

**Conferenza 11-12 maggio 2012**  
**General Theory of Preventive Detention**  
**Renzo Orlandi**

1) *Premessa.*

Il convegno internazionale sulla *Preventive Detention* è un'occasione preziosa per confrontarsi su un tema delicatissimo e attualissimo dell'odierna politica criminale. Sicurezza e libertà sono qui in diretta competizione.

Nell'ultimo decennio, la società occidentale ha avvertito in maniera particolarmente acuta il problema della sicurezza (terrorismo, immigrazione, criminalità organizzata). Pressoché tutti gli ordinamenti hanno rinnovato e adattato alle contingenze presenti gli apparati normativi, polizieschi, giudiziari. Il tutto con la celerità delle cose urgenti e sotto il segno di un'emergenza tutt'altro che effimera, caratterizzata da una serpeggiante paura che convoglia l'angoscia sociale verso la domanda di sicurezza. Una ghiotta occasione per la politica di ogni colore e tendenza, pronta a rispondere per consolidarsi sul piano del consenso. La lotta al crimine è argomento di confronto ormai tradizionale nelle campagne elettorali. Ma, più che la repressione, è la prevenzione del delitto a occupare il centro del discorso. Soprattutto quando la criminalità da contrastare si presenta nelle forme temibili delle organizzazioni mafiose o terroristiche, sorta di versione contemporanea dei *delicta atrocissima* noti alle pratiche criminali fra XVI e XVIII secolo. *In delictis atrocissimis potest iudex jura transgredi*, recitava il brocardo che, a ben vedere, non è mai tramontato. Ogni epoca produce i propri paurosi fantasmi, le proprie fobie. Ogni epoca ha bisogno della sua *Cautio criminalis*, di un Friedrich von Spee capace di denunciare gli eccessi autoritari e liberticidi imposti in nome di valori superindividuali, quali la sicurezza e l'ordine pubblico.

E' dunque utile una riflessione sulla legittimità od opportunità di numerosi istituti presenti in ordinamenti sia di *civil* sia di *common law*, tutti fondati sul sospetto di pericolosità e caratterizzati dalla finalità di prevenire la

commissione di reati o di situazioni di disordine sociale. Istituti diversi – come si dirà – suscumbibili sotto il concetto di *Preventive Detention*.

L'espressione richiama alla memoria locuzioni simili nel lessico di alcuni ordinamenti di *civil law*. Ad esempio, la *détention préventive* negli ordinamenti di lingua francese. La *prisión (o detención) preventiva* in quelli di lingua spagnola. La *carcerazione preventiva* nel codice di procedura penale italiano previgente all'attuale. Ci si riferisce qui a istituti processuali e, precisamente, a misure cautelari limitative della libertà personale. La qualifica di *preventivo* è stata talora abbandonata: ad esempio, in Francia, dal 1970, si parla di *détention provisoire*; in Italia, dopo la riforma processuale del 1988, di *custodia cautelare in carcere*. Correzioni lessicali opportune, intese a evitare che quella qualifica evocasse l'idea di una misura cautelare come anticipo di pena, in aperto contrasto con la presunzione d'innocenza. In queste realtà, "preventivo" ha il significato di "provvisorio".

Diverso e assai più ampio è tuttavia il significato che i giuristi anglo-americani vi assegnano. Per essi la *Preventive detention* giustifica la carcerazione dell'imputato che, in ragione della sua particolare pericolosità, non merita di essere ammesso al *bail*<sup>1</sup>. La finalità preventiva ha qui la stessa ragion d'essere delle misure di sicurezza personali, volte essenzialmente a impedire la recidiva. Nel vocabolario anglo-americano, "preventivo" ha un significato assai più più preciso: allude all'esigenza di neutralizzare la pericolosità di un soggetto.

Questo è il senso che io intendo qui attribuire al termine.

A ben vedere, la finalità preventiva (nel senso appena precisato) caratterizza non solo le misure cautelari personali, ma anche altri istituti, presenti in molti dei sistemi penali di *civil* e di *common law*.

