

Rivista di contabilità pubblica riconosciuta di carattere culturale dal Comitato interministeriale di cui al d.P.C.M. 9 marzo 1957

Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici

Rivista scientifica riconosciuta dall'ANVUR nell'area 12 - ISSN 0393 - 5604

Fondata e diretta da Salvatore Sfrecola

2021 - Anno XLII

PROFILI EVOLUTIVI DELLA LIBERTÀ PERSONALE

di Francesco Perchinunno, Professore Aggregato - Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"

Abstract: L'interesse per lo studio della libertà personale scaturisce anzitutto dalla natura di diritto inviolabile dell'uomo e al tempo stesso nucleo essenziale e presupposto di tutti gli altri diritti di libertà «in quanto logicamente li precede e li condiziona a livello operativo, rendendone possibile la piena esplicazione». Il saggio esamina alcuni profili problematici con particolare riguardo alla materia penale e alla libertà personale. L'analisi prende le mosse dalle criticità emerse dalla tutela multilivello, dall'incidenza della stessa nei rapporti tra fonti interne e sovranazionale e nell'interazione tra la giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee. Il graduale processo evolutivo è stato contrassegnato, infatti, dall'idea della custodia cautelare in carcere come l'antidoto più efficace per tutelare la collettività, alla concezione della "misura inframuraria" come strumento eccezionale cui ricorrere nei casi in cui le altre misure cautelari risultino inadeguate, nell'intento di assegnare alla custodia carceraria il ruolo di extrema ratio.

Abstract: The interest in the study of personal freedom derives from the nature of man's inviolable right and it represents the essential core presupposition of all the other rights of freedom "as it logically precedes and conditions them, leading to full application ". The essay examines some problematic profiles with particular regard to criminal matters and personal freedom. The analysis starts from the critical issues that emerged from multilevel protection, from the impact of the same in the relations between internal and supranational sources and in the interaction between constitutional jurisprudence and the European Courts. The gradual evolutionary process was marked, in fact, by the idea of pre-trial detention in prison as the most effective

antidote to protect the community, to the conception of the "inframural measure" as an exceptional tool to be used in cases where other precautionary measures are inadequate, in order to assign the role of last resort to prison custody.

SOMMARIO: 1. La tutela multilivello della libertà personale.- 2. Alcuni cenni sul dialogo tra le Corti in materia penale.- 3. I primi approdi della Corte costituzionale in tema di libertà personale.- 4. La giurisprudenza costituzionale sulle misure di prevenzione.- 5. L'ergastolo ostativo e il vaglio di costituzionalità: la sentenza n.253 del 2019.- 6. (Segue) Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: l'ordinanza n. 97 del 2021.- 7. L'interazione tra le Corti in tema di sovraffollamento carcerario.- 8. Le ragioni della crisi del principio di legalità.- 9. Riflessioni conclusive.

1. La tutela multilivello della libertà personale.

Nel quadro di tutela dei diritti e libertà fondamentali il tema della libertà personale, da sempre costellato di complesse problematiche esegetiche ed applicative, richiede maggiore chiarezza e uniformità prescrittiva anche alla luce dei principi statuiti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fattore essenziale di verifica dei principi di legalità, convenienza e razionalità delle misure restrittive della libertà personale¹.

L'ambito di tutela dei diritti delle persone sottoposte alla restrizione della libertà personale si colloca tra i settori nei quali gli effetti e l'incidenza del sistema sovranazionale di protezione dei diritti umani si sono avvertiti nel modo più significativo negli ordinamenti interni contemporanei². L'assunto è comprovato dall'ingente numero di questioni inerenti alle ipotesi di violazione delle libertà individuali

¹ Il saggio costituisce una rivisitazione, con aggiornamento, di un mio recente lavoro dal titolo: *La libertà personale in trasformazione. Genesis, itinerari e mutazioni*, Bari, Cacucci, 2020.

² Sul punto, si vedano le considerazioni svolte da M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali (Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona)*, in cortecostituzionale.it; F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti, 2004, "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale", in www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. M. FLICK, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2012; T. GIUPPONI, *La tutela multilivello dei diritti e il "gioco" delle tre Corti*, Bologna, Bononia University Press 1, p. 101 ss.

portate al vaglio della Corte Europea dei diritti dell'uomo nel corso degli ultimi anni e dal numero di pronunce che hanno evidenziato la violazione delle garanzie dei diritti umani in alcune ipotesi di ricorso, della giurisdizione statale, a mezzi di coercizione eccessivamente invasivi.

In conformità ad un principio ormai consolidato, l'art. 5 § 1 Cedu trova applicazione nelle ipotesi di privazione della libertà personale, nel senso più tradizionale di "libertà fisica", specificando, in maniera tassativa, le singole ipotesi in cui è consentita la privazione della libertà personale; sul piano teleologico, la disposizione indica un sistema di garanzie formulate in chiave soggettiva che si estendono alla persona "arrestata" o "detenuta". La disposizione in esame viene in rilievo nelle ipotesi di violazione della sfera di libertà meramente fisica e non riguarda la cosiddetta "libertà morale"; lo spazio di applicazione, quindi, è quello attinente alle coercizioni fisiche ed al controllo diretto di terzi sulla libertà personale degli individui, al fine di tutelarla da illegittime ed arbitrarie compressioni³.

Nel diritto affermatosi presso la Corte di Strasburgo, una privazione della libertà si realizza senza dubbio ove la libertà fisica venga a mancare del tutto perché si è in presenza di coercizioni sul corpo (come nel caso di arresto, fermo e detenzione a vario titolo). Nella ipotesi di vincoli particolarmente incisivi sulla libertà di circolazione (con sorveglianza rigorosa delle forze dell'ordine), anche tali restrizioni, tuttavia, potrebbero essere qualificate come una privazione della libertà, come tali suscumbibili nella previsione dell'art. 5 § 1. Infatti, secondo la giurisprudenza europea, la differenza tra "privazione" e "restrizioni" della libertà personale è semplicemente «una differenza di grado e di intensità, non di natura e di contenuto»⁴.

³ Quanto, invece, alla legittimità delle misure che comportano semplici limitazioni della libertà di circolazione, secondo l'orientamento consolidato dei giudici europei, essa deve essere vagliata alla stregua dell'art. 2 prot. 4 della stessa Cedu. Occorre, pertanto, operare una distinzione preliminare tra le misure che comportano una concreta "privazione" della libertà, come tali riconducibili alla sfera applicativa dell'art. 5 § 1 Cedu e le misure che determinano semplici "restrizioni" della libertà di circolazione che ricadono, invece, nell'ambito dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu.

⁴ Si pensi al principio, ormai consolidato nella giurisprudenza di Strasburgo secondo cui, anche il fermo di

La Corte europea è intervenuta al fine di delineare con maggior precisione i confini tra le due nozioni e, caso per caso, ha individuato gli elementi che connotano il concetto di “privazione” della libertà, ritenendo sussistente la privazione della libertà personale, sotto il profilo oggettivo, nelle ipotesi di reclusione in spazi particolarmente ristretti e per tempi significativi. Quanto al profilo soggettivo, invece, elemento necessario è quello del “consenso” alla detenzione; la Corte, sul punto, ha evidenziato che il diritto alla protezione della libertà personale non viene meno anche nelle ipotesi in cui una persona abbia inizialmente accettato di essere reclusa in quanto il consenso alla detenzione è sempre revocabile, non può mai giustificare la detenzione prolungata, né elide i doveri dei competenti organi interni di controllarne scrupolosamente la sua legalità.

