

## IL FOGLIO DI VIA OBBLIGATORIO TRA STIGMA MORALE E MISURE LIMITATIVE DELLA LIBERTÀ PERSONALE. SPUNTI DI RIFLESSIONE ALLA LUCE DI UNA RECENTE DECISIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA MISURA DELLA QUARANTENA OBBLIGATORIA

di Francesco Pio Lasalvia

(Dottore di ricerca in diritto penale, Università di Parma)

Sommario: 1. Premessa. La quarantena obbligatoria come misura limitativa della libertà di circolazione. Le restrizioni alla libertà personale nella giurisprudenza costituzionale – 2. Limitazione della libertà personale e foglio di via obbligatorio: somiglianza alla sorveglianza speciale e divergenza dalla quarantena obbligatoria. – 3. Riserva di giurisdizione e foglio di via obbligatorio. Ragioni. – 4. Conclusioni. Prospettive operative.

1. Un recente arresto della Consulta offre lo spunto per tornare a riflettere sulla legittimità costituzionale delle norme che prevedono la competenza del Questore a disporre la misura di prevenzione del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2, d.lgs. 6.9.2011, n. 159.

Nel caso da cui prende spunto il presente contributo la Corte costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle norme che attribuiscono all'autorità sanitaria il potere di disporre la quarantena obbligatoria senza che segua convalida del giudice.

Il Tribunale di Reggio Calabria rilevava che la quarantena disposta per motivi sanitari riproduce il contenuto della misura cautelare degli arresti domiciliari (art. 284 Cpp) e della misura alternativa della detenzione domiciliare (art. 47-ter l. 26.7.1975 n. 354). Essa, quindi, deve qualificarsi, come quelle appena menzionate, come misura limitativa della libertà personale, perciò, implicando che sia assicurato il rispetto delle connesse garanzie costituzionali e in particolare, per quanto di interesse, la riserva di giurisdizione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Le censure mosse dal Tribunale di Reggio Calabria avevano ad oggetto la disciplina della quarantena obbligatoria prevista dall'art. 1, co. 6, d.l. 16.5.2020, n. 33 in base al quale si dispone «il divieto di mobilità dalla propria abitazione o dimora delle persone sottoposte alla misura della quarantena per provvedimento dell'autorità sanitaria in quanto risultate positive al virus COVID-19, fino all'accertamento della guarigione o al ricovero in struttura sanitaria o altra struttura allo scopo destinata». Si prevede all'art. 2, co. 3, d.l. 33/2020 che «salvo che il fatto costituisca reato punibile ai sensi dell'articolo 452 del codice penale o comunque più grave reato, la violazione

La Corte costituzionale, con la sentenza 7.4.2022, n. 127, rigetta la questione sulla scorta della propria pluridecennale giurisprudenza che definisce la linea di confine tra restrizioni alla libertà di movimento e restrizioni alla libertà personale<sup>2</sup>.

In via preliminare il giudice delle leggi rileva come la mobilità della persona nello spazio costituisce senz'altro una componente essenziale sia della libertà personale che della libertà di movimento. E, tuttavia – aggiunge –, deve ammettersi ormai pacificamente che motivi di sanità possono importare limitazioni alla libertà di movimento fino a giungere alla «*necessità di isolare individui affetti da malattie contagiose*», né può negarsi che un cordone sanitario «*possa stringersi di quanto è necessario, secondo un criterio di proporzionalità e adeguatezza rispetto alle circostanze del caso concreto per prevenire la diffusione di malattie contagiose di elevata gravità*» (C. cost. 127/2022, par. 3.1). Perciò non sarebbe corretto affermare che una misura disposta per motivi sanitari, anche se limitativa della libertà personale, sarebbe per ciò solo estranea al campo delle restrizioni alla libertà di circolazione poiché quel che conta è anche l'effetto che nel complesso la misura produce sulla persona e non meramente il suo contenuto.

D'altro canto, in via generale, una misura si qualifica come limitativa della libertà personale solo se implica una degradazione giuridica del destinatario<sup>3</sup> e ciò, alla luce della giurisprudenza costituzionale, ricorre in presenza di determinati indici qualitativi e non quantitativi.

---

della misura di cui all'articolo 1, comma 6, è punita ai sensi dell'articolo 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265». L'ordinanza di rimessione è pubblicata su [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it). Per la tesi sostenuta dal giudice rimettente, seppur accenti e sfumature diversi, *ex multis*, A. Natale, *Il decreto legge n. 19 del 2020: le previsioni sanzionatorie*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 28.3.2020, 8; G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessario una legge sulla quarantena*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2.4.2020, 5; G. Lattanzi, *La pandemia aggredisce il diritto?*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 2020; A. Ruggeri, *Il coronavirus, la sofferza tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), n. 1/2020, 207.

<sup>2</sup> La sentenza è disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Per un primo commento alla decisione, in chiave adesiva alla soluzione cui il giudice delle leggi è pervenuto, si rinvia al contributo di A. Della Bella, *Quarantena obbligatoria, libertà personale e libertà di circolazione. Riflessioni a margine di Corte cost. 7 aprile 2022, n. 127*, in *RIDPP* 2022, 772 ss. In adesione alla soluzione adottata dalla Corte costituzionale, si veda altresì la posizione di M. Luciani, *Il sistema delle fonti alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 126-127 il quale riassume il contenuto (e le ragioni) della pronuncia nella seguente passaggio del contributo pocanzi citato: «anche a voler ritenere che la quarantena sia un trattamento sanitario (pur non essendo preordinata alla prevenzione o al rimedio di pregiudizi allo stato di salute dell'interessato, ma essendo rivolta alla tutela della collettività) sembra certo che essa non sia comunque un trattamento cui si applichino le garanzie dell'art. 13 Cost. Delle due, infatti, l'una. Se si ritiene che la libertà personale sia in giuoco (solo) quando si è di fronte a provvedimenti che implichino un apprezzamento moralmente negativo del soggetto attinto, un simile stigma non si rinviene nell'imposizione della quarantena. Se, invece, si ritiene che l'essenza della libertà personale stia nella sottrazione alla coazione fisica, sicché incidono nell'art. 13 Cost. solo i trattamenti sanitari che la prevedono, la mancanza della coazione fisica a sostegno delle misure impositive della quarantena esclude l'applicabilità delle norme sulla libertà personale».

<sup>3</sup> Il punto non è controverso tra la giurisprudenza e la dottrina costituzionalistica, come spiega G. Amato, *Commento all'art. 13 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino 1975, 7.

Il primo indice è la coercizione fisica. Le misure limitative della libertà personale sono connotate dal ricorso alla coercizione fisica; il che si ricava, in chiave letterale e sistematica, dal testo costituzionale stesso laddove specificando il concetto di atti di restrizione della libertà personale si fa riferimento alle detenzioni, alle ispezioni e alle perquisizioni personali, quali atti che implicano il ricorso alla forza fisica nelle concrete modalità esecutive. In questi termini, stando alla ricostruzione offerta dalla Corte, un atto che nelle modalità esecutive importi il ricorso alla coercizione fisica rende la misura, comunque e quindi a prescindere dal fine, limitativa della libertà personale così reclamando la riserva di legge e di giurisdizione.

È il caso del rimpatrio con foglio di via obbligatorio se accompagnato dalla traduzione fisica del destinatario (C. cost., 14.6.1956, n. 2; C. cost., 21.6.1960 n. 45), del trattenimento dello straniero nei centri di permanenza e assistenza (C. cost., 22.3.2001, n. 105; C. cost., 23.1.1975, n. 23), del respingimento dello straniero con accompagnamento coattivo alla frontiera (C. cost., 8.11.2017, n. 275; C. cost., 8.7.2004, n. 222), oppure ancora del prelievo coattivo ematico nel corso di un procedimento penale (C. cost., 27.6.1996, n. 238). Tutte ipotesi, già scrutinate dalla Corte, in cui è «previsto il ricorso alla forza fisica al fine di instaurare o mantenere in essere, con apprezzabile durata, una misura restrittiva della facoltà di libera locomozione», sì che «la circostanza che la legge abbia introdotto tale misura in via generale per motivi di sanità non comporta che essa vada assegnata alla garanzia costituzionale dell'art. 16 Cost., e sfugga così alla riserva di giurisdizione» (C. cost. 127/2022, par. 4).

Quel che rileva, in sostanza, non sarebbe la natura obbligatoria della misura, poiché ne viene sanzionata la sua inosservanza, ma dall'essere coattiva la sua esecuzione, il suo mantenimento o il relativo controllo da parte dell'autorità pubblica, potendo essere il suo destinatario costretto con la forza pubblica a sottoporvisi, rimanervi o esservi ricondotto.

Tali connotazioni, tuttavia, non caratterizzano la quarantena obbligatoria. Si tratta, invero, di una misura sì obbligatoria (poiché ne è sanzionata l'inosservanza da parte del suo destinatario) ma non coercitiva (poiché l'esecuzione, il mantenimento o il controllo non è assicurato dal ricorso alla forza pubblica)<sup>4</sup>. È evidente la differenza con la misura cautelare degli arresti domiciliari e con la misura alternativa della detenzione domiciliare, dal momento che entrambe le pocanzi menzionate misure sono, non solo

---

<sup>4</sup> Al contrario di quanto previsto nel Regno Unito. Lì, ove è stata pure introdotta la misura di contenimento della quarantena per il soggetto positivo, la legge attribuisce alla polizia penetranti poteri di coercizione sulla persona attinta dal provvedimento. In particolare, è previsto che la polizia possa effettuare controlli all'interno del domicilio e, elemento ancor più decisivo per la natura coercitiva della misura, la polizia può ricondurre il positivo nella sua abitazione quando sia sorpreso all'esterno quando ciò sia strettamente necessario (cfr. par. 16.12 Coronavirus Act 2020, [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)). Il punto viene esposto in A. Della Bella, *op. cit.*, 783, nota 36 e mostra a contrario l'assenza di coercività che connota la nostra quarantena obbligatoria.

obbligatorie, ma più che altro coattivamente imposte e in caso di violazione è previsto l'arresto anche fuori flagranza.