Penso a talune misure di prevenzione personale *ante delictum*; penso ancora all'esecuzione della pena con modalità spiccatamente preventive; penso,

---

<sup>1</sup> *Pretrial custody of a defendant for the purpose of protecting some other person or the community at large*: così W. R. LA FAVE, J.H. ISRAEL, N.J. KING, *Criminal Procedure*, 3th Edition, 2000, p. 647. Per gli USA, fonte normativa federale è il Bail Reform Act of 1984, 18 U.S.C. §§ 3141-3150, 3156.

infine, alle misure di sicurezza detentive, applicabili dopo l'esecuzione della pena a soggetti reputati particolarmente pericolosi o ai non imputabili considerati tali per aver commesso gravi delitti. In considerazione di ciò, la nozione di *Preventive Detention* può essere intesa in senso amplissimo, a significare tutti quei provvedimenti limitativi della libertà personale che mirano a neutralizzare la pericolosità di chi li subisce. Del resto, l'idea non è nuova. Già P. Nuvolone, in un saggio degli anni '70 che merita di essere riletto<sup>2</sup>, includeva fra le misure di prevenzione sia le misure di sicurezza e sia la pena (secondo la ridefinizione imposta dall'art. 27 comma 3 cost.).

L'utilità di questo ampliamento concettuale si apprezza, se si pensa che tutte queste misure preventive hanno in comune una caratteristica – l'essere protese a impedire eventi futuri – che pone problemi simili per la loro regolamentazione giuridica. La diversità delle situazioni procedurali impone comprensibilmente regole distinte, secondo che la misura sia adottata *ante delictum*, durante il procedimento penale, nel corso di esecuzione della pena o *post poenam*. Tuttavia, i significativi tratti comuni caratterizzanti le diverse situazioni, la circostanza che, comunque sia, è in gioco una limitazione di libertà personale, impegna il giurista a studiare la possibilità di uno *standard* minimo di garanzie da assicurare in ogni caso.

## 2) Tipologia della Preventive detention.

Cinque specie di *Preventive detention* sono riscontrabili nelle esperienze degli ordinamenti moderni. E' utile una breve elencazione esemplificativa.

La prima (detenzione *ante delictum*) ha il suo esempio più noto nelle iniziative di contrasto al terrorismo islamico, sfociate nell'approvazione del *Military Commission Act* (2006) dove l'*enemy combatant* prende il posto dell'imputato. La privazione di libertà non avviene sul presupposto di un'accusa, ma in ragione di uno *status* personale, acquisito per effetto di una

---

<sup>2</sup> Misure di prevenzione e misure di sicurezza, voce in *Enc. Dir.*, Milano 1976, vol. XXVI, p. 632 ss.

decisione politica, atta a marchiare gli individui, fornendo “patenti” di pericolosità sociale. Rientrano in questa stessa tipologia le *Detentions of dangerous aliens* prescritte dal *Community Protection Act* (2006) per il controllo dell’immigrazione negli USA. E lo stesso vale per molte delle normative europee (inclusa quella italiana) che, per contrastare il fenomeno dell’immigrazione clandestina, prevedono la raccolta degli stranieri privi di permesso di soggiorno in centri recintati e sorvegliati. Formalmente, si parla di trattenimento (art. 14 d. lgs. 1998/286). Tuttavia, quale che sia il nome, ciò che conta è la cosa, la sostanza, vale a dire la condizione reale degli stranieri trattenuti: nessuno dubita che le persone concentrate nei centri di raccolta subiscano una limitazione di libertà, senza essere accusati di reati. Basti pensare alla dura esperienza italiana dei centri di identificazione ed espulsione (CIE). Il giurista non può qui cavarsela giocando con le parole. Altri esempi di detenzione *ante delictum* sono rintracciabili negli ordinamenti che ammettono il fermo di polizia suscettibile di protrarsi per più giorni (ad esempio, gli artt. 17-20 del *Polizeiaufgabengesetz* del Land Bayern prevedono una durata di due settimane).