In sintesi, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, l'art. 5 § 1 Cedu si applica in tutte le ipotesi di restrizione della libertà personale mediante misure adottate dall'autorità pubblica, che costringono la persona in un luogo determinato e delimitato, per un tempo non definito, contro la sua volontà o senza il suo consenso; nelle ipotesi di adozione di misure che comportano una “mera restrizione” della libertà personale, la legittimità delle stesse deve essere vagliata alla stregua dei criteri fissati dall'art. 2 Prot. n. 4 Cedu, che afferisce alla tutela della libertà di circolazione⁵.

Tra le questioni più annose affrontate dalla Corte di Strasburgo, vi è senz'altro quella relativa ai casi di liberazione del detenuto “ritardata”, ossia di non immediata esecuzione ai provvedimenti di rilascio, ipotesi

breve durata, deve essere considerato privazione della libertà personale e ricondotto nella sfera applicativa dell'art. 5 § 1 Cedu. Per tutte, Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia.

⁵ L'art. 2 Prot. n. 4, al § 3 prevede che le autorità statali possano adottare misure limitative della libertà personale se finalizzate alla tutela di determinati interessi espressamente indicati nello stesso articolo, (sicurezza nazionale, pubblica sicurezza, ordine pubblico, prevenzione dei reati, protezione della salute e della morale o protezione dei diritti e libertà altrui). Quanto, poi, all'art. 2 Prot. n. 4, esso richiede, innanzitutto, il requisito della “legittimità dell'interferenza”. Dall'orientamento della Corte di Strasburgo emerge che la legge posta a fondamento di qualsiasi provvedimento restrittivo della libertà personale debba comunque soddisfare i requisiti qualitativi di “accessibilità” e “prevedibilità” e definisca chiaramente i presupposti di applicazione delle misure restrittive, così da consentire che ciascuno possa ragionevolmente prevedere le conseguenze delle proprie condotte. Le misure restrittive della libertà di circolazione, inoltre, sono soggette ai principi di “necessità” e “proporzione” e la Corte è tenuta ad operare un bilanciamento tra il rispetto del diritto garantito dalla norma in esame e le esigenze della collettività, in tutte le ipotesi di interferenza con la sfera applicativa dell'art. 2 Prot. n. 4 Cedu,

sulle quali la Corte si è limitata, in assenza di una previsione esplicita, ad auspicare una riduzione dei casi di ritardo, la cui tollerabilità è limitata alle sole ipotesi di quanto più celere espletamento delle formalità amministrative connesse alla rimessione in libertà delle persone detenute.

Altro principio che emerge dalla lettura dell'art. 5 Cedu, come accennato, è quello di "legalità", imperniato sulla valutazione di conformità alle norme processuali e sul sindacato di osservanza delle norme sostanziali. Seguendo l'interpretazione della Corte di Strasburgo gli elementi di valutazione si estendono alla conformità della detenzione rispetto al diritto nazionale e la "qualità" dello stesso e l'eventuale arbitrarietà della detenzione, non potendosi ritenere legittima la detenzione disposta in esecuzione di un provvedimento delle autorità nazionali difforme dalle regole sostanziali e processuali dello Stato interessato. A ciò si aggiunga che occorre aver riguardo affinché la legge interna sia sufficientemente precisa e adeguatamente accessibile da consentire ai cittadini di prevedere in termini ragionevoli le conseguenze delle proprie azioni; occorre, poi, verificare l'osservanza del principio della certezza del diritto e la provenienza di ogni misura privativa della libertà da parte dell'autorità competente, al fine di evitare provvedimenti arbitrari e proteggere l'individuo da privazioni arbitrarie della libertà personale. Sul requisito della "non arbitrarietà", spesso espressamente associato a quello di "legalità", alcune pronunce si sono orientate diversamente, inquadrandolo come fattispecie di valutazione autonoma, pur in assenza di una esplicita definizione di significato e portata. Il requisito in esame appare come un filo conduttore dell'intero art. 5 che interagisce sia nel momento iniziale di adozione della misura, sia nella sua fase esecutiva⁶.

⁶ La detenzione diviene arbitraria e deve cessare immediatamente nelle ipotesi di provvedimenti che diventino sproporzionati e violativi delle garanzie sancite dall'art. 5: è il caso delle detenzioni con prolungamento automatico, oltre un certo periodo. Il caso può verificarsi se le autorità statali ordinino la prosecuzione dell'internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario di un soggetto nonostante sia venuto meno il disturbo psichico che ne aveva legittimato inizialmente il ricovero o nelle more del procedimento di espulsione di uno straniero, se le autorità omettano di attivarsi celermente per consentirne l'allontanamento.

La lettura fornita dai giudici di Strasburgo ha ampliato il quadro della disposizione in esame richiedendo, con riferimento alle ipotesi di detenzione sub art. 5 lett. b, d) ed e), che la detenzione sia “necessaria” rispetto allo scopo perseguito, mentre per le previsioni di cui alla lettera c) ed f) il requisito di proporzionalità viene di regola valutato sotto il profilo della ragionevolezza della protrazione della misura cautelare⁷. La disamina del quadro di garanzie e di tutela dei soggetti sottoposti a restrizioni di libertà da parte dei singoli Stati aderenti, non può non considerare la problematica delle misure custodiali del soggetto indiziato di reato in attesa di giudizio, tema sempre più discusso in seno alla sfera di privazione della libertà personale. La natura delle misure restrittive per i soggetti che sono in attesa dell'esito dell'accertamento giudiziario è sicuramente “eccezionale”, vigendo la regola di base dell'assenza di misure coercitive per l'imputato in procinto di affrontare il processo; il vaglio operato dalla Corte europea consente di verificare se la misura carceraria in funzione cautelare adottata dagli Stati aderenti, sia rispettosa degli *standards* minimi di tutela previsti dalla Convenzione. La persona indiziata di reato può essere sottoposta a restrizione di libertà solo in circostanze eccezionali e l'adozione della misura limitativa della libertà si inquadra come ipotesi di *extrema ratio*; ossia in un quadro di valutazione di misure alternative meno afflittive, qualora queste ultime siano state ritenute inadeguate a tutelare l'interesse individuale o collettivo.

Tra le indicazioni che sono emerse dalla Corte dei diritti dell'uomo – al di là del generico e costante invito agli Stati aderenti di verificare la

⁷ La privazione della libertà, secondo la disposizione in commento, può avvenire solo nei modi previsti dalla legge e nei seguenti casi: “(a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (b) se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o allo scopo di garantire l'esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge; (c) se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso; (d) se si tratta della detenzione regolare di un minore decisa allo scopo di sorvegliare la sua educazione oppure della sua detenzione regolare al fine di tradurlo dinanzi all'autorità competente; (e) se si tratta della detenzione regolare di una persona suscettibile di propagare una malattia contagiosa, di un alienato, di un alcolizzato, di un tossicomane o di un vagabondo; (f) se si tratta dell'arresto o della detenzione regolare di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione”.

conformità della legislazione interna alle disposizioni Cedu attinenti alla libertà in esame – vi è sicuramente l'auspicio di un ricorso quanto più ampio possibile alle misure alternative alla custodia cautelare⁸. A tal fine, i giudici di Strasburgo hanno sottoposto ad attenta analisi di conformità ai principi stabiliti dalla Convenzione le misure alternative alla custodia in carcere, partendo dall'accennata distinzione tra misure privative e restrittive della libertà personale, (art. 5 - Prot. n. 4) ed evidenziando l'afflittività della misura dell'obbligo di restare a casa per l'intera giornata e la sua incidenza nella sfera della libertà personale, al di là della intensità e frequenza dei controlli operati dagli organi di polizia. Quanto, invece, alla misura della permanenza domiciliare con facoltà di allontanarsi dalla propria abitazione per l'attività lavorativa, la stessa è stata inquadrata come fattispecie restrittiva della libertà di circolazione, considerando i benefici della convivenza con i familiari e della possibilità di svolgere un'attività lavorativa, fattori da cui si evince l'insussistenza di ipotesi limitative della libertà in parola, in ogni misura restrittiva che preservi il normale equilibrio nella propria vita privata e lavorativa. La questione della natura privativa o restrittiva della libertà da parte delle misure limitative della libertà che comportano l'obbligo di soggiorno nella propria abitazione resta, comunque, particolarmente controversa, anche se il vaglio operato dalla Corte europea è sempre attento al diverso grado e intensità della privazione che ogni singola misura restrittiva determina.

