66</sup> che trova spazio sia all'interno dell'esegesi della norma, quanto nella sua applicazione alla fattispecie concreta, in modo tale per cui <<la premessa minore del sillogismo decisionale non è... quasi mai qualificabile, nei sistemi giuridici concreti, come un mero enunciato fattuale>><sup>67</sup>.

La differenza tra la *sussunzione* del fatto sotto la norma ‘vaga’ o contenente termini ‘valutativi’ e la *relazione* operata dal giudice tra condotta concreta e fattispecie, nel caso di norma realmente ‘discrezionale’, sta, però, tutta nel concetto per cui mentre nel primo caso *il dato concreto viene comunque giuridicamente qualificato* -sia pure sulla base di scelte volte a definire il rapporto di identità o meno con la fattispecie astratta<sup>68</sup>- viceversa nell'*autentica fattispecie discrezionale* il fatto non viene, come si diceva poc'anzi, *giuridicamente* qualificato, ma *solo semanticamente*; qualifica semantica cui segue l'istituzione di una relazione non già con un *tipo* normativizzato, ma con un ambito più ampio, segnalato dall'elemento discrezionale della fattispecie.

Risultano esclusi, poi, naturalmente, dalla categoria “norma discrezionale” tutti i casi di interpretazione problematica, provocati dalla natura geneticamente equivoca degli enunciati normativi, in quanto capaci di esprimere non uno, ma più significati alternativi; e

---

<sup>65</sup> Chiarissimo FERRUA, *Studi sul processo penale*, II, cit., p. 51: << Definire il valore giuridico di un fatto equivale ... a qualificarlo in secondo grado, assumendo come primo grado la descrizione nel linguaggio ordinario>>. Più di recente il concetto è ribadito dall' autore all'interno dell'opera *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, ed. 2005, pp. 293 e ss.

<sup>66</sup> V. pure, in tal senso, l'accurata analisi di LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, pp. 313 e ss. a proposito di quelle che egli chiama ‘espressioni vaghe socialmente tipiche’.

<sup>67</sup> Così COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, cit., pp. 236 e 237.

<sup>68</sup> Cfr. ancora COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, cit., p. 237.

men che meno appartengono al tipo i casi che suggestivamente vengono chiamati di “interpretazione dell’uomo cattivo”, precisando come <<dal punto di vista dell’ “uomo cattivo” –o, più semplicemente, del giudice devoto non alla legge, ma ad un suo proprio orientamento politico- l’interpretazione si presenta non come “accertamento”, ma come valutazione, scelta e decisione: interpretare è individuare i diversi possibili significati di un testo, valutare di ciascuno i possibili esiti pratici e scegliere il più opportuno in vista di un fine prestabilito. I problemi di interpretazione, a loro volta, si presentano perciò non come motivi di dubbio, ma come spazi o *margini di discrezionalità*>><sup>69</sup>.

Per concludere sul punto, occorre prendere atto dell’insufficienza del modello sussuntivo a dar conto, se non in termini sommari<sup>70</sup>, del ragionamento del giudice o dell’amministratore sulla norma discrezionale<sup>71</sup>, come appare chiaro appena si rifletta sulla differenza che corre tra la sussunzione (per quanto variegata di discrezionalità) che il giudice opera allorquando, per esempio, definisce un certo atto come osceno, ai sensi del codice penale, (tipica formula valutativa) e l’identificazione delle c.d. esigenze cautelari, la cui fattispecie (art. 274 c.p.p. abr.) non denota alcuna <<classe di comportamenti la cui effettuazione sia accertabile meramente per via osservativa>><sup>72</sup>.

Nell’autentica fattispecie discrezionale il giudice non è chiamato a qualificare uno o più fatti, nel senso di verificarne la relazione *d’identità* con gli elementi descritti dalla fattispecie, bensì a *scegliere* quegli stessi fatti, in quanto ritenuti *capaci di esprimere il valore o fine individuato dalla norma*; sicché l’unica qualificazione che il dato

---

<sup>69</sup> Il corsivo è dell’autore. Così GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 64, n. 6.

<sup>70</sup> Preziose, sul punto, le considerazioni di LEVI, *L’attività conoscitiva*, cit., pp. 229 e ss., che acutamente rileva: <<se si ammette che il ragionamento *de facto*, necessario nell’esplicazione di un potere, sia configurabile come una sussunzione, ne viene questa conseguenza: per stabilire l’oggetto dell’accertamento, sarebbe in ogni caso sufficiente considerare la fattispecie astratta>>. Come l’autore dimostra nelle pagine successive, l’indeterminatezza della fattispecie discrezionale costringe a far giustizia di una simile prospettiva: l’amministrazione è impossibilitata a stabilire l’oggetto del proprio accertamento sulla base dell’identificazione di uno o più fatti -o anche classi di fatti- descritti dalla norma, posto che di siffatte descrizioni la norma/fonte di potere discrezionale è, appunto, per definizione priva.

<sup>71</sup> Cfr. GIANFORMAGGIO, *In difesa del sillogismo pratico*, cit., p. 67

<sup>72</sup> Così, mutuando la descrizione di una fattispecie determinata di COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, cit., p. 236.

riceve (in base all'operazione che risponde alla domanda: *cosa è?*) resta quella derivante dal linguaggio ordinario.

Importante la conseguenza che deriva dalle premesse sin qui elaborate: la scelta effettuata dal giudice sulla base di una norma attributiva di potere discrezionale è una *quaestio iuris*, poiché quale 'riempitivo' di una norma indeterminata attiene alla precisazione del *criterio* della valutazione giudiziale (ossia al diritto), non già alla conformazione del suo *oggetto* (ossia al fatto)<sup>73</sup>, ovvero, ad esser più precisi, attiene, al tempo stesso, all' *oggetto* e al *criterio* della valutazione giudiziale, in quanto l'oggetto accertato diviene esso stesso criterio della decisione giudiziale<sup>74</sup>.

È sintomatico come in termini non dissimili si osservi che la discrezionalità di cui il giudice è dotato dall'art. 62bis c.p., in materia di individuazione delle c.d. circostanze attenuanti generiche, <<non è tampoco un giudizio di fatto, ma una vera e propria questione di diritto, perché *implica l'accertamento del valore di un fatto che è alle sue origini un valore giuridico*>><sup>75</sup>.

D'altro canto, se vero che l'opzione discrezionale è *quaestio iuris* e comunque è atto dovuto da parte dell'organo pubblico chiamato a definire il portato della norma, è altrettanto vero che il conferimento di tale potere/dovere risulta effettuato in virtù della ritenuta necessità di rendere la decisione più flessibile, adeguandola alle esigenze del caso concreto, sicché l'accertamento dei presupposti di fatto (ovvero la soluzione di una *quaestio facti*) si presenta all'organo pubblico, in realtà, come il *primo* momento di attuazione del suo dovere<sup>76</sup>.

In altri termini: la fattispecie discrezionale esige ineludibilmente dapprima un *completo* accertamento dei fatti di volta in volta rilevanti,

---

<sup>73</sup> È la già citata espressione di VERDE nella voce *Prova*, cit., p. 581.

<sup>74</sup> Si rileggano, in questa prospettiva, le considerazioni di COGNETTI, *op.cit.*, *passim*.

<sup>75</sup> Così M. MASSA, *Contributo all'analisi*, cit., p. 232. È interessante notare come la recentissima riforma dell'art. 62bis c.p., ad opera dell'art. 1, 1° comma, lett. *fbis*), D.L. n. 92 del 2008, come convertito, con modificazioni, dalla L. n. 122 del 2008, sembri finalizzata a ricondurre il potere del giudice in fase di applicazione delle c.d. attenuanti generiche, nell'alveo di una valutazione discrezionale, appunto, non già indiscriminata. V., a prima lettura e in termini piuttosto critici, le notazioni di BRICCHETTI e PISTORELLI, *Niente sconti automatici all'incensurato*, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 32, p. 99.

<sup>76</sup> In pari sensi v. MARENGO, *La discrezionalità*, cit., p. 51.

e poi *l'indicazione* di quelli tra essi che siano ritenuti idonei a riempire il vuoto definitorio della norma<sup>77</sup>.

Si vedrà nel prosieguo in quale (vasta) misura siffatto dovere di compiuta istruttoria e indicazione dei fatti sia in grado di incidere sui modi e sulla stessa possibilità di controllo della fattispecie discrezionale di prevenzione.

#### 4. IL DECRETO DI PREVENZIONE QUASI ATTO DEL GIUDICE/AMMINISTRATORE.

Il punto d'origine della presente analisi è stato l'interrogativo attinente al se sia sostenibile oggi che le fattispecie descritte dalle leggi di prevenzione siano indeterminate al punto tale da indurre una discrezionalità dell'operato giudiziale che rende il lavoro del giudice somigliante (o addirittura sovrapponibile) a quello del funzionario pubblico.

Per quanto sin qui detto, appare chiaro che di indeterminatezza derivante dall'assenza di una fattispecie penale di riferimento – indeterminatezza, dunque, come carenza di tassatività- non possa più parlarsi, posto che, in buona sostanza, nessuna delle figure di “soggetto pericoloso” evocate dalle norme, risulta priva di un rimando esplicito a figure di reato tracciate dal legislatore, con la conseguenza che ogni eventuale problema di indeterminatezza della fattispecie sposta il riferimento della critica nei confronti della legge penale.

Sulla scorta di siffatti rilievi, la risposta all'interrogativo proposto sembrerebbe apparentemente poter essere negativa e, dunque, senz'altro tranquillizzante: se il timore è quello che la garanzia giurisdizionale costituisca una risposta puramente illusoria al difetto di tassatività della fattispecie preventiva<sup>78</sup>, il rinvio contenutistico esplicito a corrispondenti fattispecie penali sembrerebbe idoneo a ricondurre l'universo della prevenzione nell'alveo della legalità costituzionale.

Seguendo siffatta linea di pensiero, la peculiarità del processo di prevenzione parrebbe allora albergare esclusivamente nella sfera d'azione dei criteri di prova emergenti dalla previsioni, in quanto

---

<sup>77</sup> Sul punto sono a tutt'oggi di vibrante attualità le pagine di LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 237 e ss.

<sup>78</sup> BRICOLA, *Forme di tutela <<ante delictum>>*, cit., p. 56.

idonei ad influenzare il contorno dei fatti rilevanti per l'adozione delle misure: quando si nota che le fattispecie preventive sono costruite nei termini di <<persona indiziata di appartenere>> o di persona che <<debba ritenersi abitualmente dedita>>, *etc.*, allora il terreno su cui si radica e si giustifica la prevenzione appare costituito dal limite imposto da un perimetro conoscitivo che sta *a metà strada tra il sospetto e l'indizio*: a metà strada, perché se fosse indispensabile l'indizio, inteso quale dato informativo provvisto delle caratteristiche strutturali che il codice di procedura penale, *sub art. 192 c.p.p.*, ad esso conferisce, il processo di prevenzione null'altro sarebbe se non un inutile duplicato del procedimento penale<sup>79</sup>.

Sarà opportuno tornare in seguito sul tema della prova nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione, ma –ferma restando l'opportunità del rinvio e dell'approfondimento, non foss'altro che a cagione della difficoltà di individuare la caratteristica dirimente ad identificare un dato conoscitivo che non sia sospetto e neppure indizio<sup>80</sup>- qui occorre subito rilevare come, invero, per suggestiva che sembri l'idea di una differenza puramente *quantitativa* (*quantum* di prova) tra processo penale e processo di prevenzione, essa non risulta del tutto convincente.

All'occhio “estraneo” dello studioso del diritto amministrativo risulta, in effetti, chiara l'esistenza di un problema sintetizzato in questi termini: <<se esiste una riserva di giurisdizione, nel senso che deve essere il giudice a conoscere direttamente del fatto, ne consegue che le eventuali misure di prevenzione incidenti sulla libertà personale debbono essere regolate secondo lo schema norma/fatto>><sup>81</sup>.

Ebbene, nonostante i molteplici contorcimenti verbali del legislatore, chiaramente intesi a salvare la legittimità costituzionale del sistema, le “fattispecie” di prevenzione sono tali solo a voler adoperare il termine in modo estremamente lato, perché di “fatto” – inteso come descrizione normativa di un accadimento che consente all'interprete di proporre una relazione identità/differenza tra la

---

<sup>79</sup> Così FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., pp. 115 e ss.

<sup>80</sup> L'appunto è di MANGIONE, *op.cit.*, p. 164.

<sup>81</sup> Così MERUSI, *Profili amministrativi delle misure di prevenzione*, cit., p. 125. In termini critici, con analoghe considerazioni, v. CHIAVARIO, *Libertà personale*, cit., p. 272.

porzione di realtà presa in considerazione e la norma medesima- nelle leggi di prevenzione è rintracciabile ben poco<sup>82</sup>.

Che il giudice della misura preventiva non sia in grado di operare in via di sussunzione, se non accogliendo un'accezione molto lata del concetto, è palese: lo <<schema norma/fatto>> manca, nel giudizio di prevenzione, per il motivo –quasi banale nella sua evidenza- che il fatto storico è evocato dalle norme di prevenzione non già come *specimen*, ma come “bussola” di una valutazione che ha ad oggetto effettivo esclusivamente il *pericolo* di certe condotte ed anzi, meglio, la pericolosità dell' individuo, denotata dal rischio che esso commetta un certo tipo di reato o reati in genere.

Si potrebbe suggestivamente osservare che, anzi, nel giudizio di prevenzione il c.d. fatto viene in rilievo per la sua *manca*za: se esistesse –sembra opportuno ripeterlo- si aprirebbe lo spazio logico-giuridico tipico del processo penale; in altri termini, il rapporto implicitamente instaurato dal legislatore tra giudizio di prevenzione e “fatto”, è un rapporto di *esclusione*.

Nei confronti della persona che <<debba ritenersi... abitualmente dedita a traffici delittuosi>>, oppure che <<per la condotta ed il tenore di vita>> debba ritenersi vivere <<abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose>>, come pure nei confronti degli <<indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni comunque localmente denominate>>, *etc.*, il giudice della prevenzione non accerta e *non può* accertare un dato storicamente individuato nel tempo e nello spazio, bensì una *condotta di vita*, sulla scorta di uno schema logico che –inevitabile rilevarlo- si appalesa effettivamente come quello del c.d. tipo d'autore<sup>83</sup>. Non casualmente all'interno della giurisprudenza edita in

<sup>82</sup> Per analoghe considerazioni, con riferimento alle fattispecie discrezionali del diritto amministrativo v. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 229 e ss. e, in ogni caso, p. 230, n. 63, nella quale si propone di usare il termine “fattispecie” in modo assolutamente convenzionale.

<sup>83</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 820. Si noti come, se il riferimento ad una pericolosità rivelata dalla “condotta di vita” appare esplicito nelle fattispecie di cui all'art. 1 L. 1423 del 1956, sempre alla condotta di vita –più specificamente intesa quale “comportamento mafioso”- si rifanno tutti quei contributi dottrinali e giurisprudenziali che tentano di sceverare la fattispecie preventiva di cui all'art. 1 L. 575 del 1965 da quella di cui all'art. 416 *bis* c.p.p., nel tentativo di evitare che l'unica differenza tra le due situazioni ridondi unicamente sul piano della prova (ovvero prova *vs.* sospetto); v., in tal senso, tra i molti, FIORE, *Le misure di prevenzione*, Quaderni del C.S.M., 1987, p. 15.

materia, compare invariato nel corso degli anni un *leit motiv* definibile nel concetto per cui l'indagine del giudice deve possedere il carattere della *globalità*<sup>84</sup>.

Ora, sulla scorta di siffatte riflessioni, sembra proficuo riprendere la traccia lasciata in sospeso nel paragrafo che precede: se la fattispecie di prevenzione non consente alcun rapporto fatto/norma e se, ancora, essa si concreta nell'accertamento di una qualità personale relazionata sì a fatti specie delittuose, ma rivelata da indici che il legislatore non descrive, qualificandoli, al più, come <<elementi di fatto>>, allora coerentemente dovrà dirsi che, in effetti, la norma di prevenzione è una attributiva di *potere discrezionale*, inteso come potere conferito dal legislatore al giudice di completare la disposizione normativa lasciata volutamente incompleta in vista di uno scopo: quello di colpire condotte pericolose prima che esse, superata la soglia del *periculum*, diventino *fatti* penalmente perseguibili.

Si è già osservato come, se per il diritto amministrativo si ha discrezionalità tutte le volte in cui l'operatore si trovi alle prese con un <<ambito che la legge ritiene di non dover disciplinare, per affidare all'amministrazione una certa autonomia di scelta in base ad una situazione di fatto da valutare in concreto>><sup>85</sup>, del pari il giudice, posto dinanzi alla fattispecie discrezionale, non è chiamato a *qualificare* uno o più fatti -nel senso di verificarne la relazione d'identità/differenza con gli elementi descritti dalla disposizione- bensì a *scegliere* quegli stessi fatti all'interno della porzione di mondo reale osservato, in quanto ritenuti *capaci di esprimere il valore individuato dalla norma*; sicché l'unica qualificazione che il dato riceva (in base all'operazione che risponde alla domanda: *cosa è?*) resta, come sopra detto, quella derivante dal linguaggio ordinario.

Si rammenterà anche come questa sostanziale equiparazione tra il *modus operandi* della norma discrezionale affidata all'esecuzione dell'amministratore e quello della norma discrezionale ceduta, invece, alla valutazione del giudice, *non sia certo nuova*, corrispondendo,

---

<sup>84</sup> Tra le tante pronunzie -di merito e di legittimità- v. in tal senso la recentissima Cass., Sez. VI, 14 maggio 2008, n. 19309 (inedita) che annulla il decreto impugnato proprio osservando che <<la Corte di merito avrebbe dovuto ancorare la condizione per l'applicabilità della misura personale ad un sostrato indiziario in grado di disegnare un quadro complessivo della personalità del soggetto con valutazione globale della sua condizione di pericolosità sociale attuale>>.

<sup>85</sup> COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p. 220.

invece, ad un percorso logico dei più risalenti studi giuspubblicistici in materia<sup>86</sup>.

D'altro canto, si è del pari notato –e conviene qui ribadire- come l'affidamento del legislatore al giudice è modulo ricorrente all'interno del medesimo codice di procedura penale, dove si riscontrano importanti esempi di norme autenticamente discrezionali: solo per fare due esempi, diversissimi strutturalmente e funzionalmente, possono richiamarsi i casi dell'art. 274 c.p.p., in materia di esigenze cautelari, e dell'art. 507 c.p.p., sul versante dell'introduzione della prova nel dibattimento, ma non meno significativamente potrebbero evocarsi le ipotesi dell'art. 421 *bis* e 422 c.p.p., dove, rispettivamente, la decisione di rinvio alle indagini e ammissione di prove in udienza preliminare sottendono valutazioni discrezionali che riverberano tanto sul piano del merito, quanto su quello del rito.

Quasi superfluo, poi, rievocare il momento della commisurazione della pena, classicamente considerato come momento cardine di affidamento del legislatore alla discrezionalità del giudice penale.

La premessa dell'analisi successiva è, dunque, che il conferimento di una spazio di discrezionalità al giudice della prevenzione non può essere considerato ipotesi divagante dal sistema e neppure può, in sé e per sé, costituire ragione di critica al processo di prevenzione: deve piuttosto dirsi che la sostenibilità del sistema va verificata spostando il piano dell'analisi su un altro versante, configurato dall'osservazione dei *limiti* –esterni ed interni- posti dal legislatore all'esercizio di quel potere e del relativo controllo.

---

<sup>86</sup> Così, con grande chiarezza, LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 206 e ss.



## CAPITOLO III

### L'INDAGINE DI MERITO

SOMMARIO: 1. I limiti del potere discrezionale nel provvedimento amministrativo: adeguatezza istruttoria e motivazione completa. - 2. Le fonti di prova. - 3. I fatti indice di pericolosità. - 4. (*segue*) Accertamento e confisca. - 5. Processo penale e giudizio di prevenzione (argomenti sul sospetto).

#### 1. I LIMITI DEL POTERE DISCREZIONALE NEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO: ADEGUATEZZA ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE COMPLETA.

Parafrasando una nota sentenza della Corte di cassazione, si scriveva ormai cinquant'anni fa, a proposito del decreto di prevenzione: <<la motivazione dev'essere basata su elementi obiettivi e subiettivi accertati, non essendo sufficiente riportare nel decreto un riassunto del rapporto di polizia formulato con mere asserzioni sfnornite dell'offerta di prove>><sup>1</sup>.

A questa *guide line* di profondo valore, nella sua semplicità, pare possibile contrapporre quello che si è sopra qualificato come un assunto da assoggettare a verifica, ovvero l'idea che –stante l' (acclarata) discrezionalità affidata all'organo giudicante dal legislatore- la motivazione perda <<gran parte del suo valore>>, posto che il giudice ne risulta trasformato <<in funzionario di polizia>><sup>2</sup> o

---

<sup>1</sup> Così CASALINUOVO, *Punto decennale sul processo di prevenzione*, in *Riv. pen.*, 1968, I, pp. 181 e ss.; sul punto specifico v. pure LOJACONO, *La motivazione dei decreti sulle misure di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 1960, II, 349 e GIANZI, *La motivazione dei provvedimenti relativi alle misure di prevenzione*, in *Riv. proc. pen.*, 1961, p. 45.

<sup>2</sup> Sono le provocatorie parole di CAVALLARI, *Il procedimento delle misure di prevenzione*, cit., p. 85.

che, ancor più gravemente, il sistema addirittura legittimi quella che appare come un'autentica <<esautorazione della motivazione>><sup>3</sup>.

Il tema s'intreccia con quello che ha formato oggetto di disamina nel capitolo precedente: la relazione individuo/autorità si muove spesso, nello Stato moderno, nel solco di un rapporto complesso, indescrivibile dal legislatore in termini di fattispecie, intesa come *speculum* astratto di un accadimento concreto replicabile un numero infinito di volte.

Più spesso questa complessità deve essere gestita attraverso schemi legislativi che assumono la forma della norma indeterminata, ma determinabile, attraverso l'individuazione di un fatto o di una serie di fatti semanticamente capaci di inserirsi nell'<<alone>><sup>4</sup> della delimitazione legislativa.

Un simile stato di cose –comunemente riconosciuto dalle discipline giuspubblicistiche– non può sfuggire al riconoscimento chiaro, prima, e all'analisi, poi, del processualpenalista; la censura del fenomeno<sup>5</sup>, seppur comprensibile ed anzi dovuta, non vale ad eliminarlo, per il semplice motivo che esso, forse, risulta francamente ineliminabile; è proprio l'evoluzione del pensiero, nel settore in cui il fenomeno della discrezionalità ha visto la luce, a rendere palese come ogni tentativo di cancellare il potere discrezionale dal mondo delle opzioni legislative ammissibili –come pure ogni sforzo volto a ridurre a zero l'area della discrezionalità esistente sulla mera base dell'esegesi normativa– si sia scontrato con l'immodificabilità del dato sopraccennato, per il quale la complessità gestionale degli interessi che si muovono all'interno delle società moderne, non consente, in un numero elevato di situazioni, scelte differenti da quella riassumibile nel concetto di fattispecie intenzionalmente indeterminata.

---

<sup>3</sup> Così MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 189.

<sup>4</sup> Di <<summissibilità o meno del fatto nell'alone>> dei concetti giuridici indeterminati>> parla non casualmente, con riferimento alle misure di prevenzione, MERUSI, *Profili amministrativi delle misure di prevenzione*, cit., p. 126.

<sup>5</sup> Si veda, da ultimo, in tal senso, e proprio con riferimento alle misure di prevenzione, il lavoro di PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 633 e ss. che, a proposito <<dei nebulosi e inquietanti settori di confine, dove l'attività preventiva e l'attività repressiva tendono a sovrapporsi>> rileva come i parametri legali di riferimento diventino ivi <<incontrollati e incontrollabili, perché strutturati su dati squisitamente congetturali. Come reagire di fronte al configurarsi di una sorta di *no man land*, una insidiosa terra di nessuno dove l'individuo potrebbe restare sottoposto alle scelte discrezionali dell'autorità>>.

Se le cose stanno così, allora l'opzione preferibile sembra essere non già la delegittimazione del fenomeno, bensì il suo recupero nel sistema e la sua regolamentazione<sup>6</sup>.

Sin d'ora appaiono prospettabili le critiche che potrebbero addursi avverso un metodo che mette sullo stesso piano (meglio: considera comparabili) valori assai differenti ed anzi *diritti* profondamente diversi già sul piano costituzionale: il rapporto autorità/individuo gestito dal diritto amministrativo si muove –potrebbe obiettare qualcuno- sul piano del diritto di proprietà, del diritto al lavoro, del diritto alla salute, *etc.*, ma non già e non certo sul piano del diritto alla libertà individuale, così come accade per le misure di prevenzione<sup>7</sup>.

In effetti, è appena il caso di rilevare come il rifiuto del carattere amministrativo delle misure di prevenzione e l'integrale giurisdizionalizzazione del fenomeno trovino le proprie radici proprio nella sottolineatura del fatto che esse incidono su diritti di pari natura a quelli che le *Grundnormen* proteggono con le garanzie tipiche

---

<sup>6</sup> Difficile dire che non colgano nel segno –in questa prospettiva- i rilievi di chi nota come il sistema di prevenzione debba essere coerentemente riassunto nella variegata costellazione del c.d. diritto penale del nemico, inteso in senso positivo e strettamente irreggimentato (come allo stato non accade) nelle regole di una società democratica che è comunque costretta alla gestione, non solo in termini retributivi, ma anche secondo modalità preventive, di una criminalità dilagante. Scrive, così, MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 470 e ss.: <<col generico concetto di "diritto penale del nemico" si intende indicare - nelle sue versioni più moderne - un diritto penale non tanto del "fatto colpevole" quanto dell'"autore pericoloso", o, comunque, orientato all'autore pericoloso, non della colpevolezza ma della pericolosità, non della retribuzione proporzionale ma della neutralizzazione, presentando esso come denominatore comune un trattamento discriminatorio, legislativo o prasseologico, rispetto al diritto penale normale, nel senso di un'attuazione delle garanzie, sostanziali e processuali, in ragione del tipo pericoloso d'autore. E, quindi, una soggettivizzazione del diritto penale... Il richiamo alla categoria del "diritto penale del nemico" svolge nondimeno una funzione positiva, se è volto a sollecitare l'attenzione su settori del diritto penale, orientati anche all'autore e, quindi, l'esigenza di un vigilante controllo critico, costituzionale e democratico: nel senso di un loro mantenimento entro i limiti della necessità di un'accettabile tolleranza; di una maggiore tassativizzazione, se possibile, di certe fattispecie; di perfezionamento di certi strumenti processuali>>.