Il secondo tipo di *Preventive detention* è rappresentato dalle misure di custodia cautelare volte ad impedire la futura commissione di reati. Pressoché tutti gli ordinamenti processuali ammettono ora questa finalità come legittima esigenza cautelare. Esplicite previsioni al riguardo sono contenute, ad esempio, nel § 112a della *Strafprozessordnung* tedesca, nell’art. 503 della *Ley de enjuiciamiento criminal* spagnola, nell’art. 144 nr. 6 del c.p.p. francese e nell’art. 274 comma 1 lett. c c.p.p. italiano. Per gli USA, provvede, a livello federale, una sezione del già citato *Federal Bail Reform Act of 1984* (18 U.S.C.A. §§ 3141 ss.), dopo l’esperienza pionieristica del *District of Columbia* all’inizio degli anni ’70<sup>3</sup>. Benché l’uso della custodia cautelare in funzione preventiva punti a realizzare le stesse finalità (specialpreventive) di pene e misure di sicurezza, in nessun ordinamento s’è posto un problema di incompatibilità con la presunzione

---

<sup>3</sup> W. R. LA FAVE, J.H. ISRAEL, N.J. KING, cit. p. 647.

d'innocenza. Si ritiene che l'imputato possa esser considerato socialmente pericoloso e, in quanto tale, da neutralizzare, anche indipendentemente dall'accertamento della sua colpevolezza.

Appartengono al terzo tipo, le misure di sicurezza nei confronti dei non imputabili, la cui pericolosità è desunta dalla circostanza di aver già commesso taluni delitti o di essere fortemente sospettati di averli commessi. Qui, la differenza è fra ordinamenti (come Italia, Germania, Austria, Paesi Bassi, Polonia, Ungheria<sup>4</sup>) che, grazie alla teorica del "doppio binario", fanno salvo il carattere retributivo della pena assegnando alle misure di sicurezza il fine di prevenire la pericolosità sociale, e ordinamenti (come USA, Regno Unito, Svezia<sup>5</sup>) nei quali quella distinzione è ignota, sicché la prevenzione di pericolosità tende ad essere soddisfatta applicando la sanzione penale anche al non imputabile<sup>6</sup>.

Il quarto tipo di *Preventive detention* – affine al precedente – è quello consistente nell'eseguire la pena con modalità particolari, giustificate dall'esigenza di prevenire la commissione di certi delitti. Tali sono, ad esempio, l'applicazione del "carcere duro" ex art. 41bis dell'ord. penitenziario italiano e il carcere ad alta sicurezza previsto in Norvegia dall'*Execution sentences act* in vigore dal marzo 2002.

Infine, il quinto tipo è rappresentato dalle misure di sicurezza applicate dopo la pena detentiva: ad es., la presa in custodia per motivi di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*) specialmente nella versione prevista dal § 66a StGB tedesco, secondo il quale il giudice può prolungare lo stato di detenzione nei confronti del condannato reputato pericoloso che ha già finito di scontare la pena.

---

<sup>4</sup> Cfr. H.H. JESCHECK-TH. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5° ed., Berlin, 1996, p. 806.

<sup>5</sup> H.H. JESCHECK-TH. WEIGEND, *loc. cit.*, p. 806.

<sup>6</sup> Per un 'interessante contributo che mette a confronto l'esperienza tedesca del "doppio binario" con quella statunitense del "binario unico" si veda A. A. HAMMEL, *Preventive Detention in Comparative Perspective, Annual of German & European Law Volume II & III*. Ed. Russell Miller & Peer Zumbansen. Berghahn Books, 2006, p. 89-115

### 3. Standards minimi di garanzia.

In tema di *Preventive detention*, la mappa delle garanzie va adeguata a un accertamento di fatti non ancora accaduti. Accertamento difficile e rischioso, ma non per questo impossibile o illegittimo. Tutte le costituzioni moderne ammettono limitazioni di libertà individuali per motivi di sicurezza o incolumità pubblica, vale a dire su base prognostica: si vedano, ad es., gli artt. 13 comma 2, 14 comma 3, 16 comma 1, 17 comma 3 e 41 comma 2 della costituzione italiana.

Le costituzioni dell'Europa continentale, nate per reazione dalle esperienze totalitarie della prima metà del XX secolo, pongono peraltro condizioni formali per la legittimità dei provvedimenti limitativi di libertà personale. Casi e modi della limitazione vanno stabiliti dalla legge dello Stato. I relativi provvedimenti spettano ai magistrati, che debbono motivare l'uso del potere loro attribuito. In ogni caso, nell'eseguire il provvedimento coercitivo, va rispettata la dignità della persona.

