

OPINIONE SCRITTA DELLA ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO PENALE

L'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, in persona del Presidente e legale rappresentante *pro tempore* Prof. Marco Pelissero, nato a Fossano (Cuneo) il 31.7.1966 (C.F. PLSMRC66L31D742B), ai sensi dell'art. 6 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, con il presente atto intende proporre una propria opinione scritta, in qualità di *amicus curiae*,

NEL GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

introdotto con ordinanza dal G.I.P. del Tribunale di Taranto in data 6.6.2023, iscritta al n. 107 del Registro delle Ordinanze di codesta Ecc.ma Corte costituzionale, e pubblicata sulla G.U. del 12.6.2024, n. 24, 1^a Serie Speciale, con cui il predetto organo giudicante sospendeva il giudizio e disponeva l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale, ritenuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3 e 13 Cost., riguardante la disciplina dell'art. 2 del d.lgs. n. 159/2011 in relazione all'attribuzione al Questore della titolarità del potere di adottare la misura di prevenzione del foglio di via obbligatorio e, in subordine, nella parte in cui non prevede che in relazione alla misura si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 6, commi 2-*bis*, 3 e 4, della legge 401/1989.

* * * *

1. Sulla legittimazione dell'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale.

L'AIPDP (www.aipdp.it) è l'associazione riconosciuta maggiormente rappresentativa dei professori in materie penalistiche. Essa aderisce ai principi della democrazia costituzionale, informando la sua attività ai valori del pluralismo culturale e scientifico, sollecitando la discussione a ogni livello su temi attinenti al diritto penale, favorendo l'espressione e la circolazione di orientamenti su questioni di particolare attualità e importanza per la giustizia penale (art. 1 Statuto) e promuovendo ogni attività opportuna per il perseguimento di tali finalità (art. 2 Statuto).

L'AIPDP rivolge la sua attenzione alle fondamentali questioni del diritto penale nell'ottica di promuoverne la conformità ai principi costituzionali. In questa prospettiva, particolare attenzione è sempre stata dedicata anche alla disciplina delle misure di prevenzione, tanto che il V Convegno nazionale è stato dedicato proprio al tema "*Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*" (Milano, 18-19 novembre 2016; gli atti sono pubblicati sul fascicolo n. 2/2017 della *Rivista italiana di diritto e procedura penale*).

Infine, l'AIPDP ha già presentato due opinioni scritte (28.7.2022 e 8.2.2024) ed è stata ammessa a partecipare ai relativi giudizi incidentali di legittimità (v. sent. Corte cost. n. 77/2023 e, in relazione alla seconda questione, tuttora pendente, decreto del Presidente dell'8.3.2024).

2. Sulla fondatezza della questione di legittimità costituzionale.

2.1. Delimitazione dell'oggetto della questione: la riserva di giurisdizione quale garanzia ricollegata al contenuto, anziché alle finalità, del foglio di via obbligatorio.

La questione sollevata dal G.I.P. del Tribunale di Taranto deve essere interamente condivisa, anzitutto, poiché individua in maniera puntuale i parametri costituzionali rilevanti, in particolare ricollegando, nel prisma dell'art. 13 Cost., la garanzia della riserva di giurisdizione al contenuto limitativo della libertà personale del foglio di via obbligatorio, indipendentemente da qualsiasi considerazione sulla finalità dello strumento. Se, infatti, sulle funzioni, e quindi sulla natura, delle misure di prevenzione da tempo è in corso un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale che, inevitabilmente, si riflette sulla determinazione dello statuto costituzionale delle medesime, occorre prendere atto che vi sono garanzie che devono essere in ogni caso assicurate, anche laddove si escluda la natura punitiva di tali misure (questo profilo emerge chiaramente nell'importante sentenza della Corte costituzionale n. 24/2019, in cui è stato puntualmente evidenziato, sviluppando un indirizzo già emerso nella nota sentenza n. 177/1980, come esigenze di legalità e di determinatezza debbano essere considerate anche laddove si escluda la natura punitiva delle misure di prevenzione).