La Corte riconosce, tuttavia, che la libertà personale ha trovato nella giurisprudenza costituzionale un nuovo e diverso spazio applicativo. Andando oltre il campo delle limitazioni all'*habeas corpus* oggi si considerano limitative anche quelle misure che comportano «un assoggettamento totale della persona all'altrui potere», compromettendo la libertà morale di individui con l'effetto di esporre i destinatari delle stesse a una «degradazione morale e giuridica» (C. cost., 22.3.1962, n. 30; e prima ancora, C. cost., 19.6.1956, n. 11).

Così ampliato il concetto il giudice delle leggi fa rientrare nel concetto di restrizioni alla libertà personale anche misure che, pur non assistite dal ricorso alla coercizione, consistono nella imposizione di prescrizioni limitative delle scelte di azione, e implicano di conseguenza una degradazione morale e giuridica della persona.

Il punto centrale risiede proprio in ciò che parecchie misure, tra quelle già scrutinate dal giudice delle leggi in passato, applicandosi all'esito di un giudizio sulla personalità del destinatario, incidono sulla pari dignità sociale e, dunque per tale motivo, poiché esposte a un alto tasso di arbitrarietà, reclamano un filtro applicativo consistente nel controllo da parte di un giudice, il solo organo che istituzionalmente assicura indipendenza e imparzialità di giudizio. È il caso dell'obbligo di comparire presso un ufficio di polizia durante le manifestazioni sportive (C. cost., 30.5.1996, n. 193; C. cost., 2.5.1996, n. 143) e della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con o senza obbligo di soggiorno (C. cost., 24.11.1994, n. 419; C. cost., 20.6.1964, n. 68). Tutte misure che, come anticipato, anche se sprovviste di coattività, si applicano sulla base di un giudizio sulla personalità del singolo e consistono in una serie di prescrizioni con annessa degradazione sociale e giuridica del destinatario finendo per «separare l'individuo o un gruppo circoscritto di individui dal resto della collettività riservando loro un trattamento deteriore» (C. cost. 127/22, cit., par. 5).

Tuttavia, conclude la Corte, la quarantena non rientra neanche in questo più concetto estensivo di limitazione della libertà personale. Per un verso, in effetti, la quarantena coinvolge una vasta e indeterminata platea di persone che hanno contratto loro malgrado la malattia e, per un altro, la persona destinataria non è separata dal gruppo sociale in conseguenza di una sua condotta illecita o di un suo modo di essere, dunque di uno stigma morale, bensì per la circostanza, invero del tutto neutra e accidentale, del «l'accertamento dello stato di positività (...) condizione condivisa con milioni di individui accomunati da null'altro che dall'esposizione a un agente patogeno trasmissibile per via aerea» (C. cost. 127/22, cit., par. 6). Tale conclusione rende evidente, anche sotto tale ultimo profilo, come sia inconferente il tentativo di assimilare la quarantena obbligatoria agli arresti domiciliari e alla detenzione

domiciliare, queste ultime, a buon diritto, disposte dal giudice in quanto applicate nel corso di un procedimento penale sulla scorta di un giudizio di disvalore della condotta accertata e della personalità mostrata dal destinatario dal provvedimento restrittivo.

2. Quel che è di particolare interesse nella decisione che abbiamo ripercorso nei suoi snodi fondamentali è la ricostruzione dei criteri indicativi della ricorrenza di una restrizione della libertà personale e non della mera libertà di movimento offerta dal giudice costituzionale, seppure chiamato a pronunciarsi su una misura diversa da quella di nostro interesse.

Il che offre un utile banco di prova per riproporre la tematica della natura giuridica del foglio di via obbligatorio, di cui all'art. 2 d.lgs. 159/2011, misura di prevenzione personale disposta con provvedimento del questore con cui si ordina alla persona socialmente pericolosa e riconducibile a una delle categorie soggettive di pericolosità di cui all'art. 1 d.lgs. 159/2011 di lasciare un determinato territorio e non farvi più ritorno per un determinato periodo<sup>5</sup>.

È, invero, appena il caso di osservare che al medesimo *genus* appartengono altre misure di prevenzione personali a contenuto diverso ma fondate sui medesimi presupposti valutativi e, tuttavia, affidate al controllo giurisdizionale iniziale o quantomeno in sede di convalida.

Il pensiero va alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, quale misura di prevenzione personale che consiste nella vigilanza delle autorità di pubblica sicurezza sull'individuo socialmente pericoloso, tenuto all'osservanza di tutte le prescrizioni limitative delle scelte di azione della persona imposte dalla legge e dal provvedimento applicativo<sup>6</sup>.

Si tratta, infatti, di una misura applicata dal giudice e a seguito di un procedimento giurisdizionale e ciò a far data dalla, ormai lontana nel tempo, L. 27.12.1956, n. 1423,

---

<sup>5</sup> «Qualora le persone indicate nell'articolo 1 siano pericolose per la sicurezza pubblica e si trovino fuori dei luoghi di residenza, il questore può rimandarvele con provvedimento motivato e con foglio di via obbligatorio, inibendo loro di ritornare, senza preventiva autorizzazione ovvero per un periodo non superiore a tre anni, nel comune dal quale sono allontanate» (art. 2, d.lgs. 159/2011; per una trattazione istituzionale dell'istituto, non limitata alle esigenze del presente scritto, *ex plurimis*, F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. Aspetti sostanziali e processuali*, Milano 2019, 67 ss.; F. Basile (con la collaborazione di E. Zuffada), *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino 2021, 97 ss.).

<sup>6</sup> «Alle persone indicate nell'articolo 4, quando siano pericolose per la sicurezza pubblica, può essere applicata, nei modi stabiliti negli articoli seguenti, la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza» (art. 6, co. 1, d.lgs. 159/2011); ai co. 2 e 3 dell'art. 6, *decr. cit.* è prevista la possibilità, valutata dal giudice in base al grado e intensità della pericolosità sociale manifestata dall'interessato, di aggiungere il divieto o l'obbligo di soggiorno in un determinato comune, mentre all'art. 8 è indicato il contenuto della sorveglianza speciale consistente nell'imposizione di prescrizioni di varia natura, sia a contenuto positivo che negativo.

con la quale il Parlamento aveva recepito una delle prime dure censure della Corte costituzionale<sup>7</sup>.

La Consulta, infatti, con una delle sue primissime decisioni (C. cost. 19.6.1956, n. 11), aveva censurato la disciplina previgente dell'ammonizione – così era chiamata in precedenza la sorveglianza –, contenuta nella legislazione di pubblica sicurezza di marca fascista, nella misura in cui il provvedimento era emanato da una commissione con a capo il prefetto e non dal giudice, come invece imposto dalla Costituzione per le restrizioni della libertà personale<sup>8</sup>.

E invero la Consulta, valorizzando tanto la funzione preventiva della misura quanto il giudizio incidente sulla dignità sociale della persona attinta dal provvedimento, aveva qualificato la vecchia ammonizione – oggi ridenominata sorveglianza speciale – come misura restrittiva della libertà personale poiché produttiva di un effetto di degradazione giuridica e morale della persona, così imponendo l'osservanza della riserva di giurisdizione.

Si tratta di osservazioni, quelle fatte allora dal giudice delle leggi per la misura dell'ammonizione-sorveglianza speciale, che ben possono estendersi alla misura del foglio di via obbligatorio, per ciò che, come la prima, anche tale misura, sebbene abbia un contenuto evidentemente diverso in punto di afflittività, mira alla prevenzione speciale di delitti – gravitando come quella nel campo della prevenzione criminale – e si fonda su identici presupposti, comuni a tutte le misure di prevenzione e consistenti nella riconduzione della persona a una delle categorie di pericolosità criminale previste dalla legge – art. 1, d.lgs. 159/2011<sup>9</sup> – e nel successivo accertamento dell'attualità della

---

<sup>7</sup> Cfr. artt. 7 e 8, d.lgs. 159/2011; è il caso di ricordare che, a partire dalla riforma impressa dal d.lgs. 17.10.2017, n. 161, si è deciso di creare un giudice specializzato per le misure di prevenzione, sia personali sia patrimoniali, consistente in una sezione specializzata attiva soltanto nei tribunali capoluogo di distretto (con la sola eccezione di Trapani e Santa Maria Capua Vetere come tribunali di circondario) allo scopo di assicurare una maggiore professionalità del giudice nella gestione di un settore normativo altamente specialistico. Per una trattazione del procedimento di prevenzione, *ex multis*, F. Cassibba, *Procedimento di prevenzione*, in G. Ubertis (a cura di), *Sistema di procedura penale*, Milano 2020, 1095-1148; S. Furfaro, *Diritto processuale delle misure di prevenzione*, Torino 2022.

<sup>8</sup> V. C. cost. 19.6.1956, n. 11: «In proposito la Corte rileva, anzitutto, che nessun dubbio può sussistere sulla portata sensibilmente limitatrice della libertà personale delle norme sull'ammonizione contenute nell'attuale T.U. delle leggi di p.s. *A parte che limitazioni del genere siano connaturate alla funzione di un istituto, quale quello dell'ammonizione, che trae la ragione della sua esistenza dalla necessità di assicurare strumenti adeguati nella prevenzione dei delitti*, non è davvero discutibile che nella sua regolamentazione attuale l'ammonizione si concreti, appunto, nella restrizione di alcuni diritti fondamentali e, primo tra questi, quello di libertà della persona. *Basterà ricordare che l'ammonizione, attraverso le disposizioni che ora la regolano, si risolve in una sorta di degradazione giuridica in cui taluni individui, appartenenti a categorie di persone che la legge presume socialmente pericolose, magari designati come tali dalla pubblica voce, vengono a trovarsi per effetto di una pronuncia della pubblica autorità; che l'ordinanza di ammonizione ha per conseguenza la sottoposizione dell'individuo ad una speciale sorveglianza di polizia; che attraverso questo provvedimento si impone all'ammonito tutta una serie di obblighi, di fare e di non fare, fra cui, quello di non uscire prima e di non rincarare dopo di una certa ora, non è che uno fra gli altri che la speciale commissione prescrive*» (corsivi nostri).