<sup>7</sup> Un'ormai risalente confutazione di siffatto assunto si rintraccia, peraltro, in VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, p. 41, allorquando scrive <<alla potestà di polizia inerisce una discrezionalità più ampia di quella di regola consentita all'esercizio delle altre potestà amministrative, giacché, per la estrema varietà delle situazioni cui le autorità di polizia debbono provvedere, non è possibile predeterminare attraverso una dettagliata casistica i provvedimenti che l'autorità deve adottare nei singoli casi>>.

dell'accertamento penale, ovvero, fondamentalmente, tassatività della fattispecie sostanziale, presunzione d'innocenza e contraddittorio per il procedimento applicativo; così come le più radicali critiche al complessivo sistema della prevenzione sono sempre condotte lungo il filo rosso di una effettiva (cioè al di là delle formule e delle proclamazioni di principio) inconciliabilità delle misure preventive con le garanzie di cui sopra.

E però: parallela rispetto a tutte queste –pur condivisibilissime– riflessioni, si colloca la realtà di un universo ordinamentale che prospetta modelli differenti e più variegati: numerosi potrebbero essere gli esempi adducibili per confutare l'idea che *oggi* sia il processo penale il terreno privilegiato della contrapposizione autorità/individuo; sembra il caso, però, di addurne solo due, significativi l'uno per la sua natura eclatante, l'altro per la sua sommessa quotidianità e, dunque, per la sua intoccata diffusione.

Eclatante è il caso della tedesca *Luftsicherheitsgesetz* (Legge sulla sicurezza aerea) emanata dal legislatore del *Bund* nel clima sociopolitico seguito agli attentati newyorkesi contro le torri gemelle: con legge dell'11 gennaio 2005, denominata come sopra, si era conferito al Ministro della difesa, *sub* § 14, 4° comma, il potere di ordinare l'abbattimento del velivolo civile che si sospettava dirottato da terroristi al fine di adoperarlo quale anomalo ordigno di distruzione<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Per il commento, si veda, tra i vari, ELMAR GIEMULLA, HEIKO VAN SCHYNDEL, *Luftsicherheitsgesetz*, Luchterhand Verlag, 2006, *passim*. Il testo della legge è consultabile sul sito del *Bundesministerium der Justiz*, all'indirizzo <http://bundesrecht.juris.de/aktuell.html>. A contenere la disposizione di cui sopra era il § 14, 4° comma, il cui testo attuale è il seguente:

<<(1) Zur Verhinderung des Eintritts eines besonders schweren Unglücksfalles dürfen die Streitkräfte im Luftraum Luftfahrzeuge abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben.

(2) 1.Von mehreren möglichen Maßnahmen ist diejenige auszuwählen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigt. 2.Die Maßnahme darf nur so lange und so weit durchgeführt werden, wie ihr Zweck es erfordert. 3.Sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht.

(3) Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist.

(4) 1.Die Maßnahme nach Absatz 3 kann nur der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnete Mitglied der

Si tratta di una disposizione che ha avuto –come noto- vita brevissima, colpita dalla Corte costituzionale tedesca in data 14 novembre 2006, per motivi non rilevanti nella presente sede<sup>9</sup>.

Sta di fatto –e in ciò consiste l'interesse dell'esempio- che quella legge affidava alla valutazione di organi sicuramente non giurisdizionali e sulla scorta di una fattispecie altrettanto sicuramente discrezionale la decisione su valori certo preminenti rispetto alla libertà individuale, conferendo all'autorità il potere di decidere l'eliminazione fisica di esseri umani innocenti.

Saltando, invece, su di un piano decisamente meno eccezionale ed anzi –come si diceva- appartenente ad una quotidianità sommersa e per molti versi dimenticata, si noti come l'art. 13, 2° comma, lett. c) della legge nota come T.U. Immigrazione preveda l'espulsione dello straniero che sia ritenuto pericoloso per ragioni sostanziate dal rinvio alle fattispecie di cui all'art. 4 della L. n. 1423/1956.

In altri termini, sulla base di un disposto integralmente ed esplicitamente sovrapponibile con quello che autorizza l'applicazione di una misura di prevenzione ad opera del giudice, il prefetto risulta legittimato a disporre l'attivazione di una serie concatenata di misure gravemente limitative della libertà personale<sup>10</sup>, con l'unica

---

Bundesregierung anordnen. 2.Im Übrigen kann der Bundesminister der Verteidigung den Inspekteur der Luftwaffe generell ermächtigen, Maßnahmen nach Absatz 1 anzuordnen>>.

<sup>9</sup> BVerfGE, Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006 - 1 BvR 357/05.

<sup>10</sup> Si tenga presente che le misure limitative della libertà personale, che accompagnano l'espulsione dello straniero, non sono solo quelle –temporalmente contenute e strettamente finalizzate all'accompagnamento alla frontiera- previste dall'art. 13, 5° comma, T.U. Immigrazione; in effetti, il successivo art. 14, intitolato “Esecuzione dell'espulsione”, prevede che, in fattispecie corrispondenti ad un numero statisticamente imponente di casi, la privazione della libertà personale si concreti nel trattenimento all'interno dei c.d. centri di permanenza temporanea, per un periodo di tempo variabile da trenta a sessanta giorni, salvo diniego di convalida da parte del giudice di pace territorialmente competente.

Non ha comportato alcun mutamento nella sostanza del fenomeno l'art. 9 del D.L. n. 92 del 2008 -rimasto immutato dalla legge di conversione (L. n. 125 del 2008)- ai sui sensi <<le parole “centro di permanenza temporanea” ovvero “centro di permanenza temporanea e assistenza”, sono sostituite, in generale, in tutte le disposizioni di legge o di regolamento, dalle seguenti: “centro di identificazione ed espulsione”, quale nuova denominazione dell'istituto>>. È appena il caso di dire, se mai, che il nuovo *nomen* appare più corrispondente all'effettiva realtà di questi centri tristemente famosi per i numerosi scandali, resi noti dallo strumento mediatico, che, di volta in volta, ha portato alla luce orrori e violenze commessi impunemente sugli individui ivi ristretti. Sul punto si vedano le considerazioni di PICCIONE, *La crisi della*

(sostanziale) tutela del ricorso al giudice di pace territorialmente competente, senza effetto sospensivo delle misure medesime<sup>11</sup>.

Insomma: gli esempi appena addotti dimostrano –quasi *per facta concludentia*– come l’assunto che *solo* la fattispecie penale e *solo* il procedimento penale configurino terreno di scontro tra autorità e individuo dove entrano in gioco diritti di libertà individuale, è una petizione di principio, concretamente smentita da una complessità ordinamentale che non consente affatto di limitare la *summa* di tutte le garanzie nello spazio giuricamente deputato all’applicazione della sanzione penale<sup>12</sup>.

Vero è piuttosto che le forme moderne di interazione possibile tra diritti inalienabili e gestione della società autorizzano paragoni apparentemente divaganti.

La premessa su cui si sta lavorando è quella che, per molteplici ragioni, sembra inevitabile che la fattispecie di prevenzione contenga un certo *quantum* di carattere discrezionale e che, in questo senso, sfugga alla tassatività nel cui cerchio di sicurezza lavora l’accertamento del giudice penale e che, ancora, per questo verso, essa sia più assimilabile alla norma generatrice di potere discrezionale in capo all’amministratore pubblico che alla fattispecie penale sostanziale.

L’ipotesi –da verificare– è che *proprio questa premessa* non induca necessariamente ed anzi, a ben vedere, *escluda* l’incontrollabilità dell’operato del giudice della prevenzione<sup>13</sup>, così

---

*giurisdizione sui provvedimenti limitativi della libertà personale estranei a fini penali*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 3157.

<sup>11</sup> Inevitabile la lettura delle approfondite considerazioni di BONETTI, in *Diritto degli stranieri*, a cura di NASCIBENE, Padova, 2004, p. 428 e ss. che parla, appunto, in proposito, di <<provvedimenti discrezionali di natura preventiva>>. Sul punto v. pure, per una sintesi dei complessi profili emergenti da un’esegesi costituzionalmente orientata della disciplina, MAINARDIS, *Sub art. 13*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di BARTOLE e BIN, Padova, ed. 2008, p. 109.

<sup>12</sup> Ricorda, del resto, VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, pp. 648 e ss., come le esigenze di difesa sociale nei confronti del terrorismo internazionale abbiano indotto e inducano schemi di contrasto del fenomeno che trasmodano nell’affidamento all’esecutivo di poteri discrezionali vastissimi, ampiamente elusivi della giurisdizione penale, non solo in fase investigativa, ma finanche al momento dell’irrogazione delle sanzioni. Il riferimento corre, naturalmente, in via esemplare, al sistema statunitense.

<sup>13</sup> Radicalmente esclusa, invece, da studi pur attentissimi della materia; v., per tutti, MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 182, che parla di <<inverificabilità logico-razionale della decisione>>.

come il potere discrezionale dell'amministratore non produce più ed anzi esclude l'incontrollabilità assoluta degli atti emessi o delle attività realizzate o in esecuzione di quella norma.

Ai sensi dell'art. 3 L. n. 241 del 1990 (rimasto intatto dopo la sistematica riforma del procedimento amministrativo operata con L. n. 15 del 2005) «ogni provvedimento amministrativo... deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli di contenuto generale. Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere».

È d'obbligo rilevare immediatamente come l'art. 3 L. 241 del 1990 sopra riprodotto, con la sua sostanziale assolutezza, abbia trasformato in principio generale dell'ordinamento un obbligo di motivazione degli atti amministrativi che era progressivamente (e faticosamente)<sup>14</sup> emerso dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del sindacato sugli atti amministrativi, trovando pacifica applicazione solo per determinate categorie di atti; donde il riconoscimento della natura «fortemente innovativa» del disposto in esame<sup>15</sup>.

Allo sguardo del processualpenalista, avvezzo alle vicissitudini esegetiche offerte dalla regola di cui all'art. 546 c.p.p. –che impone l'indicazione in sentenza della «concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle

---

<sup>14</sup> Utilissime, sul punto, le considerazioni di LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 445 e ss. È interessante notare come l'obbligo di fornire di apparato motivazionale l'atto amministrativo abbia trovato, invece, emersione storica assai più precoce presso la dottrina ed anche la giurisprudenza tedesche; cfr. TOWFIGH, *Die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsentscheidungen nach dem deutschen und englischen Recht und ihre Europäisierung*, Frankfurt am Main, 2007, p. 3.

<sup>15</sup> VIGGIANI, *Motivazione del provvedimento*, in *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, cit., p. 105. V. pure, sul punto, all'indomani dell'entrata in vigore della legge, CENTOFANTI, *Note sulla motivazione del provvedimento amministrativo alla luce della recente legge n. 241 del 1990*, in *Riv. amm.*, 1990, 1440. Più in generale e ante riforma v. GIANNINI, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, pp. 258 e ss.

prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie>>- salta all'occhio, immediato, il passaggio dell'art. 3 L. n. 241 del 1990, che obbliga il pubblico amministratore ad indicare <<i>presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria>> come pure l'obbligo di didascalia e messa a disposizione dell'eventuale atto cui la motivazione si rifà *per relationem*, di cui alla medesima norma.

Ben si è detto che, sulla scorta della predetta disciplina, l'atto amministrativo non può più dirsi <<decisione autonoma e unilaterale della pubblica amministrazione, ma il risultato, coerente e ponderato, di tutto ciò che è avvenuto nel corso del procedimento ed in particolare nella sua fase preparatoria>><sup>16</sup> e che <<dalla motivazione deve risultare chiaro che il provvedimento finale è quello che compone meglio di tutti gli interessi, pubblici e privati, emersi nel corso del procedimento>><sup>17</sup>.

L'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo risulta poi *perimetrato e conformato sulla base del suo oggetto concreto*: anzitutto, l'apparato motivazionale è idoneo a svolgere la sua funzione e risulta, dunque, sufficiente se e nella misura in cui dia conto integralmente di tutti i dati della situazione concreta oggetto dell'azione amministrativa<sup>18</sup>. D'altro canto, mentre gli atti che traggono origine da fattispecie vincolate sottostanno ad un obbligo motivazionale detto meramente "giustificativo", viceversa l'atto emesso sulla base di una norma/fonte di potere discrezionale deve recare una motivazione tradizionalmente intesa come più pregnante, ossia idonea ad esplicitare *le ragioni della scelta in relazione alla situazione concreta su cui l'atto stesso ricade*, obbligo motivazionale che diventa ancor più intenso con il crescere del <<tasso di

---

<sup>16</sup> Così VIGGIANI, *Motivazione*, cit., p. 112.

<sup>17</sup> CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, ed. 2003, p. 1548.

<sup>18</sup> Così TOWFIGH, *Die Pflicht zur Begründung*, cit., p. 16. Il parallelo instaurato tra atto amministrativo e decreto di prevenzione è reso più intenso e valido dall'osservazione per cui, in caso di atto amministrativo discrezionale, <<l'indagine che l'amministrazione deve compiere è più vasta e abbraccia tendenzialmente l'intera situazione storica in cui si inserisce il provvedimento emanando>> (così LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 330). Si è già detto, infatti, come uno dei *refrain* costanti della giurisprudenza in materia di prevenzione sia proprio quello attinente alla c.d. globalità dell'indagine richiesta al giudice richiesto dell'emanazione del decreto.



conflittualità>> dei contrapposti interessi su cui l'atto è destinato ad influire<sup>19</sup>.

D'altro canto, l'art. 6 L. 241 del 1990 rafforza l'obbligo di decidere solo ed esclusivamente sulla base delle fattuali risultanze dell'istruttoria, imponendo al dirigente l'obbligo di motivare anche l'eventuale ragione per cui si sia discostato dai dati emersi dall'istruttoria medesima.

Sempre nella prospettiva di una compiuta apprensione dei fatti rilevanti ai fini del decidere –ivi compresi quelli introducibili nel procedimento unicamente per iniziativa del privato coinvolto, sulla scorta dell'idea del concorso *possibile* del cittadino all'amministrazione del potere<sup>20</sup>- s'iscrivono tutte quelle norme della legge sul procedimento amministrativo (artt. 7, 8, 9, 10 L. n. 241 del 1990) che dettano obblighi di comunicazione dell'avvio del procedimento e di apertura del relativo fascicolo, in capo all'amministrazione, e correlativi poteri di partecipazione e informazione in capo al privato coinvolto dall'azione amministrativa: in termini particolarmente significativi per la presente analisi, l'art. 10, lett. b), L. n. 241 del 1990 consente al privato di presentare memorie e documenti che l'amministrazione procedente *ha l'obbligo di valutare*, nella (ovvia) misura in cui siano pertinenti all'oggetto del procedimento<sup>21</sup>.

Correlativa all'obbligo esplicito di motivare -e *motivare sul perimetro esatto delle risultanze istruttorie*- è l'annullabilità dell'atto per quel tipo di "violazione di legge" che sintomaticamente si rivela nel c.d. difetto di istruttoria, nell'inadeguatezza della motivazione rispetto alle risultanze dell'istruttoria medesima, nella carenza dei presupposti dell'atto, nel travisamento dei fatti<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Così ancora CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 1547. In pari sensi v. TOWFIGH, *Die Pflicht zur Begründung*, cit., p. 34, che sottolinea come, in casi del genere, la motivazione debba essere particolarmente dettagliata, al fine di potenziare le *chances* di verifica della medesima da parte della persona colpita dall'atto amministrativo.

<sup>20</sup> CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1994, p. 55.

<sup>21</sup> V. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1 e ss. e, in particolare, p. 5, sulla partecipazione come luogo di un contraddittorio, in senso lato, tra l'amministratore e l'amministrato.

<sup>22</sup> V. per una necessaria sintesi della complessa problematica MORRONE, *Annullabilità del provvedimento*, cit., p. 621 e ss.

È importante notare come il baricentro della disciplina –ma anche il punto focale di ogni analisi dedicata al tema della discrezionalità– resta l’attenzione al *fatto*, introiettato nel procedimento per il tramite delle risultanze istruttorie.

L’insistenza sui fatti –intesi come porzione del mondo reale chiamata a sostanziare la “zona vuota” della norma indeterminata– conduce, poi, ad un rilievo interessante: le risultanze istruttorie, introdotte all’attenzione dell’amministrazione procedente *ex officio* o per iniziativa del privato coinvolto, riescono persino a produrre la <<riduzione a zero della discrezionalità>><sup>23</sup>.

Come può notarsi, al di là dei c.d. limiti esterni alla discrezionalità dell’amministrazione –fraseggiati dalla stessa disposizione attributiva del potere e, giusto per questo, oggetto di un semplice lavoro d’esegesi– i limiti interni alla medesima, ossia quelli riconoscibili *all’interno dello spazio lasciato vuoto dal legislatore*, s’identificano con i fatti inclusi nella valutazione discrezionale e con *il procedimento tramite il quale quei medesimi fatti vengono sottoposti al vaglio dell’autorità*.

Ritualità del procedimento (partecipazione e completezza dell’istruttoria)<sup>24</sup>, poi congruenza tra motivazione e fatti appaiono come le chiavi di volta per trasparenza e controllabilità della sfera di discrezionalità amministrativa<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> LAZZARA, voce *Discrezionalità*, cit., p. 465 che ancora osserva: <<si comprende allora come la scelta discrezionale possa essere legittimamente assunta soltanto dopo aver correttamente acquisito e ponderato tutti gli interessi coinvolti nel caso concreto>>.

<sup>24</sup> Nella peculiare prospettiva della ritualità del procedimento si legga lo studio di MACHT, *Verwertungsverbote bei rechtswidriger Informationserlangung im Verwaltungsverfahren*, Berlin, 1999, *passim*, che vaglia i confini dell’istituto dell’inutilizzabilità nel procedimento amministrativo.

<sup>25</sup> Viene qui lasciato volutamente in ombra quel profilo che, nella peculiare prospettiva dell’opera dello Stato/Amministratore, appare invece dominante e che è configurato, con maestria, quale applicazione dei principi generali dell’ordinamento; in tal senso v. COGNETTI, *Profili sostanziali*, cit., p. 296: <<nel *supplire* o nell’ *integrare* discipline legislative indeterminate o inesistenti, l’applicazione di tali principi riduce rispettivamente il limite esterno e/o interno dell’ambito discrezionale in ragione della loro capacità di incidere sul concreto uso del potere in termini di oggettività o di uniformità e, conseguentemente, di creare una regola puntuale di condotta rivolta all’amministrazione, idonea a sancire la doverosità dei contenuti e dei modi di svolgimento della sua azione>>.

In effetti, l’applicazione dei principi generali dell’ordinamento è per il giudice *comunque e sempre doverosa*, non foss’altro che quale criterio esegetico della fattispecie, ma *in concreto* anni di disinvolto uso giurisprudenziale dei c.d. principi

## 2. LE FONTI DI PROVA.

Se il procedimento acquisitivo delle informazioni è uno dei punti nodali per la configurazione di un efficace controllo sulla discrezionalità, appare indispensabile concentrare il fulcro dell'analisi su quell'istruttoria dei cui risultati la motivazione del decreto dovrebbe essere specchio fedele; sicché diventa qui necessario un *excursus* sulle fonti dalle quali in concreto la giurisprudenza trae le informazioni indispensabili alla decisione sulla pericolosità e sulle modalità d'immissione di quelle informazioni nello spazio processuale della prevenzione.

Il riferimento casuistico è, poi, tanto più imposto da una strutturazione legislativa del procedimento che può definirsi solo minimale, quale quella tracciata dagli artt. 4, 6° comma, L. n. 1423 del 1956 e 2<sup>ter</sup>, 1° comma, L. 575 del 1965.

Si è già accennato come la prima disposizione conduca l'interprete a definire senz'altro applicabile al procedimento *de quo* la disciplina dettata dal codice di procedura penale per quel particolare tipo di camera di consiglio che risulta dall'art. 666 c.p.p., mentre il comma 1 dell'art. 2<sup>ter</sup> L. 575 del 1965 legittima il tribunale all'eventuale compimento di <<ulteriori indagini>>; di fatto le disposizioni appena indicate non pongono alcun limite apparente all'utilizzazione di tutte le fonti probatorie che non risultino espressamente vietate dalla legge processuale<sup>26</sup>.

Cogliendo da decisioni che investono un arco temporale indicativo esteso lungo gli ultimi vent'anni, si legge di informazioni emergenti da <<circostanze di fatto poste a fondamento di un'ordinanza di custodia cautelare>><sup>27</sup>; da documenti quali il

---

generali inducono a considerarli uno strumento troppo vago perché possa essere d'aiuto nel sensibile settore della libertà personale, dove si agitano sempre, con efficienza spesso deleteria, contrastanti impulsi di garantismo, da un lato, difesa sociale, dall'altro.

<sup>26</sup> Cfr. MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 135, dove si legge più esattamente dell'insussistenza di <<alcun limite all'utilizzazione di tutte le fonti probatorie consentite dalle legge>> (corsivo nostro); sul punto v. comunque *amplius* FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, cit., pp. 350 e ss.

<sup>27</sup> Tribunale Catanzaro, decreto 16 maggio 2007, G., in *Il corriere del merito*, 2007, p. 1056, la cui massima per intero è: <<Il procedimento di prevenzione è autonomo rispetto al procedimento penale, di tal che in esso non trovano applicazione le regole previste dall'art. 192 c.p.p., per l'accertamento della responsabilità penale, e dall'art. 273 c.p.p., per il giudizio di gravità indiziaria ai fini dell'applicazione delle misure

certificato penale e quello dei carichi pendenti, come pure da sentenze di condanna e provvedimenti di archiviazione<sup>28</sup>, ma anche dai c.d. precedenti di polizia ovvero da mere denunce esitate in archiviazioni<sup>29</sup>; da atti di polizia amministrativa, come quelli di polizia tributaria, seppur privi di rilevanza penale<sup>30</sup>; da notizie informalmente assunte presso innumerevoli e multiformi Centri elaborazione dati<sup>31</sup>; da fonti di prova provenienti da un processo penale, in corso o concluso<sup>32</sup>, e anche da intercettazioni che siano state ritenute<sup>33</sup>

---

cautelari; in particolare, nel giudizio per l'applicazione di una misura di prevenzione possono essere legittimamente utilizzate le circostanze di fatto poste a fondamento di un'ordinanza di custodia cautelare>>.

<sup>28</sup> Corte di Appello Torino, Sez. I, decreto 31 ottobre 2007, n. 19, in [www.penale.it](http://www.penale.it); Cass., Sez. VI, 18 gennaio 2008 (C.C. 18-12-2007), n. 2959.

<sup>29</sup> Cass., Sez. I, 26 giugno 2007 (C.C. 18-06-2007), n. 24927; Id., Sez. I, 20 luglio 2007 (C.C. 15-06-2007), n. 29688.

<sup>30</sup> Per questo rilievo v. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 164, che esclude in radice l'ammissibilità di siffatto materiale informativo, in mirata contrapposizione con ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, p. 225.

<sup>31</sup> Siffatto materiale appare, del resto, pianamente usato all'interno della fase investigativa del processo penale e, in particolare, a motivare potenzialmente devastanti provvedimenti di cautela reale. V., ad esempio, GIP Tribunale Torre Annunziata, 28 marzo 2008, Reale ed altri (inedita), dove il provvedimento di sequestro c.d. "per equivalente" appare fondato quasi esclusivamente su dati informalmente ottenuti dall'anagrafe tributaria e riprodotti nella Relazione della Guardia di Finanza. Sul punto v., per tutti, con riferimento al processo di prevenzione, FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., pp. 152 e ss.

<sup>32</sup> Giurisprudenza assolutamente costante: da ultimo v. Cass., Sez. I, 17 gennaio 2008, n. 6613.

<sup>33</sup> Con sfumature varie, v. Cass., Sez. I, 03 ottobre 2007, n. 39509: <<nel procedimento di prevenzione vige la regola della piena utilizzabilità di qualsiasi elemento indiziario, desumibile anche da altri procedimenti giudiziari. Ne consegue che legittimamente il giudice della prevenzione fonda il proprio convincimento sul risultato di intercettazioni di cui si dia atto in altre decisioni, senza necessità di acquisire i relativi provvedimenti autorizzativi, verbali e trascrizioni>>; Cass., Sez. VI, 30 settembre 2005, n. 39953: <<l'inutilizzabilità delle intercettazioni nel giudizio di cognizione non preclude la loro utilizzabilità nel processo di prevenzione, se non in presenza di vizi tali da determinarne una patologica inutilizzabilità, come accade ad esempio quando siano violate le regole indicate dall'art. 15 Cost.; in ogni altro caso, i risultati delle intercettazioni inutilizzabili possono essere acquisiti e valutati nel processo di prevenzione>>; Cass., Sez. VI, 15 marzo 1999, n. 893; Cass., Sez. VI, 22 febbraio 1999, n. 718.

inutilizzabili all'interno del processo di provenienza<sup>34</sup>; da informazioni di polizia<sup>35</sup>, pure in maniera esclusiva, ossia in assenza di ulteriori fonti di prova<sup>36</sup>; infine persino dalla mera proposta del Questore<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> In questo panorama fa eccezione l'interessante pronuncia di Cass., Sez. I, 20 luglio 2007 (C.C. 15-06-2007), n. 29688, sulla base della seguente motivazione: «Diverso è, però, il caso di inutilizzabilità delle intercettazioni, a norma dell'art. 271 c.p.p., comma 1, per vizi dei decreti autorizzativi delle intercettazioni. In questo caso, al di là della espressione "divieti di utilizzazione" usata nell'art. 271 c.p.p. con riferimento alla categoria della inutilizzabilità, creata dal legislatore (art. 191 c.p.p.) come sanzione processuale in conseguenza della violazione di espressi divieti di acquisizione probatoria, si è in presenza di violazione di regole poste a garanzia della segretezza e della libertà delle comunicazioni, costituzionalmente presidiate e cioè della libertà dei cittadini (art. 15 Cost.), che la stessa Corte Costituzionale ha ritenuto debba essere assicurata attraverso il rispetto di precise disposizioni, avuto riguardo alla particolare invasività del mezzo della intercettazione telefonica o ambientale, attinenti pure alla loro esecuzione presso impianti della Procura della Repubblica, con una deroga in casi eccezionali specificamente motivati (v. Corte Costituzionale n. 304 del 2000). Ciò significa che le intercettazioni che non rispettano quelle regole sono illegali (al di là della sanzione che il legislatore denomina inutilizzabilità) e non sono utilizzabili in alcun modo e non solo nell'ambito del processo penale. La "illegalità" delle intercettazioni rende quindi non valutabile quella prova in qualsiasi tipo di procedimento; si deve in conseguenza affermare il principio di diritto per cui le intercettazioni, se illegali, non possono essere utilizzate neppure nel procedimento di prevenzione, poiché la utilizzabilità di una prova, anche se diversa da quella propria del processo penale e se assunta con forme diverse da quelle stabilite dal codice di procedura penale, pur se ammessa in linea di principio in procedimenti diversi da quello del giudizio ordinario di cognizione, non è mai possibile se si tratti di una prova illegale, assunta in violazione dei diritti dei cittadini garantiti dai principi costituzionali». Si noti, peraltro, come fatta questa premessa in astratto, la Corte precisi come «nel caso in esame, tuttavia, non risulta ancora intervenuto alcun giudizio definitivo sulla legalità o meno di quelle intercettazioni, stante un difforme giudizio dei giudici di primo e di secondo grado nel processo di merito, per cui il giudice dell'appello della misura di prevenzione, in quanto non vincolato da un giudizio penale definitivo sulla legalità o meno delle intercettazioni, avrebbe dovuto esaminare la questione della legalità delle intercettazioni e risolverla. L'annullamento va quindi eseguito con rinvio, occorrendo verificare se, nel frattempo il giudizio sulla inutilizzabilità delle intercettazioni sia o meno divenuto definitivo, ovvero se sia stato in ipotesi affermato un diverso principio in sede di ulteriore gravame, fermo restando che l'eventuale definitività del giudizio penale sulla inutilizzabilità delle intercettazioni impedirà la loro utilizzazione anche nel giudizio di prevenzione...».