La complessità è emersa in merito all'inquadramento della misura dell'obbligo di soggiorno nella propria abitazione, poiché nell'orientamento consolidato dei giudici di Strasburgo sono state considerate mere restrizioni della libertà di circolazione (dunque suscumbibili nella previsione del Prot. 2), il divieto di trasferire la residenza in un comune diverso, l'obbligo di presentarsi agli organi di

⁸ Si pensi all'obbligo, per l'indagato, di risiedere ad un indirizzo specificato, il divieto di lasciare o di raggiungere un luogo senza autorizzazione, la scarcerazione previa cauzione, o il controllo e il sostegno di un organismo specificato dall'autorità giudiziaria", sino ai sistemi di sorveglianza elettronica finalizzati alla verifica dell'osservanza degli obblighi di dimora.

polizia una volta al giorno e il divieto di espatrio⁹.

Ma al di là dei criteri che determinano il diverso inquadramento delle singole ipotesi di privazione della libertà personale nella previsione di cui all'art. 5 o 2 Prot. n. 4 Cedu, la Corte di Strasburgo si è raccomandata ad ogni Stato aderente affinché le misure adottate siano oggetto di frequente verifica, oltreché proporzionate agli scopi richiesti.

In merito alle ipotesi di detenzione conseguente ad una decisione di condanna, anche non definitiva, l'orientamento offerto dalla Corte di giustizia si è orientato sulla collocazione nella fattispecie di cui alla lettera c), anziché a) dell'art. 5, delimitando l'ambito di applicazione ai provvedimenti non necessariamente definitivi, che contengano dichiarazioni di colpevolezza a seguito di accertamento di una violazione di legge e comminazione di una pena detentiva o di altra misura restrittiva della libertà personale. Contrariamente all'ordinamento italiano (anche in virtù della presunzione di innocenza) che consente restrizioni alla libertà personale anteriori alla condanna definitiva solo in caso di sussistenza delle esigenze cautelari, la giurisprudenza europea ritiene legittimo che le sentenze di condanna siano eseguibili prima del loro passaggio in giudicato, in un'ottica meno garantista rispetto al nostro ordinamento.

2. Alcuni cenni sul dialogo tra le Corti in materia penale

Negli ultimi anni il ricorso all'espressione "dialogo tra le Corti" ha trovato larghissimo impiego negli approfondimenti dottrinali e nella giurisprudenza della Corte costituzionale che ha impiegato tale termine per definire i propri rapporti con la Corte di Giustizia e

⁹ La nostra giurisprudenza ritiene che l'obbligo di dimora, strutturato nel divieto, per il sottoposto alla misura, di allontanarsi dal territorio di un determinato comune, è istituto ontologicamente diverso e contrapposto rispetto alle misure coercitive detentive degli arresti domiciliari e della custodia carceraria. In quest'ottica è stato stabilito che il "divieto di allontanarsi dalla propria abitazione in alcune ore del giorno", senza pregiudizio per le normali esigenze di lavoro, che il giudice può prescrivere ex art. 283, comma 4, c.p.p., non possa avere ad oggetto un numero tale di ore, nell'arco della giornata, talmente elevato da renderla assimilabile agli arresti domiciliari con facoltà di allontanamento per poter svolgere l'attività. Nella sentenza Cedu, 30 marzo 2010, Cipriani c. Italia (ric. n. 22142/07), § 3, la Corte ha escluso che l'imposizione nei confronti del ricorrente della misura di prevenzione dell'obbligo di presentarsi settimanalmente alla polizia giudiziaria e del divieto di allontanarsi dal comune di residenza avesse comportato una privazione della sua libertà personale.

sottolineare l'esigenza di una cooperazione tra i diversi "attori" coinvolti nella tutela multilivello dei diritti¹⁰.

Il dialogo tra le Corti sui diritti fondamentali, con riguardo alla materia penale e al tema della libertà personale ha suscitato particolare interesse dei giuristi ed è stato analizzato dalle prospettive più disparate, anche alla luce della progressiva evoluzione storico-giuridica delle Carte internazionali, in particolare, di quelle che si sono spinte oltre la mera consacrazione formale, istituendo un organo di garanzia e vigilanza delle libertà in esse riconosciute¹¹. Nel corso del dibattito si è posto l'accento sul valore giuridico delle carte internazionali nell'ordinamento interno e sugli effetti delle pronunce dei giudici europei sulla protezione nazionale dei diritti che in alcuni settori ha garantito una tutela ancor più estesa rispetto a quella statale.

In materia penale, sia le norme convenzionali che la giurisprudenza della Corte europea sono state di forte impatto sul sistema interno e soprattutto sulle garanzie costituzionali e processuali, se si pensa all'incidenza che l'art. 6 Cedu e le numerose pronunce di condanna

¹⁰ *Ex plurimis*, sent. n. 269 del 2017, n. 117 del 2019, in ordine alla quale si rinvia, per tutti, a F. MEDICO, *La sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale: un'eccezione che rischia di farsi regola?*, in C. Caruso, Medico F., Morrone A., *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, Bononia University Press, 2020. Quanto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. n. 49 del 2015. Sul dialogo tra le Corti, anche la dottrina se n'è occupata diffusamente, come emerge dalla copiosa produzione scientifica: si vedano ex multis, A. BARBERA, *Un moderno "Habeas Corpus"?*, in *forumcostituzionale.it*, 27 giugno 2013; Id. *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*; A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della Cedu e ordinamento costituzionale*, in L. Mezzetti e A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 189 ss.; Id., *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *federalismi.it*, n. 20, 2018, pp. 1-27; B. LIBERALI, *Fra Corte EDU e Corte costituzionale: quale spazio per un'interpretazione conforme?*, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 114 ss.; E. NAVARRETTA, A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*. Atti del Seminario congiunto del Dottorato di Diritto Privato e del Dottorato di Giustizia Costituzionale e Diritti Fondamentali dell'Università di Pisa (Pisa, 3 aprile 2003), Pisa, Ed. Plus, 2004; S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, n.2, p. 1643 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, n. 2, p. 297 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010; P. RIDOLA, *Il "dialogo tra le Corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, n. 3, p. 273 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *federalismi.it*, n. 18/2019, pp. 1-15; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra corti nazionali e Corte Europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012; A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.* 2016, n. 1, p. 149 ss.