<sup>9</sup> Così recita l'art. 1, d.lgs. 159/2011 indicando le fattispecie di pericolosità: «I provvedimenti previsti al presente

pericolosità sociale della persona attinta – espressamente richiesto per il foglio di via all'art. 2 e per la sorveglianza speciale all'art. 6 d.lgs. 159/2011<sup>10</sup> –. Tuttavia – qui è il punto di partenza delle riflessioni che si intende sollecitare con il presente scritto – la giurisprudenza costituzionale, che pure ha esteso il concetto di restrizione della libertà personale dalle misure coercitive a quelle che incidono sulla libertà morale, quando è

---

capo [l'avviso orale e il foglio di via obbligatorio] si applicano a: a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica». Si tratta delle fattispecie di pericolosità "generica", così definite per ciò che non indicano il riferimento al pericolo di commissione di una specifica ipotesi delittuosa e quindi trovano applicazione a fronte del riscontro di indici di pericolosità riferita a categorie delittuose ampie (come il vivere di proventi illeciti o, prima della censura costituzionale, di traffici delittuosi). Sulle caratteristiche di questo modello, fondato sul riscontro di elementi di fatto e sulla giurisprudenza tassativizzante formatasi su tale disposizione, volendo F.P. Lasalvia, *La prevenzione ragionevole*, cit., 28 ss.

<sup>10</sup> Va evidenziato come le espressioni utilizzate dalla legge, sia quanto al foglio di via sia quanto alla sorveglianza, sono identiche e corrispondono al concetto di "pericolosità per sicurezza pubblica". Sul punto è bene ricordare come la dottrina e la giurisprudenza siano attualmente concordi nel ritenere che con tale espressione non si intenda qualcosa di diverso dalla pericolosità sociale presupposto delle misure di sicurezza, dovendosi intendere con tali espressioni la probabilità, desunta da elementi specifici corrispondenti a fatti, anche se non dotati di rilevanza penale, dai quali è possibile desumere la probabilità che la persona commetta in futuro un reato. In più, anche la giurisprudenza più recente ha precisato, in chiave tassativizzante del giudizio di prevenzione, che diversamente dalla pericolosità sociale delle misure di sicurezza, al quale si attribuisce un attributo di genericità, per il settore delle misure di prevenzione il pericolo sociale è rappresentato dalla probabilità di commissione di delitti della stessa specie di quelli che descrivono la fattispecie o categoria di pericolosità in cui è stato primariamente ricondotta la persona attinta dal provvedimento applicativo della misura. Per un confronto, v. F. Basile, *op. cit.*, 82 ss.; E. Mariani, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamento di interessi*, Milano 2021, 241 ss.; volendo, con rinvio anche alla bibliografia ivi riportata, F.P. Lasalvia, *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Roma 2022, 38 ss. e spec. 131-138. In giurisprudenza, per una sintesi efficace del concetto, TAR Campania Napoli, sez. V, 20.12.2018 (dep. 12.2.2019), n. 775: «il provvedimento in questione [il foglio di via] (...) come da costante giurisprudenza amministrativa (...), costituendo una misura di polizia diretta a prevenire reati e non a reprimerli, presuppone un giudizio di pericolosità per la sicurezza pubblica il quale, pur non richiedendo prove compiute della commissione di reati, deve essere motivato con riferimento a concreti comportamenti attuali dell'interessato, ossia a episodi di vita atti a rivelare in modo oggettivo un'apprezzabile probabilità di condotte penalmente rilevanti (...)»; ancora, invece, nella giurisprudenza di legittimità, quanto alla tassativizzazione del concetto in esame, v. *ex multis*, Cass., 24.3.2015, n. 31209, Scagliarini, in *CEDCass*, m. 264322 (principio consolidato e ribadito anche più recentemente, in Cass., 14.3.2017, n. 54119, Sottile, in *CEDCass*, m. 271543-01): «l'avvenuto inquadramento del proposto in una delle categorie tipiche di pericolosità consente, lì dove tale giudizio sia formulato in termini di attualità all'esito del giudizio di primo grado di applicare la misura di prevenzione personale (...). Affermare la «attualità» della pericolosità sociale di un individuo (in un dato momento storico) è peraltro operazione complessa che nel giudizio di prevenzione non si basa esclusivamente sulla ordinaria «prognosi di probabile e concreta reiterabilità» di qualsivoglia condotta illecita - così come previsto in via generale dall'articolo 203 del codice penale, norma che non distingue la natura della violazione commessa a monte e postula la semplice commissione di un reato - ma implica il precedente inquadramento del soggetto in una delle categorie criminologiche tipizzate dal legislatore, sicché la espressione della prognosi negativa deriva, appunto, dalla constatazione di una specifica inclinazione mostrata dal soggetto (...). Le indicazioni del legislatore sono infatti da ritenersi 'tipizzanti' e determinano la esclusione dal settore in esame di quelle condotte che pur potendo inquadarsi come manifestazione di pericolosità soggettiva risultino estranee al «perimetro descrittivo» di cui agli attuali articoli 1 e 4 del Decreto Legislativo».

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X

stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della competenza del questore all'adozione del foglio di via obbligatorio si è assestata su una posizione più cauta. Si tratterebbe, invero, nella lettura avallata e mai messa in discussione nella giurisprudenza costituzionale meno recente, di una misura limitativa della sola libertà di circolazione con la sola eccezione di quando sia assistita da un ordine di traduzione poiché, implicando il ricorso alla forza pubblica nell'esecuzione, si tradurrebbe in una misura coercitiva, quindi limitativa dell'*habeas corpus* (C. cost. 45/1960)<sup>11</sup>. Tale ipotesi venne, infatti, in una delle primissime decisioni della Corte dichiarata incostituzionale poiché, disposta dall'autorità di pubblica sicurezza, violava evidentemente la riserva di giurisdizione a tutela della libertà personale (C. cost. 2/1956). Al contrario il foglio di via quando non assistito dall'ordine di traduzione consisterebbe in una misura obbligatoria che, in quanto sprovvista di coercizione fisica, dovrebbe essere ricondotta nel novero delle, meno garantite, misure limitative della libertà di movimento. Non sarebbe esatto, quindi, a parere della Corte, assimilare il foglio di via alla vecchia misura della ammonizione – oggi, sorveglianza speciale di pubblica sicurezza – in punto di effetti di degradazione giuridica e morale che il provvedimento produce sulla persona in quanto solo la seconda consiste in una serie di prescrizioni che complessivamente considerate, tra obblighi di fare e di non fare, limitano notevolmente le libertà di azione, mentre il destinatario del foglio di via rimane libero nella quotidianità imponendo la misura solo il divieto di recarsi in un luogo (C. cost. 45/1960<sup>12</sup>).

Alla luce di quanto esposto, ci pare opportuno, quindi, domandarci se le conclusioni sul foglio di via quale misura limitativa della sola libertà di circolazione cui è pervenuta ormai mezzo secolo fa la Corte costituzionale siano ancora attuali alla luce del secondo nucleo di limitazioni alla libertà personale sulle quali la stessa Corte oggi si sofferma

---

<sup>11</sup> Così in parte motiva, aderendo espressamente alla concezione di libertà personale come assenza di coercizione fisica sulla persona: «L'art. 13, nel dichiarare inviolabile la libertà personale, si riferisce alla libertà della persona in senso stretto, come risulta dalle esemplificazioni del secondo comma: detenzione, ispezione, perquisizione. Trattasi, quindi, di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus*. Ecco perché questa Corte nella sentenza n. 2 del 14 giugno 1956 ritenne che le norme relative ai provvedimenti del rimpatrio con foglio di via obbligatorio non contrastassero con l'art. 13, salvo che in due punti: la traduzione del rimpatriando e la possibilità che si potesse provvedere in base a semplice sospetto (...)».

<sup>12</sup> Così, in parte motiva: «Non è esatto affermare che la situazione di chi è obbligato al rimpatrio sia assimilabile a quella di chi era sottoposto all'ammonizione secondo gli allora vigenti artt. 170 e seguenti della legge di pubblica sicurezza. Con la sentenza n. 11 del 19 giugno 1956 la Corte rilevò che l'ammonizione si risolveva in una sorta di degradazione giuridica in cui taluni individui venivano a trovarsi per effetto della sorveglianza di polizia cui erano sottoposti attraverso tutta una serie di obblighi, di fare e di non fare, fra cui quello di non uscire prima e di non ricasare dopo di una certa ora non era che uno fra gli altri che la speciale commissione poteva prescrivere. Ora, come si è detto, l'ordine di rimpatrio non importa alcuna conseguenza di questo genere, perché lascia integra la libertà della persona soggetta all'ordine di rimpatrio, ponendo soltanto limiti alla possibilità di movimento e di soggiorno: limiti sul contenuto dei quali nella presente controversia non è stata sollevata questione».



discorrendo di “degradazione morale e giuridica della persona” conseguente a un “giudizio sulla personalità dell’individuo” e come tale determinante uno stigma morale della persona attinta dal provvedimento. Si tratta di un indirizzo che la Corte valorizza anche nella decisione sopra brevemente ripercorsa e che, invero, aveva elaborato per la prima volta trattando della sorveglianza speciale che tuttavia, come sopra anticipato, condivide con il foglio di via funzione e presupposti applicativi. Il quesito appena posto si fa ancor più pressante e attuale alla luce del rinnovato dibattito odierno sulle misure di prevenzione, dal quale è emersa, sia in ambito accademico<sup>13</sup> sia in ambito giurisprudenziale<sup>14</sup>, una maggiore attenzione alla tematica cui è seguito un

<sup>13</sup> La riflessione scientifica in materia è segnata da due momenti di svolta: il primo coincidente con il Convegno di Alghero del 1974 (Aa.Vv., *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno CNPDS (Alghero, 26-28 aprile 1974)*, Milano 1975), il secondo con il Convegno AIPDP di Milano del 2016 (Aa.Vv., *Delle pene senza delitto. Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto. Atti del Convegno AIPDP (Milano, 18-19 novembre 2016)*, in *RIDPP* 2017, 399-600. In concomitanza con il sopraggiungere di alcuni arresti giurisprudenziali di portata storica (primo tra tutti, Corte EDU, Grande Camera, 23.2.2017, De Tommaso), il rinnovato interesse sul tema si è concretizzato in volumi collettanei e in particolare in lavori monografici. Tra i primi, si segnalano L. Della Ragione, A. Marandola, A. Zampaglione (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, Milano 2022; F. Menditto, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. Aspetti sostanziali e processuali*, Milano 2019; F. Fiorentin (a cura di), *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Torino 2018; F. Basile (con la collaborazione di E. Zuffada), *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino 2021. Tra i secondi, si segnalano i seguenti lavori monografici: A. Manna (con la collaborazione di V. D'Agostino), *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa 2019; N. D'Ascola, *Il mutamento impresso alle misure di prevenzione: dalla prevenzione alla punizione. Ambiguità e aspirazioni punitive di un sistema mantenuto a mezza via*, Pisa 2021; E. Mariani, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra accertamento della pericolosità e bilanciamento di interessi*, Milano 2021; E. Squillaci, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale "reale"*, Napoli 2020; più specificamente incentrati sulla confisca di prevenzione o anche detta *ante delictum* (al netto dei lavori inerenti alla confisca in generale come strumento di contrasto ai patrimoni illeciti dei quali dunque non si fa menzione), S. Finocchiaro, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano 2022; M. Di Lello Finuoli, *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*, Torino 2021.