Al centro della presente questione di legittimità costituzionale sta il principio di *riserva di giurisdizione* che già nelle prime sentenze della Corte costituzionale era stato oggetto di doverosa estensione rispetto a diversi strumenti originariamente attribuiti all'Autorità di pubblica sicurezza (sent. n. 2/1956 sull'ordine di rimpatrio e sent. n. 11/1956 sull'ammonizione), così sollecitando l'importante riforma operata pochi mesi dopo dalla legge n. 1423/1956, con la quale veniva stabilita la c.d. "giurisdizionalizzazione" della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza. A questo proposito, quindi, sul finire degli anni '70 autorevole dottrina penalistica aveva osservato come, per quanto gli artt. 13 e 25 Cost. si possano qualificare come "diverse germinazioni di un unitario principio garantista", la prima disposizione debba operare per tutti i provvedimenti restrittivi, anche se "serventi" rispetto alla realizzazione di finalità diverse da quelle delle sanzioni penali, evidenziando proprio come la vocazione estensiva della nozione di libertà personale non possa essere arginata circoscrivendo l'ambito operativo dell'art. 13 Cost., nel tentativo di colmarne il "vuoto dei fini", alle sole sanzioni penali contemplate dall'art. 25 Cost.¹.

¹ PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, 1979, 209 ss.

2.2. L'estensione della nozione di libertà personale nella prospettiva della riserva di giurisdizione quale espressione dello Stato di diritto.

La questione di legittimità, in effetti, ruota intorno al tema dell'estensione della nozione di *libertà personale*, rispetto al quale già nei primi decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione si potevano registrare diversi approcci nella letteratura costituzionalistica, alcuni volti a ridurla alla semplice libertà dalla coazione fisica², altri volti ad estenderla alla libertà psichica e morale³ ovvero (anche per via del riferimento dell'art. 13 Cost. alle ispezioni e alle perquisizioni) alla possibilità di *libero sviluppo della persona umana*. In quest'ultima prospettiva, in particolare, la libertà personale è stata qualificata come «pretesa» giuridica volta a sottrarre all'autorità amministrativa ogni restrizione alla libertà fisica che abbia come presupposto una valutazione negativa della “socialità del singolo” e ad affidare all'autorità giudiziaria ogni atto che incida sul rapporto dialettico persona-comunità, soprattutto quando adottato sulla base di elementi che fanno apparire pericoloso per la comunità il godimento incondizionato della piena libertà fisica da parte di un soggetto⁴, ossia di apprezzamenti relativi alle qualità morali dei destinatari e tali da influenzare la loro capacità generale e la loro dignità, nonché da comportare conseguenze pratiche sullo svolgimento dell'attività di lavoro o delle relazioni sociali⁵. Non si può trascurare, poi, l'autorevole voce della dottrina penalistica che, proprio nell'ambito di una nota riflessione sulle misure di prevenzione, riconduceva espressamente all'art. 13 Cost. anche i vincoli alla libertà di circolazione e di soggiorno⁶.

A ben vedere, alcune diversità di approccio che sono emerse in materia di libertà personale sembrano derivare proprio dalla *relatività* della nozione, la quale non soltanto appare storicamente condizionata, ma presenta altresì una “geometria variabile” in funzione della garanzia considerata. In particolare, come ora si dirà, se alcuni principi sono effettivamente riferibili ad una definizione più ristretta della libertà personale, la riserva di giurisdizione impone invece di avere riguardo alla sua ricostruzione più estensiva. Per tale ragione, non si possono ritenere davvero contraddittorie, né in fondo “classificabili” in termini di maggiore o minore portata garantistica, le differenti impostazioni che si possono rintracciare anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed in quella della Corte costituzionale in materia.

Proprio in tema di misure di prevenzione, ad esempio, la Corte di Strasburgo ha ritenuto la sorveglianza speciale incisiva sulla libertà sancita dall'art. 5 Cedu soltanto in un caso – celebre ma rimasto isolato – in cui l'obbligo di dimora presso la frazione di Cala Reale dell'isola dell'Asinara implicava una forte restrizione della libertà personale (Guzzardi c.

² ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, 1962, 29 ss.; AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, 1967, 23 ss.; PACE, *Libertà personale*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 295.

³ GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, in *Giur. cost.*, 1962, 205 ss.; GALIZIA, *La libertà di circolazione e di soggiorno*, in Barile, a cura di, *La pubblica sicurezza*, 1967, 545 ss.

⁴ BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, 1967, 98 ss. e 120 ss.

⁵ MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 689 s.

⁶ BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, 387 ss.

Italia, 6.11.1980), sulla base di una distinzione tra misure privative e misure limitative della libertà personale di tipo quantitativo, ossia fondata «esclusivamente sul grado e sull'intensità» della compressione della libertà di locomozione. Tale impostazione, in effetti, è strettamente collegata alla *tassatività dei presupposti* che giustificano la privazione della libertà personale ai sensi dell'art. 5 Cedu, tanto che nella citata sentenza Guzzardi la Corte dichiarava la violazione di tale disposizione, escludendo che una misura limitativa della libertà personale potesse essere utilizzata per perseguire «una politica di prevenzione generale».