<sup>35</sup> Ancora Cass., Sez. VI, 18 dicembre 2007, n. 2959, cit., sull'onda di una giurisprudenza pressoché costante; cfr., ad esempio, Cass., Sez. I, 16 marzo 1992 (C.C. 03-02-1992), n. 499; Cass., Sez. I, 16 gennaio 1992 (C.C. 09-12-1991), n. 4769; Cass., Sez. I, 08 aprile 1986 (C.C. 17-03-1986), n. 1404.

<sup>36</sup> Cass., Sez. I, 14 marzo 1990 (C.C. 26-02-1990), n. 487 (secondo cui, in particolare) «la motivazione del relativo decreto può fondarsi anche esclusivamente sulle informazioni fornite dall'autorità di P.S. purché queste non contrastino con gli

In altri termini: è difficile dar torto a chi osserva che <<le fonti di prova sono, nella prassi, essenzialmente cartolari e sono costituite da elementi desunti da procedimenti penali esauriti o ancora in corso, da precedenti penali e giudiziari e, soprattutto, dalle informazioni degli organi di polizia>><sup>38</sup>.

E dunque: il processo di prevenzione non è luogo che garantisca il contatto diretto tra giudice e prova<sup>39</sup>, posto che, in un numero statisticamente imponente di casi, il dato informativo giunge sul tavolo del Collegio preposto all'applicazione delle misure, impacchettato in un contenitore tutt'altro che asettico: la relazione o informativa degli organi di polizia<sup>40</sup>, ma anche la pregressa valutazione di altro giudice, compiuta, ad esempio, in sede di emissione di ordinanze cautelari<sup>41</sup>.

Il contraddittorio consentito alla difesa, poi, non è certo contraddittorio *per* la prova, ma *sulla* prova, preconstituita dagli inquirenti durante le indagini.

È chiaro che la spiccata inquisitorialità del procedimento –implicita proprio nella trasmigrazione integrale del materiale informativo

elementi risultanti dagli atti o con le prove addotte dalla difesa>>; in termini sostanzialmente identici v. pure Cass., Sez. I, 11 marzo 1986 (C.C. 31-01-1986), n. 666; Cass., Sez. I, 08 ottobre 1985 (C.C. 08-07-1985), n. 2262; Cass., Sez. IV, 24 settembre 1985 (C.C. 12-08-1985), n. 1795; Cass., Sez. I, 05 aprile 1985 (C.C. 06-03-1985), n. 632; Cass., Sez. I, 19 febbraio 1985 (C.C. 05-12-1984), n. 2734; Cass., Sez. I, 10 giugno 1983 (C.C. 11-04-1983), n. 708; Cass., Sez. I, 30 ottobre 1982 (C.C. 28-09-1982), n. 1940.

<sup>37</sup> Che chiaramente non è una fonte di prova. Nel senso che bastino i meri <<elementi indicati e .. riferimenti contenuti nella proposta del Questore>> v., sia pure come mero *obiter dictum*, la recentissima Cass., Sez. I, 11 marzo 2008 (C.C. 08-02-2008), n. 11087.

<sup>38</sup> Così FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 352. In senso contrario, ma decisamente contro la lettera della legge –come giustamente sottolineato proprio dal FILIPPI, *op. cit.*, p. 104- v. TAORMINA, *Il procedimento di prevenzione nella legislazione antimafia*, Milano, 1988, pp. 183 e ss.

<sup>39</sup> Sul cui valore e sulle cui manifestazioni codicistiche v, da ultimo, CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, soprattutto pp. 15 e ss.

<sup>40</sup> Sul punto, fondamentale la lettura di FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., pp. 352 e ss., ma anche pp. 103 e ss. e, soprattutto, di NOBILI, *Le informazioni della pubblica sicurezza e la prova nel processo di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 237 e ss.

<sup>41</sup> Si riscontrano casi in cui il decreto di prevenzione è emesso sulla base pressoché *esclusiva* di quanto leggibile nella motivazione di ordinanze cautelari, seppure seguite da esito assolutorio del relativo processo. Esemplarmente in tal senso v. App. Napoli, decreto n. 122/07 del 27 settembre 2007, Scarpato (inedita).

raccolto in fase inquirente nel fascicolo sottoposto al vaglio del Giudice della prevenzione- rischia di denotare in modo indelebile il tentativo di rendere effettiva la verifica giudiziale<sup>42</sup>.

Sembra, però, non meno evidente come, ancora una volta, opzioni differenti da questa –segnatamente configurate dal principio di impermeabilità del giudizio rispetto al materiale raccolto unilateralmente durante le indagini- sono destinate a scontrarsi con il dato reale, vagheggiando la pretesa di tramutare il processo di prevenzione in un anomalo doppio del processo penale; a tacer d'altro, è impossibile sottacere che l'amore del legislatore moderno per le misure di prevenzione si spiega proprio in considerazione della sommarietà e celerità della procedura applicativa.

### 3. I FATTI INDICE DI PERICOLOSITÀ.

Il risultato proveniente da *quelle* fonti di cui si diceva, è, a sua volta, alquanto variegato.

Può trattarsi di una prova, intesa quale rappresentazione diretta del fatto da provare<sup>43</sup>: diffusissimo è l'uso dei precedenti penali estratti dal casellario giudiziale, adoperati come dimostrazione di una vita pregressa costellata di episodi criminosi.

Quelli estratti dal casellario sono *documenti*, nel senso di cui all'art. 236 c.p.p., pienamente utilizzabili anche nel processo penale<sup>44</sup> e, così come in quello, anche nel processo di prevenzione sono adoperabili ai fini della valutazione sulla personalità: prova diretta, appunto, del fatto che nel passato il prevenuto è stato condannato per certo numero e un certo tipo di reati.

Anche le sentenze passate in giudicato sono prova diretta degli stessi fatti e in base al medesimo referente normativo.

È chiaro, poi, che gli stessi materiali sono, invece, prova *indiziaria* del fatto complessivo descritto dalla fattispecie di

---

<sup>42</sup> Questa è, in effetti, la posizione di AMODIO, *Il processo di prevenzione: l'illusione della giurisdizionalità*, in *Giust. pen.*, 1995, III, c. 498 e ss.; nel senso della centralità del problema rappresentato dal tipo di fonti di prova adoperabili nel processo di prevenzione v. pure MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 134.

<sup>43</sup> Nel senso fatto proprio da UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 41.

<sup>44</sup> Sul tema v. *amplius* I. CALAMANDREI, *La prova documentale*, Padova, 1995, pp. 21 e ss.

prevenzione, ossia della dedizione al delitto, nel senso di cui all'art. 4 L. n. 1423 del 1956, dell'appartenenza ad una associazione del tipo di quelle evocate dall'art. 1 L. n. 575 del 1965, *etc.*

Che si tratti di sentenze irrevocabili o di atti del casellario giudiziale, qui il carattere dell'elemento conoscitivo è la certezza: il valore giuridico del giudicato penale rende indiscutibile il fatto provato, inteso come fatto che, in passato, il prevenuto è stato condannato per quel certo reato<sup>45</sup>.

Ai sensi dell'art. 238*bis* c.p.p. sono, poi, fatti provati anche quelli considerati tali in una sentenza divenuta irrevocabile; il risultato di prova non è l'informazione in merito alla condanna in sé e per sé considerata, ma *i fatti accertati* da altro giudice: ad esempio l'esistenza di una consorteria criminosa in un dato contesto spazio-temporale e la partecipazione del prevenuto alla medesima in un determinato ruolo<sup>46</sup>.

Anche qui il processo di prevenzione si muove nell'orbita delle regole del processo penale: fonte di prova e risultato di prova (documento/sentenza e fatti ivi accertati) sono dati certi, perché il legislatore tali li definisce nell'art. 238*bis*<sup>47</sup>; e, dunque, prove dirette

---

<sup>45</sup> Ai fini della prova dei fatti (principali e secondari) accertati dalla sentenza acquisita, occorrerà procedere all'acquisizione della decisione nella sua interezza, compresa della parte motivazionale, rientrandosi, poi, in questa guisa, nella fattispecie di cui all'art. 238*bis* c.p.p. Sul punto cfr. IAFISCO, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino, 2002, pp. 156 e ss.

<sup>46</sup> Si ripropongono, per lo scenario in esame, tutte le perplessità che, correttamente, sono state manifestate in dottrina nei confronti della prassi giurisprudenziale propensa a "fare a meno" dell'irrevocabilità, quasi fosse un'appendice soverchia del dettato legislativo, allorché la sentenza/documento viene adoperata nel contesto cautelare; v., sul punto, *amplius*, NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, 2004, pp. 158 e ss. La più generale propensione curiale ad acquisire sentenze non (ancora) irrevocabili anche in sede di giudizio sul merito, è stata comunque interrotta dalla decisione di S.U., 12 luglio 2005, n. 33748, secondo cui <<le sentenze pronunciate in procedimenti penali diversi e non ancora divenute irrevocabili, legittimamente acquisite al fascicolo del dibattimento nel contraddittorio fra le parti, possono essere utilizzate come prova limitatamente alla esistenza della decisione e alle vicende processuali in esse rappresentate, ma non ai fini della valutazione delle prove e della ricostruzione dei fatti oggetto di accertamento in quei procedimenti>>.

<sup>47</sup> Vale la pena di rammentare, peraltro, in posizione fortemente critica sulla scelta legislativa operata con l'art. 238*bis* c.p.p., quanto scriveva PERONI, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di acquisizione di sentenze irrevocabili*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 1381 e ss.: <<l'equivoco sotteso alla norma sta nell'aver confuso l'irrevocabilità della sentenza con una supposta efficacia dimostrativa della stessa in



della rappresentazione ivi contenuta (pericolosità pregressa), come pure prove indiziarie di un certo *modus vivendi* (pericolosità attuale)<sup>48</sup>.

Se fosse tutto di siffatta consistenza il panorama conoscitivo del giudice della prevenzione, ci si muoverebbe quasi nel migliore dei mondi possibili<sup>49</sup>.

Poiché, però, concettualmente, l'universo delle misure di prevenzione è frutto non di un tentativo di diagnosi, ma di un desiderio di prognosi, ecco comparire sulla scena del relativo giudizio risultati di prova a carattere stravagante: Tizio è stato visto, un certo giorno, sulla pubblica via incontrare ed abbracciare il tal pregiudicato<sup>50</sup>; a Caio si addebita che due individui, condannati per reato associativo, abbiano parlato tra loro per telefono e commentato la sua leggerezza nel farsi trovare dalla polizia ospite di un furgone pieno di merce proveniente da furto<sup>51</sup>; a Mevio si rimprovera di avere pessime e costanti

ordine al fatto in essa ritenuto. Ne è derivata una normativa la cui operatività -già sensibilmente pregiudicata da un dettato tutt'altro che perspicuo- apre il varco ad una sorta di anomala fattispecie di giudicato sui fatti anziché sugli effetti. In sintesi, lo sconfinamento della sfera d'incidenza del giudicato *dal momento imperativo a quello logico* della decisione si è concretizzato, in coincidenza con una dinamica pendolare costantemente riscontrabile nell'evoluzione dell'istituto della cosa giudicata, nel riconoscimento in capo alla sentenza irrevocabile di un'impropria efficacia *erga omnes*. Una volta erose in tal modo le originarie barriere oggettive e soggettive del giudicato, il peso dell'efficacia probatoria conferita, in forza dell'art. 238-*bis* c.p.p., al giudizio, non poteva non ripercuotersi sugli assetti della pregiudizialità. È su questo terreno che si registra con particolare acutezza la confusione tra accertamento dei fatti e stabilità del *decisum*: invero, l'efficacia meramente psicologica ed orientativa propria di ogni operazione di acquisizione probatoria, trascende a "pregiudizio" sull'accertamento in corso, mercè la peculiare natura del mezzo che veicola i dati di conoscenza>> [corsivo nostro].

<sup>48</sup> Cfr. FRAGOLA, *Le misure di prevenzione*, Padova, 1992, pp. 17 e ss.

<sup>49</sup> Con tutte le riserve, ben note, adducibili nei confronti della capacità predittiva dei precedenti penali. Sul punto v., per tutti e ancora una volta, MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., pp. 91 e ss.

<sup>50</sup> È ancora il citato decreto n. 122/07 di App. Napoli, 27 settembre 2007, Scarpatò. Per converso, Corte d'Appello Genova, Sez. II, 21 luglio 2004, n. 1855, in *Il merito*, 2005, p. 88, rifiuta di condannare la persona già sottoposta a misura di prevenzione, che sia stato poi denunciato in quanto asseritamente inottemperante al divieto di frequentare pregiudicati: <<Al soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale la legge impone il divieto penalmente sanzionato di associarsi abitualmente a persone che abbiano subito condanne e siano sottoposte a misure di prevenzione o di sicurezza. A tal fine, non costituisce violazione di tale divieto l'intrattenimento occasionale in una pubblica via per lo scambio di saluti>>.

<sup>51</sup> È il caso deciso, con annullamento del decreto oggetto di ricorso, da Cass., Sez. VI, 28 marzo 2001 (C.C. 06-02-2001), n. 12511, nella cui motivazione si legge: <<la

frequenzazioni: non ha precedenti, ma brutte amicizie, dunque è pericoloso<sup>52</sup>.

In tutte queste ipotesi la fonte di prova (relazione di polizia) non è solo un contenitore di informazione, come si è detto, ma reca in sé tanto il *dato* quanto la relativa *valutazione*; il dato, poi, è magari idoneo a fornire prova diretta dell'accadimento narrato (incontro con un pregiudicato, *liaisons dangereuses*, conversazione tra due estranei a proposito del prevenuto), ma diventa inidoneo a provare alcunché, sia pure in termini indiziari, sul *thema probandum* configurato dalla pericolosità attuale: semmai fornisce il sospetto di qualcosa.

Proseguendo nella disamina, s'incontrano manifestazioni ancora diverse: Sempronio è imputato in un processo penale ancora in corso, ma il giudice dell'ordinanza cautelare ormai cessata riteneva che esistessero gravi indizi di colpevolezza, sicché le notizie estratte dall'ordinanza sono convenientemente adoperabili al fine di applicare una misura di prevenzione in attesa della decisione penale<sup>53</sup>.

---

misura di prevenzione adottata è stata ancorata all'asserita appartenenza del proposto ad un'associazione di tipo mafioso e da ciò si è conseguentemente desunta la pericolosità qualificata del medesimo proposto. A tale conclusione si è pervenuti *essenzialmente*, al di là del richiamo di alcuni precedenti giudiziari del G. non particolarmente allarmanti, *sulla base del contenuto di una intercettazione di conversazione ambientale* tra persone indiziate di appartenere al clan mafioso "S." (gruppo "M. P."), le quali avevano, appunto, fatto indiretto riferimento al predetto G., tacciandolo di superficialità per essersi fatto sorprendere dalle forze dell'ordine a bordo di un furgone di provenienza furtiva. Quest'ultima circostanza, fulcro dell'accertamento di pericolosità compiuto dal giudice a quo, si appalesa priva di seria consistenza e non può integrare quell'indizio idoneo a dimostrare, sia pure ai meri fini della prevenzione, la "vicinanza" del proposto ad ambienti mafiosi e, quindi, la sua pericolosità qualificata, sicché è indubbia la violazione di legge che connota il decreto impugnato (art. 1 della legge n. 575/65)>> (corsivo nostro).

<sup>52</sup> Trib. Bari, Sez. II, 23 maggio 2008, edita all'indirizzo <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>: <<La prova di costanti, ripetute frequentazioni e relazioni interpersonali intercorse tra il soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale ed altri soggetti malavitosi, integra il requisito dell'abitudine, così come configurato dall'art. 5 della legge n. 1423/56 ed è tale da far ritenere realizzata, nella fattispecie, la condotta contravvenzionale contestata. Sussistono, dunque, i presupposti oggettivi e soggettivi per ritenere integrata la fattispecie del reato di cui all'art. 9, comma 1, legge n. 1423/56>>.

<sup>53</sup> È il caso esaminato da Cass., Sez. I, 13 marzo 2008 (C.C. 26-02-2008), n. 11279, leggibile all'indirizzo <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, nel cui testo si legge: <<il ricorso propone per un verso motivi diversi da quelli consentiti dalla legge in sede di legittimità e per altro verso è manifestamente infondato, sicché deve essere dichiarato inammissibile. Il giudice della prevenzione ha tratto elementi dall'ordinanza di custodia cautelare agli arresti domiciliari applicata al M., sottolineando che lo stesso

Qui la *fonte* di prova non entra nel catalogo dei documenti di cui all'art. 236 c.p.p.<sup>54</sup> e neppure ha qualcosa a che vedere i verbali di cui all'art. 238 dello stesso codice; ma nemmeno sembra avere qualcosa in comune con la fattispecie di cui all'art. 238bis c.p.p.<sup>55</sup>: già censurabile

---

era coinvolto in una serie di episodi di usura in danno di piccoli imprenditori, che il sistema adottato era quello classico del rilascio di assegni in garanzia e sostituiti con altri assegni alla scadenza di maggior importo (senza soffermarsi a verificare se nei fatti accertati fossero integrati o meno gli estremi del reato di usura così come configurato dall'art. 644 c.p., accertamento che spetta solo al giudice del dibattimento) e che l'ammontare del calcolo degli interessi a 4.000,00 Euro non doveva considerarsi esiguo ma congruo anche se "spalmato" su un arco di tempo consistente. Sono questi apprezzamenti di fatto che non possono essere sindacati in sede di legittimità>>.

<sup>54</sup> Smentisce quest'assunto Cass., Sez. IV, 05 dicembre 2000, n. 9797: <<l'art. 234 c.p.p. comprende genericamente, nella nozione di "documento" acquisibile al procedimento, tutto ciò che è caratterizzato dal requisito della scrittura: vi rientrano, quindi, anche le sentenze non irrevocabili e le ordinanze di custodia cautelare e di convalida di arresto o di fermo. Quanto al valore da attribuire a detti atti, se l'art. 238bis c.p.p. dispone che solo la sentenza irrevocabile può essere acquisita ai fini della prova del fatto in essa accertato, tuttavia anche la sentenza non irrevocabile può valere quanto meno come prova che una sentenza, sia pur non definitiva, è stata emessa, in un certo giorno, nei confronti di una certa persona, imputata di un certo reato; così come l'ordinanza in materia cautelare emessa per un "fatto autonomo" può valere come prova che, in un determinato momento, è stato emesso, nei confronti di una determinata persona, un "ordine" per un determinato reato>>. Si precisa, peraltro, pure che <<l'ordinanza di custodia cautelare, al pari della sentenza non irrevocabile, può essere acquisita al processo a norma dell'art. 234 c.p.p. solo per provare che nei confronti di una persona è stato emesso un provvedimento perché imputata, in concorso o meno con altri, di uno specifico reato e non anche come prova dei fatti in essa affermati posto che l'art. 238bis c.p.p. riconosce tale valore probatorio solo alla sentenza irrevocabile.>>

<sup>55</sup> Si legga ancora l'opinione espressa sul punto, con amarezza, da PERONI, *Disorientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 1385, secondo il quale <<il riconoscimento di un'attitudine probatoria in capo al provvedimento cautelare non appare di per sé più problematico di quanto non si prospetti un'analoga soluzione in tema di sentenza non irrevocabile. Si vuol dire insomma che o si nega *ab intrinseco* ogni *vis* probatoria alle decisioni del giudice, o ci si dispone, almeno in astratto, ad attribuire valore dimostrativo a qualsiasi provvedimento contenente enunciati fattuali riferibili alla *res iudicanda*. Si comprende allora come l'equiparazione tra sentenza e ordinanza cautelare risulti logicamente del tutto coerente con le premesse coltivate dalla Suprema Corte. Non vi è dubbio, infatti, come sul piano di una loro pretesa dignità probatoria, sentenza e ordinanza siano del tutto assimilabili: ambedue i provvedimenti, in particolare, constano, oltre che di un momento imperativo, di uno logico, nel quale i motivi posti a fondamento della decisione si alimentano di un determinato supporto fattuale. Orbene, una volta ammessa una generica idoneità dei provvedimenti giudiziari a rappresentare *aliunde* i fatti che ne costituiscono il fondamento, e svincolata parimenti siffatta idoneità dalla stabilità del provvedimento, non si vede davvero quale ostacolo, almeno in astratto, si frapponga ancora ad un

il percorso d'anomala equiparazione effettuato dal legislatore tra irrevocabilità della sentenza e <<supposta efficacia dimostrativa della stessa in ordine al fatto in essa ritenuto>><sup>56</sup>, si pretende qui di trarre lo stesso effetto da un provvedimento instabile per definizione.

Il *risultato* di prova derivante da siffatte fonti, poi, non è costituito dagli elementi conoscitivi adoperati nel procedimento penale -perché il giudice della prevenzione *non li ha affatto esaminati*- ma è piuttosto costituito dall' *apprezzamento* che di quegli elementi ha effettuato altro giudice, a fini cautelari: insomma, il giudice della prevenzione *valuta la valutazione altrui* e la misura preventiva viene applicata perché è stata applicata una misura cautelare.

*Rectius*: qui l'ordinanza cautelare viene, a ben vedere, adoperata esattamente nella stessa guisa in cui l'art. 238 *bis* c.p.p. consente che sia usata la sentenza irrevocabile, ossia come prova dei fatti in essa affermati.

Tutto ciò, con buona pace delle sagge considerazioni spese da una pronunzia di qualche tempo fa: <<le sentenze, come qualsiasi atto valutativo, possono considerarsi documenti, ed essere utilizzati come prova, solo per i fatti documentali in esse rappresentati (ad esempio, il fatto che un certo imputato sia stato sottoposto a procedimento penale e che la sua posizione sia stata definita in un certo modo) e non per il fatto documentato (la ricostruzione dei fatti e la valutazione probatoria da parte del giudice). A questa regola logico-sistematica fa eccezione, per motivi essenzialmente di ordine pratico, l'art. 238*bis* c.p.p., che ammette l'acquisizione delle sentenze divenute irrevocabili "ai fini della prova di (*recte*, del) fatto in esse accertato". Trattandosi, invece, di sentenze non irrevocabili, data l'espressa limitazione normativa, deve escludersi l'acquisizione di esse per le valutazioni ivi contenute, *id est*, per la loro parte motiva; il ché si estende alla ricostruzione dei fatti oggetto dell'altro procedimento, che necessariamente implica un aspetto valutativo-interpretativo delle risultanze processuali (che investe la selezione dei fatti ritenuti rilevanti, la loro sequenza logica, l'accentuazione di questo o quell'aspetto o di questa o quella circostanza)>><sup>57</sup>.

---

impiego del mezzo cautelare come documento>>. Esprime la medesima opinione, proprio sulla scorta delle considerazioni di PERONI, anche ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova, 2003, p. 201.

<sup>56</sup> La frase è di PERONI, *Disorientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 1385.

<sup>57</sup> Si tratta della nota sentenza Cass., Sez. VI, 07 luglio 1999, n. 10258, Arcadi.

Chiaramente le stesse ragioni <<di ordine pratico>> che hanno ispirato l'art. 238*bis* c.p.p., inducono, nel processo di prevenzione, un dilatamento abnorme di quella regola, così che persino un atto processuale *labile* nei presupposti accertativi come l'ordinanza cautelare, diventa materiale d'uso pacifico, incontrastato. Nell'impiego delle relazioni di polizia, come delle ordinanze cautelari, il processo di prevenzione amplia a dismisura tutte le perplessità indotte, nel contesto del processo penale, dal documento a contenuto valutativo e non rappresentativo, ossia quello contenente <<un'attività logica analoga all'attività che il giudice dovrebbe compiere "in proprio">><sup>58</sup>.

La discrezionalità vastissima del Giudice della prevenzione e la natura inquisitoria del procedimento, fanno sì che quello che nel processo penale è un fenomeno di rinuncia parziale all'accertamento del fatto -nella misura in cui provato, nei sensi di cui all'art. 238*bis*, dalla sentenza penale irrevocabile- diventa, in sede di prevenzione, una rinuncia *totale* al compito valutativo della *iurisdictio*.

#### 4. (segue). ACCERTAMENTO E CONFISCA.

Non diverse considerazioni debbono, poi, essere spese con riferimento al peculiare tema rappresentato dal tipo di accertamento che fonda la confisca di prevenzione regolata dall'art. 2*ter* L. n. 575 del 1965.

La misura ablativa ha per presupposto una pericolosità fondata sull'esistenza di indizi di appartenenza ad un'associazione mafiosa<sup>59</sup> o di colpevolezza di uno dei delitti elencati nell'art. 51, comma 3*bis*, c.p.p.<sup>60</sup>, a prescindere dall'esito dell'eventuale pregresso procedimento penale; la confisca è legittimamente applicabile nei confronti di quei

---

<sup>58</sup> La frase è di ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, cit., p. 188.

<sup>59</sup> Sul punto v. *amplius* FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., pp. 368 e ss., ma anche, più di recente, ID., *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, pp. 269 e ss., e anche GIALANELLA, *Dall'indiziato di mafia alla pericolosità del patrimonio*, in *Quest. giust.*, 2000, pp. 1067 e ss.