<sup>14</sup> Il vero punto di svolta nel dibattito giurisprudenziale sulla prevenzione *ante delictum* va fatto risalire alla ormai nota Corte EDU De Tommaso (v. Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, con note a commento di F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina delle misure di prevenzione personali*, in *penalecontemporaneo.it*, 3.3.2017; A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie di pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge"*, ma una rondine non fa primavera, *ivi*, 6.3.2017; F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, *ivi*, 26.4.2017; Id., *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte EDU De Tommaso c. Italia*, in *QG*, 3.3.2017; V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *DPP* 2017, 1039 ss.; G. Fattore, *Così lontani, così vicini. Il diritto penale e le misure di prevenzione. Osservazioni su Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia*, in *DPC* 2017, 4, 83 ss.; nonché, volendo, F.P. Lasalvia, *Il sasso nello stagno: luci "europee" e ombre "nazionali" su una sentenza storica?*, in *AP* 2017, 339 ss.). All'arresto sovranazionale, che tante discussioni interne ha suscitato in dottrina (per una ricostruzione del dibattito giurisprudenziale in ordine all'adeguamento interno alla *De Tommaso*, sia altresì consentito il rinvio a F.P. Lasalvia, *Le misure di prevenzione personali. Il dialogo tra Corti, senza un legislatore*, in *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra corti*, a cura di F. Giunchedi, Pisa 2018, 561 ss.) ha fatto seguito dall'interno un mirabile sforzo giurisprudenziale, ad opera sia della Corte di cassazione sia della Corte costituzionale, verso un graduale avvicinamento della legislazione vigente allo statuto costituzionale e convenzionale che oggi ragionevolmente si ritiene assegnare alle misure di prevenzione personali (sul punto, *ex multis*, F. Basile, *Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde*, in *penalecontemporaneo.it*, 20.7.2018; R. Magi, *Principio di tassatività e misure di*

ammirevole sforzo per superare quei profili della disciplina vigente più anacronistici e lontani da uno statuto ragionevole di garanzie per la prevenzione *ante delictum*. Esso si rafforza, poi, alla luce della disciplina prevista dall'ordinamento per misure dal contenuto limitativo assimilabile e tuttavia sottoposte al controllo giudiziale almeno sotto forma di convalida giurisdizionale del provvedimento amministrativo del questore. Si pensi alle varie forme di daspo sportivo e urbano, consistenti in provvedimenti del questore, dal contenuto limitativo della libertà di movimento e non connotati dal ricorso alla coercizione fisica, basati su presupposti assimilabili a quelli posti a base dell'adozione del foglio di via obbligatorio, e tuttavia sottoposti al controllo del giudice nella fase della convalida<sup>15</sup>.

---

*prevenzione. Un circuito virtuoso tra le corti negli anni 2014-2019*, in *Scritti in onore di Antonio Fiorella*, a cura di M. Catenacci, N. D'Ascola, R. Rampioni, Roma 2021, 1005 ss.). Da un lato, la Corte di cassazione ha ormai consolidato una lettura tassativizzante del giudizio di prevenzione, sia sotto il profilo della interpretazione delle fattispecie di pericolosità generiche, sia sotto il profilo della tassatività del contenuto prescrittivo della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (sulla rilettura delle fattispecie di pericolosità, *ex multis*, Cass., 15.6.2017 (dep. 9.1.2018), n. 349, Bosco, in *CEDCass*, m. 271996; Id., 19.1.2018, n. 11846, Carnovale, *ivi*, m. 272496; sul requisito dell'attualità della pericolosità sociale, su tutte, Cass., Sez. Un., 30.11.2017 (dep. 4.1.2018), n. 111, Gattuso, *ivi*, m. 271511). La Corte costituzionale, invece, dopo decenni dalla precedente pronuncia di incostituzionalità in materia (C. cost., 16.12.1980, n. 177 sull'incostituzionalità della fattispecie sui "proclivi a delinquere"), ha espunto dal sistema sia la fattispecie dei dediti a traffici delittuosi (art. 1 lett. a) cod. ant.; C. cost., 24.1.2019, n. 24) e, seppur indirettamente pronunciandosi sulla norma incriminatrice che ne sanziona l'inosservanza, le prescrizioni dell'*honeste vivere* (artt. 8, co. 3, cod. ant.; C. cost. 24.1.2019, n. 25), così nei limiti di quanto devoluto, concorrendo per quanto possibile allo svecchiamento di una legislazione che, nei fatti, risale in parte al TULPS del 1931 e in parte alla legge fondamentale n. 1423 del 1956.

<sup>15</sup> Si pensi al "daspo sportivo" consistente in un provvedimento del questore con cui si fa divieto di accesso alle manifestazioni sportive e ai siti limitrofi e si può imporre al destinatario di recarsi presso un ufficio di pubblica sicurezza nelle giornate in cui si tengono le manifestazioni sportive (art. 6, L. 13.12.1989, n. 401). Si tratta di una misura che si applica alle persone denunciate per atti di violenza o per determinati reati concernenti la tutela della sicurezza e ordine pubblico, ma anche nei confronti delle persone riconducibili alle categorie di cui all'art. 1 e 4, D.lgs. 159/2011. Il questore, quando il daspo è accompagnato dall'obbligo di presentazione all'ufficio di polizia, trasmette il provvedimento al pubblico ministero in sede il quale, se ritiene sussistano i presupposti di legge, richiede la convalida al giudice nelle quarantotto ore successive (art. 6, co. 2 ss., L. 401/1989). Lo stesso procedimento di convalida è previsto, per effetto di un rinvio normativo, imposto per le misure di prevenzione del daspo urbano, introdotto con la L. 20.2.2017, n. 24. Si prevede, infatti, che nei confronti di coloro che hanno reiteratamente si rendono responsabili di condotte che impediscono l'accesso o la fruizione di infrastrutture urbane, quando da ciò possa derivare un pericolo per la sicurezza pubblica, il questore possa disporre il divieto di accesso alle aree su cui insistono le infrastrutture pubbliche (art. 10, L. 14/2017). Il provvedimento del questore deve essere convalidato secondo la procedura prevista nella normativa sul daspo sportivo. Il daspo urbano si applica anche nel contrasto allo spaccio di stupefacenti all'interno o in prossimità di locali pubblici o aperti al pubblico e di pubblici esercizi: invero si prevede che il questore possa disporre il divieto di accesso a locali specificamente indicati o esercizi commerciali oppure di stazionamento nei pressi di questi nei confronti di persone che abbiano riportato una o più denunce o condanne anche non irrevocabili per delitti connessi alla detenzione e cessione di stupefacenti per fatti commessi all'interno o nelle immediate vicinanze di scuole, plessi scolastici, sedi universitarie o pubblici esercizi e può, in aggiunta, disporre l'obbligo di presentazione bisettimanale presso un ufficio di polizia, di comparire presso il medesimo ufficio nell'orario di entrata e uscita dalle scuole e il divieto di allontanarsi dal comune di residenza (art. 13, L. 14/2017). Anche in tal caso al provvedimento questorile deve seguire la convalida giudiziale nelle forme sopra previste. La stessa misura si applica, poi, anche nei confronti di persone denunciate o condannate per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in esercizi pubblici o in locali di pubblico intrattenimento quando vi sia il pericolo per la sicurezza pubblica e consiste nel divieto di accedere ai già menzionati locali, di stazionamento nelle zone

E invero, come le misure appena menzionate, il foglio di via obbligatorio, sebbene importi una limitazione tutto sommato lieve della libertà di circolazione<sup>16</sup>, trova fondamento ineludibile in un giudizio di pericolosità sociale del prevenuto. In particolare, tenuto conto dei parametri che definiscono il giudizio che presiede all'applicazione di tutte le misure di prevenzione alla luce della giurisprudenza di legittimità ormai consolidata<sup>17</sup>, il destinatario della misura deve essere ricondotto, sulla base di elementi di fatto, in una delle fattispecie di pericolosità soggettiva previste dalla legge<sup>18</sup> e poi essere valutato nella attualità come soggetto pericoloso per la collettività poiché vi sono elementi concreti per ritenere che se non adeguatamente controllato potrà commettere azioni delittuose nel prossimo futuro<sup>19</sup>.

---

limitrofe e nell'obbligo di presentazione presso un ufficio di polizia (art. 14, L. 14/2017). Anche a tale misura applicata dal questore, segue la convalida giudiziale nelle forme sopra descritte. Per una trattazione compiuta delle misure atipiche appena menzionate, che qui sono richiamate soltanto ai fini delle presenti riflessioni, si veda, in particolare F. Menditto, *op. cit.*, 436 ss. e E. Mariani, *op. cit.*, 119-154

<sup>16</sup> In termini, v. C. cost. 21.6.1960, n. 40 (e prima, seppur pronunciandosi sul foglio di via con traduzione, v. C. cost. 14.6.1956, n. 2). Il contenuto della misura, all'evidenza, consiste in una limitazione della libertà di circolazione perché incide sulla libertà del cittadino di permanere e di recarsi in futuro in un determinato luogo; la circostanza che induce a rivedere tal conclusione risiede nel giudizio che presiede alla sua applicazione, non al contenuto in sé della misura.

<sup>17</sup> Il giudizio che presiede all'applicazione di una misura di prevenzione deve essere frazionato in due momenti distinti e autonomi tra loro. Nella prima fase, definita constatativa, devono essere apprezzati comportamenti che il proposto ha tenuto nel passato e che consentono di ricondurlo in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (cfr. art. 1, d.lgs. 159/2011). Nella seconda fase, definita prognostica, deve accertarsi se al momento della decisione il proposto manifesti nell'attualità sintomi di una pericolosità per la sicurezza pubblica (art. 2, 6, d.lgs. 159/2011). Il percorso argomentativo, che si proietta nella redazione della motivazione del provvedimento applicativo della misura, è oggi *ius receptum* e si trova ben esposto per la prima volta in Cass., 24.3.2015, n. 31209, Scagliarini, in *CEDCass*, m. 264322.