La stessa Corte costituzionale, nella fondamentale sentenza n. 32/2020, ha tracciato una distinzione tra le varie misure alternative previste dalla legge sull'ordinamento penitenziario incentrandola sulla «concreta incidenza sulla libertà personale del condannato», intesa come capacità di determinare una «trasformazione della natura della pena» in ragione delle modalità esecutive extramurarie (escludendo, peraltro, che questo aspetto emerga in materia di permessi premio e di lavoro all'esterno, poiché in questi casi la pena resterebbe connotata da una fondamentale dimensione «intramuraria»). Anche in questo caso, però, veniva in rilievo il diverso problema della tutela dell'affidamento del condannato nella legge vigente al momento della commissione del fatto di reato, alla luce del quale appare comprensibile la scelta di selezionare, tra le varie misure alternative, quelle che comportano una trasformazione qualitativa della pena e non semplicemente una differente modalità esecutiva della pena carceraria.

Ciò premesso, si deve evidenziare che, come si è accennato, il principio della riserva di giurisdizione impone di fare riferimento alla ricostruzione più estensiva della nozione di libertà personale che ha preso forma nella giurisprudenza della Corte costituzionale all'esito di un processo evolutivo che, dopo le già citate sentenze nn. 2/1956, 11/1956, è stato scandito, tra le tante, dalle sentenze nn. 177/1980, 419/1994, 24/2019 e 127/2022 (sul punto, si può rinviare alla puntuale ricostruzione del giudice *a quo*). Tale garanzia, infatti, appare strettamente ricollegata, se non addirittura al principio di separazione dei poteri, all'idea di Stato di diritto in cui l'esigenza che le prerogative dell'autorità amministrativa abbiano una base legislativa generale, astratta e determinata non può che essere presidiata dal controllo giurisdizionale, tanto che la stessa Corte europea ha nel tempo ricollegato tale esigenza proprio al profilo della legalità come *préeminence du droit*, anche al di là dei confini applicativi dell'art. 5 Cedu (v. ad es. la violazione dell'art. 8 Cedu riscontrata nella sentenza *Brazzi c. Italia*, 27.9.2018, in tema di perquisizione). Rispetto a tale istanza fondamentale, quindi, si deve recepire l'evoluzione in senso ampliativo della nozione di libertà personale, la quale corrisponde alla progressiva affermazione del *personalismo*, che non limita più il valore della persona agli aspetti prevalentemente fisici e materiali, ma si espande ad esigenze umane sempre più psicologiche, morali o addirittura spirituali della personalità.

In definitiva, tra le varie accezioni della libertà personale, la questione in esame deve essere valutata facendo riferimento a quella comprensiva non soltanto delle restrizioni suscettibili di essere eseguite coattivamente e di comportare coercizioni fisiche ma anche, nei termini della Corte costituzionale, di quelle che determinino la compromissione della libertà morale degli individui, imponendo «una sorta di degradazione giuridica», concetto

che può essere meglio precisato facendo riferimento al giudizio sulla *personalità morale del singolo* ed all'incidenza sulla sua *pari dignità sociale*.

2.3. L'incidenza sulla libertà personale del foglio di via obbligatorio.

L'evoluzione della nozione di libertà personale rilevante ai fini dell'operatività della garanzia della riserva di giurisdizione sollecita effettivamente un riposizionamento della linea di confine che era stata tracciata nel 1956 tra le misure di prevenzioni giurisdizionali e quelle amministrative, riportando tra le prime il foglio di via obbligatorio.

Come evidenziato dal giudice *a quo*, anche alla luce del caso concreto sottoposto alla sua attenzione, l'incidenza *quantitativa* della misura sulla libertà fisica del destinatario – seppur declinata in termini di divieto, anziché di obbligo di dimora – è infatti tale da gravare significativamente sull'effettivo esercizio di fondamentali diritti economici e sociali, oltretutto sulle sue relazioni personali e familiari. Inoltre, sul piano *qualitativo*, il provvedimento presuppone una valutazione sulla “socialità del singolo” e sulla pericolosità del medesimo per la comunità che ha una portata stigmatizzante capace di incidere negativamente sulla pari dignità dell'individuo, comprimendone le possibilità di realizzazione personale e compromettendone il libero sviluppo della personalità. Come sottolineato fin dalle premesse, peraltro, si tratta di aspetti che prescindono dalla finalità dello strumento, poiché si ricollegano alla dimensione afflittiva della misura, anche se questa è considerata quale “conseguenza collaterale” del controllo della pericolosità sociale del destinatario (nei termini della sentenza C. cost. n. 24/2019).