<sup>60</sup> L'ampliamento soggettivo è frutto dell'interpolazione operata nell'art. 1 L. n. 675 del 1965 dalla L. n. 125 del 2008; poiché l'art. 2*ter* collega l'ambito d'azione della confisca alla qualità di soggetto proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione ai sensi del precedente articolo 1, la modifica di quest'ultima norma incide anche sul perimetro dei soggetti passibili di misura ablativa.

beni di cui il proposto risulta <<essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo>>, anche per interposta persona fisica o giuridica, allorquando, da un lato, non sia riuscito a giustificare la legittima provenienza e, dall'altro, tale disponibilità appaia di <<valore sproporzionato rispetto al reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica>>; in alternativa, la confisca è applicabile pure a quei beni <<che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego>><sup>61</sup>.

L'intera fattispecie appare interpretata e applicata sulla scorta di un uso quasi parossistico di presunzioni: per coniuge, conviventi e figli, la disponibilità di fatto del proposto sui beni di rispettiva proprietà non necessita di specifici accertamenti<sup>62</sup>; per i terzi intestatari, la sostanziale disponibilità in capo al proposto può essere ritenuta sulla scorta di *meri indizi* che lascino presupporre come la titolarità sia solo un dato formale: ad essi spetta, invece, fornire la *prova* che alla titolarità formale corrisponde quella effettiva<sup>63</sup>, con la palese conseguenza per cui mentre la disponibilità materiale in capo al proposto può essere giustificata dal giudice sulla scorta di *qualsivoglia elemento conoscitivo che appaia idoneo allo scopo*<sup>64</sup>, viceversa la

---

<sup>61</sup> Si è riportato, nel testo, il tenore della norma, ancora una volta come risultante a seguito delle modifiche operate con L. n. 125 del 2008. Per una disamina accurata, seppur "a prima lettura", v. CORTESI, *Novità sulle misure di prevenzione*, cit., p. 280.

<sup>62</sup> In tal senso v., con grande chiarezza, Cass., Sez. II, 5 dicembre 1996, Liso, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2847.

<sup>63</sup> Così MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, cit., p. 505. Di grande chiarezza la massima che segue: <<Spetta al giudice dell'esecuzione l'accertamento degli esatti confini del provvedimento di confisca dei beni immobili effettuato ai sensi dell'art. 2 ter L. n. 575 del 31 maggio 1965, ed in particolare la determinazione dell'eventuale esistenza di "iura in re aliena", non pregiudicati dalla devoluzione dei beni allo Stato, mentre spetta al terzo l'onere della prova sia in relazione alla titolarità di tali diritti sia in relazione alla mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto. In particolare, il terzo dovrà dimostrare il proprio affidamento incolpevole, ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza, non essendo sufficiente la mera anteriorità della trascrizione nei registri immobiliari; una volta provata la posizione di terzietà e l'opponibilità del diritto di garanzia o di credito, il terzo, pur privato della facoltà di procedere ad esecuzione forzata per soddisfarsi sul ricavato, può farlo valere soltanto davanti al giudice civile con i residui mezzi di tutela offerti dalla legge>> [corsivo nostro]; così Cass., Sez. I, 18 aprile 2007, n. 19761.

<sup>64</sup> V. esemplarmente, tra le molte, Cass., Sez. I, 2 dicembre 1991, Carpinteri, in *Cass. pen.*, 1993, p. 419. Più di recente, altrettanto esemplare, Id., Sez. II, 9 gennaio 2007, n. 5233: <<in tema di misure di prevenzione patrimoniale, la "disponibilità diretta o indiretta" dei beni - che costituisce il presupposto per la confisca in capo alla persona

sovrapposizione tra titolarità formale e titolarità effettiva dev'essere fornita di una dimostrazione che, com'è intuibile, assume i tratti della *probatio diabolica*<sup>65</sup>.

Non va diversamente quanto al presupposto della provenienza dei beni da attività illecite: è sufficiente la pura e semplice sperequazione tra fonti di reddito e tenore di vita del proposto, e ciò perché è la stessa legge, in effetti, che <<fa derivare dall'attività delinquenziale... una presunzione di provenienza illecita che può essere superata solo da elementi di segno contrario>><sup>66</sup>, senza che rilevi neppure dimostrare che l'attività illecita in questione sia o meno di tipo mafioso<sup>67</sup>.

pericolosa di quelli di cui si sospetta la provenienza illecita - comprende una gamma di ipotesi diversificate che possono andare dal diritto di proprietà vero e proprio a situazioni di intestazione fittizia a un terzo soggetto, in virtù, ad esempio, di un contratto simulato ovvero, anche, di intestazione fiduciaria, fino a situazioni di mero fatto basate su una posizione di mera soggezione in cui si trovi il terzo titolare del bene nei confronti del sottoposto alla misura di prevenzione>>.

<sup>65</sup>Sembra negare che la posizione del terzo -titolare di diritti reali- sia gravata da peculiari regole probatorie GIALANELLA, *L'art. 2-quater della l. n. 575 del 1965: il punto sull'oggetto e l'esecuzione del sequestro e della confisca di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 364, il quale segnala come la Cassazione abbia <<ribadito che, al fine di disporre la misura di prevenzione patrimoniale della confisca, nel caso di beni formalmente intestati ad un terzo che si assumono nella disponibilità della persona sottoposta a misura di prevenzione personale quale indiziata di appartenenza ad associazione mafiosa, non può più soccorrere (come in sede di sequestro) l'esistenza di una serie di elementi indiziari circa la disponibilità di essi da parte del soggetto come sopra qualificato>>. Quanto alla peculiare posizione dei terzi titolari di diritti di credito, si vedano, invece, le considerazioni fortemente critiche di CASSANO, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2155, che rileva: <<la confisca delle imprese, realtà per loro natura dinamiche, apre conflitti imprevisi, statisticamente e socialmente rilevanti, che richiedono al diritto mediazioni nuove.... L'assetto normativo delineato dall'art. 2-ter è segno allora di un evidente disinteresse per la sorte dei terzi titolari di diritti di credito, conseguente al ritardo con cui il legislatore ha preso atto della realtà della c.d. *impresa mafiosa*>>.

<sup>66</sup>Così Cass., Sez. V, 28 novembre 1995, Brodella, in *Cass. pen.*, 1998, p. 628. Forse ancora più limpida la massima che segue: <<Tra i presupposti della confisca ex art. 2 ter l. 31 maggio 1965 n. 575 rientra quello della sussistenza di indizi per ritenere che i beni da assoggettare alla misura "siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego". A tal fine, il legislatore nel fare riferimento, nell'art. 2 ter citato, alla "sperequazione tra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati", ha voluto indicarlo, a titolo esemplificativo, *quale possibile indizio, anche unico, di siffatta provenienza illecita dei beni* i quali, a causa dell'incompatibilità tra impiego di capitali e ammontare dei redditi noti, debbono ragionevolmente farsi risalire a redditi ignoti, frutto, secondo il normale accadimento delle cose, di attività redditizie come sono quelle delle organizzazioni criminali. Né ciò comporta alcuna inversione dell'onere della prova, perché la legge consente di ritenere la provenienza illecita dei

Regole di segno analogo –seppure apparentemente improntate ad un maggior garantismo- risultano, poi, dalla disamina della giurisprudenza che ha vagliato l'ipotesi dell'ammissibilità di una valutazione globale del patrimonio del proposto, in vista di una potenziale confisca altrettanto *globale*; un orientamento ormai risalente precisa in effetti come il sequestro e, poi, la confisca non possono indiscriminatamente colpire tutti i beni di coloro che sono sottoposti a misure di prevenzione personali, bensì <<solo quelli che si ha motivo di ritenere frutto di attività illecite o che ne costituiscano il reimpiego; se non si pongono problemi nel caso in cui il bene, per intero e nel suo complesso, risulti *ab origine* acquisito al patrimonio del soggetto per effetto diretto o mediato di provenienza da attività illecite, esiste, invece, la necessità di stabilire i limiti di operatività dell'effetto ablativo nell'ipotesi in cui il reimpiego del denaro, proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella disponibilità del soggetto medesimo, in virtù di pregresso acquisto del tutto giustificato da dimostrato titolo lecito. In quest'ultima ipotesi, il provvedimento ablativo...per non contrastare il principio costituzionale di cui all'art. 42 Cost., non può coinvolgere il bene nel suo complesso, ma, nell'indispensabile contemperamento delle generali esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle di garanzia della proprietà privata, dev'essere limitato al valore del bene, proporzionato all'incremento patrimoniale ingiustificato per il reimpiego in esso effettuato di profitti illeciti: il che si realizza mediante la confisca della quota ideale del bene, rapportata al maggior valore assunto per effetto del reimpiego e valutata al momento della confisca>><sup>68</sup>.

---

singoli beni da elementi acquisiti di inequivoca sintomaticità (la sproporzione tra tenore di vita e reddito) e non dalla mancata allegazione della loro provenienza legittima, la cui dimostrazione, piuttosto, è idonea a contrastare la sintomaticità indicata>> [corsivo nostro]; così Cass., Sez. II, 16 gennaio 2007, n. 5234.

<sup>67</sup> Così, tra le tante, Cass., Sez. VI, 25 settembre 2003, n. 36762, Loiacono; Id., Sez. I, 5 ottobre 2006, n. 35481, Gashi. La provenienza illecita può essere anche di natura tributaria; esplicitamente in tal senso v., ancora tra le tante, Cass., Sez. VI, 22 marzo 1999, Riela, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1778; Id., Sez. II, 6 maggio 1999, Sannino, *ibidem*, p. 1951.

<sup>68</sup> Così, da ultimo, la recentissima Cass., Sez. I, 28 agosto 2007, n. 33479. Tra le prime in tal senso v., invece, Id., Sez. I, 17 novembre 1989, Nuvoletta, in *Giust. Pen.*, 1991, III, c. 354.



Siffatte pronunzie appaiono come la manifestazione coerente di un impianto normativo chiaro: allorquando si legge, nel corpo dell'art. 2ter, 3° comma, L. n. 575 del 1965, che <<con l'applicazione della misura di prevenzione il tribunale dispone il *sequestro* dei beni di cui non sia dimostrata la legittima provenienza>> appare difficile non contestare che ci si trovi in presenza di un' inversione dell'onere probatorio già in base al mero significato della lingua italiana<sup>69</sup>.

Si è notato come disponibilità materiale dei beni e illecita provenienza dei medesimi siano oggetto di autentiche presunzioni; ad esse il proposto deve rispondere, invece, fornendo la *dimostrazione* dell'altruità (sostanziale) dei beni in questione e della provenienza da attività non delittuose: l'inversione dell'onere probatorio –ovvero, ancora una volta, la rinuncia all'accertamento- si radica proprio qui, in questa costrizione a provare ciò che l'accusa può limitarsi a “far presumere”<sup>70</sup>, sicché coerentemente la giurisprudenza ammette che persino la globalità del patrimonio del proposto possa essere oggetto di confisca, salvo che egli non dimostri l'origine lecita del medesimo; alla dimostrazione parziale della liceità segue l'ammissibilità di una confisca *pro quota*.

---

<sup>69</sup> Ritengono, invece, che non si tratti di inversione dell'onere della prova FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 123; GUERRINI-MAZZA-RIONDATO, *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 165 e ss.; MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 529 e ss.; RUSSO, voce *Processo di prevenzione*, cit., p. 5. *Contra v.*, per tutti, le considerazioni di FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 373.

<sup>70</sup> In questa direzione vanno, del resto, le schiette critiche di MANGIONE, *Politica del diritto e 'retorica dell'antimafia': riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1186, il quale sottolinea: <<Risalta... come l'elasticità di tali parametri sia deliberatamente funzionale ad esigenze di semplificazione probatoria per il lavoro dell'accusa, la quale è esentata dal compito di provare vuoi l'effettiva commissione del reato associativo (*id est*: l'appartenenza del proposto al sodalizio criminoso, ex art. 1, l. n. 575 del 1965), vuoi i singoli reati generatori di quella ricchezza che, essendo nella disponibilità dell'indiziato di mafia, dev'essere aggredita. In buona sostanza, e al di là degli *escamotages* linguistici, si tratta di una raffinata tecnica sanzionatoria con la quale colpire là dove non si arriva con la pena in senso stretto e con la confisca tradizionale, essendo quest'ultima legata alla prova del nesso eziologico sussistente fra il *predicate crime* ed il bene illecito. Nessun dubbio allora che la *Etikettenschwindel* così edificata serva ad occultarne la vera natura: quella di *pena del sospetto*>>.

## 5. PROCESSO PENALE E GIUDIZIO DI PREVENZIONE (ARGOMENTI SUL SOSPETTO).

Menzione a parte merita l'imponente fenomeno dell'uso di prove e indizi estratti da procedimenti penali conclusi con proscioglimento, anche nel merito e persino ai sensi del 530, 1° comma, c.p.p., per insussistenza del fatto o non addebitabilità del medesimo all'imputato<sup>71</sup>.

Il canone, applicato in tali casi con regolarità dalla Suprema Corte, e altrettanto regolarmente disdegnato dai giudici del merito<sup>72</sup>, è quello leggibile, al meglio, in una nota sentenza del 2002: «<gli indizi utilizzabili, non debbono avere i caratteri di cui all'art. 192 c.p.p., mentre le chiamate in correità (o in reità) non debbono essere confermate da riscontri esterni individualizzanti (anche dopo l'introduzione del comma 1 bis nell'art. 273 c.p.p.) ai fini dell'accertamento della pericolosità, che si basa essenzialmente su condotte sintomatiche, contrariamente a quanto richiesto, invece, per supportare una condanna penale.

Ciò premesso, però, il giudice della prevenzione, per ritenere l'appartenenza di un soggetto ad una associazione di cui all'art. 416 bis c.p.... deve basarsi su indizi *certi*, rappresentati da circostanze obiettive, ed *idonei a fondare un giudizio di fondata probabilità di tale appartenenza*. Quindi, *non riveste tale carattere di certezza un indizio*

---

<sup>71</sup> Tra le tante, v. Cass., Sez. I, 3 novembre 1995, n. 5522; App. Milano, 04 ottobre 1998, in Foro Ambrosiano, 1999, p. 495; Cass., Sez. V, 27 aprile 2000 (C.C. 31-03-2000), n. 1968, nel cui testo si legge: «<attesa l'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale - per la ben nota diversità dell'oggetto di accertamento e degli strumenti dello stesso, nonché per le peculiari finalità - il giudice della prevenzione è in piena indipendenza autorizzato ad utilizzare gli elementi costituiti dai precedenti o dalle pendenze giudiziarie del proposto, sempre che egli sottoponga i relativi fatti (ivi compresi, eventualmente, quelli che abbiano dato luogo a pronuncia assolutoria), a nuova ed autonoma valutazione, dando atto, in motivazione, delle ragioni per cui essi siano da ritenere sintomatici della attuale pericolosità>>»; e ancora: Cass., Sez. V, 14 giugno 2002 (C.C. 28-03-2002), n. 23041; Cass., Sez. I 11 novembre 2003 (C.C. 15-10-2003), n. 43046; Cass., Sez. V 14 dicembre 2006 (C.C. 11-07-2006), n. 40731. Una copiosa elencazione di decisioni dedicate al medesimo tema è leggibile in MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*, cit., pp. 125 e ss.

<sup>72</sup> La deduzione è fattibile in presenza di un dato palese: la quantità di decisioni della S.C. che si attardano esattamente su questo tipo di pronunzie -quelle, cioè, che adoperano indizi tratti da processi penali conclusi con assoluzione- annullando con frequenza insolita per il settore.

*che sia stato già smentito in sede penale.* Infatti, il giudice della prevenzione, pur potendo diversamente valutare tale indizio, ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale del proposto, non può prescindere dal considerare gli eventuali accertamenti, positivi o negativi, emersi nel procedimento penale>>><sup>73</sup>.

Sono frasi di chiarezza scultorea, anomala nel nebuloso mondo delle misure preventive: processo di prevenzione e processo penale sono realtà spesso coesistenti nella stessa unità di spazio/tempo, sicché, magari, l'assolto in sede penale, diventa, immediatamente dopo, destinatario di una misura preventiva e il materiale adoperato al fine di stabilire la sua pericolosità risulta lo stesso che ha trovato scarsa accoglienza presso il giudice penale.

Non si tratta –in sé e con le debite precisazioni che verranno fatte appresso- di un fenomeno scandaloso e, anzi, a ben vedere, esso colpisce meno l'immaginario del giurista rispetto all'ipotesi in cui la misura preventiva sia irrogata sul presupposto mero di un'ordinanza cautelare: dopotutto qui si parla di adoperare prove e indizi a carico - già apparsi sulla scena dibattimentale e risultati inidonei all'accertamento della colpevolezza- per una fattispecie *diversa* da quella su cui è sceso il giudicato assolutorio.

L'ipotesi è che il prevenuto sia risultato innocente e, però, ciononostante, sia soggetto pericoloso: le stesse prove che non hanno retto al peso del “ragionevole dubbio” sulla commissione del reato, potrebbero, invece, avere una caratura sufficiente a delineare i tratti di un personaggio *borderline* rispetto alle regole della convivenza: ha un passato di condanne; non ha redditi e viaggia in auto di lusso; frequenta ambienti poco commendevoli e un pentito ha detto di lui che è associato ad un certo gruppo criminale, ma non esistono ulteriori prove che legano il prevenuto alla cosca, sicché è uscito indenne dal processo penale.

La logica delle misure preventive implica che possa essere assoggettato al relativo procedimento, ma la Corte di legittimità correttamente esige che, malgrado sia “di seconda classe” il vaglio operato dal giudice della prevenzione, gli indizi usati debbono avere *esistenza certa*: id est *non devono essere stati smentiti in sede di accertamento penale*<sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Trattasi di Cass., Sez. V, 14 giugno 2002 (C.C. 28-03-2002), n. 23041, Ferrara.

<sup>74</sup> Si veda, del resto, quanto scrive la Corte EDU nel caso *Labita c. Italia*, 6 aprile 2000: <<la Corte considera legittimo che delle misure di prevenzione, e in particolare

Poco vi è da aggiungere a commento di questo (ovvio) canone: un indizio smentito *non* è semplicemente un indizio, nella misura in cui si accetti la convenzione (logica, prima ancora che giuridica) per cui nessuna deduzione può essere fondata su di un elemento cognitivo che si è rivelato come affermazione *falsa* (ossia smentita) della verità di un fatto<sup>75</sup>.

Per tornare all'esempio di cui sopra, tratto proprio dalla sentenza citata in apertura del discorso, se il tal collaboratore di giustizia ha riferito che il prevenuto appartiene ad un certo gruppo criminale e in udienza si è acclarato –con riscontro nella sentenza assolutoria- che il *dictum* era *sicuramente non veridico*, allora non si tratta di un indizio, ossia di un elemento che può fornire la base logica di una deduzione sulla scorta di altri elementi, ma -semplicemente e, diremmo,

---

la sorveglianza speciale, siano applicate ad individui sospettati di appartenere alla mafia ancor prima della loro condanna, poiché esse tendono ad impedire la commissione di atti criminali. Inoltre, *un'eventuale assoluzione non le priva necessariamente di qualunque senso: in effetti, elementi concreti raccolti nel corso del processo, anche se insufficienti per una condanna, possono nondimeno giustificare dei ragionevoli timori che l'individuo in questione possa commettere reati in avvenire*.... Tuttavia, va anche accertato se esse fossero "necessarie, in una società democratica" al conseguimento di tali scopi legittimi. .... Orbene, all'occorrenza la sorveglianza speciale applicata nei confronti del Sig. L. fu decisa il 10 maggio 1993, quando esistevano effettivamente degli indizi di una sua appartenenza alla mafia, ma fu concretamente attuata solo a partire dal 19 novembre 1994, cioè *dopo l'assoluzione pronunciata dal Tribunale di Trapani*. La Corte ha esaminato i motivi invocati dalle giurisdizioni competenti nel rifiutare la revoca di tale misura malgrado il proscioglimento, ovvero il fatto che secondo B.F. il ricorrente era vicino al clan mafioso di Alcamo, come provato dalla circostanza che il suo defunto cognato era stato il capo del clan principale ...e che il ricorrente "ha addotto a sostegno della propria richiesta elementi del tutto insufficienti a fornire la prova di un reale e sensibile cambiamento della propria condotta di vita e di un suo effettivo ravvedimento". Ebbene la Corte non comprende come il semplice fatto che la moglie del ricorrente sia la sorella di un capo mafioso, nel frattempo deceduto, possa giustificare dei provvedimenti così severi nei confronti del ricorrente, *in mancanza di qualunque elemento concreto che attesti l'esistenza di un rischio reale che egli commetta dei reati*. Quanto al cambiamento di vita e al pentimento, la Corte non può tralasciare il fatto che il ricorrente, incensurato, è stato scagionato dall'accusa di far parte della mafia per il motivo che nel corso delle indagini preliminari e del processo non è stato trovato alcun elemento concreto che dimostrasse la sua appartenenza alla mafia.....>>.

<sup>75</sup> Sulla scorta, ancora una volta, delle ineludibili precisazioni di UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di UBERTIS, Milano, 1992, pp. 1 e ss.

banalmente- di un dato *falso*, inutilizzabile in quanto foriero di una fallace rappresentazione della realtà.

Il distinguo tra ciò che, in questa peculiare prospettiva, pare accettabile e ciò che non lo è affatto, resta, peraltro, arduo da tracciare<sup>76</sup>.

Si consideri una più recente pronunzia della Suprema Corte<sup>77</sup>: in una situazione comparabile –quanto a piattaforma probatoria adoperata ed esplicitata in motivazione- alla sentenza poc' anzi citata, il giudice di legittimità trae conclusioni decisamente differenti e così argomenta: <<la Corte milanese ha adeguatamente motivato la sussistenza di siffatti elementi, procedendo ad una autonoma valutazione dell' intero quadro probatorio, comprensivo non soltanto della chiamata del collaborante F. -giudicata intrinsecamente inattendibile nei termini enunciati (correttamente) dai ricorrenti- ma anche delle dichiarazioni del collaboratore B., della intervenuta condanna per reato associativo a carico di altri chiamati in reità dallo stesso F., nonché di una serie di risultanze istruttorie, fra le quali i rapporti con altri sodali, tali da condurre ad una ordinanza di custodia cautelare "passata indenne per il vaglio del Tribunale e della Corte di Cassazione", ed infine del fatto che il ricorrente è stato assolto in ordine ai c.d. reati-fine... soltanto per insufficienza e contraddittorietà della prova; elementi tutti coerentemente leggibili -seppure non ritenuti dal Giudice del procedimento di cognizione sufficienti, con giudizio di genericità limitato alle ulteriori dichiarazioni accusatorie, a fondare il giudizio di colpevolezza- in senso indiziante dell'appartenenza del P. all'associazione criminale.

Infondata è, a tal punto, la censura dei ricorrenti secondo cui dovrebbe fungere da sbarramento la stessa formula assolutoria ex art. 530 c.p.p., comma 1, in ordine al reato associativo, così come quella che l'impugnato provvedimento conterrebbe un illogico o immotivato giudizio di "non palese inattendibilità" del F. atteso che, al contrario,

---

<sup>76</sup> Si tratta di un rilievo effettuato già da FIANDACA, voce *Misure di prevenzione*, cit., p. 121, laddove, con riferimento più generale a *tutto* il materiale informativo messo a disposizione del giudice della prevenzione rileva come dovrebbe trattarsi di <<situazioni per dir così intermedie, nelle quali le acquisizioni probatorie superano lo stadio del mero sospetto ma non raggiungono ancora il livello di una vera e propria prova indiziaria>> notando, peraltro, subito dopo: <<senonchè, com'è noto, nella prassi concreta è tutt'altro che agevole distinguere tra sospetti basati su elementi fattuali e indizi>>.

<sup>77</sup> Si tratta di Cass., Sez. V, 17 marzo 2006 (17-01-2006), n. 9505, P.V.

espunta la chiamata (e pur non preclusane l'autonoma valutazione), l'ordinanza ha comunque valorizzato, ulteriori elementi sintomatici della pericolosità qualificata>>.

Qui –e fuori da compiacenti argomentazioni- il prevenuto era stato assolto dall'accusa di reato associativo ai sensi dell'art. 530, 1° comma, c.p.p. e la decisione risultava eminentemente fondata sulla ritenuta inattendibilità dei *dicta* di un collaboratore: il giudice della prevenzione ha utilizzato (forse sì, forse no: non è ben chiaro) le stesse propalazioni e ad esse ha aggiunto l'intervenuta condanna di *altri* personaggi accusati dallo stesso pentito, le solite frequentazioni poco raccomandabili da parte del prevenuto, nonché –si noti- l'assoluzione del medesimo *solo* ai sensi dell'art. 530, 2° comma, c.p.p. per i c.d. reati fine ed infine l'ordinanza custodiale emessa alle scaturigini *dello stesso processo concluso con duplice assoluzione*: ma va tutto bene, rileva la Corte, perché il giudice della prevenzione non ha adoperato, *pur potendo farlo*, quell'inattendibile fonte di prova che si era rivelata la chiamata in correità, bensì <<ulteriori elementi sintomatici della pericolosità qualificata>>; quali? verrebbe da chiedere, osservato l'elenco.

Il caso –come si accennava- è quasi sovrapponibile a quello della sentenza citata all'avvio: le ragioni del diverso esito aiutano a focalizzare l'attenzione e non paiono solo ascrivibili al (potenzialmente) mutevole orientamento della Suprema Corte, bensì al problema di fondo del processo di prevenzione: quella discrezionalità vorace, che consente al giudice, se non controllata a fondo, di comporre le prove della pericolosità in un *puzzle* variegato e flessibile.

Al termine della disamina, in effetti, appaiono chiari i motivi dell'incursione nel diritto amministrativo; essa permette di notare come la discrezionalità del giudice della prevenzione si esercita sì al momento della decisione e con riferimento alle caratteristiche della fattispecie, ma insorge, nella sua caratura più autentica e potenzialmente deleteria, in fase di *selezione dei dati rilevanti*, sicché la pronunzia appare fondata su di un coacervo di dati, per lo più sostanziati da *pregresse valutazioni su effettive informazioni*, e giustificata da argomenti che conciliano materiali di varia origine e natura senza fornire visibilità né all'una né all'altra.

Così come osservato con riferimento ai limiti della discrezionalità amministrativa, ritualità e completezza dell'istruttoria, integrità, poi, della motivazione sui fatti emersi della medesima, configurano l'unico argine possibile ad una discrezionalità che, in questo campo, rischia di

trasformare la motivazione in accondiscendente argomentazione del sospetto.