<sup>18</sup> Il proposto deve essere ricondotto, sulla base di elementi di fatto e con esclusione di qualsiasi sospetto, in una delle seguenti fattispecie di pericolosità soggettiva: «a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica» (art. 1, d.lgs. 159/2011). Le condotte penalmente rilevanti che consentono di iscrivere il proposto in una delle fattispecie sopra indicate devono avere rilevanza penale e valutate ai fini dell'applicazione della misura di prevenzione devono essere accertate sulla scorta di pronunce adottate in sede penale oppure, in subordine e in alternativa, alla luce del materiale probatorio a disposizione in autonomia, seppur non in termini di incompatibilità con gli esiti di paralleli giudizi penali (*ex multis*, Cass., 15.6.2017 (dep. 9.1.2018), n. 349, Bosco, in *CEDCass*, m. 271996; Id., 19.1.2018, n. 11846, Carnovale, *ivi*, m. 272496).

<sup>19</sup> È noto come in passato si considerava il concetto di "pericolosità per la sicurezza pubblica" (richiesta per applicarsi il foglio di via obbligatorio) come un concetto diverso dalla "pericolosità sociale" di cui al codice penale (e definita come probabilità di commettere nuovi reati) e in particolare si intendeva il primo concetto come indicativo non solo di un pericolo di commissione di fatti delittuosi ma anche come probabilità di commissione di condotte genericamente illecite o finanche meramente devianti o antisociali; in tale senso, tra i tanti, B. Siclari, *Le misure di prevenzione*, Milano 1974, 65-65. Tale posizione è del tutto superata (si rinvia, volendo, per una trattazione più ampia e con vari riferimenti bibliografici al nostro lavoro, *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Roma 2022, 38-46); anche la giurisprudenza si è assestata sulla posizione riportata nel testo che fa coincidere il concetto di pericolosità per la sicurezza pubblica con la

Tali condizioni sono state già ritenute sufficienti dal legislatore quanto all'applicazione della sorveglianza speciale per attribuirne il compito al giudice, ma anche quanto all'applicazione delle varie forme di daspo urbano e sportivo per prevederne la convalida giudiziale. Da tale confronto emerge, altresì, l'irragionevolezza della previsione che invece affida al questore la decisione sull'applicazione del foglio di via, fondata su una valutazione della persona che porta con sé un forte stigma morale e una *deminutio* della dignità sociale del destinatario siccome indiziato di aver commesso gravi delitti in passato e di essere oggi un pericolo per la collettività.

È evidente, sotto altro profilo, la distanza che separa il *genus* delle misure di prevenzione personali dalla quarantena obbligatoria in campo sanitario. Solo quest'ultima, infatti, consiste in una misura applicata a prescindere da un giudizio di disvalore circa le condotte tenute e/o la personalità mostrata dal destinatario; perciò, soltanto questa misura e non quelle di prevenzione sopra menzionate, si presenta come non foriera di alcuno stigma sociale, essendo fondata sulla circostanza ricorrente e ampiamente diffusa, ma soprattutto non rimproverabile all'individuo, di aver contratto accidentalmente una malattia contagiosa.

3. Al netto del profilo di irragionevolezza della disciplina che affida al questore il potere di applicare il foglio di via derivante dal raffronto con le altre misure di prevenzione sottoposte al controllo giudiziale nella fase iniziale o nella fase della convalida del provvedimento amministrativo, è la nozione di libertà personale che ad intermittenza riecheggia nella giurisprudenza costituzionale a fornire supporto alla tesi sostenuta in questo lavoro.

In via preliminare, deve darsi per assodato che la misura di prevenzione personale del foglio di via si applica, infatti, a un individuo che, tenuto conto del suo trascorso criminale, viene considerato nell'attualità come socialmente pericoloso per la collettività poiché, se non adeguatamente controllato, v'è il rischio concreto che commetta reati o meglio, delitti<sup>20</sup>. Si tratta, dunque, di una misura che mira alla

---

probabilità di commissione di fatti delittuosi. In tale senso, in tema di foglio di via obbligatorio, *ex multis*, TAR Campania Napoli, sez. V, 775/2019: «il provvedimento in questione (...), come da costante giurisprudenza in materia (...), costituendo una misura di polizia diretta a prevenire i reati e non a reprimerli, presuppone un giudizio di pericolosità per la sicurezza pubblica il quale, pur non richiedendo prove compiute della commissione di reati, deve essere motivato con riferimento a concreti comportamenti attuali dell'interessato, ossia a episodi di vita atti a rivelare in modo oggettivo un'apprezzabile probabilità di condotte penalmente rilevanti (...) diversamente, si snaturerebbe la stessa essenza delle misure di prevenzione la cui finalità non è quella di emarginare, allontanare o recuperare categorie socialmente indesiderate, ma di prevenire la commissione di reati socialmente pericolosi».

<sup>20</sup> In tale senso, P. Nuvoletto, voce *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 639, sostenendo ammissibile una prevenzione *ante delictum* purché limitata al fine di prevenire la commissione di reati che possano mettere in pericolo le basi della convivenza civile (di qui l'ancoraggio rinvenuto in Costituzione all'art. 2). Per una [La legislazione penale](#)

realizzazione di un fine di prevenzione speciale criminale e produce effetti incapacitanti della persona, tenuto conto sia dell'effetto diretto – la limitazione della libertà di recarsi in un determinato luogo per un tempo determinato – sia di quelli indiretti – le limitazioni di *status* personali, sociali ed economici incidenti sul sottoposto alle misure di prevenzione personali –.Perciò, il potere di prevenzione dovrebbe sempre essere assistito dalla riserva di giurisdizione, tenuto conto tanto del contenuto della misura preventiva (appunto, nei termini che esporremo, limitativo della libertà personale), quanto della natura del giudizio che presiede alla sua applicazione.

In punto di contenuto della misura, ci pare condivisibile la concezione estensiva della libertà personale (in più occasioni avallata dalla giurisprudenza costituzionale), intesa come “assenza di degradazione giuridica e morale” o anche, in altre definizioni, come “libertà da indebite interferenze del potere pubblico sulla sfera delle libertà individuali”, quale risultato dell'imposizione di prescrizioni che determinano direttamente o indirettamente un assoggettamento della persona attinta dal provvedimento all'altrui potere (pubblico)<sup>21</sup>.

A tale proposito se pur sia vero che la “libertà dagli arresti” (*habeas corpus*) è formula che più risponde alla tradizione costituzionale anglosassone (dalla quale tutte le carte costituzionali derivano, compresa quella italiana)<sup>22</sup>, deve osservarsi che la Carta costituzionale propende per una considerazione unitaria del fenomeno persona, prevedendo, in caso di limitazione dei diritti, un identico statuto di garanzie. Si intende evidenziare che la Carta costituzionale delinea uno statuto unitario della libertà personale (come libertà della persona [13 Cost.], libertà della persona nel domicilio [14 Cost.], libertà della persona nelle comunicazioni [15 Cost.]) il quale non ammette che limitazioni comunque *direttamente* rivolte *alla* e fondate *sulla* persona siano qualificate come limitazioni della libertà di circolazione e siano quindi sottoposte a garanzie inferiori. Sarebbe, in effetti, irragionevole che la Costituzione avesse previsto la riserva di giurisdizione per le intercettazioni telefoniche o, con ancor maggiore evidenza, per gli atti di ispezione o di perquisizione personale e poi avesse

---

posizione adesiva, anche al fine di evitare tensioni con il principio di precisione e con quello di proporzionalità, F.P. Lasalvia, *La prevenzione ragionevole*, cit., 131-133.

<sup>21</sup> Nella prospettiva di un concetto esteso di libertà personale, F. Consulich, *Le sanzioni senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *www.discrimen.it*, 1.10.2019, 22; M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle misure di polizia*, in *AP (web)* 2019, 2, 21. Quest'ultimo Autore, in particolare, rileva come la Consulta, in una recente pronuncia sul tema, abbia ancorato tutte le misure di prevenzione personali all'art. 13, co. 2, Cost. (C. cost., 24.1.2019, n. 24).

<sup>22</sup> Cfr. art. 39 della Magna Charta di Giovanni Senzattera (1215); art. 29 della Magna Charta di Enrico III (1225); art. 5 della Petition of Right (1628); art. 8 dello Star Chamber abolition Act (1641); Bill of Rights (1689); poi nella tradizione europea, cfr. art. 7, Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789).

lasciato al solo presidio della riserva di legge, peraltro relativa, provvedimenti che, come quello del foglio di via obbligatorio, comunque limitano le scelte di vita sulla base di valutazioni del modo di essere del destinatario e dalle condotte delittuose da questi tenute in passato e non meramente sulla base di valutazioni relative al luogo dove sarebbe precluso recarsi oppure, come nel caso della quarantena sanitaria, di circostanze accidentali che coinvolgono la persona stessa.

In tale prospettiva si può più agevolmente comprendere il richiamo al concetto estensivo di libertà personale, richiamato dalla Corte costituzionale, seppure senza troppi proclami e con qualche tentennamento, quando fa riferimento alla «mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere [...] quale indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (C. cost. 105/2001), oppure alla «degradazione giuridica dell'individuo nel senso dell'avverarsi di una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da poter essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere in cui si concreta la violazione dell'habeas corpus» (C. cost. 29.5.1995, n. 210) o alla «menomazione della libertà morale, quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere» (C. cost. 30/1962).

Ci pare, in effetti, che la nota comune nelle definizioni ora riportate sia probabilmente rinvenibile nell'adesione alla concezione di restrizione alla libertà personale come "assoggettamento all'altrui potere". Tale situazione, frutto della sottoposizione di un individuo a prescrizioni limitative delle scelte di azione, è l'effetto di un giudizio sulla personalità mostrata e sulle condotte tenute dal destinatario; perciò, trattandosi di un giudizio stigmatizzante, la Costituzione vuole sia affidato a un organo giudiziario, il quale, per architettura costituzionale, è garanzia di indipendenza, terzietà e imparzialità di giudizio.