Da queste premesse, una serie di deduzioni, pertinenti al nostro tema, riguardanti i principi fondamentali da rispettare nella previsione e disciplina delle diverse specie di *Preventive detention*. Precisamente il principio di legalità, il principio di proporzionalità e la garanzia giurisdizionale. Si tratta di capisaldi comuni alla cultura giuridica di *civil law*, che tuttavia (con la sola eccezione del principio di legalità) trovano riscontro anche nel pensiero dei giuristi di *common law*.

#### a) Principio di legalità.

Orientate a impedire eventi temuti, le diverse modalità di *Preventive detention* pongono al legislatore una sfida singolare: quella di divinare il futuro. Si tratta di elaborare indici di pericolosità, traendoli da fatti e comportamenti passati gravidi di informazioni prognostiche. Si fa leva, a tal fine, su dati di

comune esperienza, convalidati dalla riflessione e dalla ricerca sociologica, psicologica, criminologica. La nozione di pericolosità non dev'essere necessariamente collegata al timore di accadimenti criminosi: le costituzioni moderne legittimano provvedimenti limitativi di libertà per ragioni di sicurezza o sanità pubblica, anche nei confronti di persone non condannate né imputate di qualche reato (ad es., art. 11 *Grundgesetz* o art. 16 cost. italiana). Importante è che la sicurezza da tutelare (nelle diverse declinazioni di convivenza sociale, sicurezza ambientale, democratica etc.) appaia davvero in pericolo, sì da giustificare il sacrificio del bene individuale.

Il compito del legislatore si presenta particolarmente arduo e suscettibile di derive discriminatorie, quando gli indici di pericolosità rilevanti per applicare le misure preventive sono ricavati da situazioni personali (lo *status* di immigrato clandestino, la contiguità con ambienti criminosi, la parentela, amicizia, frequentazione con persone sospette di appartenere ad associazioni mafiose o terroristiche). Andrebbe altresì evitato l'uso di clausole generali quali "il fine di assicurare l'ordine pubblico o la sicurezza", che assegnano all'interprete uno spazio eccessivamente ampio ed esposto all'arbitrio.

Meno problematico e tuttavia impegnativo, tale compito, quando la misura mira a prevenire reati determinati e la pericolosità è desunta dall'esistenza, in capo all'imputato, di seri indizi di condotte criminose notoriamente affini o congruenti con il reato da prevenire. Per gravi che siano, gli indizi non giustificano, ovviamente, una limitazione di libertà a titolo di pena: lo impedisce la presunzione d'innocenza, principio-cardine di tutti gli ordinamenti demo-costituzionali. L'esperienza italiana dimostra che la legge non può, in linea generale, presumere uno stato di pericolosità da fronteggiare con la detenzione, sul solo presupposto della gravità dell'addebito mosso all'imputato<sup>7</sup>. A giustificare il provvedimento coercitivo nei confronti

---

<sup>7</sup> Ci si riferisce alle sent. 268 del 2010, 164, 231 e 331 del 2011, che reputano ragionevole simile presunzione soltanto nei confronti di persone accusate di appartenere ad associazioni mafiose.

dell'imputato contribuisce il timore che egli, lasciato libero, si renda responsabile di condotte offensive di beni primari (la vita, la salute, l'incolumità fisica). Il timore deve fondarsi su elementi ulteriori (principalmente personologici) rispetto agli indizi di colpevolezza. Altrimenti si cadrebbe in una sorta di presunzione di colpevolezza.

Per gli ordinamenti (come quello italiano e tedesco) fedeli al sistema del doppio binario, la pericolosità del non imputabile è ricavata dall'accertamento (anche non definitivo) di condotte illecite e dagli esiti delle perizie psichiatriche. Affiora qui il serio e annoso problema del trattamento più opportuno da riservare ai non imputabili destinati a quella forma di ruvida *Preventive detention* rappresentata dal ricovero in apposite case di cura. L'esperienza italiana, al riguardo, è stata negativa al punto da consigliare il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari, sostituiti – a partire dal febbraio del 2013 – da strutture terapeutiche, prive di tratti “carcerari” o inutilmente afflittivi.