Non è lontana dal tipo di prospettiva indicata una recente decisione della Corte EDU<sup>78</sup>: ivi è ritenuta provata una violazione della presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 della Convenzione, consistente nel fatto che, in esito ad un procedimento penale nel quale il ricorrente era stato assolto da molteplici accuse, l'a.g. olandese aveva emesso, nei suoi confronti, un ordine di confisca in misura pari ai presunti profitti derivati dagli stessi delitti già oggetto del procedimento penale.

Due, in sintesi, gli snodi portanti della decisione: in primo luogo, il giudice olandese aveva ritenuto che il ricorrente potesse disporre di beni di provenienza illecita non già sulla base di una approfondita disamina della sua complessiva situazione patrimoniale, bensì *sulla mera scorta di congetture realizzate su di un rapporto di polizia*, a sua volta costituito da una *commistione di fatti e apprezzamenti* (<<*the Court of Appeal found that the applicant had obtained unlawful benefit from the crimes in question although in the present case he was never shown to be in possession of any assets for whose provenance he could not give an adequate explanation. The Court of Appeal reached this finding by accepting a conjectural extrapolation based on a mixture of fact and estimate contained in a police report*>>).

In secondo luogo, la confisca è apparsa giustificata dal sospetto di commissione degli *stessi reati per i quali il ricorrente era stato processato e assolto* (<<*the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted*>>), mentre in un caso precedentemente affrontato dalla Corte EDU<sup>79</sup>, apparentemente simile, il ricorrente continuava ad essere sospettato della commissione di reati *ulteriori e diversi*, al contempo risultando in possesso di beni ragionevolmente ritenuti frutto di attività illecite.

Non sfugge, tanto dai rilievi appena effettuati, quanto dalla lettura integrale della sentenza, come la pronuncia ruoti attorno alla considerazione del *tipo di materiale probatorio adoperato* (rapporto di polizia, frammisto di fatti e valutazioni), come pure del tipo di

---

<sup>78</sup> La decisione, nel caso Geerings c. Paesi Bassi, è del 1° marzo 2007 e, sino ad ora, può essere letta solo in lingua inglese all'indirizzo <http://www.echr.coe.int/echr>. A commento della decisione v. BALSAMO, *Il rapporto tra forme 'moderne' di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 3929 e ss.

<sup>79</sup> *Van Offeren v. The Netherlands* (dec.), no. 19581/04, 5 July 2005.

istruttoria, viceversa, *non effettuata*, ossia l'accertamento sulla complessiva situazione patrimoniale del proposto; con ciò si torna chiaramente a quell'idea di valutazione dei dati concreti raccolti in istruttoria e delle sue mancanze eventuali, attorno alla quale si iscrivono pure importanti limiti dell'atto amministrativo discrezionale.



## CAPITOLO IV

### IL CONTROLLO POSSIBILE

SOMMARIO: 1. La motivazione del decreto. - 2. Discrezionalità e arbitrio. - 3. *L'error in procedendo* nell'istruzione probatoria. - 4. Il vizio di motivazione. - 5. La verifica sull'*error in iudicando*: il difetto di sussunzione e la "fattispecie preventiva". - 6. Un'esegesi costituzionalmente orientata.

#### 1. LA MOTIVAZIONE DEL DECRETO.

È in effetti paradossale e per molti versi amaro notare come l'attrazione delle misure preventive nell'orbita dell'accertamento penale, abbia corrisposto non solo a quella famosa <<truffa delle etichette>> cui sopra si faceva cenno, ma ad una confusione di ruoli e di fenomeni, per la quale la fattispecie di prevenzione appare appiattita su omologhe fattispecie penali, nonostante la natura discrezionale delle prime e schiettamente condizionale delle seconde; le "misure", poi, appaiono deprivate di ogni finalità preventiva, risultando solo autenticamente punitive, come se fossero frutto di un accertamento di meritevolezza della sanzione, che in realtà *non ha luogo*; mentre, poi, il giudice *non* decide sulla scorta di materiale raccolto in un contraddittorio paritetico tra accusa e difesa, ma basandosi su materiale informativo di dubbia natura, raccolto durante l'inchiesta preliminare e unilaterale, all'esito di un contraddittorio dove la partecipazione dell'interessato è *sostanzialmente azzerata nel suo valore dalla rilevata assenza di un controllo sulla corrispondenza tra motivazione e fatti accertati*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Un accuratissima analisi e una pungente denuncia, che tocca tutti i profili suesposti, sono realizzate da MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., *passim*.

È possibile ormai anticipare alcune conclusioni –del resto già formulate nell'*incipit* del presente lavoro- notando come, invero, forse sia proprio questo il nodo realmente problematico delle misure di prevenzione, ossia *l'assenza di un obbligo di conformità tra motivazione e istruttoria*<sup>2</sup>.

Si è già rilevato, in effetti, come il riconoscimento dell'indubbia natura discrezionale delle fattispecie di prevenzione non rechi con sé, per ciò solo, lo stigma dell'inverificabilità logico-razionale, perché "discrezionalità" non è più sinonimo, ormai da decenni, di *freies Ermessen* o libertà da vincoli e controlli.

Il potere discrezionale dell'amministratore resta ancorato ai *fatti* chiamati ad avverare la fattispecie indeterminata e la motivazione dell'atto amministrativo *deve ineludibilmente recare traccia della valutazione di quei fatti e non di altri*.

Al contrario, nel processo di prevenzione, la motivazione è lo schermo dietro il quale si muove –a quel punto, chiaramente, in modo del tutto incontrollato- l'opera giudiziale di estrapolazione dei fatti dal mondo reale e successiva denotazione dei medesimi. Ed ecco il punto d'arrivo dell'analisi: la motivazione non è privata del suo valore perché il giudizio è frutto di potere discrezionale, ma *lo diventa* perché risultano in concreto non trasparenti le *fondamenta* dell'esercizio di quel potere, ossia i *fatti*.

La legislazione in materia di prevenzione, ma anche la giurisprudenza costituzionale, come quella della Corte di cassazione, sono pregne di riferimenti verbali alla valutazione dei *fatti*, anzi rimarchevoli nella reiterazione del concetto per cui il processo di prevenzione non deve, *non può* fondarsi su sospetti, congetture, illazioni<sup>3</sup>: l'incontrollabilità della rispondenza tra istruttoria e

---

<sup>2</sup> Sull'importanza delle <<concrete dinamiche probatorie>> nella valutazione effettuata da recenti decisioni della Corte EDU, v. BALSAMO, *Confisca e presunzione di innocenza (quando il provvedimento viene adottato all'esito di una sentenza di assoluzione)*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3929 e ss.

<sup>3</sup> Scrive MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale*, cit., p. 158, al termine di un consistente *excursus* di decisioni: <<la giurisprudenza sembra non di rado accontentarsi di 'sospetti' e 'presunzioni'. Il più delle volte però la Cassazione pare consapevole delle esigenze di fondo, dall'indubbio sapore garantistico, le quali richiedono la presenza di 'elementi di fatto di carattere obiettivo' che, lungi dall'essere presunti, debbono al contrario costituire oggetto di 'scrupoloso e autonomo accertamento' da parte del giudice della prevenzione, anche quando si tratti di elementi estratti da procedimenti penali in corso>>. Una doviziosa analisi dei criteri adottati in giurisprudenza è leggibile in MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione*,

motivazione rende tutti questi ammonimenti null'altro che uno schermo dietro il quale può agire una politica criminale *legibus soluta*.

Si consideri nel dettaglio la seguente, recentissima decisione, che viene proposta all'analisi nella sua interezza<sup>4</sup>: la difesa aveva dedotto violazione ed inosservanza di legge nonché vizio di manifesta illogicità della motivazione, in particolare lamentando <<1) che la decisione impugnata si sarebbe fondata sul *mero richiamo a decisioni adottate in sede cautelare* .... 2) che sarebbero affette da illogicità le argomentazioni in punto di attualità della pericolosità (non essendosi tenuto conto del *pentimento dell'unico soggetto con il quale il B. intratteneva rapporti* e della connotazione regionale del sotto - gruppo dal collaboratore capeggiato ed ormai disgregatosi); 3) che sarebbero *inconsistenti le valutazioni relative alla asserita frequentazione di pregiudicati*; 4) che sarebbero state indebitamente valutate condotte già oggetto di disamina e non ritenute tali da imporre l'applicazione di misure di prevenzione; 5) che sarebbe stato considerato illogicamente alto il suo tenore di vita, *senza tenere conto di elementi recisamente contrari a detta presunzione*; 6) che sarebbe stata omessa la seria valutazione di una saltuaria ma effettiva attività di lavoro autonomo... Ritiene il Collegio che, manifestamente infondate le censure sintetizzate sub 1 e 4 ed irricevibili quelle di cui ai nn. 2, 3, 5, 6 del ricorso..., debbano essere dichiarate inammissibili le due impugnazioni. Rammentato che il ricorso della L. n. 1423 del 1956, ex art. 4, comma 11, è consentito solo per denunciare violazioni di legge, secondo una previsione che, immune da sospetti di illegittimità costituzionale..., autorizza la prospettazione in questa sede delle sole ipotesi di mancanza grafica o logica della motivazione del provvedimento..., appare evidente che i motivi sintetizzati con i nn. 1 e 4 sono *bensì ammissibili (perché prospettano falsa applicazione di norme) ma totalmente privi di alcun fondamento*. La Corte di merito ha infatti correttamente ricavato gli indici sintomatici della attuale pericolosità del B. non già da una sorta di estensione analogica delle regole proprie del "pericolo" in sede cautelare, bensì *da elementi di fatto tratti da procedimenti di cognizione o cautelari afferenti l'appartenenza del*

---

cit., pp. 439 e ss., in particolare con riferimento a casi di applicazione dell'art. 1 L. 575 del 1965.

<sup>4</sup> Cass., Sez. I, 07 aprile 2008, n. 14376. I corsivi nel testo sono dell'autrice.

*proposto alla associazione mafiosa ... e la assenza di alcun sintomo di una sua dissociazione, vieppiù in presenza di prove di una anche recente frequentazione di noti pregiudicati e di un suo elevato tenore di vita.* Quanto agli altri motivi è evidente che sono irricevibili le censure sub 2 e 5 (perché sottopongono un *non consentito controllo di logicità di affermazioni chiare ed intelligibili*), sub 3 (perché mere proposte di rivalutare i fatti, inidonee anche a sostenere una censura ex art. 606 c.p.p., lett. e), sub 6 (perché propongono censure di incompletezza di una valutazione sul "lavoro" svolto che, invece, è esistente e chiara nei risultati>>.

L'esempio addotto sembra tanto perspicuo da essere quasi superfluo ogni commento: vale la pena di sottolineare come il ricorrente adducesse fundamentalmente censure di *travisamento (rectius: assente considerazione) delle informazioni immesse dalla difesa in fase di merito*, alle quali la Suprema Corte non ha potuto fornire risposta perché i *dicta* della motivazione erano <<chiari e intelleggibili>>, ovvero espressi in buona lingua italiana. Sicché, l'inconsistenza delle asserite frequentazioni di pregiudicati, la sussistenza di un lavoro "normale", capace di spiegare i redditi del prevenuto, l'assente valutazione autonoma dei "precedenti cautelari" da parte del giudice della prevenzione, tutti questi *dati*, insomma – allegati dalla difesa e non valutati, ad onta della loro natura assolutamente *fattuale e non certo argomentativa* – sono divenuti *eventi processualmente immuni dall'analisi*.

Si è detto come per la motivazione dell'atto amministrativo l'equazione sia piuttosto semplice: l'obbligo motivazionale imposto all'amministrazione risulta tanto più approfondito quanto più ampia è la discrezionalità della norma e più stridente il contrasto tra gli interessi confliggenti reciprocamente e/o con quelli dello Stato amministratore.

Le ragioni della maggior importanza assunta dalla motivazione nell'atto che sia esplicazione di norma discrezionale, piuttosto che nell'atto assunto sulla base di una norma vincolata, sono abbastanza evidenti: decenni di evoluzione giurisprudenziale e studio del problema configurato dai vincoli della discrezionalità amministrativa, si sintetizzano nell'idea che l'amministrazione –certamente controllabile quando agisce *interpretando* la norma- lo è molto meno quando agisce *concretando* una fattispecie discrezionale, se ai limiti esterni del potere discrezionale (quelli ricavabili ancora una volta dalla

norma) non si aggiungono i limiti *interni* configurati dai *fatti* e dalla loro valutazione, *ergo* dalla motivazione.

Un atto amministrativo discrezionale, che si riverberasse negativamente sulla sfera giuridica del privato e fosse al contempo sornito di motivazione, ovvero provvisto di una motivazione apodittica, apparente o insufficiente rispetto alla situazione concreta esaminata, sarebbe costituzionalmente censurabile sotto una congerie di profili, secondo impostazioni apparenti *in nuce* presso la dottrina nostrana<sup>5</sup> e altrove definitivamente stabilizzate: nella dottrina tedesca – attentissima alla valutazione di sostenibilità costituzionale dell’atto amministrativo- si sottolinea come la motivazione, in casi siffatti, sia servente anzitutto rispetto al c.d. *Rechtsstaatsprinzip*, ovvero alle fondamenta stesse dello stato di diritto, come pure all’obbligo dell’amministrazione di rispettare la legge, al principio di divisione dei poteri, al diritto alla tutela giurisdizionale e finanche al superiore principio di dignità dell’uomo<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Pur meno risalente e approfondita, rispetto a quella d’oltralpe, l’elaborazione nostrana fonda su sostanziose basi di principio l’obbligo di motivazione dell’atto amministrativo; ben si è scritto che <<gli atti espressione di potere autoritativo... devono essere motivati a fini di democrazia, persino a prescindere dalla previsione normativa della motivazione come corredo giustificativo che concorra a determinare la legittimità dell’atto formale>>: così VENTURA, voce *Motivazione degli atti costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, pp. 32 e ss. Un preciso fondamento costituzionale dell’obbligo di motivare l’atto amministrativo non emerge, peraltro, dalla letteratura in materia; si tenga conto, in effetti, che solo con la L. n. 241 del 1990 è stato introdotto nel nostro ordinamento il precetto per cui tutti i provvedimenti amministrativi devono essere motivati. Si legge, del resto, in GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 570: <<si pensi che ancora nella nostra Assemblea Costituente fu avanzata la proposta di stabilire con norma costituzionale il principio della necessità della motivazione, e fortunatamente cadde>>. Per l’aggancio della motivazione dell’atto amministrativo impositivo al diritto di difesa del contribuente v., peraltro, VIGNOLI-LUPI, voce *Motivazione (dir. trib.)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, 9, Bergamo, 2007, pp. 706 e ss.

<sup>6</sup> Ricche considerazioni in tal senso sono leggibili nel recentissimo studio di TOWFIGH, *Die Pflicht zur Begründung*, cit., p. 5 e ss.; ma cfr. pure, con dovizia anche maggiore, LÜCKE, *Begründungszwang und Verfassung*, Tübingen, 1987, *passim*.

Ad una siffatta chiarezza nel settore del diritto amministrativo<sup>7</sup> fa da contraltare il processo di prevenzione, dove è accaduto questo: a *concretare* la norma discrezionale è stato chiamato il giudice, in sostituzione dell'amministratore; poi gli s'è affidato il giudizio su di una serie di disposizioni progressivamente trasformate, sempre a fini garantisti, in imitazioni di fattispecie delittuose tassative, che stanno però a queste ultime come l'ombra sta all'oggetto che la proietta; l'inglobamento della prevenzione nel processo penale ha avuto, infine, l'ipnotico effetto di cancellare il dato di partenza: e cioè che lo Stato alle norme di prevenzione non può rinunciare<sup>8</sup> e non può rinunziarvi *proprio e solo* nella misura in cui sono *diverse, per presupposti applicativi, dalle norme penali*, essendo, appunto, caratteristicamente *indeterminate*, di tal chè, però, la motivazione deve *necessariamente* essere completa, trasparente e censurabile.

---

<sup>7</sup> È chiaro, naturalmente, che gli studi sulla motivazione, sulle sue caratteristiche strutturali e sui limiti del dovere di motivare sono vastissimi proprio nel settore processuale e, in particolare, nell'area degli studi processualpenalistici. Senza indulgere a rinvii già effettuati nelle pagine che precedono, converrà fare qui, per tutti, riferimento all'opera di TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975 e a quella più recente di MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000, per uno sguardo complessivo sulla vastità del tema e le possibili direzioni d'approfondimento. A questo punto dell'analisi, peraltro, si comprenderà certamente come lo scopo del presente lavoro non è quello di argomentare in merito ai (ben noti) agganci costituzionali dell'obbligo di motivare le decisioni giudiziarie, ma piuttosto mostrare come la motivazione e il suo (effettivo) controllo siano elemento inderogabile dell'azione amministrativa discrezionale; ciò non solo in virtù di una astratta comparabilità tra provvedimento amministrativo e decreto di prevenzione, ma soprattutto a ragione del fatto che la Corte costituzionale ha tracciato –con la citata sentenza n. 321 del 2004– un netto diniego rispetto ad ogni prospettiva di comparazione tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, quanto alle forme di controllo sulla parte motiva del provvedimento. Donde l'utilità di una verifica che proponga quale *tertium comparationis* altro settore dell'ordinamento giuridico. Sull'obbligo di motivare e il suo referente costituzionale diretto, ovvero l'art. 111, 6° comma, Cost., v., per una utile, quanto recente, prospettiva di sintesi, GIALUZ, *Sub art. 111*, in *Commentario breve alla Costituzione*, cit., pp. 999 e ss.

<sup>8</sup> In tale senso si esprime spesso la medesima Corte Europea dei Diritti dell'Uomo; esemplarmente v. Corte EDU, caso Riela ed altri c. Italia, decisione del 4 settembre 2001, in [www.dirittiuomo.it](http://www.dirittiuomo.it), dove, in motivazione, si legge: <<la Corte sottolinea che la misura in contestazione [la confisca] rientra nel quadro di una politica criminale e considera che, nell'attuazione di tale politica, il legislatore deve godere di un ampio margine di discrezionalità per pronunziarsi sia sull'esistenza di un problema d'interesse pubblico che richiede una regolamentazione, sia sulla scelta delle modalità di applicazione di quest'ultima. Essa osserva peraltro che il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto, in Italia, delle proporzioni molto preoccupanti...>>

Di qui il paradosso implicito della conclusione per cui mentre nell'atto *amministrativo* discrezionale la motivazione è pienamente controllabile ed anzi aggredibile persino nell'ipotesi in cui mostri le tracce di una carente attività istruttoria alla base della decisione assunta, nel provvedimento *giurisdizionale* di prevenzione, invece, la parte motiva è incontrollabile proprio nella sede più attenta e autorevole, ossia in Cassazione.

## 2. DISCREZIONALITÀ E ARBITRIO.

Le considerazioni sin qui condotte permettono di chiudere il cerchio dell'analisi, riprendendo le fila del discorso avviato con la constatazione di una chiara scelta esegetica effettuata dalla Corte costituzionale, prima, dalla Cassazione, poi; una scelta definibile, ora più chiaramente, in termini di rinuncia al controllo (finale e decisivo) sul decreto di prevenzione.

Si è visto come l'opzione sia stata dichiaratamente effettuata dalla Consulta con sentenza n. 321 del 2004, nella quale si è chiarito che, premessa la libertà del legislatore nel modulare le forme di esercizio del diritto di difesa in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento, purché del diritto siano assicurati lo scopo e la funzione, non potrebbe ritenersi illegittima una disciplina del ricorso per cassazione che escluda dal novero dei vizi censurabili quelli attinenti alla parte motiva del provvedimento.

Nelle pagine che precedono si è cercato di dimostrare come gli evidenti limiti di approfondimento della pronuncia ora citata non abbiano occultato la ragione sottostante alla scelta di limitare l'ambito del controllo esperibile tramite ricorso avverso il decreto di prevenzione; scelta identificabile con l'assunto di una (si perdoni il gioco di parole) sostanziale incontrollabilità della valutazione del giudice di merito, in quanto definita come discrezionale.

Si è del pari notato come l'idea che le decisioni di prevenzione siano improntate ad una lata discrezionalità dell'organo giudicante, possa essere rintracciata sullo sfondo delle migliori ricostruzioni dottrinali della materia: dalle riflessioni dei processualpenalisti, passando attraverso le disamine di studiosi del diritto penale sostanziale, dall'angolo prospettico del filosofo del diritto a quello dello studioso di diritto amministrativo, risulta unanime l'assunto che la norma/fonte di potere discrezionale sia quella sostanziale, in quanto

carente di tassatività, e che le garanzie proprie della *iurisdictio* non offrano rimedi agibili a questo difetto congenito delle norme di prevenzione.

Tirare le fila del discorso implica notare che probabilmente alla base di un siffatto atteggiamento sono rintracciabili, da un lato, l'oggettiva difficoltà di fornire alle misure preventive un avallo costituzionale realmente sostenibile, ma anche l'invisibile quanto radicata idea –figlia dell'assolutismo- che il potere discrezionale nasca e viva sull'*assenza* di disciplina<sup>9</sup>, intesa come rinuncia *tout court* del legislatore alla regolamentazione, con corrispettiva espansione del potere (dunque) libero del soggetto cui è conferito<sup>10</sup>.

D'altro canto, la disamina del panorama giurisprudenziale ha offerto conferma all'idea che, nell'assetto attuale delle norme in materia di prevenzione, la discrezionalità non alligna più tanto nelle pieghe della fattispecie indeterminata sostanziale<sup>11</sup>, ma piuttosto nella (presunta) assenza di regole probatorie e nella (effettiva) sommarietà del relativo procedimento<sup>12</sup>, come pure nell'assunto (indimostrato) che

---

<sup>9</sup> Così, indagando le radici storiche del fenomeno, CARDI-COGNETTI, voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, rist. 2003, pp. 341 e ss.

<sup>10</sup> Per vero, deve essere precisato che NOBILI, *Le informazioni della pubblica sicurezza*, cit., p. 254, specifica come «su questa impostazione del problema incombe non soltanto l'ambiguo pregiudizio amministrativistico, ma altresì una concezione antiquata e autoritaria della discrezionalità. Quest'ultima viene concepita, in sostanza, come una sorta di "potere imperscrutabile", come un momento di rilevanza esclusiva di interessi statuali, di fronte ai quali ogni altro è aprioristicamente sacrificato».

<sup>11</sup> A cagione –si rammenta- del percorso "di maturazione" del legislatore, sospinto da taluni risalenti arresti della Consulta a configurare con maggior precisione le fattispecie di riferimento. Sul punto v., per tutti, FIANDACA, voce *Misure di prevenzione, passim*, ma anche DOLSO, *Misure di prevenzione e costituzione*, cit., pp. 35 e ss.

<sup>12</sup> Cristallina la sintesi operata da DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 137: «la asserita natura "parapenale" delle misure di prevenzione, i presupposti di applicabilità, il ruolo in esse svolto dal discusso e per molti aspetti vago requisito della pericolosità sociale –con i delicati problemi di accertamento che comporta- finiscono per refluire in via diretta sul profilo dinamico-procedimentale della loro applicazione, dando luogo, in tal modo, a complessi problemi che investono la prova, il diritto di difesa, il contraddittorio, lo stesso concetto di giurisdizione in tal sede accoglibile».



la motivazione del decreto possa essere più esigua rispetto a quella del provvedimento terminativo del processo penale<sup>13</sup>.

L'equazione "discrezionalità = potenziale arbitrio"<sup>14</sup> è indubbiamente suggestiva; si nutre di memorie storiche e prospera proprio nell'*horror vacui* con cui la contemplan giuristi avvezzi alle certezze della legalità e dell'interpretazione, come sono gli studiosi della materia penale: sicché laddove si scrive "discrezionalità", si finisce anche con l'intendere "potere libero", dimenticando, in un simile *iter* logico, che le linee portanti del concetto non sono più quelle.

Se, dunque, si procede a rintracciare strumenti di comprensione presso il diritto amministrativo, ci si avvede che la discrezionalità non è più "libera" da molto tempo, e cammina, anzi, ingabbiata da vincoli di varia natura; di guisa che, paradossalmente, l'unico settore del diritto dove la formula "potere discrezionale" è ancora e dichiaratamente compendio di poteri affrancati dalla legge, resta proprio il processo di prevenzione.

Si è notato, infine, come quello che gli amministrativisti definiscono come <<onere sostanziale di preventiva istruzione, tanto più intenso quanto maggiori sono l'ampiezza e l'incisività degli interventi>><sup>15</sup>, è parametro di sostenibilità dell'azione giudiziale di prevenzione pure secondo recenti approcci della Corte EDU<sup>16</sup>.

Se così è, allora sembra di poter concludere che le regole dell'istruttoria che sta al fondo e *giustifica* la decisione di prevenzione, come pure (e soprattutto) la *manifestazione* di quell'istruttoria ed il raccordo con il *decisum* in sede di motivazione, rappresentano condizioni di (legittimo) esercizio del potere discrezionale del giudice.

Opinare diversamente significherebbe sostenere che al decreto di prevenzione è consentito ciò che appare, invece, sicuramente precluso tanto alla sentenza penale di condanna quanto all'atto amministrativo:

---

<sup>13</sup> In tal senso, del resto, si vedano già le pagine scritte da GIANZI, *La motivazione*, cit., pp. 45 e ss.; da CASALINUOVO, *Punto decennale*, cit., p. 185; ma soprattutto, ancora, NOBILI, *Le informazioni della pubblica sicurezza*, cit., pp. 254 e ss.

<sup>14</sup> Particolarmente percettibile nelle riflessioni di AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 489.

<sup>15</sup> Così ancora, icasticamente, CARDI-COGNETTI, voce *Eccesso di potere*, cit., p. 350. Più di recente, lo spostamento del nucleo forte del controllo sul processo decisionale della pubblica amministrazione e, dunque, sull'istruttoria, è segnalato con chiarezza da CHIEPPA-LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 297.

<sup>16</sup> Si tratta della decisione *Geerings c. Olanda*, oggetto di disamina nel capitolo precedente.

incidere su posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate sulla base di provvedimenti *sostanzialmente non trasparenti e altresì incensurabili*.

Si arriverebbe, insomma, all'assurdo esito che l'atto amministrativo –per il quale si propone finanche la censurabilità in Cassazione per difetti quali il travisamento delle risultanze<sup>17</sup>, il difetto di istruttoria, la mancanza di motivazione- sia circondato di maggiori garanzie rispetto al decreto di prevenzione, emesso dal giudice ordinario e per di più idoneo ad incidere sul riconoscimento della proprietà privata, come pure sulla libertà personale e sulla presunzione costituzionale di non colpevolezza.