In tale ottica, la libertà di circolazione o di movimento trova razionale sistemazione al di là dallo statuto relativo alle restrizioni delle libertà personali e per questo motivo è assistita da una garanzia consistente nella sola riserva di legge poiché le misure restrittive della stessa si giustificano in considerazione di una particolare condizione del territorio in sé, mentre non riguardano *direttamente* vicende attinenti alla persona e connesse alle sue scelte di comportamento (p.e. illiceità delle condotte o la pericolosità manifestata dalla persona)<sup>23</sup>.

Il destinatario di questo genere di misure (come la quarantena obbligatoria), in altri termini, subisce una limitazione della propria libertà di circolazione in ragione di una particolare esigenza di sicurezza o di sanità che viene in rilievo osservando un

---

<sup>23</sup> In questo senso, G. Guarino, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano 1969, 98.

determinato territorio oppure riscontrando una condizione individuale e comunque mai come effetto di un giudizio di disvalore morale e sociale sulle sue condotte. Tanto basta per evitare che la limitazione della libertà di circolazione non sia attribuita al potere giurisdizionale, potendo essere disposta dalle pubbliche amministrazioni alle quali la legge attribuisce il governo del territorio. Si pensi, per l'appunto, alle misure legislative adottate per il contrasto alla diffusione della pandemia, le quali hanno comportato la limitazione della libertà di muoversi, talvolta entro certi confini territoriali (le "zone rosse"), talvolta entro le mura domestiche (la "quarantena"), misure evidentemente imposte, non in ragione di una valutazione sul singolo individuo, ma del pericolo incombente su un dato territorio o, al più della persona ma in ragione di circostanze accidentali e non dipendenti dalla sua volontà. Ne deriva che i soggetti sottoposti a questo genere di provvedimenti, a prescindere dal mero contenuto della misura imposta, non possono considerarsi colpiti da alcuno stigma e comunque non possano veder diminuita la propria dignità sociale rispetto alla collettività di cui fanno parte.

Infine, nella prospettiva di una lettura estensiva del concetto di libertà personale si iscrive anche il codice di procedura penale quando, sotto la rubrica «limitazioni della libertà della persona», dispone che «le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo» (art. 272 Cpp)<sup>24</sup>. Titolo che contiene, insieme alle misure custodiali e quindi privative indubbiamente della libertà personale *stricto sensu* intesa (custodia cautelare e arresti domiciliari), anche misure che non incidono sull'*habeas corpus*, come le coercitive non custodiali, fino anche alle misure interdittive, tutte disposte dal «giudice che procede» (art. 279 Cpp) e ciò in virtù, all'evidenza, del fatto che l'applicazione di queste misure implica necessariamente un giudizio di disvalore sulla persona gravemente indiziata per fatti delittuosi. E invero, in ragione di quanto appena esposto, anche la stessa Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'automatica applicazione della misura non privativa della libertà personale del divieto di espatrio (che all'evidenza, imponendo un mero *non fare*, presenta una afflittività minore del foglio di via obbligatorio il quale implica un immediato fare – *ordine di rimpatrio* – cui segue un non fare prolungato nel tempo – *divieto di farvi rientro salvo autorizzazioni*), come conseguenza dell'applicazione del divieto di dimora all'imputato, ha ricondotto la prima sotto l'alveo delle misure restrittive della libertà personale perché fondata sul

---

<sup>24</sup> V. F. Zacchè, *Misure cautelari*, in G. Ubertis (a cura di), *Sistema di procedura penale*, cit., 321; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*<sup>20</sup>, Milano 2019, 437; P.M. Corso, *Le misure cautelari*, in O. Dominioni, P.M. Corso, A. Gaito, G. Spangher, N. Galantini, L. Filippi, G. Garuti, O. Mazza, G. Varraso, D. Vigoni, *Procedura penale*<sup>7</sup>, Torino 2020, 378.

riscontro di gravi indizi di colpevolezza in ordine a un fatto previsto dalla legge come delitto<sup>25</sup>.

Tuttavia, come anticipato in apertura del paragrafo, alla estensione della riserva di giurisdizione per qualsiasi misura di prevenzione personale, pare possibile pervenire anche tramite argomentazioni alternative che, nondimeno, si intrecciano inevitabilmente con la appena esposta concezione estesa di libertà personale.

Orbene, il giudizio di prevenzione si fonda, seppure in una prospettiva *ante delictum* e non *post delictum* e nonostante sia fondato sulla pericolosità sociale e non sulla responsabilità, su di una valutazione che si muove comunque nel campo delle condotte che anticipano o preludono alla commissione di reati, apprezzandosi comportamenti che circondano quelli sicuramente intrisi di disvalore sociale e perciò penalmente rilevanti (tanto da parlarsi, talvolta, di “pericolosità criminale”). In tale senso, affermare che una persona sia pericolosa per la sicurezza pubblica importa una degradazione morale e sociale del destinatario della misura che vale a determinare uno stigma morale confinante, se non coincidente, con quello derivante dal giudizio di responsabilità<sup>26</sup>.

Tale conclusione si va rafforzando ponendo mente altresì ai numerosi effetti amministrativi derivanti dalla applicazione di una misura di prevenzione personale, tutti espressione di un allontanamento del destinatario della misura di prevenzione personale dal consesso sociale, quali gli effetti negativi amministrativi in termini di decadenze, revoche, divieti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni pubbliche, divieto di concessione di finanziamenti e contributi per svolgere attività imprenditoriali e così via (art. 67 d.lgs. 159/2011), nonché quelle che ostano alla assunzione di numerosi incarichi pubblici, tra le quali sono particolarmente evocative dello stigma sociale che circonda il prevenuto quelle che impediscono al prevenuto di intervenire come testimone a un atto del procedimento (art. 120 Cpp), di assumere l'ufficio di interprete (art. 144 Cpp), di perito o di consulente tecnico (artt. 222 e 225 Cpp) o di essere ammesso all'aula di udienza (art. 471 co. 2 Cpp).

---

<sup>25</sup> C. cost., 24.3.1993, n. 109: «il divieto di espatrio, anche in forza del progressivo attestarsi della interpretazione giurisprudenziale verso una linea di tendenza nel senso della giustiziabilità in via ordinaria dei provvedimenti in tema di nulla-osta per il passaporto, viene ricondotto nell'area delle misure in qualche modo incidenti sulla libertà personale (oltre che, ovviamente, sulla libertà di circolazione del cittadino)».

<sup>26</sup> È la nota tesi di A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1971, 121; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, 25; ancora la medesima impostazione viene esposta in Esposito, *Libertà di esercizio del potere spirituale*, in GC 1958, 1172; Pier. Grossi., *Problematica della buona condotta nell'ordinamento italiano*, in AG 1959, 116; ancora ribadita, in uno scritto successivo al lavoro monografico in materia, G. Amato, *Potere di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, in PD 1974, 345; sul giudizio di disvalore oggettivo nelle misure preventive, P. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*<sup>2</sup>, Padova 1982, 18.



Concludendo, il carattere stigmatizzante del giudizio di prevenzione imporrebbe, quindi, tenuto conto della gravità delle conseguenze sociali che comporta (evidenti in termini di emarginazione dalla collettività), che esso sia sempre affidato alla competenza del giudice e non anche alla pubblica amministrazione. Soltanto il primo assicura, nel quadro istituzionale delineato dalla Carta costituzionale, quei prerequisiti di indipendenza, terzietà e imparzialità di azione (che deriva dall'essere disinteressato allo scopo politico e dall'essere soggetto soltanto alla legge) che la seconda, in quanto espressione del potere esecutivo (naturalmente interessato alla realizzazione dello scopo pubblico) non può garantire<sup>27</sup>.

Tale prospettiva, del resto (adducendo così un ulteriore argomento di carattere costituzionalistico), risponde anche a una corretta impostazione della logica della separazione dei poteri, basata sul canone del *check and balance*. Nel contesto istituzionale attuale, infatti, per effetto di un sistema elettorale tendenzialmente maggioritario, il potere esecutivo governa di fatto, non solo la pubblica amministrazione, ma anche il potere legislativo, in via eccezionale, mediante decreti-legge e decreti legislativi, e in via ordinaria, determinando il calendario dei lavori parlamentari tramite la maggioranza assembleare di cui dispone, anche mediante questione di fiducia<sup>28</sup>. In tale prospettiva, la separazione dei poteri si assicura solo attraverso la netta divisione dei compiti tra coloro che formano, direttamente o indirettamente, il dato normativo (quindi interessati alla realizzazione dello scopo di politica criminale cui l'atto è finalizzato) e coloro che sono chiamati a darvi attuazione (interessati solo alla corretta applicazione della legge nel rispetto della cornice costituzionale). Il potere di prevenzione *ante delictum* impone, dunque, che, a tutela dei diritti fondamentali garantiti soltanto dalla divisione dei poteri, esso sia sempre gestito dal potere giudiziario, quale organo deputato al controllo affinché lo scopo pubblico cui la misura è funzionale sia raggiunto nel rispetto dell'osservanza delle garanzie costituzionali e convenzionali.

Ancora nella prospettiva di estendere la riserva di giurisdizione a tutte le misure preventive, un ulteriore argomento proviene indirettamente della tesi, autorevolmente

---

<sup>27</sup> Sulla ratio della riserva di giurisdizione, *ex plurimis*, V. Angiolini, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova 1992, 55 ss.; A. Marletta, *Detenzione "amministrativa dello straniero e riserva di giurisdizione in materia di libertà personale*, in *Criminalia* 2012, 603 ss. per cui il giudice è l'organo che «per posizione ordinamentale, poteri istruttori, competenze tecniche ed habitus mentale appare più idoneo a conoscere il diritto alla libertà personale»; in termini sulla consequenzialità tra degradazione giuridica e riserva di giurisdizione, già G. Amato, *Commento all'art. 13 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *op. cit.*, 7.

<sup>28</sup> Sul punto, di evidente marca costituzionalistica e politologica, per ragioni di economia del presente lavoro, con limitazione del nostro sguardo alle riflessioni svolte da due autorevoli penalisti, M. Gallo, *Governo delle leggi*, Torino 2021, 19-20; A. Manna, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa 2017, 23 ss.

sostenuta e recentemente ripresa<sup>29</sup>, che individua il fondamento costituzionale delle misure di prevenzione personali nella disposizione riservata alle misure di sicurezza.