Per i destinati al carcere di sicurezza, vale a dire a forme di esecuzione della pena più rigorose di quella ordinaria, l'indice di pericolosità è derivato dal tipo di reato ritenuto nella condanna ormai divenuta definitiva. L'esperienza e l'osservazione criminologica insegnano che gli autori di taluni reati (principalmente quelli legati a mafia e terrorismo) mantengono una capacità delinquenziale anche in cattività. L'esecuzione della pena con le modalità proprie alla cultura della risocializzazione, concede spazi di libertà interna al carcere e di comunicazione con l'esterno che codesti detenuti potrebbero sfruttare per fini criminali. Di qui l'esigenza di una sorveglianza particolare, che necessariamente comporta, di fatto, una riduzione ulteriore del grado di libertà, risolvendosi così in un'accentuazione del carattere afflittivo della pena per ragioni preventive<sup>8</sup>. Se – stando alle costituzioni moderne – le limitazioni di

---

<sup>8</sup> Per verità la Corte cost. italiana nega che il “carcere duro” incida sulla qualità della pena o sul grado di libertà personale del detenuto (sent. 349/1993 e 376/1997). Si tratterebbe, piuttosto, di una esecuzione della pena ordinaria, le cui modalità sono demandate



libertà vanno disposte nei casi e modi previsti dalla legge, lo stesso deve valere per le speciali limitazioni di libertà che aggiungono alla pena ordinaria un *surplus* di sofferenza. E' dunque importante che la legge preveda con precisione gli indici di pericolosità, alla stregua dei quali applicare la reclusione di sicurezza.

E lo stesso vale per le misure di sicurezza detentive successive all'esecuzione della pena (come, ad es., la già citata *Sicherungsverwahrung* dell'ordinamento tedesco).

b) *Principio di proporzionalità.*

L'osservanza del principio di legalità non basta. Per essere legittime, alla luce dei criteri di razionalità pratica su cui vanno sempre fondate le scelte legislative che comprimono diritti individuali, le ipotesi di *Preventive detention* debbono altresì orientarsi al principio di proporzionalità, inteso nelle sue tre componenti di *idoneità*, *proporzione in senso stretto* e *adeguatezza*. Debbono, perciò, essere idonee a prevenire il pericolo temuto, onde evitare usi pretestuosi o devianti della misura. Vanno inoltre adottate al solo fine di prevenire pericoli di notevole gravità (alla vita, alla salute), non per impedire la commissione di qualsivoglia reato, né per vaghe e indefinite ragioni di controllo sociale condensate nelle calusole generali della sicurezza o dell'ordine pubblico. Debbono, infine, infliggere il minor sacrificio possibile alla libertà personale: giusto quello necessario e adeguato allo scopo preso di mira. In particolare, per

---

all'amministrazione carceraria. Tutti i detenuti vi sono esposti in ragione della loro potenziale pericolosità. In particolare, vi sono sottoposti quelli implicati in fatti di mafia, sospetti di coltivare ancora legami con l'organizzazione di appartenenza. In forza di questo argomento giuridico (non del tutto convincente) la pratica del "carcere duro", in quanto tale, non è censurabile dal punto di vista costituzionale, giacché l'ulteriore limitazione di libertà determinato da esigenze preventive è già potenzialmente contenuta nella pena irrogata dal giudice.

Diversa l'opinione del Tribunale federale di Los Angeles che, con una decisione datata 11 settembre 2007, ha negato l'extradizione dagli USA di un condannato per mafia (Rosario Gambino), proprio per evitare la sua sottoposizione a quella pena atipica rappresentata dal "carcere duro": al riguardo e con rilievi decisamente critici sull'art. 41*bis* ord. pen., si veda M. PAVARINI, *Il "carcere duro" tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia* 2007, 2008, p. 262-263.

grave che sia il pericolo da fronteggiare e per quanto solide appaiano le ragioni che la giustificano, la *Preventive detention* non può mai essere eseguita con modalità tali da ledere il nucleo incompressibile della dignità umana. Anche in situazioni detentive, vanno assicurati al soggetto pericoloso quei margini pur minimi di libertà e relazione umana essenziali alla sua salute fisica e spirituale<sup>9</sup>.