¹¹ Infatti, proprio a seguito dell'emanazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si sono insediati organi di protezione giurisdizionale che insieme a quelli nazionali, hanno dato origine ad un intenso e complesso dialogo alimentato dall'esigenza di una cooperazione tra i diversi "attori" coinvolti nella tutela multilivello dei diritti.

della Corte di Strasburgo nei confronti dello Stato italiano in ordine alla “irragionevole” durata dei processi hanno avuto sulla riforma sul “giusto processo” che nel 1999 ha sottoposto ad ingente revisione l’originaria formulazione dell’art. 111 della Carta costituzionale¹². L’accennato dialogo tra le Corti in materia penale è emerso, in tutta la sua complessità, anzitutto in ordine alla verifica delle ipotesi in cui la valorizzazione convenzionale delle garanzie penali realizzi un effettivo rafforzamento di tutela, oltre all’individuazione delle modalità e degli strumenti più idonei per l’ordinamento italiano al fine di recepire e dare concreta attuazione alle decisioni provenienti da Strasburgo¹³.

Particolare interesse hanno suscitato, tra i giuristi, le “sentenze gemelle” nn. 348 e 349 del 2007 con le quali la Corte costituzionale ha affrontato l’accennata tematica del valore della Cedu nel nostro sistema delle fonti, attraverso un lavoro esegetico dell’art. 117, I comma, Cost., nell’intento di chiarire meglio precedenti decisioni, tese ad inquadrare la Cedu come un fattore interpretativo di natura integrativa rispetto al parametro costituzionale in materia di nuovi diritti. La peculiarità della Cedu rispetto alle fonti del diritto internazionale pattizio e la condivisione delle stesse finalità da parte delle due Corti - entrambe votate alla tutela dei diritti fondamentali - non modificano il ruolo primario che la Corte costituzionale rivendica di vigilare sulle disposizioni convenzionali e sulla loro conformità ai diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla Carta costituzionale; in tal senso di colloca – a parere della Consulta - l’inquadramento della Cedu quale complesso di norme di rango “sub-costituzionale”, ossia di fonte interposta che rende operativo il parametro dell’art.

¹² Si tratta della Legge cost. 2 nov. 1999 n. 2. Per un commento al novellato art. 111 Cost., sia consentito rinviare a: F. PERCHINUNNO, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all’attuazione*, Bari, 2005.

¹³ Quest’ultima necessità era stata rimarcata dal giudice penale dopo la ben nota sentenza della Corte EDU del 9 settembre 1998 (Dorigo c. Italia) in considerazione delle perplessità in ordine alle modalità di esecuzione delle decisioni di condanna di Strasburgo, tanto che era stato espressamente mosso l’auspicio che il legislatore interno introducesse nell’ordinamento italiano strumenti che consentissero l’immediato recepimento dei principi del giusto processo garantiti dalla Cedu (art. 6). Nella circostanza, la Corte di legittimità aveva rimarcato la diretta efficacia delle decisioni della Corte europea, per gli Stati aderenti, poiché costitutive di diritti e obblighi che devono operare anche nell’ordinamento nazionale, a tal punto che il giudice dell’esecuzione deve dichiarare non eseguibile il giudicato nelle ipotesi di accertamento, da parte della Corte europea, di pronunce di condanna violative dei precetti sul processo equo.

117, I comma¹⁴. L'art. 117, I comma, viene interpretato come una disposizione capace di riconoscere forza passiva superiore a quella delle leggi ordinarie, ma non di elevare al rango di fonte costituzionale dal punto di vista del lato attivo; la verifica di compatibilità delle norme Cedu con le disposizioni costituzionali si ispira anche al criterio del ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante in particolare dalla giurisprudenza di Strasburgo e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta nella Costituzione¹⁵.

Il processo di integrazione del tessuto normativo nazionale ad opera del sistema Cedu, già avviato dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, ha trovato ulteriore consolidamento nella sentenza n.113 del 2011 con la quale la Corte costituzionale, nel demandare il bilanciamento concreto al legislatore, ha tentato di assicurare che l'equilibrio tra i poteri dello Stato non venisse compromesso dall'integrazione di Strasburgo e che, anzi, ciascuno di essi venisse responsabilizzato, nell'ambito delle proprie competenze, nell'opera di attuazione e concretizzazione del disposto convenzionale.

La Corte ha confermato quanto costantemente affermato nelle precedenti decisioni circa i rapporti con il sistema Cedu, percorrendo i singoli passaggi del controllo di conformità della norma interna a quella convenzionale, per come già elaborato nella propria giurisprudenza, valutando anzitutto se esistano "controlimiti" convenzionali, per poi verificare la possibilità di pervenire ad una soluzione ermeneutica del dissidio. Constatata, poi, l'impossibilità di sanare il *vulnus* costituzionale in via interpretativa e non potendo più

¹⁴ La Corte ha evidenziato che le norme della Cedu vivono attraverso l'interpretazione che di esse dà la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e la norma "sub-costituzionale" non è la disposizione Cedu, ma la norma come prodotto dell'interpretazione. Il dato più discusso è nell'aver affermato che le sentenze di Strasburgo non sono incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali e che, nonostante l'obbligo internazionali dell'Italia di adeguare la propria legislazione alle norme della Cedu, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, quest'ultima non ha una competenza giurisdizionale sovrapponibile a quella degli organi giudiziari italiani, bensì solo una funzione autorevole di natura interpretativa. D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Forum di Quad. cost.*, 13 febbraio 2008.

¹⁵ Sul punto, cfr., M. CARTABIA, *Relazione introduttiva, La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, Giappichelli, 2007.

prorogarsi *ad libitum* una situazione di grave violazione statale di obblighi convenzionali la Corte decideva di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma censurata (nella fattispecie, l'art. 630 c.p.p.)¹⁶. La decisione non sembra far sorgere nuove questioni rispetto a quelle già emerse con le precedenti pronunce, ricavando dal bilanciamento tra le istanze Cedu e quelle costituzionali la necessità di introdurre nel nostro ordinamento una norma di cui si riconosce espressamente l'incompatibilità con le finalità interne dell'istituto che dovrà concorrere a disciplinare. Inoltre, per il giudice comune la decisione ha aperto la strada alla facoltà di sottoporre a revisione il processo alla luce della contestata violazione della CEDU, assumendo il ruolo di "giudice comune" della Convenzione europea.

3. I primi approdi della Corte costituzionale in tema di libertà personale

L'apporto giurisprudenziale offerto dal giudice delle leggi in tema di libertà personale risulta senza dubbio imponente. Si pensi al lavoro esegetico offerto con le prime pronunce emesse sin dalla prima metà degli anni '50 del secolo scorso, in ordine ai limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi e alla possibile estensione anche alle leggi emanate prima della Costituzione¹⁷. Con la prima storica sentenza

¹⁶ La declaratoria di illegittimità dell'art. 630 c.p.p. ha attinto la parte in cui la disposizione non prevedeva un "diverso" caso di revisione della sentenza e di riapertura del processo che consentisse di rispondere alla violazione dell'art. 46, par. 1, CEDU. La Corte ribadiva a chiare lettere che il proprio intervento non avrebbe determinato una pregiudiziale opzione di favore per l'istituto della revisione, essendo la declaratoria di incostituzionalità «giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea *sedes* dell'intervento additivo». Sicché al legislatore veniva restituita ogni discrezionalità in ordine alla futura disciplina dei rimedi interni per adeguarsi ad una sentenza CEDU di condanna, rimanendo libero di prevedere un autonomo e distinto istituto a tal fine precipuamente preposto.