Il che trova linfa principalmente nella ormai riconosciuta identità di funzione – la prevenzione speciale criminale – e di struttura – il giudizio di pericolosità sociale – che misure di prevenzione e misure di sicurezza sono andate assumendo gradualmente nel corso del tempo: entrambe sono dirette alla realizzazione di una funzione preminente di prevenzione speciale, come neutralizzazione o risocializzazione del destinatario per evitare che questi incorra in nuove occasioni propizie per la commissione di un fatto illecito. In tale ottica non ha alcun fondamento concettuale la differenziazione tra misure di sicurezza, per come disciplinate nel codice penale, e misure di prevenzione *ante delictum*, posto che in funzione della prevenzione speciale, tutte le misure sono logicamente *ante delictum* e tutte trovano fondamento nella pericolosità sociale, intesa come pericolo di un evento temuto. Il presupposto del commesso fatto illecito è per di più, venendo alla prassi applicativa, nelle misure di sicurezza, una mera premessa storica per realizzare esigenze di garanzia e per connotare con maggiore precisione il giudizio di pericolosità sociale, ma anche tale prospettiva non pare estranea alla prassi applicativa delle misure di prevenzione, disposte sovente nei confronti di destinatari che vantano un corposo curriculum criminale<sup>30</sup>. Alla stregua di quanto detto, ammessa la riconduzione delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione al settore della

---

<sup>29</sup> In tale prospettiva, superando una posizione più radicale, sostenuta in lavori precedenti, G. Amato, *op. cit.*, 346, nel senso che «unica e obbligata via d'uscita [è] quella di includere le misure preventive tra le misure di sicurezza (...) «in un sistema in cui connotazione retributiva e fine rieducativo si affiancano nella stessa pena, anche questa risultata orientata alla attenuazione della pericolosità futura, diviene sempre più fragile il confine tracciato nel 1931 tra pene e misure di sicurezza» e «su questa premessa, per misure di sicurezza potrebbero intendersi, in realtà, piuttosto le misure di prevenzione che quelle previste dal Codice del 1931 ed in tale modo risulterebbe ravvisato quel fondamento del potere di prevenzione che non possono dare, in modo persuasivo, né l'art. 13 né l'art. 16» (corsivo nostro); nello stesso senso, A. Barbera, *op. cit.*, 226; A. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, 238 ss. e in particolare 241-242; in tale senso, partendo da una critica a Corte cost. 291 del 2013 – che evidenziava la differenza tra misure di prevenzione e misure di sicurezza, nonostante ne affermasse la comune finalità – D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *RIDPP* 2017, 642: «posto che misure di sicurezza e misure di prevenzione hanno una comune finalità, che cosa giustifica mantenere due categorie distinte per diversità di struttura, campo e modalità di applicazione, livello di garanzie? [...] il riconoscimento costituzionale di misure di sicurezza, accanto alla pena, nella norma dedicata al principio penalistico di legalità, può essere letto come criterio, ad un tempo, di legittimazione e di delimitazione garantista di misure, diverse dalla pena (cioè dalla sanzione per un reato colpevolmente commesso) ma comportanti una degradazione giuridica valutabile come restrizione della libertà personale» (corsivo nostro); di recente, E. Zuffada, *La prevenzione personale ante delictum: alla ricerca di un fondamento costituzionale*, in *Criminalia* 2020, 277 ss.; sia consentito il rinvio anche al nostro lavoro, F.P. Lasalvia, *La prevenzione ragionevole*, cit., 72-82, spec. 79-82. Sull'identità concettuale tra misure di prevenzione e misure di sicurezza, P. Nuvolone, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 633-634; A. Barbera, *op. cit.*, 227; F. Mantovani, *op. cit.*, 903; G. Bettiol, *Aspetti etico politici delle misure di sicurezza*, in *Jus* 1941, 557. Anche da un punto di vista lessicale, (misure di) "prevenzione" e (misure di) "sicurezza" sono termini "apparentati" tra loro nella misura in cui la "prevenzione" serve a garantire "sicurezza". Il primo termine si riferisce allo strumento adoperato, il secondo termine al fine cui quello strumento è preordinato.

<sup>30</sup> Ancora volendo, F.P. Lasalvia, *La prevenzione ragionevole*, cit., 80.

prevenzione *ante delictum* (intesa quale funzione preventiva di un reato, a prescindere dalla condizione di delinquente primario o di recidivo del pericoloso) e ricondotto il settore preventivo sotto la copertura costituzionale riservata originariamente alle sole misure di sicurezza (art. 25 co. 3 Cost.), il potere preventivo *ante delictum* si fa partecipe per ragioni sistematiche delle altre garanzie contenute nel medesimo articolo, prima tra tutte quella del giudice naturale preconstituito per legge (art. 25 co. 1 Cost.), imponendo implicitamente dunque che sia sempre un giudice il titolare del potere preventivo<sup>31</sup>.

4. Come anticipato in premessa, la posizione assunta dalla Corte costituzionale ormai sessanta anni fa partiva da una concezione delle restrizioni alla libertà personale quale coercizione fisica della persona che vi era sottoposta. Si scriveva, infatti, in una delle decisioni più note in materia di foglio di via obbligatorio che *«l'ordine di rimpatrio non consente l'esercizio di alcuna coercizione. Il soggetto, cui l'ordine è stato impartito, non può essere tradotto al luogo del rimpatrio, salvo che a seguito della sentenza di condanna. Sussiste, quindi, una limitazione alla libertà di circolazione e di soggiorno, ma non una restrizione della libertà personale»* (corsivo nostro) (Corte cost. 45/1960).

Tuttavia, discorrendo oggi della legittimità costituzionale del provvedimento amministrativo che impone la quarantena obbligatoria, il giudice costituzionale conclude come tale misure sia da considerarsi una restrizione alla libertà personale poiché *«non vi è in questi casi, e salvo eccezioni, quel sottostante giudizio sulla personalità morale del singolo, e la incidenza sulla pari dignità sociale dello stesso, che reclamano, ove posti a base di una misura restrittiva pur non coercitiva, l'apparato di garanzie predisposto a tutela della libertà personale»* (corsivo nostro) (C. cost. 127/2022, par. 5.1).

Si tratta di un passo della motivazione, a nostro parere, decisivo e che, dunque, merita un ulteriore approfondimento perché in un futuro non lontano possano essere riportati sotto la garanzia della giurisdizione tutte le misure (per esempio, oltre al foglio di via obbligatorio, anche l'espulsione dello straniero quale misura di prevenzione personale ex art. 13 co. 3 lett. d), d.lgs. 25.7.1998 n. 286, quando fondata sui medesimi presupposti stigmatizzanti del destinatario) che, diversamente dalla quarantena obbligatoria (per i motivi esposti nella decisione del giudice costituzionale e che qui si condividono pienamente) si fondano su un giudizio sulla condotta illecita

---

<sup>31</sup> Così, autorevolmente, L. Elia, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in GC 1964, 940. Di recente, partendo dalla posizione qui sostenuta, argomenta nel senso dell'incostituzionalità delle misure questorili e ne auspica un definitivo superamento, E. Zuffada, *La prevenzione personale ante delictum*, cit., 279, riportando altresì le parole di un autorevole Studioso come Giuliano Vassalli, secondo il quale non sarebbe errato ritenere che *«anche l'applicazione delle misure dirette a prevenire la pericolosità sociale sia affidata a organi giudiziari»*, in voce Nullum crimen, nulla poena sine lege, in Dig. Disc. Pen., VIII, Torino 1994, 301.

tenuta e sul modo di essere pericoloso della persona. Atteso, invero, che il giudizio che presiede all'applicazione di tali misure è destinato a produrre, almeno in via potenziale, una separazione ideale del pericoloso dal resto della collettività e quindi – riprendendo la ricorrente espressione della Consulta – una menomazione della sua dignità sociale, al solo giudice dovrebbe riconoscersi il potere di disporle<sup>32</sup>.

Sia, nondimeno, ancora consentita una chiosa finale sulle modalità con cui il giudice comune potrebbe sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Il che è reso certamente peculiare dalla circostanza per cui le norme di cui stiamo sostenendo la incompatibilità costituzionale sono generalmente applicate dall'autorità di pubblica sicurezza cui è attribuito *de iure condito* il potere di disporre la misura di prevenzione in esame. Il giudice, il solo abilitato a proporre questioni alla Corte costituzionale, può dunque applicare le norme di cui stiamo sostenendo l'illegittimità costituzionale solo indirettamente e in particolare nel momento in cui è chiamato a valutare la sussistenza del reato di inosservanza del foglio di via, il cui presupposto è la conformità alla legge del provvedimento amministrativo che ha applicato la misura preventiva e che si ritiene che l'imputato abbia violato (art. 76, co. 3, d.lgs. 159/2011<sup>33</sup>).

Chiaro è che il giudice penale non potrebbe, a ben vedere, disapplicare il provvedimento amministrativo che dispone il foglio di via obbligatorio deducendone la illegittimità costituzionale per così dire “derivata” dalla supposta illegittimità costituzionale della legge (amministrativa) che lo disciplina<sup>34</sup>. Il provvedimento

---

<sup>32</sup> Una questione all'apparenza simile è *sub iudice* alla Corte costituzionale. Si tratta della disciplina che affida all'autorità amministrativa il potere di applicare l'avviso orale con imposizione di divieti di possedere strumenti di comunicazione (art. 3, d.lgs. 159/2011). Il giudice rimettente, quindi, censura la violazione della riserva di giurisdizione partendo dalla qualificazione della misura menzionata come limitazione della libertà di corrispondenza e di comunicazione. La questione è portata avanti al giudice costituzionale valorizzando dunque un argomento suggerito dalla peculiarità della misura censurata; eppure la medesima censura, la inosservanza della riserva di giurisdizione, sarebbe, per quanto riportato in questo lavoro, estendibile all'evidenza a tutte le misure che, come anche l'avviso orale, nelle ipotesi in cui importa una limitazione di un diritto fondamentale come quello alle comunicazioni interpersonali, si fondano su una valutazione delle condotte e del modo di essere della persona, specie se con riferimento a comportamenti gravitanti l'orbita del diritto penale. La questione è stata sollevata dalla Corte di cassazione con riferimento all'art. 3, d.lgs. 159/2011 per contrasto con gli artt. 3, 15, 21, 117 Cost, in relazione agli artt. 8, 10 CEDU (v. Cass., ord. 25.10.2021, n. 46076, in *CEDCass* (non mass.), con nota di E. Zuffada, *I divieti connessi alla misura questoriale dell'avviso orale al vaglio della Corte costituzionale: verso una nuova censura del sistema penale ante delictum?*, in *www.sistemapenale.it*, 3.2.2022), nonché di R. Polidori, *Il sistema delle misure di prevenzione nuovamente al vaglio della corte costituzionale*, in *DPP* 2022, 1214 ss.