Coglie nel segno, in effetti, il parallelismo con la misura cautelare del divieto di dimora (art. 283 c.p.p.) prospettato dal giudice *a quo* e, a questo proposito, non deve fuorviare il fatto che quest'ultima è tradizionalmente qualificata come coercitiva, ma “non detentiva” nella sistematica delle cautele personali, giacché tale qualificazione può rilevare ai fini di alcuni profili di disciplina (termini massimi, impossibilità di scomputo del c.d. “presofferto”, ecc.), ma non potrebbe davvero giustificare l'applicazione sulla base di una determinazione del Pubblico Ministero o, addirittura, della polizia giudiziaria. Se, quindi, il ruolo del giudice è imprescindibile nell'applicazione della generalità delle misure cautelari personali coercitive, poiché in questo caso la nozione di libertà personale non può che riespandersi in modo da ricomprenderle tutte⁷, analoga conclusione non può che valere per il foglio di via obbligatorio che, come detto, comporta i medesimi vincoli e la medesima degradazione giuridica del divieto di dimora.

L'aspetto *qualitativo* rende poi evidente, come puntualmente osservato dal giudice *a quo*, che l'accoglimento della questione non sarebbe contraddittorio rispetto alle conclusioni raggiunte dalla Consulta nella sentenza n. 127/2022 in tema di c.d. “quarantena obbligatoria”, i cui presupposti non determinano alcuna degradazione giuridica del sottoposto (in quanto, nei termini della pronuncia, «non fa seguito ad alcun tratto di illiceità, anche solo supposta, nella condotta della persona, ma alla sola circostanza, del tutto neutra sul piano della personalità morale e della pari dignità sociale, di essersi ammalato a causa di

⁷ MARZADURI, *Misure cautelari personali*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, 1994, 63.

un agente patogeno altamente contagioso, suscettibile di essere contratto da chiunque»). Come si è visto, anzi, proprio nelle premesse di quest'ultima sentenza, e in controluce nelle conclusioni citate, emerge un'ulteriore valorizzazione di quella nozione estensiva di libertà personale che appare compressa dal foglio di via obbligatorio.

Neanche si può dire che l'accoglimento della questione potrebbe trovare ostacolo nei termini della recente sentenza Corte cost. n. 47/2024 (successiva rispetto all'ordinanza di rimessione), in cui i limiti costituzionali del c.d. "daspo urbano" non sono stati considerati sul terreno dell'art. 13 Cost., in quanto il profilo della disciplina sospettato di incostituzionalità non era la carente giurisdizionalizzazione, bensì la non riconducibilità delle finalità dello strumento ai "motivi di sicurezza" menzionati dall'art. 16 Cost. e, per questo, il giudice remittente aveva fatto riferimento esclusivamente a quest'ultimo parametro costituzionale. Peraltro, se anche si volesse ritenere che in quell'occasione la Corte abbia implicitamente escluso di poter ricondurre il daspo urbano all'art. 13 Cost., si dovrebbe considerare che il foglio di via obbligatorio può avere una durata fino a quattro volte superiore e riguardare aree ben più ampie (interi comuni e non soltanto c.d. "zone rosse").

Gli unici precedenti contrari, in definitiva, risalgono alle sentenze Corte cost. nn. 1/1956 e 45/1960 e, in effetti, la questione di legittimità sollecita dichiaratamente un superamento delle conclusioni raggiunte all'epoca dalla Corte proprio sulla scorta dell'evoluzione che la nozione di libertà personale ha subito nei decenni successivi, tale da ricondurvi il foglio di via obbligatorio. Nell'orbita dell'art. 16 Cost., quindi, potranno rimanere quelle misure prive di contenuto restrittivo della libertà fisica e aventi presupposti meno degradanti (ad es. l'avviso orale, che non richiede un giudizio di attuale pericolosità per la sicurezza pubblica) ovvero provvedimenti che impongono analoghi obblighi di allontanamento e/o divieti di accesso ad aree più o meno estese (evacuazioni, sfollamenti, ecc.) sulla base di esigenze sanitarie o di sicurezza, purché diverse da quelle che si fondano su di un giudizio di pericolosità dell'individuo per la comunità.