¹⁷ La questione prospettata alla Consulta attraverso un cospicuo numero di ordinanze di rimessione (30!) emesse da diversi organi della giurisdizione penale, riguardava la costituzionalità dell'allora T.U. delle leggi di P.S. approvato con R.D. 18 giugno 1931, n.773, e per sostenere l'incostituzionalità della legge presero la parola alcuni fra gli avvocati e i giuristi più illustri, fra cui Costantino Mortati, Vezio Crisafulli e Giuliano Vassalli (divenuti successivamente giudici costituzionali), oltre a Piero Calamandrei, già membro dell'Assemblea costituente e grande studioso del processo e della Corte costituzionale e ancora Massimo Severo Giannini, già capo di gabinetto al ministero per la Costituente. In parte motiva, chiaro e univoco l'assunto circa la portata applicative del "nuovo" istituto della "illegittimità costituzionale", da ricondursi, secondo la Consulta, sia alle leggi posteriori alla Costituzione che a quelle anteriori, atteso che dal lato testuale, sia l'art. 134 Cost. che l'art. 1 della legge cost. 9 febbraio 1948, n. 1, fanno menzione delle questioni di legittimità costituzionale delle leggi, (senza fare alcuna distinzione). Inoltre, affermò la Corte, dal lato logico, risulta innegabile il rapporto intercorrente tra le leggi ordinarie e quelle costituzionali e altrettanto chiaro appare il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti, non ravvisandosi alcuna differenza tra leggi ordinarie anteriori o posteriori a quelle costituzionali, nel senso che nell'uno quanto nell'altro caso la legge costituzionale, per la sua intrinseca natura all'interno del sistema a "Costituzione rigida", deve prevalere sulla quella ordinaria.

resa a conclusione dell'udienza pubblica del 23 aprile 1956, pur se nello specifico incentrata sulla verifica di conformità del R.D. n.773/1931 all'art. 21 Cost, la consacrazione del principio in ordine al quale tutte le leggi, anteriori o posteriori alla Costituzione, potevano essere controllate e dovevano essere annullate se contrastanti con i precetti costituzionali, aprì la strada ad innumerevoli sentenze, anche in tema di libertà personale, che hanno “bonificato” l'ordinamento da norme desuete del passato ormai prive di armonia con la Carta costituzionale, soprattutto in quei settori in cui l'intervento innovatore del legislatore si è rivelato tardivo o inefficace¹⁸.

L'attenzione della Corte sulla tutela della libertà personale, infatti, emerse evidente di lì a poco, con la sentenza n. 11 del 1956, in occasione di una nuova questione di legittimità costituzionale del precitato R.D. n. 773/1931 avente, quale parametro di riferimento, proprio l'art. 13 Cost¹⁹. In quella occasione, la Corte costituzionale, in linea con la dottrina costituzionalistica dell'epoca, evidenziò la funzione primaria dell'art. 2 Cost., ove risiede un principio che indica chiaramente che «la legge statutaria eleva a regola fondamentale

¹⁸ Si tratta della sentenza Corte cost., 14 giugno 1956, n.1, recentemente riesaminata da G. GRASSO, *La sentenza n. 1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Oss. cost.*, 2017, fasc. 1, 2 gennaio 2017, pp. 1-11 e da A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, op.cit.; l'A. di recente, sia pur in seno ad un'analisi più ampia, ha evocato la sentenza n.1 del 1956, capace di distinguere fra “norme costituzionali che fungono da parametro di legittimità (in base all'art.134 cost.) e norme costituzionali che, oltre a poter produrre (al pari di ogni altra norma costituzionale) l'invalidità della norma legislativa con esse contrastante, possono anche, avendo altresì una puntuale e decisa vis abrogans, essere direttamente utilizzate dal giudice ordinario in forza dell'art.15 delle Preleggi, relativo alla successione nel tempo di norme antinomiche, la c.d. abrogazione implicita”, così condividendo il pensiero di V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, il 20 aprile 2007, Milano, 2008, pp. 47-73; cfr., inoltre, M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, Atti del Convegno di Studi del CSM, Torino, 6 marzo 2012, Torino, 2012, p. 80 ss.; M. CARTABIA, *Portata e limiti della retroattività delle sentenze della Corte costituzionale che incidono sugli status giuridici della persona. In margine ad alcune recenti sentenze della Corte di cassazione in materia di cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3260 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012. Per alcuni commenti dell'epoca si rinvia a P. CALAMANDREI, *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, p. 149 ss.; Id. *Opere giuridiche. Diritto e processo costituzionale*, vol. III, Napoli, 1968, p. 655 ss.; E.T. LIEBMAN, *Invalidità e abrogazione delle leggi anteriori alla Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 161 ss.; V. CRISAFULLI, *Le sentenze “interpretative” della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 12 ss.; V. CRISAFULLI, C. ESPOSITO, M. S. GIANNINI, C. LAVAGNA, C. MORTATI, e G. VASALLI, *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 261 ss.

¹⁹ Corte cost., 3 luglio 1956, n.11, in *Giur. cost.*, 1956, p. 612 ss. La conclusione cui è pervenuta la Consulta è che le “norme sull'ammonizione” sono costituzionalmente incompatibili con il diritto soggettivo di libertà personale costituzionalmente garantito, atteso che l'art. 13, quanto meno nel punto in cui sottrae all'autorità amministrativa la competenza a provvedere nelle materie *de libertatis*, “esprime un precetto che, nella volizione che contiene, è compiuto, concreto, categorico”.

dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della personalità umana: diritti che appartengono all'uomo inteso come essere libero». Inoltre, a parere della Corte, dopo la generica formulazione di tale principio, il dettato costituzionale si caratterizza per una specifica indicazione dei singoli diritti inviolabili, tra i quali si eleva, primo fra tutti, il «diritto di libertà personale» che non si presenta affatto come «illimitato potere di disposizione della persona fisica, bensì come diritto a che l'opposto potere di coazione personale, di cui lo Stato è titolare, non sia esercitato se non in determinate circostanze e col rispetto di talune forme».

Sin dalla precitata sentenza n.11 del 1956, alla Corte apparve evidente l'esigenza di contemperare la tutela dell'attività di prevenzione dai reati da un lato e il rispetto dei diritti inviolabili della personalità umana dall'altro, dilemma che poteva risolversi con il riconoscimento dei tradizionali diritti di *habeas corpus* nell'ambito del principio di stretta legalità²⁰. In tal senso, la libertà personale si qualifica, pertanto, come «diritto soggettivo perfetto nella misura in cui la Costituzione impedisce alle autorità pubbliche l'esercizio della potestà coercitiva personale», atteso che «l'uomo non potrà essere privato o limitato nella sua libertà se questa privazione o restrizione non risulti astrattamente prevista dalla legge, se un regolare giudizio non sia a tal fine instaurato, se non vi sia provvedimento dell'autorità giudiziaria che ne dia le ragioni».

Con la pronuncia n. 27 del 1959, con riguardo alla riserva di legge di cui al secondo comma, si precisò, altresì, che essa non genera una potestà illimitata del legislatore ordinario, rimanendo esso sempre sottoposto al vaglio di costituzionalità da parte della Corte, nelle ipotesi di limitazioni legislative ai diritti di libertà, in violazione dei precetti costituzionali²¹.

²⁰ Sul punto, sia consentito rinviare a F. PERCHINUNNO, *La libertà personale in trasformazione. Genesis, itinerari e mutazioni*, op. cit., spec. cap. I.

²¹ Cfr., Corte cost., 5 maggio 1959 n. 27.

La definizione dell'art. 13 come norma avente ad oggetto la tutela della libertà personale contro ogni forma di costrizione o limitazione fisica compiuta senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, trova ulteriore menzione nella successiva pronuncia n.49 del 1959 ove sono rievocate le guarentigie supreme dell'*habeas corpus*, vere e proprie «pietre angolari della convivenza civile in un regime democratico»²² che non devono essere intese soltanto in rapporto alla coercizione fisica della persona, «ma anche alla menomazione della libertà morale quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere»²³.