<sup>33</sup> Cfr. art. 76 co. 3 d.lgs. 159/2011: «Il contravventore alle disposizioni di cui all'articolo 2 [il foglio di via obbligatorio] è punito con l'arresto da uno a sei mesi. Nella sentenza di condanna viene disposto che, scontata la pena, il contravventore sia tradotto al luogo di rimpatrio.».

<sup>34</sup> È quanto erroneamente, a parere di chi scrive, sostenuto dal Giudice di Pace di Frosinone il quale, chiamato a pronunciarsi su un ricorso avverso un provvedimento amministrativo che irrogava sanzioni pecuniarie in un caso di trasgressione all'obbligo di permanenza domiciliare, aveva disapplicato il provvedimento amministrativo sanzionatorio in quanto a suo dire affetto da una invalidità derivata conseguente alla invalidità del DPCM e a monte dell'atto legislativo che attribuiva a tale fonte di diritto amministrativo il potere di limitare le libertà individuali. Il Giudice di pace partiva dalla premessa, oggi nel merito sconfessata dalla Corte costituzionale nella

sarebbe invero legittimo poiché applicato in conformità alla legge che al momento in cui viene applicata attribuisce la competenza al questore (art. 2, d.lgs. 159/2011). Il giudice, dunque, non potendo avvalersi del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo, valevole solo quando il provvedimento sia contrario alla legge ordinaria (art. 5 LAC<sup>35</sup>), dovrebbe rilevare il dubbio di costituzionalità della legge che attribuisce il potere di disporre la misura all'amministrazione e che rende in via derivata il provvedimento "incostituzionale".

---

decisione che abbiamo esposto in premessa, che la quarantena limitasse la libertà personale e perciò dovesse essere disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria. Per una panoramica sul tema, in particolare sorto nel periodo dell'emergenza pandemica, v. M. Calamo Specchi, A. Lucarelli, F. Salomone, *Sistema normativo delle fonti nel governo giuridico della pandemia. Illegittimità diffuse e strumenti di tutela*, in *Rivista AIC* 2021, 1, 401 ss.

<sup>35</sup> Cfr. art. 5 L. 20.3.1865, n. 2248, all. E (LAC): «In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi». Il giudice ordinario è tenuto alla verifica della legalità formale e sostanziale del provvedimento amministrativo e se illegittimo dovrà ritenerlo *tamquam non esset*. Tale ipotesi ricorre il provvedimento risulti affetto da vizi che ne determinano l'annullabilità (ex art. 21-*octies*, l. 7.8.1990, n. 241): incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere), nonché da cause di nullità dell'atto (art. 21-*septies*, l. 241/1990: carenza di potere, mancanza di elementi essenziali, violazione del giudicato). In particolare, in relazione al reato di inosservanza del foglio di via obbligatorio, la giurisprudenza penale pare confermare tale ampiezza del sindacato sulla legittimità in senso ampio del provvedimento che applica tale misura dovendo tenere conto di tutte le cause di invalidità dell'atto amministrativo (cause di nullità e di annullabilità), fermo restando l'insindacabilità del merito amministrativo: per esempio si ammette che il giudice penale possa disapplicare il provvedimento applicativo del foglio di via quando esso sia motivato con riguardo al profilo della pericolosità sociale soltanto sulla base di illazioni, congetture o meri sospetti o sull'astratta probabilità della commissione dei delitti, poiché l'ordine deve essere fondato su indizi da cui desumere che il soggetto destinatario rientri in una delle categorie di pericolosità soggettiva previste dalla legge (ex *multis*, Cass., 27.7.2018, n. 54155, in *CEDCass*, m. 274649; Id., 21.11.2019 (dep. 27.2.2020), n. 7894, *ivi*, m. 278077; Id., 7.10.2014, n. 41738, *ivi*, m. 260515: «In tema di reato di violazione del foglio di via obbligatorio, è legittima da parte del giudice penale la disapplicazione del provvedimento amministrativo motivato soltanto sulla base dell'esercizio della prostituzione da parte dell'imputato, e della astratta probabilità della commissione dei delitti di atti osceni e di atti sessuali in danno di minorenni, poiché l'ordine, alla cui violazione consegue l'illecito penale, deve essere fondato su indizi - e non su illazioni, congetture o meri sospetti - da cui desumere che il soggetto destinatario rientri in una delle categorie previste dall'art. 1 della legge n. 1423 del 1956»). Il sindacato del giudice penale con il conseguente (e doveroso) esercizio del potere di disapplicazione in caso di illegittimità del provvedimento è ammesso, per esempio, anche quando manchi una delle due prescrizioni di fare rientro nel luogo di residenza e di non ritornare nel Comune oggetto dell'ordine di allontanamento per la legittima emissione del foglio di via obbligatorio imposte dalla legge per difetto di un elemento essenziale dell'atto richiesto dalla legge (Cass. n. 7894/2020: «In tema di misure di prevenzione, le prescrizioni di fare rientro nel luogo di residenza e di non ritornare nel Comune oggetto dell'ordine di allontanamento costituiscono condizioni necessarie ed inscindibili per la legittima emissione del foglio di via obbligatorio; ne consegue che la mancanza di una delle due imposizioni, determinando l'illegittimità dell'atto amministrativo, sindacabile dal giudice penale, fa venir meno il presupposto logico e giuridico della fattispecie legale tipica del reato di cui all'art. 76, comma 3, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto immune da vizi la sentenza che aveva escluso la sussistenza del reato in relazione a foglio di via obbligatorio emesso nei confronti di un soggetto senza fissa dimora contenente il solo ordine di allontanamento»). Il tema della legittimità del provvedimento amministrativo, quale presupposto della fattispecie penalmente rilevante, è stato approfondito tradizionalmente in commento all'art. 650 Cp in materia di inosservanza dei "provvedimenti legalmente dati" dall'autorità amministrativa (successivamente a partire da questi primi studi, il tema ha avuto sviluppi in materia di reati edilizi e ambientali); per un commento, si veda, Fr. Mazzacava, *Inosservanza dei provvedimenti dell'autorità e rifiuto di generalità*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (a cura di), *Diritto penale*, III, Milano 2022, 7591 ss.; nonché F. Basile, sub *Art. 650 Cp*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*<sup>5</sup>, IV, Milano 2021, 1 ss.; A. Rossi, sub *art. 650 Cp*, in A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino 2018, 2911.

La legislazione penale

ISSN: 2421-552X

Sarebbe, invero, prospettiva evidentemente errata quella in base alla quale il giudice penale potesse fare a meno della proposizione della questione di legittimità costituzionale, deducendo direttamente l'incostituzionalità della legge e quindi in via derivata del provvedimento emesso in virtù di quella<sup>36</sup>. Un tale *modus procedendi* non convince poiché aderendo a tale impostazione si finirebbe per introdurre surrettiziamente, e in aperta eccezione alla scelta di fondo del sistema, un potere di sindacato diffuso del giudice penale sulla costituzionalità della legge che la Carta costituzionale vuole sia affidato al (solo) giudice costituzionale e si attribuirebbe la facoltà al giudice comune, sulla scorta di personali e non validate valutazioni, di disapplicare una legge perfettamente valida e che fintanto che ciò non sia smentito dal giudice costituzionale deve presumersi costituzionalmente legittima.

Dunque, nel caso in questione, il giudice comune deve sollevare questione sulla legittimità della disposizione di legge che attribuisce la competenza amministrativa a disporre la misura, cioè l'art. 2, D.lgs. 159/2011 e non già dell'art. 76, co. 3, che invece prevede la contravvenzione dell'inosservanza del foglio di via disposto dal questore. In tale senso, seppure in tempi non recenti, si era espressa la Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una legge che attribuiva il potere all'amministrazione di limitare l'esercizio di un culto acattolico. L'imputato aveva violato il provvedimento adottato in conformità alla legge allora vigente e quindi si era quindi reso responsabile della contravvenzione di inosservanza dei provvedimenti legalmente dati dall'autorità (art. 650 Cp). Il giudice comune aveva, su invito della difesa, sollevato una questione di legittimità costituzionale, non della norma penale incriminatrice, bensì della legge amministrativa in forza della quale era stato adottato il provvedimento autoritativo nei confronti dell'imputato. Il giudice costituzionale, in risposta all'eccezione di inammissibilità della questione avanzata dall'Avvocatura dello Stato, aveva confermato la validità dell'impostazione assunta dal giudice comune, il quale aveva esattamente indicato la norma censurata in quella amministrativa in quanto interferente con l'oggetto dell'imputazione penale: e invero «ciò importa che non è l'art. 650 Cod. pen. a entrare in discussione, bensì la norma di legge cui fa capo il provvedimento trasgredito, e alla quale si deve necessariamente risalire» ché altrimenti, peraltro, si giungerebbe alla paradossale conclusione che «mentre da un lato all'autorità di polizia sarebbe possibile elevare la contravvenzione prevista dall'art. 650 per trasgressione a un ordine fondato appunto su quelle norme, sarebbe dall'altro inibito, a chi abbia interesse a sostenere la illegittimità dell'ordine, di denunciare il contrasto fra le norme da cui si vuole che esso tragga fondamento e quelle della Costituzione» (C. cost., 18.11.1958, n. 59).

---

<sup>36</sup> In questo senso, autorevolmente, A. Pagliaro, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, in *IP* 1977, 395; nonché M. Petrone, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano 1980, 135.

La questione sarebbe, infine, almeno su un piano astratto, intuitivamente rilevante poiché l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della legge che attribuisce il potere di disporre il foglio di via all'autorità di pubblica sicurezza renderebbe il provvedimento illegittimo e quindi *ab origine* privo di efficacia. Il giudice sarebbe tenuto, dunque, previa disapplicazione del provvedimento-presupposto del reato, a pronunciare sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto contestato (*sub specie* del presupposto del fatto).

ILP