I punti d'attrito tra norme costituzionali e misure di prevenzione sono ben noti<sup>18</sup>: se l'incompatibilità del sistema preventivo, complessivamente inteso, con le regole cardine di cui all'art. 13 Cost. è stato definito <<il problema più tormentoso che la Costituzione ha posto in materia di libertà personale>><sup>19</sup>, l'assenza (o per meglio dire: l'apparenza) dell'obbligo di motivazione del provvedimento impositivo si scontra frontalmente con l'obbligo del giudice di

---

<sup>17</sup> Si veda, in questa prospettiva, il recente lavoro di FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005, pp. 61 e ss. È interessante notare come il paragone tra controllo della Cassazione sulla sentenza e vaglio del Consiglio di Stato sull'atto amministrativo illegittimo si trovi accennato già da CALAMANDREI, per così dire in duplice forma. Nell'opera versione 1920 (*La cassazione civile*, II, Torino, 1920 pp. 364-365), l'illustre studioso si sforzava di stabilire una radicale differenza tra le due forme di controllo, sostenendo che <<mentre la Corte di cassazione, per accertare se esiste l'*error in iudicando* su cui il ricorso si basa, deve riesaminare come il giudice di merito ha *giudicato*, gli organi della giustizia amministrativa devono riesaminare come gli organi esecutivi hanno *agito*... la IV Sezione del Consiglio di Stato, per verificare se è stata commessa una "violazione di legge"... deve, insomma, compiere una serie di vere e proprie indagini *di fatto*>>. Nell'opera *La cassazione civile*, VII, 1976, in *Opere giuridiche*, Napoli, p. 358, si sottolineano, viceversa, le somiglianze tra controllo sull'*error in procedendo* e controllo sulla legittimità degli atti amministrativi. Chiaramente l'impostazione subisce l'influenza delle teorie dell'agire amministrativo dell'epoca, ma non solo; effettivamente le somiglianze tra vaglio della Cassazione e controllo di legittimità degli atti da parte del G.A., sono proponibili solo laddove vengano in considerazione appunto i c.d. vizi di attività del giudice, tra i quali appare arduo oggi non ricomprendere anche l'opera di doveroso relazione tra sentenza e processo.

<sup>18</sup> Sul punto, per una completa, quanto recente disamina, v. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., pp. 33 e ss.

<sup>19</sup> Così AMATO, *Individuo e autorità*, cit., p. 499.

motivare tutte le decisioni *de libertate*<sup>20</sup>, esautorando nella sostanza e nel loro complesso *tutti* i presidi costituzionali in materia di libertà personale<sup>21</sup>.

Anche il diritto di difesa si trasforma in una mera parvenza<sup>22</sup>, laddove non solo gli elementi offerti alla valutazione del giudice hanno esclusivamente la labile consistenza dell'indizio e, per molti versi ancora, del sospetto<sup>23</sup>, ma soprattutto la motivazione del provvedimento terminativo *non* è chiamata a rendere conto della base fattuale del giudizio<sup>24</sup>.

Infine, la presunzione di non colpevolezza, intesa come regola di giudizio, collide senza mezzi termini con l'esistenza di una decisione che "accerta" condotte illecite in assenza – si perdoni il gioco di parole – di un giudizio realmente controllabile nelle sue fondamenta<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. AMATO, *Art. 292 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di AMODIO e DOMINIONI, III, Milano, 1989, pp. 2 e ss.

<sup>21</sup> Sul tema, *amplius*, v. BRESCIANI, voce *Libertà personale dell'imputato*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 441; DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, *passim*; DI CHIARA, *Libertà personale dell'imputato e presunzione di non colpevolezza*, in FIANDACA-DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, pp. 305 e ss.; FERRAIOLI, voce *Misure cautelari*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1996, pp. 1 e ss.; GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 232.

<sup>22</sup> Diritto di difesa che, pure, ha costituito ragione di due interventi della Consulta di essenziale importanza per il processo di prevenzione. Il riferimento vale alla sentenza n. 76 del 1970, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, 2° comma, L. 1423 del 1956, nella parte in cui non prevedeva l'assistenza obbligatoria di un difensore, nonché alla sentenza n. 69 del 1975, un'interpretativa di rigetto tramite la quale si è imposta l'indicazione, nell'invito a comparire nel procedimento, degli elementi destinati ad essere oggetto del vaglio giudiziale, trattandosi di atto comparabile alla contestazione dell'accusa e quindi doverosamente assistito dalle stesse caratteristiche in quanto funzionali all'esercizio del diritto di difesa. Sul punto v. in particolare DEAN, *La contestazione dell'accusa nel processo di prevenzione*, cit., pp. 440 e ss.

<sup>23</sup> Cfr., ancora, ILLUMINATI, *La presunzione*, cit., p. 209.

<sup>24</sup> In tal senso sostanzialmente argomenta, a ben vedere, FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, rist. 2002, pp. 466 e ss. Si è del resto già notato come lo stretto legame tra diritto costituzionale alla difesa e obbligo di motivazione siano saldamente affermati già con riferimento all'azione amministrativa tributaria; cfr. VIGNOLI-LUPI, voce *Motivazione (dir. trib.)*, cit., p. 707.

<sup>25</sup> Per tutti si vedano le considerazioni di ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza*, Bologna, 1979, pp. 202 e ss. Il nesso tra presunzione di non colpevolezza e trasparenza della motivazione, in particolare sull'adempimento dell'onere della prova, appare *in nuce* anche nella recente trattazione di FIORIO, *La presunzione di non*

### 3. IL CONTROLLO SULL'*ERROR IN PROCEDENDO* NELL'ISTRUZIONE PROBATORIA.

Le considerazioni che precedono inducono a concentrare inizialmente l'analisi del ricorso per cassazione sulle forme di censurabilità degli *errores in procedendo* in tema di prova.

Se il provvedimento discrezionale trova i propri limiti interni nella relazione tra motivazione del *decisum* e substrato fattuale, è chiaro che la critica delle forme di introduzione dei dati fattuali nel procedimento risulta indispensabile momento di controllo del provvedimento medesimo.

Nonostante la pacifica ammissibilità della censura di cui si parla, in quanto concretante vizio di legittimità, nel vasto panorama delle pronunzie della Suprema Corte sono rarissime quelle da cui trapeli un'effettiva scansione delle decisioni impugnate alla ricerca di (pur denunciati) difetti nella fase di ammissione e acquisizione della prova.

Per converso, il riscontro giurisprudenziale di un potere discrezionale in capo al giudice appare asserito non tanto al momento della sussunzione del fatto concreto sotto la norma di prevenzione, ma piuttosto *proprio con riferimento a fattispecie probatorie*, come allorquando si scrive che <<in tema di applicazione di misure di prevenzione, il convincimento del giudice in ordine alla pericolosità sociale del soggetto è *ampiamente discrezionale, potendo basarsi anche su elementi che giustifichino sospetti e presunzioni, quali le informazioni di polizia giudiziaria*, purché queste non contrastino con gli elementi risultanti dagli atti o con le prove addotte dalla difesa>><sup>26</sup> o quando si asserisce che <<la pericolosità sociale necessaria per l'applicazione delle misure di prevenzione si desume dall'esame dell'intera personalità del soggetto e può scaturire anche da situazioni che giustifichino sospetti e presunzioni purché gli uni e gli altri siano fondati su elementi specifici. ... *Ne consegue che il convincimento del giudice in ordine alla pericolosità sociale del soggetto è ampiamente discrezionale e che la motivazione del relativo decreto può fondarsi anche esclusivamente sulle informazioni fornite dall'autorità di P.S.* ... *In tale prospettiva, i precedenti giudiziari, anche se negativi, possono essere utilizzati quali manifestazioni della personalità del soggetto,*

---

*colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di DEAN, Torino, 2007, pp. 119 e ss.

<sup>26</sup> Così Cass., Sez. I, 05 febbraio 1986 (C.C. 14-01-1986), n. 122.

utili ai fini di un globale giudizio di pericolosità, specie se poi collegati ad altre imputazioni della stessa indole>><sup>27</sup>; o come quando, ancora, si scrive che <<nel procedimento di prevenzione vige la regola della piena utilizzabilità di qualsiasi elemento indiziario, desumibile anche da altri procedimenti giudiziari. Ne consegue che legittimamente il giudice della prevenzione fonda il proprio convincimento sul risultato di *intercettazioni di cui si dia atto in altre decisioni*, senza necessità di acquisire i relativi provvedimenti autorizzativi, verbali e trascrizioni>><sup>28</sup>.

Dove ruoti il fulcro dell'argomentazione appare evidente da una lettura del testo delle decisioni che compensi l'apparente compostezza delle massime, ed è sintetizzabile nel concetto per cui l'intrinseca sommarietà del processo di prevenzione consentirebbe al giudice un'ampia discrezionalità *nella scelta* del materiale informativo su cui esercitare il proprio libero convincimento; *id est*: nell'ammissione, nell'acquisizione e, infine (come si vedrà appresso), nella valutazione delle prove di pericolosità.

Ora, è chiaro che tutte le fattispecie preventive –in quanto evocanti immagini varie di individuo pericoloso con riferimento alla potenziale commissione dell'uno o dell'altro tipo di delitto- *sottendono una valutazione che vira sulla complessiva condotta di vita<sup>29</sup> e non già su di un fatto storico individuato* e, in questa guisa, risultano senz'altro fonte di discrezionalità.

È del pari evidente che l'art. 666 c.p.p. –chiamato a disciplinare *l'iter* del giudizio di prevenzione- può considerarsi, in effetti, quale norma/fonte di potere discrezionale *nella gestione del procedimento probatorio*, tenuto conto che, sul punto, la regolamentazione specifica risulta scarna e in concreto limitata alla formula del 5° comma, secondo cui <<il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio>>.

Viceversa, di discrezionalità autentica nella *selezione* del materiale probatorio *rilevante e utilizzabile* non pare esista traccia.

In altri termini: è certamente corretto rilevare che il legislatore ha affidato al giudice del prevenzione poteri discrezionali *nel processo*

---

<sup>27</sup> Cass., Sez. I, 14 marzo 1990 (C.C. 26-02-1990), n. 487.

<sup>28</sup> Cass., Sez. I, 03 ottobre 2007, n. 39509. I corsivi nel testo sono dell'autrice.

<sup>29</sup> Così, del resto, recisamente, dalla disamina di un vasto compendio di sentenze, MOLINARI-PAPADIA, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale*, cit., pp. 130 e ss.

*applicativo della fattispecie astratta a quella concreta* (tramite configurazione delle norme sostanziali della materia); è altrettanto corretto rilevare che risultano ascritti al giudice ampi poteri discrezionali in quella porzione della fase istruttoria che attiene alle *forme acquisitive* delle prove: lo dimostra senz'ombra di dubbio anzitutto la disciplina processuale della materia e, in particolare, la *tranche* codicistica della medesima, identificabile nelle regole derivanti dall'art. 666 c.p.p.; in nessuna sede, peraltro, è possibile rintracciare *norme attributive di poteri discrezionali in fase di ammissione e valutazione delle prove*. L'unica disciplina applicabile, allora, resta quella generale del codice.

In effetti, si osservi: esaminando l'art. 666, 5° comma, c.p.p., risulta *in primis* come esso conferisca al giudice il potere di chiedere informazioni e documenti alle competenti autorità, potere palesemente configurato come di carattere officioso<sup>30</sup>; questa porzione della disciplina vede il giudice della prevenzione quale organo fornito di un potere discrezionale d'introduzione della prova, che è senz'altro comparabile con quello di cui all'art. 507 c.p.p.: discrezionale non solo in virtù della *littera legis* (<<il giudice può>>), ma anche dell'assoluta genericità strutturale della fattispecie<sup>31</sup>, che svincola l'esercizio del potere da presupposti di sorta, legandolo solo al fine implicito: quello dell'accertamento del presupposto identificato dalla norma sostanziale.

Anche il *sequitur* della disposizione risulta certo semanticamente vago<sup>32</sup>, epperò precisabile sulla scorta del rispetto delle comuni regole interpretative: nella frase <<se occorre assumere prove>> sembrerebbe iscriversi una *deminutio capitis* del prevenuto, quanto al diritto all'ammissione della prova, che rintraccia, però, compensazione e rimedio esegetico sicuro nell'art. 111, 2° comma, Cost.: se vero, infatti, che i primi due commi della norma costituzionale si applicano ad ogni tipo di *iurisdictio*, un'esegesi di necessità costituzionalmente orientata<sup>33</sup> esige, senza dubbio alcuno, *che il diritto alla prova del*

<sup>30</sup> E in proposito si è detto che siffatto potere d'iniziativa probatoria mal si concilia con il giudice terzo e imparziale di cui all'art. 111, 2° comma, Cost. In questi esatti termini, v. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 358.

<sup>31</sup> In termini analoghi, sia pur con riferimento al giudice dell'esecuzione, v. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., p. 331.

<sup>32</sup> Per analoga considerazione e comunque *amplius* sulla disposizione in commento v. LORUSSO, *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva*, Milano, 2002, p. 241.

<sup>33</sup> Cfr. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., in particolare pp. 308-309.

*prevenuto sia quanto meno pari rispetto a quello dell'accusa, già pienamente espanso nella fase dell'inchiesta preliminare*<sup>34</sup>; donde la conclusione per cui il giudice della prevenzione non è libero di rifiutare ammissione ed acquisizione di eventuali prove richieste dal prevenuto, purché rispettose dei generali canoni di rilevanza di cui all'art. 187 e 190 c.p.p.<sup>35</sup>.

D'altro canto, che il giudice proceda <<in udienza nel rispetto del contraddittorio>> è espressione che mira a de-formalizzare il procedimento ammissivo<sup>36</sup> e acquisitivo, garantendo al contempo, però, che le parti siano poste in condizione di conoscere e discutere il materiale informativo, e l'obiettivo del legislatore è reso più palese dall'art. 185 disp. att. c.p.p., secondo cui <<il giudice, nell'assumere le prove a norma dell'art. 666, comma 5, del codice, procede senza particolari formalità anche per quanto concerne la citazione e l'esame dei testimoni e l'espletamento della perizia>>: ipotesi certa di concessione al giudice di potere discrezionale, poiché consegna ad esso principalmente la possibilità di decidere, volta per volta, tempi e modalità di convocazione e d'interrogazione di testi, periti, consulenti tecnici, assoggettabili o no alle regole della *cross-examination* a seconda di un intendimento giudiziale i cui unici parametri sono la congruità del mezzo rispetto al fine palesato: rispetto del contraddittorio, unito a semplicità di forma<sup>37</sup>.

Chiare le conclusioni a trarsi da siffatta disciplina, in punto di controllo: il canone della rilevanza probatoria, di cui all'art. 187 c.p.p., subisce certo l'influsso dell'indeterminatezza della fattispecie sostanziale oggetto di accertamento<sup>38</sup>, essendo parametrato sulla

<sup>34</sup> Cfr., sul punto, CURTOTTI NAPPI, voce *Difesa penale*, in *Dig. disc. pen.*, III Agg., Torino, 2005, p. 372; GARUTI, *Il contraddittorio nelle dinamiche dell'accertamento penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, cit., pp. 179 e ss.

<sup>35</sup> Per analoga opinione v. GAITO-RANALDI, *Esecuzione penale*, cit., p. 111.

<sup>36</sup> Cfr. CORBI, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino, 1992, p. 438.

<sup>37</sup> Osserva, in effetti, DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., p. 332, ancora a proposito dell'art. 666 c.p.p. e della connessa disposizione di attuazione, che <<il principio della informalità del procedimento probatorio in sede di rito di esecuzione, consacrato dalla norma, costituisce un punto chiave nell'architettura dell'istituto>>.

<sup>38</sup> Sembra importante richiamare, in proposito, due autorevoli definizioni del concetto di rilevanza: <<le prove si distinguono in rilevanti o irrilevanti, secondo che servano o meno a controllare l'affermazione del fatto. Il paradigma è semplice: si comparano due giudizi [*thema probandi* e prospettato risultato dell'esperimento probatorio]; se i rispettivi termini coincidono o risultano incompatibili, si dà ingresso all'esperimento probatorio; se il rapporto è di non esclusione, la prova appare irrilevante>> (così

medesima; ciononostante è innegabile che non *ogni* prova possa essere ammessa, su impulso indiscriminato del potere officioso del giudice, ma solo quelle che siano rilevanti in relazione alla concreta fattispecie preventiva di volta in volta applicabile.

Di qui, evidentemente, la possibilità di sottoporre a controllo ed eventuale censura la ritenuta ammissibilità del materiale informativo concretamente sottoposto al *visus* del giudice di merito<sup>39</sup>.

Del pari sarà censurabile, *sub specie* di violazione del diritto di difesa e dunque a termini dell'art. 178, lett. c), c.p.p., la decisione emessa quale *sequitur* logico della mancata ammissione di prove (rilevanti) richieste dal prevenuto.

Premesso, dunque, che la sede è tale da implicare un <<procedimento probatorio fluido quanto a morfologie>><sup>40</sup> -non sregolato, certo, come si è appena notato, ma, appunto, fluido- deve, poi, valutarsi se una comparabile elasticità gestionale sia stata concessa al giudice quanto a rispetto delle regole di legalità della prova.

A chi osserva come giusto la scarna disciplina dell'istruttoria, tracciata dagli artt. 666 c.p.p. e 185 disp. att. c.p.p., renda inevitabile una siffatta conclusione<sup>41</sup>, fa da contraltare, invece, la voce di quanti<sup>42</sup>

CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 19); e ancora, spostando l'obiettivo sul fatto che il giudizio di rilevanza attiene ad una mera prospettazione - ossia alla proposizione che enuncia il risultato cui la prova dovrebbe pervenire, nell'ottica della parte che la richiede- si è detto che <<il telaio concettuale su cui deve fondarsi la definizione di rilevanza è... costituito da due gruppi di proposizioni fattuali: quelle che definiscono l'oggetto della prova e quelle che costituiscono il *thema probandum*>> (così TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 54).

<sup>39</sup> Si percepiscono tracce di una simile evenienza in una interessante decisione, sia pur massimata in maniera poco efficace; v. Tribunale Modena, 18 novembre 2005, Est. Pasquariello, X: <<L'esercizio delle attività di mago, fattucchiere, veggente o simile, con l'attribuzione a sé a scopo di lucro di poteri soprannaturali, seppur vietato dall'art. 121 del T.U.L.P.S. e sanzionato in via amministrativa dall'art. 17 bis del T.U. suddetto, non assume rilevanza penale e pertanto non giustifica l'adozione delle misure di prevenzione ex art. 3 della legge n. 1423/1956 e successive modificazioni, non integrando la nozione di pericolosità sociale del soggetto che, come prescritto dall'art. 1 della stessa legge, è legata al presupposto della pregressa commissione di delitti>>.

<sup>40</sup> È ancora un'efficace sintesi espressiva di DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 334.

<sup>41</sup> In questi termini DI CHIARA, *Il contraddittorio*, cit., p. 334, che rileva come la fluidità del procedimento costituisca <<premessa per la costruzione di un 'diritto delle prove' del tutto diverso da quello 'principale' vigente in sede di cognizione>>, con



notano come la natura generale dei divieti probatori e la derivazione dei medesimi da compositi referenti costituzionali<sup>43</sup>, impongano la loro applicazione pure nel procedimento di prevenzione.

Appare difficile discutere la ragionevolezza di quest'ultimo assunto: la filiazione dell'inutilizzabilità c.d. patologica<sup>44</sup>, di cui all'art. 191 c.p.p., dal principio di legalità della prova<sup>45</sup>, inteso come criterio di preventiva selezione dei dati adoperabili dal giudice ai fini del decidere, fa sì che non sia, per vero, neppure pensabile un'esegesi che conduca a qualificare la stessa prova, all'interno del medesimo ordinamento giuridico, una volta inutilizzabile in quanto assunta in violazione di un divieto posto a salvaguardia di diritti individuali o dell'attendibilità dell'accertamento, e un'altra volta utilizzabile, come se, nella diversa sede della *iurisdictio* di prevenzione diritti individuali e attendibilità del vaglio giurisdizionale non avessero più valore alcuno<sup>46</sup>.

Insomma: la discrezionalità del giudice nel procedimento probatorio camerale trova i propri limiti "esterni" nei divieti probatori del codice di procedura penale, seppur (ovviamente) nella misura in cui concretamente applicabili.

---

conseguente <<meccanismo impeditivo all'applicazione... della sanzione dell'inutilizzabilità>>.

<sup>42</sup> Militano sostanzialmente in questa direzione molteplici contributi; tra essi cfr. CORBI, *L'esecuzione*, cit., p. 425; KALB, *La "ricostruzione orale" del fatto tra "efficienza" ed "efficacia" del processo penale*, Torino, 2005, p. 237; e, con peculiare riferimento al processo di prevenzione, FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., pp. 350 e ss.

<sup>43</sup> Così FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 350.

<sup>44</sup> Non è a parlarsi, in questa sede, per motivi che paiono finanche scontati, di inutilizzabilità fisiologica, ossia quella intesa come derivante dall'«elementare principio secondo cui un medesimo atto, in tutto aderente al proprio schema legale, può ben apparire imperfetto se rapportato ad un diverso paradigma normativo»;>; così, limpidamente, SCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, p. 132.

<sup>45</sup> GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, rist. 2002, pp. 243 e ss.

<sup>46</sup> È chiaro che sostenere siffatta opinione implica accogliere quella teoria che identifica i divieti probatori in base non solo al tenore della disposizione legislativa che li accoglie, ma anche individuando l'interesse tutelato dalla singola regola probatoria. È l'opinione di GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, pp. 139 e ss. Sul punto si leggano pure i rilievi di PIERRO, *Una nuova specie d'invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992, p. 151.

È in questa prospettiva che dev'essere rintracciato il dovere della Suprema Corte di esaminare i difetti potenziali del materiale informativo adoperato dal giudice della prevenzione; in concreto vengono in rilievo: forme d'inutilizzabilità delle intercettazioni, in quanto illegalmente effettuate<sup>47</sup>; inammissibilità delle sentenze, qualora utilizzate, ai sensi dell'art. 238*bis* c.p.p., come prova di un fatto in esse accertato senza la copertura della regiudicata; inutilizzabilità, ex artt. 236 e 238*bis* c.p.p., delle ordinanze cautelari quale prova documentale dei *dati informativi ivi racchiusi* e non già del semplice fatto storico dell'emissione delle medesime a carico di una certa persona; tanto in una non esaustiva elencazione dei potenziali (ed anzi frequenti) difetti del materiale probatorio più adoperato nella prassi del processo di prevenzione.

#### 4. IL VIZIO DI MOTIVAZIONE.

Nonostante l'opportunità delle puntualizzazioni appena effettuate, appare, peraltro, evidente, già ad un sommario studio della giurisprudenza della Suprema Corte in materia di prevenzione, come l'autentico punto dolente della disciplina s'incontri nell'impedimento del ricorso per vizio motivazionale del decreto.

Ciò non solo e non tanto per il fatto che la (spesso pretesa) discrezionalità del giudice di prevenzione nel procedimento probatorio raggiunge ovviamente l'acme nel momento della *valutazione* dei dati informativi su cui fondare la decisione, ma soprattutto perché –in virtù di tutte le ragioni già esposte *supra*- l'obbligo di motivare è luogo deputato *esattamente al contenimento e al controllo della discrezionalità*, tanto che non casualmente gli studiosi del diritto amministrativo congiungono i casi di norma attributiva di potere discrezionale con un obbligo rafforzato di motivazione.

---

<sup>47</sup> In questa direzione pare muoversi, del resto, anche la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione; si veda, in tal senso, Cass., Sez. I, 20 luglio 2007, n. 29688, già citata a p. 100, n. 30, che ritiene rilevabili anche nel procedimento di prevenzione i vizi dei decreti autorizzativi delle intercettazioni, posto che <<in questo caso, al di là della espressione "divieti di utilizzazione" usata nell'art. 271 c.p.p. con riferimento alla categoria della inutilizzabilità, creata dal legislatore (art. 191 c.p.p.) come sanzione processuale in conseguenza della violazione di espressi divieti di acquisizione probatoria, si è in presenza di violazione di regole poste a garanzia della segretezza e della libertà delle comunicazioni, costituzionalmente presidiata e cioè della libertà dei cittadini>>.

Possiamo ora aggiungere che, in assenza di una puntuale motivazione sui risultati raggiunti in istruttoria, quel che resta completamente invisibile è il momento giudiziale di *identificazione dei fatti rilevanti e ricongiunzione logica* dei medesimi con il portato semantico della disposizione normativa indeterminata, con l'ulteriore eclatante conseguenza che, proprio a cagione dell'indeterminatezza della fattispecie, diventa *impossibile pure il controllo sulla violazione della legge sostanziale*, benché pacificamente ammesso quale vizio denunziabile anche nella peculiare disciplina del ricorso di prevenzione.

Diciamo, anzitutto, che giustamente si riconosce come il vizio di mancanza di motivazione e quello derivante dalla violazione di legge sostanziale, conoscono, già da un punto di vista generale, zone di problematica interferenza allorquando <<insistono sul medesimo oggetto>><sup>48</sup>.

È chiaro, infatti, che -inteso l'*error iuris* di cui alla lettera b) dell'art. 606 c.p.p. quale errore *d'interpretazione* del testo normativo o erronea *sussunzione* del fatto sotto la norma pur correttamente intesa- sembra addirittura *self evident* che, mentre lo sbaglio esegetico non determina inesorabilmente anche mancanza o vizio logico della motivazione<sup>49</sup>, l'errore di sussunzione risulta, invece, spesso confondibile con la mancanza o l'illogicità della motivazione sul fatto: in concreto appare tutt'altro che agevole discernere se la motivazione sia la traduzione viziata di un percorso logico corretto oppure la manifestazione estrinseca, solo consequenzialmente viziata, di un passaggio logico errato<sup>50</sup>.

Questa constatazione di genere non pare indurre, però, conseguenze di significativa portata nelle ipotesi in cui l'*error iuris* viene invocato a censurare una norma che, appunto, sia *interpretabile*: che l'errore abbia origine in una decisione, che risulta giustificata male perché male si è deciso o che esso sia solo la traduzione sintatticamente mal fatta di una decisione giusta, fatto sta che l'errore decisionale trasmoderà senz'altro nella motivazione, non foss'altro che

---

<sup>48</sup> IACOVIELLO, voce *Ricorso per cassazione*, cit., p. 5274.

<sup>49</sup> Aggiunge sempre IACOVIELLO, *op.cit.*, p. 5275, che, per converso, una motivazione ineccepibile *sul fatto* è capace di rendere irrilevante il constatabile errore di interpretazione in cui sia incorso il giudice del merito.