In tal senso, l'ambito precettivo della norma in esame, diretta a difendere l'individuo di fronte alla potestà coattiva dello Stato, non comprende ogni violazione o limitazione della libertà personale, cui può essere sottoposto in vario modo il cittadino nello svolgimento della sua attività, ma «soltanto gli atti lesivi di quel diritto che trae la sua denominazione tradizionale dall'*habeas corpus* inteso come autonomia e disponibilità della propria persona»²⁴. Peraltro, l'art. 13 va a regolamentare potestà coattive dirette a limitare l'autonomia e la disponibilità della persona, ma non afferisce agli oneri assunti volontariamente che non determinano alcuna "degradazione giuridica" e che non ledono in alcun modo la dignità dell'uomo²⁵.

La Corte, anche in alcune pronunce successive, ha ribadito che la "degradazione giuridica" dell'individuo costituisce l'elemento qualificante la limitazione della libertà personale, precisando che la sussistenza della stessa può ritenersi integrata solo nelle ipotesi in cui il provvedimento restrittivo determini «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

²² Così, Corte cost., 15 luglio 1959, n. 49.

²³ La Corte nella citata pronuncia, Corte cost., 27 marzo 1962, n. 30, coglie l'occasione, di riassumere il proprio orientamento: l'art. 13 non si riferisce a qualsiasi limitazione della libertà personale, ma a quelle limitazioni che violano il principio tradizionale dell'*habeas corpus* (sentenza 14 giugno 1956, n. 2; 19 giugno 1956, n. 11; 20 aprile 1959, n. 27; 15 marzo 1960, n. 12; 21 giugno 1960, n. 45).

²⁴ In tal senso, Corte cost. 18 febbraio 1975 n. 23.

²⁵ Cfr., Corte cost., 25 giugno 1980, n. 99.

concreta la violazione del principio dell'habeas corpus»²⁶.

4. La giurisprudenza costituzionale sulle misure di prevenzione

La Corte costituzionale italiana, pur collocandosi nel quadro di precise e specifiche regole della Costituzione della Repubblica, ha una fisionomia e un ruolo analoghi a quelli delle Corti e Tribunali costituzionali o delle Corti supreme e, sempre più incessantemente, nel suo lavoro non trascura l'esperienza degli altri paesi nei quali la cultura giuridica italiana esercita comunque un'influenza significativa²⁷. In questo ambito e in un proficuo dialogo tra le Corti si è generato il costituzionalismo multilivello riemerso, proprio di recente, nelle pronunce del 2019 della Corte Costituzionale la n. 24 concernente i presupposti applicativi delle misure personali e

²⁶ Corte cost. 7 dicembre 1994, n. 419. Interessanti spunti di riflessione in ordine al concetto e ai limiti "dell'assoggettamento fisico all'altrui potere", sono emersi, successivamente, nella sentenza Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105, sui profili correlati al trattenimento dello straniero presso i centri di permanenza temporanea e assistenza, definito una "misura incidente sulla libertà personale, che non può essere adottata al di fuori delle garanzie dell'articolo 13 della Costituzione"; una misura su cui può forse dubitarsi sia o meno da includere nelle misure restrittive tipiche espressamente menzionate dall'articolo 13, tuttavia, se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle "altre restrizioni della libertà personale", di cui pure si fa menzione nell'articolo 13 della Costituzione. Ciò che rileva, nella richiamata pronuncia, è l'interpretazione offerta dalla Corte che il "trattenimento", anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, configuri quella "mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale". Precisa la Corte che le garanzie dell'articolo 13 della Costituzione non possono subire attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti, anche alla luce dei molteplici interessi pubblici che incidono sulla materia della immigrazione e della percezione con particolare gravità dei problemi attinenti alla sicurezza e all'ordine pubblico connessi a flussi migratori incontrollati. E ciò, in considerazione del divieto di porre in essere un documento al carattere universale della libertà personale, che, "al pari degli altri diritti che la Costituzione proclama inviolabili, spetta ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani".

²⁷ Cfr., A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, op. cit. L'A. evidenzia che relazioni più intense riguardano le Corti costituzionali europee simili alla nostra per storia ed esperienza (la Corte costituzionale federale tedesca, il Tribunale costituzionale austriaco, il Consiglio costituzionale francese, il Tribunale costituzionale spagnolo, quello portoghese: con gli ultimi tre la Corte ha formalizzato i rapporti con uno specifico accordo quadrilaterale che prevede incontri annuali tra Giudici e scambi di documentazione). Quanto, poi, alla Corte europea, essa non può però sostituirsi alle autorità nazionali: può solo condannare lo Stato a rimediare alla violazione del diritto, se possibile, o a pagare una somma al danneggiato a titolo di riparazione. A partire dal 2007 (sentenze nn. 348 e 349), la Corte costituzionale, facendo leva sul primo comma dell'art. 117 della Costituzione (nel nuovo testo introdotto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001), dichiara illegittime le leggi nazionali in contrasto con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione ad essa data dalla Corte di Strasburgo. Un'altra Corte sovranazionale, la Corte di giustizia dell'Unione europea, in un certo senso è anch'essa una Corte costituzionale, che però si occupa essenzialmente degli atti posti in essere dalle autorità dell'Unione, o delle violazioni del diritto "eurounitario" da parte degli Stati membri. Possono sorgere anche contrasti fra le Corti interne e quella europea sulla delimitazione delle rispettive competenze. Finora però, pur ragionando in modi diversi, Corte costituzionale e Corte di giustizia hanno evitato gravi conflitti fra le rispettive decisioni e attraverso la migliore conoscenza reciproca e la cooperazione internazionale delle Corti, si rafforzano i presupposti perché gli ideali e i principi del costituzionalismo - diritti e doveri della persona, equilibrio fra i poteri, garanzie di giustizia - si affermino e si rafforzino in tutto il mondo.

patrimoniali di prevenzione e la n. 25 – incentrata sul reato che sanziona la violazione di prescrizioni imposte con la misura personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza – entrambe afferenti al rapporto intercorrente tra il principio di legalità e la disciplina legislativa in materia di misure di prevenzione personali e patrimoniali. Il particolare interesse suscitato dalle citate pronunce, pur contrassegnate da profili tra loro differenti, va ad imperniarsi sulla disamina sistematica della natura e funzione delle misure di prevenzione, sul sistema di garanzie costituzionali e convenzionali ad esse correlate, sul rapporto tra ordinamento interno e diritto sovranazionale, in un tessuto ormai sempre più pregno di approdi della giurisprudenza europea²⁸. L'aspetto innovativo che le caratterizza si coglie nell'adesione agli approdi giurisprudenziali della Corte europea e della Corte di cassazione e nella condivisione di uno schema dialogico multilivello.