Rientra nel principio di proporzione anche il problema della durata delle misure preventive. Essendo agganciate ad eventi futuri ed incerti, risulta impossibile precisarne in anticipo il termine massimo. Salvo che la legge ne imponga uno, a prescindere dalla durata del pericolo da fronteggiare. E' sempre possibile, anzi necessario, proprio per esigenze di "proporzione" nell'uso del mezzo coercitivo, un controllo temporaneo, anche d'ufficio, da parte dell'autorità pubblica, circa la sussistenza dei motivi che ne hanno legittimato l'applicazione. La previsione di un termine massimo dovrebbe essere la regola nei casi di detenzione provvisoria (cautelare o amministrativa). Lo esige il necessario bilanciamento che, proprio in omaggio al principio di proporzione, la legge deve assicurare fra libertà individuale ed esigenza di sicurezza. In altre parole, nei confronti dell'imputato (ancora assistito dalla presunzione d'innocenza) e nei confronti del soggetto reputato pericoloso pur in assenza di indizi di reato, la *Preventive detention* – semmai dovesse giustificarsi in base a scelte di politica criminale – andrebbe contenuta entro un termine ragionevolmente breve, commisurato non alla durata di un asserito pericolo, bensì all'urgente predisposizione di dispositivi utili a fronteggiare il pericolo stesso anche dopo la rimessione in libertà del soggetto che ha subito la misura.

c) *Garanzia giurisdizionale.*

---

<sup>9</sup> Affermazione ricorrente in diverse decisioni della Corte cost. italiana, soprattutto in tema di esecuzione del "carcere duro", secondo le quali è "vietato adottare misure restrittive concretanti un trattamento contrario al senso di umanità, o tali da vanificare del tutto la finalità rieducativa della pena" (così, sent. n. 376/1997; n. 351/1996; n. 349/1993). Un residuo di libertà deve sempre essere concesso alla persona detenuta: quale che sia il motivo della detenzione.

I provvedimenti di *Preventive detention* sono talvolta disposti con provvedimenti di autorità amministrative. E' una caratteristica riscontrabile non solo nelle misure *ante delictum*, ma talvolta anche in quelle per così dire incorporate nella sanzione penale (come ad esempio accade in Italia con il "carcere duro", disposto con provvedimento del Ministro della giustizia). Eppure si tratta di misure limitative della libertà personale che, nella cultura giuridica delle costituzioni moderne, esigono l'intervento dell'autorità giudiziaria. Nell'esempio italiano, l'assegnazione all'autorità amministrativa del potere di applicare il "carcere duro" è giustificata col negare che si tratti di un *surplus* d'afflizione imposto ad alcuni tipi d'autore in ragione della loro comprovata pericolosità. Si tratterebbe, invece, di una modalità applicativa della pena riguardante tutti i condannati socialmente pericolosi<sup>10</sup>. L'argomento ha una sua fondatezza sul piano formale, ma si sa che, nella pratica, il "carcere duro" è riservato in via pressoché esclusiva a un particolare tipo d'autore (il mafioso) e si presta ad essere usato come una sorta di moderna *terrificatio* per indurre il condannato a collaborare con la giustizia. Comunque sia, ogni provvedimento di *Preventive detention*, se non attribuito alla competenza di un giudice, sia almeno sindacabile in sede giurisdizionale<sup>11</sup>. E, a tal fine, va accuratamente motivato con riguardo agli indici di pericolosità reputati in concreto sussistenti, in modo da renderne effettiva la critica nell'interesse di chi ha ingiustamente subito la misura.

---

<sup>10</sup> Si veda l'osservazione svolta alla nota 8.

<sup>11</sup> Il provvedimento ministeriale che dispone il "carcere duro" è suscettibile di reclamo davanti al Tribunale di sorveglianza (art. 41<sup>bis</sup> comma 2<sup>quinq</sup>ues ord. pen.).