<sup>50</sup> Analoghe considerazioni si leggono anche in VERDE, *In difesa dello jus litigatoris (sulla Cassazione come è e come si vorrebbe che fosse)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1 e ss.

in base al concetto per cui, per il diritto vigente, decisione e motivazione non possono che essere strettamente connesse.

Che i ricorrenti, dunque, lamentino tanto l'errore di sussunzione quanto la mancanza di motivazione sullo stesso punto del ragionamento giudiziale null'altro significa se non che una possibilità di arricchimento argomentativo delle censure operabili.

Il discorso muta, però, completamente allorquando la norma sostanziale applicata reca solo per comodità il nome di *fattispecie*, poiché, essendo indeterminata, di descrizione di una *forma* astratta -da porre in rapporto di identità o differenza con una concreta- reca ben poche tracce.

È proprio da qui che discende la percezione che si ottiene dalla lettura della giurisprudenza, nella parte in cui ricostruisce le censure dei ricorrenti; percezione di un discorso monco, condotto lungo percorsi argomentativi sfuggenti: non è agevolmente percettibile cosa censurino i ricorrenti quando deducono, ad esempio, <<violazione di legge in relazione alla ritenuta sussistenza di condizioni legittimanti il giudizio di sociale pericolosità, in particolare, rispetto ad una pronuncia di rigetto di richiesta di misura cautelare e poi di una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 425 c.p.p.>><sup>51</sup>; e neppure risulta più chiaro quale sia la disposizione che risulterebbe *erroneamente interpretata oppure erroneamente applicata* allorquando i ricorrenti identificano la violazione di legge, asseritamente riscontrabile all'interno del decreto impugnato, nella ritornante censura di "carente indicazione degli indizi di appartenenza all'associazione di cui all'art. 1 L. n. 575 del 1965".

In queste ipotesi -è agevole intuirlo- viene dato il *nomen iuris* di ricorso per violazione di legge a quello che, in realtà, è (e non può essere altro che) un ricorso per mancanza o illogicità della motivazione rispetto agli elementi acquisiti; mancata valutazione di prove addotte dalla difesa e regolarmente ammesse; mancanza di istruttoria.

E ciò, appunto, non già per insipienza dei ricorrenti, ma per impossibilità di censurare, *sub specie* di difetto d'interpretazione o errore di sussunzione, una norma che, in quanto indeterminata, per definizione *non può* essere oggetto di interpretazione e sussunzione,

---

<sup>51</sup> Così, testualmente, nella parte relativa allo "svolgimento del processo" nella decisione di Cass., Sez. II, 30 aprile 2008 (C.C. 15-04-2008), n. 17604.

ma solo di concretizzazione<sup>52</sup>; sicché quando il giudice del merito elenca i fatti materiali che ritiene indicativi di una vicinanza del proposto alla tale *societas*, non ha previamente interpretato la norma per poi sussumere i fatti elencati sotto la medesima –e diciamo, anzi, meglio: l’ha interpretata, ma trattasi di un momento marginale, nel compendio della decisione<sup>53</sup>–; piuttosto, l’ha, appunto, *concretizzata*, identificando quelli che, tra i variegati elementi estrapolati dal mondo reale, sono tali da costituire *indizi* di vicinanza ad una certa consorzeria.

Se, dunque, è il collegamento della norma al fatto <<il cuore del problema della discrezionalità>><sup>54</sup>, eliminare la verifica della corrispondenza della motivazione ai fatti, significa per lo più chiudere sostanzialmente la porta anche al ricorso per violazione di legge sostanziale, perché *qui* –e cioè nell’universo della prevenzione- la legge sostanziale *esige* di essere *riempita dal collegamento con i fatti concreti*.

È appena il caso di rilevare, poi, che quando si condivide che la decisione giudiziale <<prima ancora che spiegare, deve informare; deve cioè indicare tutti gli elementi di prova *rilevanti* per il decidere>>, onde per cui <<la completezza dell’informazione rilevante è una preconditione della logicità della motivazione>><sup>55</sup>, diventa

---

<sup>52</sup> Richiamiamo, in proposito, le solide argomentazioni di BIN, *Atti normativi*, cit., che iscrivendo –come già rilevato *supra*- una netta linea di demarcazione tra opera di interpretazione/sussunzione e operazioni intellettuali richieste dalle norme indeterminate, rileva come esista <<una classe di norme in cui si può dire che la fattispecie sia carente: in esse manca una descrizione tipicizzata dei fatti>> (p. 200) e come <<la norma che conferisce un potere discrezionale non fissa nella fattispecie tutti gli elementi di individuazione e qualificazione dei fatti e non consente perciò che si proceda in via interpretativa a verificare la sussistenza delle condizioni alle quali sono legate le conseguenze giuridiche previste>> (p. 208), sicché, ancora, in questi casi <<il procedimento di qualificazione trasforma il fatto che ne è l’oggetto in un elemento rilevante per l’ordinamento... e, al tempo stesso, *concretizza* la norma programmatica>> (p. 196) [corsivo nostro].

<sup>53</sup> C’è sempre, per tutte le norme discrezionali, ovviamente, nella misura in cui con ciò si osservi il fenomeno per cui tanto l’amministratore quanto il giudice, prima di concretizzare una norma indeterminata, devono pur procedere a comprendere la parte *determinata* del testo, che per solito configura il c.d. limite esterno al potere discrezionale conferito dalla norma medesima. Si vedano, comunque, le sintetiche, ma efficaci considerazioni di BELVEDERE, voce *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, Agg. I, Torino, 2004, pp. 555 e ss.

<sup>54</sup> Così ancora BIN, *Atti normativi*, cit., p. 197.

<sup>55</sup> Sono parole di IACOVIELLO, voce *Ricorso per cassazione*, cit., p. 5278. È quel che, in buona sostanza, la dottrina evidenzia da tempi risalenti, con riferimento al vizio di

chiaro in modo definitivo come incontrollabilità della motivazione del decreto significhi, inesorabilmente, *incontrollabilità del potere discrezionale esercitato dal giudice della prevenzione nel processo di individuazione dei fatti rilevanti*.

La sconcertante conclusione cui si perviene è che il ricorso per cassazione, nella materia in esame, è *di fatto* consentito solo ed esclusivamente per vizi di carattere processuale; e se poi si nota –come rilevato nel paragrafo precedente- quanto sia scarno l’armamentario di regole che il giudice della prevenzione deve seguire *in procedendo*, la deduzione finale è che, in buona sostanza, il ragionamento giudiziale del decreto che applica misure preventive *risulta sfornito di un controllo (effettivo) in Cassazione*<sup>56</sup>.

##### 5. LA VERIFICA SULL’*ERROR IN IUDICANDO*: IL DIFETTO DI SUSSUNZIONE E LA “FATTISPECIE PREVENTIVA”.

La conclusione esposta nel paragrafo che precede è tale da esigere taluni approfondimenti.

Si è sostenuto che, in via generale, allorquando il provvedimento impugnato rechi, tra le premesse normative<sup>57</sup>, una norma che, in quanto fonte di potere discrezionale, *solo in senso lato può dirsi oggetto di interpretazione e sussunzione*, ciò comporta, quale conseguenza logica inevitabile, l’impossibilità di censurare la

travisamento degli atti; cfr., per tutti, AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 246. E riportiamo ancora le limpide parole di SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 506-507, secondo cui, in sostanza, *tutto* il controllo sulla mancanza di motivazione si risolve in verifica circa la corrispondenza tra sentenza e processo; ivi si legge infatti: <<il giudizio di fatto risulta da un’opzione che come tale è incensurabile: la censurabilità sta nell’*iter*, e cioè nel controllo se l’opzione ci sia effettivamente stata, se il giudice ha tenuto conto, dandone adeguata ragione, dell’altra possibilità, determinata da un fatto risultante dagli atti, e tale da portare ad un giudizio opposto a quello censurato>>.

<sup>56</sup> Prova ne sia che le rare decisioni della S.C. nelle quali si ravvisa un controllo reale e approfondito sull’opera del giudice di merito, si sostanziano in un controllo di rispondenza tra motivazione ed atti sottostanti. Esemplarmente si veda il testo della nota decisione, già citata, Cass., Sez. V, 14 giugno 2002 (C.C. 28-03-2002), n. 23041, Ferrara.

<sup>57</sup> Sul lavoro del giudice in quella parte della motivazione che risulta deputata a giustificare le premesse normative del sillogismo giudiziale v. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 127 e ss., ma anche FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., pp. 293 e ss.

decisione giudiziale per quella specie di *error in iudicando in iure* che è disciplinato dalla lett. b) dell'art. 606 c.p.p., nella forma di difetto d'interpretazione o errore di sussunzione.

Le conseguenze di un siffatto rilievo appaiono tanto eclatanti da renderlo meritevole di precisarne e dettagliarne l'assolutezza (e, per certi versi, di relativizzarla), come pure di fondarla su basi argomentative stringenti.

Invero appare difficile contestare che *nessun tipo di ragionamento su norme* è in grado di prescindere dal lavoro d'interpretazione dell'utente, mentre l'unica variabile che può essere constata empiricamente e concepita razionalmente, sta nel *grado o quantum d'interpretazione*; ciò –ovviamente– nella misura in cui si condivide la (diffusa) definizione di interpretazione quale <<attività che consiste nel determinare il significato degli enunciati delle fonti>><sup>58</sup> ossia, per dirla con una formula icastica, nel ricavare norme dai testi normativi<sup>59</sup>.

In altre parole: laddove si dà un testo legislativo, si dà anche l'esigenza di quella particolare opera di comprensione degli enunciati linguistici di cui esso consta e di inquadramento del medesimo in un contesto sistematico e ordinamentale, che va appunto sotto il nome di interpretazione.

In questa prospettiva, il lavoro del giudice richiede esegesi della norma al pari di quello dell'amministratore, del legislatore, del giurista puro; e, sempre osservando il fenomeno dal medesimo angolo prospettico, diventa possibile rettificare il concetto di partenza, notando come l'*astratta* possibilità di denunciare un errore esegetico *si dia anche per le norme/vettore di poteri discrezionali*.

Il punto è, però, che il margine d'azione per proporre un siffatto tipo di verifica resta, in concreto, molto marginale, perché è il margine del lavoro interpretativo "puro" ad essere, in queste norme, molto basso.

A manifestare con chiarezza la validità dell'asserto vale la pena addurre un esempio, al contempo affrontando immediatamente quello che è forse il potenziale *error iuris* lamentato con maggior frequenza dai ricorrenti nel settore della prevenzione.

Si consideri il concetto di indizio, di cui all'art. 192 c.p.p.: giustamente si sottolinea come di "indizio" si diano tre distinte

---

<sup>58</sup> La frase è di GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 63.

<sup>59</sup> Precisandosi poi come, ovviamente, in tal guisa risulta che le norme non sono l'oggetto dell'interpretazione, ma il prodotto; cfr. ancora GUASTINI, *ibidem*.

nozioni, ovvero una definibile come filosofica, una tecnico-giuridica e, infine, una terza, definita “volgare”, in quanto vicina all’uso corrente della parola<sup>60</sup>.

Si ipotizzi ora che il giudice del merito abbia emesso una decisione di condanna, intendendo il termine “indizio” sulla scorta della seconda esegesi, quella “tecnico-giuridica”: secondo siffatta nozione sono indizi tutte le prove c.d. critiche, ossia diverse dalle “funzioni narrative” o da dichiarazioni a carattere testimoniale<sup>61</sup>.

Ebbene, proprio sulla scorta di siffatta interpretazione l’ipotetico giudice del caso risulta aver condannato l’imputato, nonostante l’esistenza di una ripresa video (prova critica, appunto) che lo collocava a centinaia di chilometri di distanza dal luogo del fatto storico e al momento del suo verificarsi; e tanto ha fatto in virtù del dato per cui, giusto con riferimento agli indizi, il codice esige, a termini dell’art. 192 c.p.p., che essi siano *plurimi* e concordanti; da ciò, dunque, l’immaginario giudice dell’esempio ha dedotto l’irrelevanza della *singola* prova d’alibi allegata dalla difesa, logicamente schiacciante sì, ma sfornita della conferma richiesta dal legislatore con il predicato di “plurimi” riferito agli indizi.

L’eventuale decisione giudiziale che avesse un’argomentazione di tal genere tra le sue premesse normative sarebbe certo impugnabile per un tipo di errore che è *schiettamente interpretativo*<sup>62</sup>, posto che l’unica esegesi<sup>63</sup> coerente con il dettato codicistico dell’art. 192, 2° comma, c.p.p. –e comunque l’unica “validata” da costante giurisprudenza- non sembra essere quella che identifica l’indizio con le c.d. prove critiche, ma piuttosto quella -sopra definita come “volgare”- che legge la nozione di indizio come inferenza induttiva di grado inferiore, ossia non sorretta da leggi scientifiche o statistiche (come la prova diretta), ma solo da massime d’esperienza<sup>64</sup>.

Il giudice dell’esempio, dunque, avrebbe *errato nell’interpretare la nozione di indizio e a causa di quest’errore* (solo a causa di esso)

---

<sup>60</sup> Il riferimento corre alla recente analisi di FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI, *La prova nel dibattimento*, cit., pp. 281 e ss. e specialmente pp. 322 e ss.

<sup>61</sup> Cfr. CORDERO, *Procedura penale*, ed. 2001, cit., pp. 577 e ss.

<sup>62</sup> Secondo FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., p. 324, l’art. 192 c.p.p., se riferito al paradigma dell’alternativa funzioni narrative/prove critiche, <<dice un’assurdità>>.

<sup>63</sup> Per questa conclusione e la sintesi della relativa problematica, v. FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., p. 325.

<sup>64</sup> UBERTIS, *Fatto e valore*, cit., pp. 112 e ss.



avrebbe attribuito la qualifica di prova indiziaria ad una che tale, nel caso specifico, non era.

Ora, abbagli interpretativi simili a quello sopra inventato non sono certo frequenti; la giurisprudenza è solita interpretare il dettato dell'art. 192, 2° comma, c.p.p. come inferenza induttiva di grado inferiore rispetto alla prova, mentre le questioni addotte dai ricorrenti – le vere questioni problematiche- attengono non tanto al come leggere *in astratto* il *dictum* dell'art. 192 c.p.p., ma al *come applicarlo ai singoli casi concreti*, ossia al *come sussumere il caso concreto sotto la fattispecie astratta*<sup>65</sup>.

È ovvio che sia così, posto che la nozione c.d. volgare dell'indizio, quale inferenza di grado inferiore rispetto alla prova, postula dissomiglianze tra prove e indizi, che, appunto, *solo in concreto possono essere colte* ovvero <<avendo presente il fatto probatorio come il fatto da provare>><sup>66</sup>.

Ebbene, quando si condivida che la nozione legislativa di indizio può essere concepita *unicamente in relazione al caso specifico*, deve dirsi allora che la disposizione di cui all'art. 192, 2° comma, c.p.p. è, in effetti, una tipica norma/vettore di potere discrezionale, priva di contenuto direttamente identificativo di una classe di avvenimenti e, dunque, *attributiva al giudice del potere/dovere di estrapolare dal reale dati concreti, che si rivelino idonei, nel singolo caso specifico, a rientrare nell'ampia trama della norma*; appartiene alla classe delle norme c.d. teleologiche, piuttosto che deontologiche<sup>67</sup>; non linearmente condizionali, ma finalistiche.

Il fine legislativo, qui, è dettare i criteri di condotta del giudice a fronte della necessità eventuale di valutare prove collegate da nessi solo fortemente indiretti con il fatto da provare; di queste prove che sono gli indizi (circa le loro caratteristiche, cioè) il legislatore nulla ha detto: non ha cioè dettato criteri idonei ad identificare *nel mondo reale* questo particolare tipo di prova cui, peraltro, il giudice risulta dover prestare particolare attenzione; qui il legislatore si è limitato a

---

<sup>65</sup> Esempio, in tal senso, la recente sentenza con cui la Corte di cassazione ha chiuso la vicenda giudiziaria mediaticamente nota come “caso Cogne”. La decisione di rigetto risulta sostanzialmente fondata sulla disamina della censura difensiva attinente ai criteri di identificazione di determinati elementi conoscitivi quali indizi idonei o meno ad essere sussulti nella nozione di cui all'art. 192 c.p.p. Cfr. Cass., Sez. I, 29 luglio 2008, Franzoni, n. 31456 in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>66</sup> Il concetto è di FERRUA, *Il giudizio penale*, cit., p. 325.

<sup>67</sup> GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 121.

disciplinare per il giudice i canoni cui deve attenersi per poter prendere in considerazione quel particolare materiale cognitivo.

In quanto tipico caso di norma/vettore di poteri discrezionali, la Cassazione *non può verificarne la corretta applicazione perché manca la fattispecie, ossia la descrizione di una classe di comportamenti*; qui la Suprema Corte può, dunque, (come in effetti fa) solo controllare se l'apparato giustificativo della decisione dia conto del rispetto da parte del giudice dei canoni dell'art. 192 c.p.p. (gravità, precisione, concordanza) nonché della *logicità dei percorsi compiuti dal giudice medesimo per identificare un particolare dato come "indiziario"*; tipico controllo sulla motivazione, dunque, che nulla ha a che vedere con l'errore di sussunzione categorizzato *sub* art. 606, lett. b), c.p.p.

Riportando l'esempio della nozione di "indizio" nel settore delle misure preventive, risulta tanto più chiaro come esso offra alla verifica empirica un panorama di decisioni nelle quali *l'unica censura intesa quale denuncia di un puro errore d'interpretazione*, verte effettivamente sul se gli indizi di cui all'art. 1 L. n. 575 del 1965 (gli indizi d'appartenenza ad associazioni) siano, o meno, gli stessi indizi di cui all'art. 192 c.p.p., con conseguente necessità d'applicazione dei relativi canoni di gravità, precisione e concordanza; ma, a fronte delle censure appena descritte, ne esiste la netta maggioranza, rappresentata da casi nei quali la censura sul come debba intendersi il termine "indizi" è solo apparentemente questione d'interpretazione astratta, presentandosi piuttosto come questione di c.d. interpretazione in concreto, ivi censurandosi, cioè, *l'idoneità del tal dato concreto a rientrare sotto il concetto di indizio di appartenenza alle associazioni descritte nell'art. 1 L. n. 575 del 1965*. Si censura, in altri termini, non già un'impossibile *errore di sussunzione*, ma uno che potrebbe chiamarsi—per amore di specularità—*errore di concretizzazione*.

Quelle appena esaminate sono fattispecie discrezionali: discrezionale la nozione codicistica di indizio, *ex* art. 192 c.p.p.; discrezionale, poi, ovviamente, la nozione di indizio di cui all'art. 1 L. n. 575 del 1965, visto che in alcuna maniera identifica una classe di oggetti del mondo reale per poi classificarli come indizi.

A ciò si aggiunga —e lo si è già notato— come siano sicuramente ritenute *discrezionali in genere* le fattispecie sostanziali espresse dalle leggi speciali di prevenzione: esse, dunque, lasciano uno spazio esiguo al ragionamento interpretativo del giudice e lo costringono, invece, a quel lavoro di concretizzazione del fraseggio indeterminato della norma che si è detto proprio delle fattispecie discrezionali.

Il giudice della prevenzione *non sussume*, dunque, un fatto concreto sotto una fattispecie contenente una classe di comportamenti, ma estrapola situazioni concrete dal reale e verifica se esse siano o meno idonee a rientrare nell'ampia trama della norma, in vista del fine iscritto, implicitamente o esplicitamente –come si è osservato- in tutte le fattispecie sostanziali della materia: prevenire agendo sulla pericolosità<sup>68</sup>.

Se così è, dovrà allora coerentemente riconoscersi che il ragionamento giudiziale sulle fattispecie di prevenzione non è di carattere deontologico, ma piuttosto *teleologico*, somiglia, cioè -e non casualmente- a quello che viene di consueto identificato come ragionamento del funzionario amministrativo<sup>69</sup>.

Occorre dar conto, a questo punto, giusto dell'impostazione secondo cui il ragionamento giudiziale è, in linea di massima, del tipo deontologico, articolandosi sulla base di norme passibili di sussunzione, mentre il ragionamento dell'amministratore è, sempre in linea di massima, del tipo teleologico, in quanto scaturente da norme di carattere discrezionale, che predeterminano solo (o quasi esclusivamente) il fine da eseguire, lasciando all'operatore il compito di identificare le situazioni concrete idonee a realizzarlo<sup>70</sup>.

La *summa divisio* in parola appare, peraltro, sfumata ai margini: non solo perché <<anche i funzionari amministrativi... muovono da una norma preconstituita: la norma di legge che predetermina il fine da eseguire>><sup>71</sup>, ma anche perché –sembra di poter dire- da un lato, pure i pubblici funzionari applicano grandi quantità di norme *deontologiche*, ossia vincolate, mentre dall'altro, anche i giudici sono spesso chiamati ad applicare quantità di norme *teleologiche*, ossia prive di una struttura passibile di sussunzione; *concretizzabili*, appunto, e null'altro, in quanto “discrezionali”. E ancora perché l'obbligo di giustificare le scelte compiute tramite una motivazione che espliciti le premesse di fatto e di diritto di quella scelta è imposto, come si è visto, tanto al giudice quanto al pubblico funzionario, e, anzi, a quest'ultimo il

---

<sup>68</sup> In questa direzione milita, ad esempio, tutto l'ampia monografia di MANGIONE, *op.cit., passim*.

<sup>69</sup> La distinzione e la relativa argomentazione sono tutte di GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 121 e ss.

<sup>70</sup> V. ancora GUASTINI, *op.cit.*, in particolare p. 124.

<sup>71</sup> GUASTINI, *op. cit.*, p. 121.

dovere di motivare risulta imposto proprio e soprattutto allorquando applica fattispecie discrezionali<sup>72</sup>.

Se, dunque, le norme attributive di poteri discrezionali configurano una classe di casi in cui la relativa decisione giudiziale non ha più carattere deontologico, ma essenzialmente teleologico, ne risulta che il ragionamento giuridico applicabile quale parametro di “giustificabilità” della decisione, non è quello che si è detto tipico dei giudici e che applica le regole della sussunzione, bensì quell’altro, che è tipico del funzionario amministrativo e consente il controllo della relativa decisione attraverso una serie di elementi potenzialmente sintomatici: l’esplicitazione motivazionale della completezza dell’istruttoria compiuta, delle premesse in fatto estratte dalla medesima, dell’inferenza induttiva effettuata sulla loro base.

Insomma: il giudice della prevenzione applica fattispecie che conservano questo nome solo in via convenzionale, perché di un “fatto” o, comunque, dell’identificazione di una classe che costituisca *forma* rispetto alle *manifestazioni fenomeniche* del mondo concreto, non vi è traccia alcuna; la possibilità di continuare ad usare il termine di “fattispecie” è confermata comunque dal dato per cui anche le norme latrici di discrezionalità possono dirsi norme *condizionali* al pari delle altre; ciò ovviamente nella misura in cui si accolga quella definizione molto ampia di norma condizionale, secondo cui «ogni norma giuridica nella sua struttura profonda, può essere riconosciuta come un enunciato di forma condizionale del tipo “se F, allora G”»<sup>73</sup>.

Questa struttura sommaria è sicuramente riscontrabile delle norme/vettore di poteri discrezionali; donde la possibilità di continuare ad adoperare per esse il termine di fattispecie.

Le conclusioni a trarsi sono di duplice ordine: da un lato, la struttura (*lato sensu*) condizionale della norma consente di continuare ad adoperare la struttura sillogistica di quella parte del ragionamento che è la c.d. giustificazione interna, mentre l’impronta “teleologica” di queste norme (come di tutte quelle discrezionali) configura senz’altro come inferenza *induttiva* non solo la premessa conoscitiva del sillogismo, ma anche la parte costituente premessa normativa.

---

<sup>72</sup> Si rammenterà quanto notato *supra* ovvero che l’obbligo di motivazione dell’atto amministrativo è considerato tanto più stringente quanto più la norma applicata sia di carattere discrezionale piuttosto che vincolato.

<sup>73</sup> In questi termini, infatti, v. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti narrativi*, cit., p. 124.

La pacifica applicabilità della censura nota come “errore di sussunzione” al settore preventivo poggia, dunque, su di un assunto insostenibile: *la parificazione dei modi di controllo del ragionamento giudiziale* nel giudizio di cognizione, rispetto a quello di prevenzione.

Come si è visto, in effetti, il ragionamento giudiziale è profondamente diverso nei due casi: nel giudizio di cognizione del reato il ragionamento reca nelle c.d. premesse normative una disposizione più o meno vaga, ma comunque identificante una classe di comportamenti o fatti.

Nel giudizio di prevenzione la struttura della decisione reca nelle premesse normative una norma che può essere riempita di significato solo in relazione con i fatti concreti.

Si tratta, dunque, di verificare con quali strumenti detto tipo di ragionamento giudiziale sia controllabile.

Dell'impraticabilità della sussunzione si è già detto; così come si è pure sottolineato come il ragionamento giuridico di carattere teleologico sia considerato tipico dei pubblici funzionari, epperò ciò non implichi in alcuna guisa la sua incontrollabilità, anzi: l'evoluzione del diritto amministrativo poggia tutta su trasparenza e verificabilità di questo tipo di determinazioni.

In altre parole: non solo non esiste alcun nesso tra ragionamento teleologico su norma discrezionale ed incontrollabilità del ragionamento medesimo, ma, anzi, il diritto positivo reca tracce granitiche di evoluzioni tali per cui la controllabilità *reale* della decisione amministrativa è condizione di giustificabilità/legalità della medesima; nel diritto positivo, poi, siffatta controllabilità ruota attorno alla motivazione.

Che il controllo della decisione amministrativa discrezionale passi –come per la decisione giudiziale– attraverso la parte motiva del provvedimento e, in particolare, s'incentri sulla completezza e sulla correttezza delle inferenze induttive della premessa in fatto, è non solo diritto vivente, ma dato imposto dalla logica propria di questo tipo di ragionamento<sup>74</sup>.

Qui, in effetti, l'enunciazione delle premesse di fatto vale a completare un discorso sul diritto che, altrimenti, proprio a causa della

---

<sup>74</sup> A proposito della motivazione, scrive GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, p. 569: «È evidente che essa ha importanza fondamentale per comprendere e controllare il modo con cui è stata svolta la funzione».

peculiare struttura della fattispecie, risulterebbe monco o meglio: ingiustificato<sup>75</sup>.