Matrice comune si coglie nei principi statuiti nella nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017 (de Tommaso c. Italia), molto dibattuta per via della ferma condanna della Corte di Strasburgo della normativa italiana in materia di misure di prevenzione, ritenuta non conforme ai canoni di legalità, di precisione, di determinatezza e prevedibilità ed in tal senso difforme ai principi riconosciuti nella Convenzione e nei suoi Protocolli. Nello specifico, era stata accertata, all'unanimità, la violazione dell'art. 2 del protocollo 4 alla Convenzione (libertà di circolazione) per violazione del principio di legalità, essendo stata riscontrata la mancanza di prevedibilità della l. n. 1423 del 1956 in tema di misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità, nonché la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione (diritto a un equo processo) solo per la mancata

²⁸ Si tratta delle sentenze nn. 24 e 25 della Consulta, depositate entrambe il 27 febbraio 2019; la prima ha dichiarato illegittima l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale e di quelle patrimoniali del sequestro e della confisca, nei confronti delle persone, individuate dall'art. 1 lett. a) d.lgs. 159/2011 (in cui è confluito l'art. 1, n. 1 l. 1423/1956), che «debbono ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dedite a traffici delittuosi»; la sentenza n. 25, invece, ha invece dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 75, commi 1 e 2, d.lgs. 159/2011 nella parte in cui sanziona penalmente la violazione delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» imposte con la misura personale della sorveglianza speciale.

pubblicità dell'udienza²⁹. Gli effetti che si sono determinati dopo la richiamata pronuncia e dalle censure mosse a livello sovranazionale, sono confluiti in un'operazione sinergica tra la giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale, nell'ottica di un dialogo tra Corti e di interazione tra Carte, con il precipuo obiettivo di innalzare il livello di tutela dei diritti fondamentali della persona.

Il prologo disegnato dalla Corte di Strasburgo si era imperniato sull'indeterminatezza del dettato normativo che individua tra i destinatari della misura di prevenzione anche i soggetti cosiddetti "pericolosi generici", abitualmente dediti a traffici delittuosi e coloro che vivono abitualmente, anche solo in parte, con i proventi di attività delittuose (art. 1, nn. 1 e 2, l. 1423/1956, oggi confluito nell'art. 1, lett. a e b, d.lgs. 159/2011); si tratta di norme che fungono da presupposto applicativo sia della misura personale della sorveglianza speciale, che delle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca e che sono poi confluite proprio nelle questioni di costituzionalità oggetto della sentenza n. 24 del 2019. I rilievi di eccessiva indeterminatezza della normativa applicabile ai destinatari della misura personale della sorveglianza speciale (i principi del «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» e «non dare ragione alcuna di sospetto in ordine alla propria condotta» insiti nella legge n.1423 del 1956 e nell'art. 8, comma 4 d.lgs. 159/2011), sono confluiti, invece, nelle questioni di incostituzionalità sottoposte a disamina nella sentenza n. 25 del 2019.

Quanto ai rilievi emersi dalla sentenza n. 24 del 2019, al di là dell'analitico lavoro di ricostruzione dell'evoluzione storico-legislativa operato dalla Corte, emerge come il requisito della "pericolosità sociale" richiesto ai fini della misura personale della "sorveglianza speciale" sia stato assunto dalla Corte anche quale indice della natura effettivamente preventiva di tale istituto, escludendosi invece espressamente – in linea con quanto statuito nella sentenza "de Tommaso" – il suo carattere sanzionatorio-punitivo, esigendo, in tal

²⁹ Si tratta della Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 23 febbraio 2017 - Ricorso n. 43395/09 - Causa De Tommaso c. Italia.

senso, la necessaria applicazione delle garanzie proprie della materia penale. In tal senso, la funzione assegnata alle misure di prevenzione personali appare quella di limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati e consentire, al tempo stesso, all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto; l'innegabile portata afflittiva deve inquadrarsi, pertanto, tra le misure di controllo della futura pericolosità sociale del soggetto interessato e non già tra le punizioni per ciò che questi ha compiuto nel passato. D'altronde, il carattere non punitivo della misura era stato già inquadrato dalla giurisprudenza costituzionale fin dal 1956, allorquando la Consulta aveva ricondotto tale misura nell'alveo dell'art. 13 Cost., subordinandone la legittimità al rispetto di condizioni che ne impongono l'applicazione in termini ancor più garantistici di quelli richiesti in sede sovranazionale, così determinando una sorta di "statuto costituzionale" della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, contrassegnato dall'esistenza di un'idonea base legale, dalla necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati e dalla riserva di giurisdizione. Quanto alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca, invece, la *ratio* viene individuata nell'origine illecita dei beni da confiscare, che il giudice della prevenzione patrimoniale è sempre tenuto ad accertare, ancorché in via presuntiva; il loro presupposto giustificativo risiede nella «ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita». La confisca di prevenzione condivide la medesima finalità della confisca allargata di cui all'art. 240-bis c.p., costituendo le due misure, altrettante "*species* di un unico *genus*", come già messo in luce dalla sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2018.

L'ablazione dei beni deriva dalla «naturale conseguenza della loro illecita acquisizione», e si contrassegna per il «vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia

acquisito la materiale disponibilità». Il sequestro e la confisca del bene medesimo, pertanto, non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta, ma di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene costituitosi in maniera non conforme all'ordinamento giuridico. Viene affermata la natura ripristinatoria della confisca di prevenzione volta a neutralizzare quell'arricchimento di cui il soggetto non potrebbe godere se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta. Pur non avendo natura penale, la Corte sottolinea l'importanza della coerenza di un sistema di garanzie sottese alla confisca di prevenzione, tra legalità, proporzione e giusto processo e, analogamente, per la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, lo statuto di garanzie viene precipuamente individuato nell'art. 13 Cost. e nell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU e imperniato sul principio di legalità, di proporzione e sulla riserva di giurisdizione. La Corte, inoltre, ha evidenziato come l'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza "de Tommaso" consenta oggi di assicurare, in via interpretativa, contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dalla normativa in esame, consentendo di prevedere ai "consociati" ragionevolmente in anticipo in quali «casi» – oltre che in quali «modi» – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca. In tal senso, la locuzione «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» può ritenersi oggi suscettibile di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli "titoli" di reato, quanto di specifiche "categorie" di reato. Si tratta di una linea di interpretazione che si pone in conformità all'esigenza ravvisata dalla Corte europea, di individuazione dei «tipi di comportamento» assunti a presupposto della misura.

Nella sentenza n.25 del 2019, invece, la Corte si è occupata della questione correlata all'accennata indeterminatezza delle prescrizioni

di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi», questione che colloca in un quadro delineato da altre pronunce delle tre Corti (costituzionale, europea e di cassazione) all'interno del quale, la questione stessa si pone come possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU, già svolta dalle Sezioni unite, nei limiti in cui l'interpretazione giurisprudenziale può ritagliare la fattispecie penale, escludendo dal reato condotte che prima si riteneva vi fossero comprese. La censura ha riguardato la norma (art. 75, comma 2, d.lgs. n.159/2011) che sanziona penalmente il soggetto che, dopo essere stato raggiunto dalla misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale, violi gli obblighi prescritti dal giudice con quella misura ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 159/2011. Tra le prescrizioni che quest'ultima norma impone obbligatoriamente al giudice di applicare al destinatario della misura della sorveglianza speciale figurano anche quelle di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» (art. 8, comma 4 d.lgs. 159/2011). In merito all'eccessiva genericità delle prescrizioni di «vivere onestamente» e «rispettare le leggi» si era alimentato un acceso dibattito a livello giurisprudenziale (sentenza della Corte costituzionale n. 282 del 2010, sentenza “de Tommaso” della Corte EDU e sentenza “Paternò” della Corte di cassazione, sezioni unite penali, n. 40076 del 2017) e la Corte, ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi», per violazione del canone di prevedibilità contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU, rilevanti come parametri interposti ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. Nella parte motiva ha ricordato che per verificare il rispetto del principio di tassatività o di determinatezza della norma penale occorre non già valutare isolatamente il singolo elemento descrittivo dell'illecito, bensì

collegarlo con gli altri elementi costitutivi della fattispecie e con la disciplina in cui questa s'inserisce.