2.4. Le ripercussioni sulla legittimità costituzionale della normativa vigente.

Le conseguenze dell'inquadramento del foglio di via obbligatorio come misura limitativa della libertà personale possono essere considerate molto brevemente, giacché esse sono tratte in maniera puntuale dal giudice *a quo*, con particolare riguardo all'insufficienza di un controllo giudiziale eventuale, successivo e rimesso all'iniziativa dell'interessato (e che, peraltro, sconta i limiti della cognizione del giudice amministrativo). Si tratta, come si osserva nell'ordinanza, di una conclusione che la Consulta ha espressamente affermato nella sent. n. 419/1994 ed implicitamente richiamato nella sent. n. 2/2023 e, in effetti, nel contesto europeo il sindacato eventuale/postumo viene oggi ritenuto sufficiente nel campo delle sanzioni amministrative a condizione che, per l'appunto, queste non incidano sulla libertà personale (v. ad es. quanto previsto dall'art. 25 della Costituzione spagnola). Si consideri, peraltro, che nella prassi applicativa del foglio di via obbligatorio, la possibilità di impugnazione di fronte al giudice amministrativo appare più teorica che reale, mentre un

vaglio giurisdizionale obbligatorio ed immediato imporrebbe, anche in caso di disinteresse ed inerzia del destinatario della misura, la nomina di un avvocato d'ufficio chiamato ad esercitare il fondamentale diritto di difesa (con le spese di patrocinio poste a carico dello Stato laddove ne ricorrono i presupposti).

Correttamente, quindi, il giudice *a quo* evidenzia che, laddove non si ritenga che la competenza dell'Autorità di pubblica sicurezza, anche al di fuori di qualsiasi presupposto di urgenza, determini la radicale illegittimità dell'art. 2 del d.lgs. n. 159/2011, la disposizione deve essere senz'altro censurata nella misura in cui non prevede una convalida obbligatoria e cronologicamente ravvicinata, come invece avviene non soltanto per la generalità delle misure cautelari personali e per la sorveglianza speciale (art. 9, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 159/2011), ma anche per il già citato "daspo urbano" (mediante rinvio alla procedura già prevista per il divieto di accedere a manifestazioni sportive dall'art. 6, commi 2-*bis*, 3 e 4, della legge 401/1989). Come osserva sempre in maniera puntuale il giudice *a quo*, peraltro, quest'ultima differenza – chiaramente irragionevole alla luce delle analogie tra gli istituti e della già evidenziata minore portata limitativa della misura di prevenzione atipica – determina altresì una violazione del principio sancito dall'art. 3 Cost.

2.5. Conclusioni

In definitiva, la questione di legittimità sollecita la Corte costituzionale a dare continuità alla ricostruzione evolutiva della nozione di libertà personale che è maturata negli ultimi decenni ed a trarne le dovute conseguenze rispetto al foglio di via obbligatorio. La giurisdizionalizzazione di tale strumento, dopotutto, non rappresenterebbe, almeno nel *petitum* avanzato in subordine dal giudice *a quo*, una soluzione distonica rispetto alla disciplina già vigente in relazione ad altre misure di prevenzione (tipiche e atipiche) dal momento che, come si è visto, la convalida dell'autorità giudiziaria è contemplata nella disciplina della sorveglianza speciale e dei daspo "sportivo" e "urbano".

L'estromissione del foglio di via dalla tutela prevista dall'art. 13 Cost., invece, conferirebbe una "patente di legittimità" a poteri dell'autorità di pubblica sicurezza nella prevenzione di reati che, in prospettiva, potrebbe determinare proprio un allentamento del controllo giurisdizionale nelle discipline del "daspo" e perfino delle misure cautelari personali coercitive. Senza contare che, come ha ben osservato il giudice *a quo*, aumenterebbero i rischi di un uso distorto del foglio di via per far fronte a problematiche diverse dalla prevenzione dei reati (come nei casi citati dall'ordinanza di rimessione riguardanti persone che esercitavano la prostituzione o attività sindacali), fenomeno che peraltro vanta significativi antecedenti storici, con un conseguente *chilling effect* rispetto all'esercizio di diritti fondamentali che la mera possibilità di ricorso al giudice amministrativo non potrebbe efficacemente scongiurare.

* * * *

Per queste ragioni, l'AIPDP confida in un intervento di codesta Ecc.ma Corte affinché dichiari illegittima la disciplina dell'art. 2 del d.lgs. n. 159/2011, quanto meno nella parte in cui detta disposizione non prevede che in relazione al foglio di via obbligatorio si applichino, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 6, commi 2-*bis*, 3 e 4, della legge n. 401/1989.

Con osservanza

Roma, lì 28 giugno 2024

Prof. Marco Pelissero

(firma digitale)