In altre parole, se la discrezionalità è composta di un accertamento di fatto, seguito da un giudizio di valore, nei termini più precisi descritti *supra*, l'atto che costituisca esercizio del relativo potere conterrà inevitabilmente una parte costituente *quaestio facti* –come tale incensurabile in sede di legittimità, se non *sub specie* di mancanza di motivazione- ed una parte costituente comunque *quaestio iuris*, censurabile dinanzi alla Cassazione nei termini comunemente individuati per l'errore di diritto.

A fronte di quanto sinora detto, diventa chiaro come la ritenuta, generale indistinguibilità di *quaestio facti* e *iuris* -fondata sul pensiero per cui il valore <<non è separato dal dato né nei cosiddetti giudizi di realtà né nei giudizi di valore>> onde per cui, ancora, diventa impossibile <<ipotizzare un momento valutativo autonomo rispetto a quello dell'accertamento>><sup>76</sup> - già generatrice di rilevanti conseguenze nell'impostazione del giudizio di legittimità<sup>77</sup>, dove la distinzione apparirebbe visibile, pur essendo frutto di operazioni indistinguibili del giudice del merito<sup>78</sup>, diventa esiziale qualora si provi, assumendola quale premessa, ad ipotizzare una forma di controllo sull'atto giudiziale frutto di discrezionalità, che non sia mera reiterazione dell'apprezzamento discrezionale.

Se, infatti, la valutazione del giudice del presupposto di fatto non fosse *mai* veramente autonoma dalla contestuale qualificazione giuridica del medesimo, per diventare tale solo nella prospettiva della Cassazione<sup>79</sup> -che si trova dinanzi, da un lato, il fatto accertato, dall'altro la norma, quale criterio adottato di qualificazione del fatto stesso- ciò implica che tutte le decisioni emanate sulla base di norme

---

<sup>75</sup> Non casualmente si sottolinea come la motivazione dell'atto amministrativo consti di due parti, convenzionalmente identificate nella c.d. giustificazione –o esposizione dei presupposti di fatto e di diritto, compresi gli eventuali adempimenti istruttori imposti dalla legge- nonché nella motivazione in senso stretto, configurata dall'*iter* logico seguito dall'organo amministrativo per giungere a quella certa determinazione. Cfr. VIRGA, *Diritto amministrativo*, 2, *Atti e ricorsi*, Milano, 1992, pp. 56 e ss.

<sup>76</sup> Così, in funzione di critica verso l'idea, VERDE, voce *Prova*, cit., pp. 581 e 582.

<sup>77</sup> Per tutti, v. le puntuali notazioni di CALOGERO, *La logica del giudice*, cit., *passim*.

<sup>78</sup> Cfr. M. MASSA, *Contributo all'analisi*, cit., pp. 82 e ss.

<sup>79</sup> La quale <<si trova davanti non ad un fatto che deve essere ricostruito, ma ad un fatto già ricostruito ed i risultati probatori che esso incorpora e che ne hanno rivelato la vera dimensione sono definitivamente acquisiti>>: così, con la consueta efficacia, M. MASSA, *Contributo all'analisi*, cit., p. 81.

attributive di discrezionalità diverrebbero *completamente* incontrollabili in sede di legittimità, considerato che le medesime apparirebbero alla Corte quali pure valutazioni *de facto* effettuate in riferimento ad una norma tanto generica da ammetterne *plurime, tutte legittime* appunto in virtù della genericità della norma.

Che così non accada e che la Corte eserciti regolarmente il proprio sindacato su fattispecie sicuramente discrezionali, come l'art. 274 c.p.p.<sup>80</sup>, in materia di esigenze cautelari, è un dato su cui occorre soffermarsi solo per stabilire la sua esistenza e per verificare come la Corte censuri le decisioni *discrezionali* dei giudici sulla libertà personale *esattamente valutando la completezza dell'istruttoria compiuta* per accertare i fatti indicativi del *periculum libertatis* e, poi, valutando la rispettiva congruenza logica con i parametri finalistici imposti dalla disposizione, per tal via effettuando un controllo sulla *quaestio iuris*<sup>81</sup> che *passa di necessità attraverso il controllo della motivazione*.

---

<sup>80</sup> Definiscono espressamente la fattispecie come discrezionale le due massime appresso riprodotte: <<In tema di esigenze cautelari, una concezione astratta del pericolo di fuga è in contrasto con la disposizione dell'art. 274, comma primo lett. b) nuovo cod. proc. pen., la quale fa espresso riferimento alla sussistenza di un "concreto" pericolo di fuga. (Nella specie, relativa a rigetto di ricorso del P.M. avverso la concessione degli arresti domiciliari, la S.C. ha osservato che "concretamente il Tribunale, nella sua *motivata, discrezionale scelta*, ha individuato due ordini di circostanze (attinenti alla condotta post delictum e alla personalità), che non solo non inducono a temere la fuga dell'indagato, ma la escludono">>: Cass., Sez. I, 31 luglio 1991 (C.C. 8.7.91), rv. 188387. E ancora: <<Nella valutazione del pericolo di fuga secondo l'art. 274, comma 1, lett. b) cod. proc. pen. occorre avere riguardo ad atteggiamenti propri del soggetto di cui si teme la fuga e non già alla normativa in materia di libertà personale esistente in uno Stato estero ed alle convenzioni internazionali. (In motivazione la Corte ha precisato che affermare che non si possono concedere gli arresti domiciliari ad una imputata in custodia cautelare all'estero in conseguenza di una domanda di estradizione perché in tal caso l'autorità giudiziaria straniera ne disporrebbe la liberazione, significa stravolgere la ratio della esigenza cautelare, condizionando una valutazione di fatto sulla personalità dell'indagata ad un meccanismo normativo-convenzionale del tutto estraneo alla sfera della persona sottoposta a misura restrittiva, *privando il giudice italiano di quella facoltà di scelta discrezionale, che il nostro ordinamento gli attribuisce*, solo per una manchevolezza di coordinamento delle due normative nazionali)>>: Cass., Sez. V, 19 gennaio 1998 (C.C. 28.11.97), rv. 209877.

<sup>81</sup> Alcune massime sono esemplari in tal senso: <<È generica la motivazione con la quale il tribunale, nel confermare la necessità del mantenimento della misura cautelare di cui sia stata chiesta la revoca o la modifica, abbia individuato le esigenze cautelari, da salvaguardare, nel pericolo della commissione di fatti della stessa specie ed in quello d'inquinamento della prova e l'uno e l'altro abbia ritenuto di poter desumere

È rimarchevole, peraltro, che ciò avvenga in base ad una distinzione tra *quaestio facti* e *iuris*, dalla quale, invero, il giudice di merito non solo *non* prescinde *in genere*<sup>82</sup>, ma da cui non prescinde

---

dalle dimensioni dell'organizzazione criminosa e dalla qualità dei partecipanti di essa. Infatti, il pericolo "concreto" che un soggetto, indagato o imputato di appartenenza ad associazione per delinquere, commetta fatti-reato della stessa specie di quelli per i quali si procede non può essere desunto solo dalla dimensione dell'organizzazione di cui asseritamente fa parte o dalla qualità degli altri associati: esso deve essere valutato soprattutto con riferimento al ruolo che egli ha avuto o si ritiene che abbia in seno all'organizzazione criminosa>>: così Cass., Sez. I, 16 gennaio 1991 (C.C. 26.11.90) rv. 186357, dove, ad onta della proclamata *genericità della motivazione*, il difetto effettivamente riscontrato è l'illogicità del passaggio logico sulla cui base si è ritenuto un certo dato come espressivo del generico parametro iscritto nella norma. Identicamente significativa la massima che segue dove *sembra* che la Cassazione *effettui una (a lei preclusa) rivalutazione in fatto dei dati disponibili*, mentre in realtà ne valuta la coerenza logica rispetto al fine indicato dall'art. 274 c.p.p.: <<Il trasferimento in un paese estero in epoca assai precedente all'inizio del procedimento e della vicenda di cui al medesimo, non appare né giuridicamente né logicamente criterio sintomatico del pericolo di fuga; dovendo tale pericolo essere desunto dalle modalità della condotta, quali ad es. la permanenza all'estero, senza apprezzabile e comprovato motivo, durante il procedimento e l'assenza di qualsiasi affidabile prospettiva di disponibilità verso la giurisdizione dello Stato, e sempre tenendo conto del tempo trascorso dalla commissione del reato come imposto dall'art. 292, comma 2, lett. c) cod. proc. pen. (Nella specie il provvedimento di applicazione della misura cautelare, intervenuto nel 1997 per fatti risalenti al 1994, è stato annullato con rinvio per vizi di motivazione relativi alla omessa valutazione della specificità, concretezza ed attualità del pericolo di inquinamento della prova, nonché relativi alla sussistenza del pericolo di fuga nel senso di cui all'enunciato principio)>>: Cass., Sez. VI, 4 marzo 1998 (C.C. 23.1.98), rv. 210586.

<sup>82</sup> Altro è dire che la negazione del carattere 'cognitivo' dell'attività d'interpretazione dei testi di legge parte da un presupposto inesorabilmente reale, ovvero che non esiste un significato oggettivo dei testi di legge o, per meglio dire, che, nella pluralità di ipotesi interpretative, il giudice effettua una scelta soggettivamente determinata, e altro è assumere questo scetticismo di fondo quale punto di partenza di un'analisi del diritto positivo. È impossibile –sotto quest'angolo prospettico- non concordare con chi afferma che <<la tesi anticognitiva parte, a ben vedere, da un presupposto metafisico: che si sia autorizzati a parlare di 'vero' solo di fronte a ciò che può essere inconfutabilmente, conclusivamente dimostrato; provato in modo tale da costringere all'assenso qualsiasi persona dotata di ragione. Ma ad accettare una simile prospettiva, nessuna proposizione tranne forse il principio di non contraddizione potrebbe definirsi vera>> (così FERRUA, *Il giudizio di fatto*, cit., p. 1827). Sulla scorta di analoghe considerazioni non sembra di poter condividere le considerazioni di GIALUZ, *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 219 e ss., che trova un approccio intelligente, ma forse un poco rarefatto, al problema della possibile identificazione dei c.d. nudi fatti. È bene, peraltro, notare come lo stesso autore concluda la propria analisi rilevando come, per quanto sfuggente possa risultare <<sul piano pratico, la differenza tra constatazione di un fatto e interpretazione dello stesso.. nondimeno essa conserva un senso preciso



neppure quando esercita un potere discrezionale. Invero, ancora, che le norme attribuiscono al giudice un potere/dovere vincolato oppure uno discrezionale, non muta il fatto che sembra sempre riscontrabile nel suo operato la soluzione di una *quaestio facti* e, successivamente, di una *quaestio iuris*, ovvero un accertamento di fatto, seguito da un conferimento di valore al fatto stesso: ciò che muta, in un caso e nell'altro, è solo la natura di quest'ultima operazione, che è di *qualificazione normativa* o *sussunzione*, nel caso della fattispecie vincolata, di *raccordo logico tra il dato prescelto e la fattispecie indeterminata*<sup>83</sup>, nel caso della discrezionalità<sup>84</sup>.

## 6. UN'ESEGESI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA.

L'intero percorso d'analisi sin qui compiuto consente di chiudere il cerchio rispetto ai rilievi effettuati nel primo capitolo, allorquando si è delineato l'assetto corrente del ricorso per cassazione in materia di prevenzione.

Nel complesso la disciplina attuale depriva l'ordinamento di un momento di controllo insostituibile, in genere, ineliminabile nel caso delle misure di prevenzione: senza controllo sulla motivazione – *rectius*: sulla rispondenza tra risultanze e motivazione- non esiste, semplicemente, controllo<sup>85</sup>; il giudice del merito, in quanto provvisto di poteri discrezionali, appare *legibus solutus*.

---

proprio nel processo>> (p. 236), posto che lo scetticismo cui si giunge nel seguire sino in fondo l'approccio esaminato, assume dimensioni dichiaratamente inaccettabili.

<sup>83</sup> L'esistenza di una fattispecie intenzionalmente indeterminata modifica il tipo di operazione logica che il giudice compie, rendendola differente da quella effettuata allorquando la fattispecie è espressa in modo *determinato* e non vago, di talché la vaghezza della norma rende impossibile la c.d. *sussunzione* e, per conseguenza, anche l'inferenza dalla norma generale alla norma individuale: è l'opinione di Hans Kelsen, nella ricostruzione dell'opera effettuata da GIANFORMAGGIO, *In difesa del sillogismo pratico*, cit., p. 67.

<sup>84</sup> In termini dissimili, ma conciliabili con quanto sopra esposto si esprime sul punto MARENGO, *La discrezionalità*, cit., p. 169, secondo cui giudizio di fatto e giudizio discrezionale sono diversificati dal fatto che <<diverso, rispetto all'esercizio del dovere discrezionale, è l'oggetto (fatti in luogo di valori) e diverso è, perciò, il modello di ragionamento cui il giudice ricorre>>.

<sup>85</sup> Questa è, comunque, la più generale conclusione di IACOVIELLO, voce *Ricorso per cassazione*, cit., p. 5279.

Che si tratti di un assetto costituzionalmente censurabile, anzi insostenibile, risulta palese sotto aspetti che si aggiungono, ora, a quelli già segnalati all'avvio della presente analisi.

È irrazionale –nel senso in cui la razionalità risulta imposta al legislatore dall'art. 3 Cost.– che all'interno del medesimo ordinamento giuridico il cittadino goda di una tutela più approfondita rispetto all'atto amministrativo illegittimo che rispetto ad un provvedimento giurisdizionale, potenzialmente limitativo della libertà della persona; è irrazionale che il sistema delle misure di prevenzione sia stato sottratto proprio all'opera dell'amministratore e affidato alla cognizione del giudice solo per rendere quest'ultima –si perdoni il gioco di parole– più potestativa e meno cognitiva di quanto sia, oggi, quella della pubblica amministrazione.

È irragionevole<sup>86</sup> che il decreto di prevenzione debba essere motivato, se poi quella stessa motivazione risulta incontrollabile non solo nella parte in cui è chiamata a rivelare la corrispondenza tra decisione e processo, ma anche nella parte in cui applica e concretizza la fattispecie sostanziale<sup>87</sup>.

Infine, è certo indispensabile notare come l'inverificabilità quasi assoluta del ragionamento giudiziale sulle misure di prevenzione si ponga in contrasto eclatante con una recente e chiara pronuncia della Corte EDU in tema di rapporti tra presunzione di innocenza e misure di prevenzione<sup>88</sup>.

L'importanza della decisione in parola è stata sfumata, tanto dai primi commenti, quanto da disamine più approfondite, sulla scorta dell'idea che la pronuncia sarebbe stata frutto dell'intensa singolarità della vicenda<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> Per una limpida trattazione del controllo denominato “di ragionevolezza”, v. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 42 e ss.; e, per un'esposizione più recente, cfr. CERRI, voce *Eguaglianza (principio di)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, 5, Bergamo, 2007, pp. 721 e ss.

<sup>87</sup> Ciò, naturalmente, nella misura in cui si condivida che la motivazione ha il <<valore di una garanzia di chiusura del sistema>>: così, in termini assai netti, FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 639.

<sup>88</sup> È il già citato caso deciso da Corte EDU, Sez. III, 1° marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*.

<sup>89</sup> In questi termini BALSAMO, *Confisca e presunzione d'innocenza*, cit., p. 3936 e anche PAULESU, *La presunzione d'innocenza, tra realtà processuale e dinamiche extraprocessuali*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di BALSAMO e KOSTORIS, Torino, 2008, pp. 125 e ss.

Ebbene, se, in effetti, non pare dubbio che -come già sopra posto in evidenza<sup>90</sup>- la decisione ruoti attorno alla censura del tipo di materiale probatorio adoperato (rapporto di polizia, frammisto di fatti e valutazioni), come pure attorno al rilievo di rilevanti carenze istruttorie nel procedimento che aveva condotto l'autorità giudiziaria olandese alla confisca dei beni, pure sembra altrettanto innegabile che la fattispecie concreta esaminata dalla Corte EDU presenta significative assonanze con situazioni pacificamente prospettate all'interno del procedimento italiano di prevenzione.

Nel caso *Geerings*, di cui qui si discute, la confisca dei beni era stata disposta nei confronti di persona assolta dagli stessi fatti di reato ai cui proventi l'autorità giudiziaria olandese aveva congetturalmente ricondotto i beni in possesso del ricorrente.

Non sfugge come la fattispecie -lungi dall'essere caratterizzata da insopprimibili caratteristiche individuali- sia decisamente comparabile con le misure di prevenzione e, in particolare, con la confisca di cui all'art. 2 *ter* L. n. 575 del 1965, qualora applicata sulla scorta del *medesimo materiale informativo già esaminato nel corso di un procedimento penale concluso con il proscioglimento dell'imputato*.

Ebbene, le conclusioni della Corte sono limpidamente incise nella frase per cui *<<if it is not found beyond a reasonable doubt that the person affected has actually committed the crime, and if it cannot be established as fact that any advantage, illegal or otherwise, was actually obtained, such a measure can only be based on a presumption of guilt. This can hardly be considered compatible with Article 6 § 2>>*.

In altri termini: affinché un provvedimento ablativo del tipo confisca resti indenne dal sospetto di offesa alla presunzione d'innocenza, occorre che *non* sia emesso sulla base di fatti storici e materiale informativo già vagliati in un processo penale esitato in proscioglimento, posto che -come del resto già stabilito in pregresse pronunzie della Corte EDU<sup>91</sup>- dopo l'assoluzione definitiva non è ammissibile neppure la manifestazione di sospetti nei confronti del prosciolto.

La decisione nel caso *Geerings* presenta, invece, un' indubbia differenza rispetto ad ulteriori pronunzie, originate proprio da casi di confisca ordinata nel contesto di procedimenti italiani di prevenzione:

---

<sup>90</sup> V. Cap. III, par. 5.

<sup>91</sup> Corte EDU, 21 marzo 2000, *Asan Rushiti c. Austria*, cit.

mentre in precedenza la Corte aveva escluso che la confisca di cui all'art. 2<sup>ter</sup> L. n. 575 del 1965 rappresentasse un tipo di sanzione a carattere penale -come tale valutabile nel contesto di operatività della presunzione d'innocenza enunciata nell'art. 6 § 2 della Convenzione europea<sup>92</sup>- appare, invece, chiaro che nel caso *Geerings* essa l'ha considerata quale autentica sanzione di natura penale<sup>93</sup>.

Le conclusioni derivanti dal *revirement* del giudice europeo sono notevoli e paiono idonee ad indurre un ampio ripensamento di esegesi ormai cristallizzate in materia di misure preventive: se vero che essa non incide sulla generale ammissibilità di misure emanate *ante* o *praeter delictum*<sup>94</sup>, nondimeno indica una direttrice esegetica fondamentale per i numerosi casi in cui il processo di prevenzione si sovrappone al perimetro conoscitivo del processo penale, proponendosi -come notato *supra*- quale succedaneo di un accertamento del reato divenuto impossibile.

In questa prospettiva, il controllo sulla motivazione appare viepiù ineliminabile: come la sentenza *Geerings* mostra con decisiva chiarezza, solo la verifica sulla completezza dell'istruttoria e sul tipo di materiale informativo posto a base della decisione, consente di verificare che il decreto di prevenzione non si trasformi in un' inammissibile ri-valutazione del medesimo perimetro fattuale e informativo già oggetto di sentenza penale assolutoria.

Nulla impedisce alla Corte di cassazione di svolgere siffatta funzione di controllo pur nell'assetto attuale del processo di prevenzione: si è notato già al principio del presente lavoro come la formula del ricorso <<*per violazione di legge*>>, di cui all'art. 4, 11° comma, L. n. 1423 del 1956, non fosse originariamente concepita per escludere i vizi della motivazione dal novero delle censure ammissibili dinanzi alla Cassazione; il limite è stato piuttosto il portato quasi inesorabile di un assetto del ricorso che, introdotto dal codice del 1989, ha smarrito senso e ragion d'essere dopo che la recente riforma dell'art. 606, lett. e), c.p.p.<sup>95</sup> ha rivitalizzato il ruolo della Cassazione quale giudice della corrispondenza tra motivazione e processo.

---

<sup>92</sup> Da ultimo v. Corte EDU, 16 marzo 2006, Bocellari e Rizza c. Italia, cit.

<sup>93</sup> In pari termini PAULESU, *La presunzione d'innocenza*, cit., p. 139.

<sup>94</sup> Così, con riferimento alla confisca, BALSAMO, *Confisca e presunzione d'innocenza*, cit., p. 3937.

<sup>95</sup> Operata dall'art. 8 della L. n. 46 del 2006.

Bene è stato detto di recente –con intensità di convinzione pari alla chiarezza espositiva- che i compiti della Suprema Corte <<lungi dal costituire un utopistico retaggio di ordinamenti del passato, assumono ancor oggi –e, forse, oggi più di ieri- un valore centrale, in quanto strumentali alla tutela della certezza del diritto, dell’uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e, infine, dell’unità del diritto oggettivo nazionale>><sup>96</sup>; oggi più di ieri, perché l’occhio del giurista non può che rimanere attonito a fronte di un ordinamento giuridico nel quale il giudice, piuttosto che farsi interprete, per quanto creativo, del diritto, appare spesso come arbitro irresoluto e vagolante di incertezze esegetiche tali da rendere sempre più attuale, ed anzi estremizzare, l’idea che non esistano diritti al di fuori di quelli che scaturiscono dalle aule di giustizia al termine dell’esercizio dell’azione<sup>97</sup>.

Se in vasta misura questo fenomeno è addebitabile al *caos* della produzione legislativa e alla sua scarsa qualità di fondo<sup>98</sup>, mentre in

<sup>96</sup> Così GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., p. 53.

<sup>97</sup> V. le illuminate e bellissime pagine di PEKELIS, voce *Azione*, in *Noviss. dig. it.*, II, Torino, 1968 pp. 30 e ss. (trattasi della ristampa, con appendice di aggiornamento curata da LIEBMANN, dell’omonima voce apparsa sul *Nuovo dig. it.*, II, Torino, 1938, p. 91).

<sup>98</sup> Colgono drammaticamente nel segno –oggi tanto più che all’epoca di elaborazione del pensiero- le parole di MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 72: <<sopravvissuto a tutti gli attacchi (della critica ideologica, psicoanalitica, scientifica) e recuperato dalla moderna dottrina nel suo valore garantista, l’ideale della certezza e chiarezza giuridica, espresso dal principio illuminista delle leggi <<poche>>, <<chiare>>, <<semplici>>, <<stabili>>, è oggi vulnerato dalla prassi legislativa (dalla nebulosa delle leggi <<troppe>>, <<complesse>>, <<confuse>>, <<instabili>>) e giudiziaria: nel quadro –ironia della storia- di Costituzioni rigide, consacranti il principio di legalità. Col degenerativo fenomeno dell’ordinamento giuridico occulto (perché di ardua accessibilità anche agli addetti ai lavori), della caottizzazione della giustizia, del disordine giuridico. Del passaggio dall’ordinamento al disordinamento giuridico, dell’ordine del diritto al disordine della legge...E col paradosso dell’irrinunciabilità della riserva di legge e dell’inidoneità parlamentare a legiferare. Tale fenomeno è il frutto, non sempre necessario... dello scadimento del Parlamento quale tutore del principio di legalità, nella crescente produzione legislativa di <<leggi vuote>>, simboliche (per dimostrare, attraverso il loro suadente suono, la sollecitudine nel combattere certe forme di criminalità e nel rispondere a certe istanze sociali, rimettendo in realtà al giudice le scelte non effettuate dal legislatore), di <<leggi compromissorie>> (che traducono la mediazione tra gli opposti interessi di forze confliggenti in formule indeterminate e valutative), di leggi <<ermafrodite>> (con forma di legge e sostanza di atti amministrativi), di <<leggi sciatte>>, di una sciatteria da logorrea, spreco di norme ed incuria nella tecnica legislativa, dovute all’incompetenza dei redattori e che talora offendono il più elementare decoro

misura non inferiore esso appare ascrivibile ad un'evoluzione sostanzialmente inesorabile, per la quale occorre rendersi conto che, in parte, è proprio del ruolo del giudice farsi creatore della legge<sup>99</sup>, per altri versi, invece, lo stesso fenomeno appare frutto del caso o, per meglio dire, dell'idea -data per scontata e mai verbalizzata- che il singolo giudice possa (e per certi versi debba) fare politica del diritto<sup>100</sup>.

In un contesto siffatto, il ruolo della Cassazione, allora, è effettivamente imprescindibile, tanto più con riferimento a costellazioni normative nelle quali, al pari di quella sin qui esaminata, il legislatore palesa l'intento di cedere al giudice consistenti poteri di interazione con la realtà.

D'altro canto – e per rimanere sul terreno solido delle considerazioni vincolate al diritto positivo- recenti rielaborazioni convincono che la Carta costituzionale *esige* una Cassazione che sia <<giudice preposto alla nomofilachia e, al tempo stesso, giudice della legalità e della razionalità della decisione, nonché della legittimità del processo>><sup>101</sup>; diritto delle parti, connesso alla presunzione di non colpevolezza, in quanto unica e sola impugnazione imposta dall'art. 111, 7° comma Cost. quale antecedente del giudicato.

Così, anche chi osserva come la funzione di tutela dello *jus constitutionis* si riveli ogni giorno un po' più illusoria, a fronte dell'implacabile complessità dell'ordinamento giuridico moderno, gravato dall'intreccio spesso aggrovigliato di norme e sistemi di fonti<sup>102</sup>, non manca di sottolineare come alla Cassazione resti, in ogni caso, il compito fondamentale di svolgere una c.d. <<funzione nomofilattica minore>>, che miri –si immagini!- a garantire la giustizia delle singole decisioni<sup>103</sup>.

letterario...>>. Parole durissime -come si accennava- in cui è difficile non riconoscere se stessi nei ricorrenti attimi di scoramento a fronte di questo o quell'aspetto del moderno ordinamento giuridico.

<sup>99</sup> Si leggano in proposito, per intuizioni fondamentali, le pagine del dibattito tra HASSEMER, HIRSCH e RÜTHERS, pubblicato, in lingua italiana, con il titolo *La soggezione del giudice alla legge: un principio ancora attuale?*, su *Criminalia*, 2007, pp. 73 e ss.

<sup>100</sup> V., in particolare, RÜTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, all'interno del dibattito sopra citato, pp. 121 e ss.

<sup>101</sup> Così ancora GIALUZ, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., p. 57.

<sup>102</sup> L'osservazione è di VERDE, *In difesa dello jus litigatoris*, cit., p. 10.

<sup>103</sup> È la conclusione proprio di VERDE, *In difesa dello jus litigatoris*, cit., p. 19.