Nello specifico, la prescrizione di vivere onestamente e di rispettare le leggi, a parere della Corte, non violerebbe il principio di legalità in materia penale e deve essere collocata nel contesto di tutte le altre prescrizioni previste dal menzionato art. 5, terzo comma, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e quindi ha il valore di un monito rafforzativo di queste ultime senza un autonomo contenuto prescrittivo.

Inoltre, dei due parametri convenzionali, evocati nell'ordinanza di rimessione, che però esprimono lo stesso canone di prevedibilità della condotta prevista dalla norma nazionale perché possa giustificarsi una limitazione della libertà personale, è stato preso in considerazione dalla sentenza de Tommaso della Corte EDU, in particolare, l'art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione, nella parte in cui pone il principio di legalità con riferimento specifico alla libertà di circolazione che può subire solo le restrizioni «previste dalla legge».

La Corte EDU, nella precitata pronuncia (De Tommaso c. Italia) aveva evidenziato come il sistema nazionale delle misure di prevenzione, quanto ai presupposti soggettivi e al loro contenuto, sia stato censurato, perché formulato «in termini vaghi ed eccessivamente ampi», violando così il criterio della «prevedibilità». La stessa Corte transnazionale, pur considerando il lavoro esegetico operato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 282 del 2010) con riferimento all'omologo principio di legalità dell'art. 25, secondo comma, Cost., ha ritenuto, contrariamente, che gli obblighi di «vivere onestamente e rispettare le leggi» non fossero delimitati adeguatamente, determinando così la violazione del principio di «prevedibilità della condotta», da cui consegue la limitazione della libertà personale, come sancito dall'art. 2 del Protocollo Addizionale n. 4 della Cedu.

Forte incidenza ha avuto la citata pronuncia della Corte EDU nella scelta operata dalla Corte di cassazione, sezioni unite penali, (n. 40076 del 2017, “sentenza Paternò”) in tema di violazione delle

prescrizioni della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, fattispecie analoga a quella oggetto dell'ordinanza di rimessione, atteso che, nel caso di specie, il sorvegliato speciale, nel commettere un reato comune, aveva contestualmente violato anche l'obbligo di "vivere onestamente e rispettare le leggi", sottolineando la permanenza di una evidente indeterminatezza dei comportamenti che si pretendono dal sorvegliato speciale, soprattutto nella misura in cui possono integrare la fattispecie penale di cui all'art. 9 legge n. 1423 del 1956 (ora art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011).

La Corte, quindi, in aderenza alla CEDU, era pervenuta alla conclusione che «il richiamo "agli obblighi e alle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno" può essere riferito soltanto a quegli obblighi e a quelle prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo. Tali caratteri difettano alle prescrizioni del "vivere onestamente" e del "rispettare le leggi"». In tal senso, in piena convergenza verso la citata pronuncia della Corte EDU, le Sezioni unite avevano ritenuto che le prescrizioni del "vivere onestamente e rispettare le leggi" non potessero integrare la norma incriminatrice di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011, semmai ad esse tuttavia può essere data indiretta rilevanza ai fini dell'eventuale aggravamento della misura di prevenzione della sorveglianza speciale.

Sicché, la questione di costituzionalità si pone come possibile completamento dell'operazione di adeguamento dell'ordinamento interno alla CEDU – già avviata dalle Sezioni unite – nel rispetto dei limiti in cui l'interpretazione giurisprudenziale può intervenire sulla fattispecie penale, escludendo dal reato condotte che prima si riteneva vi fossero comprese.

Con l'occasione la Corte precisa che l'interpretazione del giudice comune, ordinario o speciale, pur orientata alla conformità alla CEDU e ai relativi obblighi internazionali, non determina (quale parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.)

necessariamente l'illegittimità costituzionale della disposizione oggetto di censura, in quanto la concorrenza di tutele non si manifesta perfettamente simmetrica e sovrapponibile. Peraltro, quando viene in rilievo un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali deve costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa (sentenza n. 317 del 2009) senza però alcun automatismo, come già statuito in altra recente pronuncia (sentenza n. 49 del 2015) ove era stato assodato il «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» e la sussistenza, da parte della Consulta, di un «approdo giurisprudenziale stabile» (sentenza n. 120 del 2018) o un «diritto consolidato» (sentenze nn. 49 del 2015 e 80 del 2011), nella piena osservanza del criterio di bilanciamento del singolo principio, con altri principi presenti nella Costituzione. La Corte costituzionale, infatti, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante (sentenza n. 264 del 2012; nel senso più ampio, sentenze n. 193 del 2016, n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009).

Ciò posto, la Corte riconosce, nella fattispecie in esame, la sussistenza di entrambi i presupposti necessari per l'adeguamento alla CEDU, in linea con l'interpretazione già operata dalle Sezioni unite.

Quanto al primo profilo, pur considerando alcuni orientamenti discordanti della giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione ha già ritenuto di valutare tale sentenza come idonea a fondare l'interpretazione convenzionalmente orientata di cui si è detto ("sentenza Paternò"); peraltro, la stessa Corte costituzionale - nella surrichiamata sentenza n. 24 del 2019 - ha tenuto conto proprio della sentenza della Corte EDU e dell'esigenza di conformità al principio di prevedibilità fondandone la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 1423 del 1956, dell'art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152 (Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico) e degli artt. 4, comma 1, lettera c), e 16 cod. antimafia.

Quanto all'altro profilo, la Corte ha riconosciuto che «la valutazione di sistema all'interno dei parametri della Costituzione e il possibile bilanciamento con altri valori costituzionalmente tutelati non è affatto distonica, nella fattispecie, rispetto al pieno dispiegarsi dei parametri interposti».

In conclusione, la Corte ha evidenziato che le prescrizioni specifiche che l'art. 8 del cod. antimafia consente al giudice di indicare e modulare come contenuto della misura di prevenzione della sorveglianza speciale con o senza obbligo (o divieto) di soggiorno, rappresenta idonea garanzia per contrastare il rischio che siano commessi reati, che poi è la *ratio* delle misure di prevenzione che si raccorda alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, come valore costituzionale. Infine, la previsione come reato della violazione dell'obbligo «di vivere onestamente» e «di rispettare le leggi» che grava sul sorvegliato speciale, ha sia l'effetto abnorme di sanzionare come reato qualsivoglia violazione amministrativa sia quello di determinare, ove la violazione dell'obbligo costituisca di per sé reato, l'aggravamento della pena, «laddove l'art. 71 cod. antimafia già prevede come aggravante, per una serie di delitti, la circostanza che il fatto sia stato commesso da persona sottoposta, con provvedimento definitivo, a una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione della misura». Nella delineata cornice, la norma censurata si pone come violativa del canone di prevedibilità della condotta sanzionata con la limitazione della libertà personale, quale contenuto in generale nell'art. 7 CEDU e in particolare nell'art. 2 del Protocollo n. 4, e rilevante come parametro interposto ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.

La Corte perviene alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui punisce come delitto l'inosservanza delle prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi” da parte del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno e, di conseguenza, per le stesse

ragioni, dell'art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno, ove consistente nell'obbligo di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

5. L'ergastolo ostativo e il vaglio di costituzionalità: la sentenza n.253 del 2019

Nel quadro appena delineato, la questione del c.d. "ergastolo ostativo" merita apposita trattazione per mezzo dell'interazione tra gli artt. 2, 3, 13, 25 e 27 della Costituzione³⁰. Dai recenti approdi della Corte costituzionale può cogliersi il particolare interesse e le difficoltà che legislatore e Consulta hanno incontrato nell'approccio alla suddetta tematica. Con la sentenza n. 253 del 2019, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, dell'ordinamento penitenziario, nella parte in cui non prevedeva che, ai detenuti per i delitti di cui all'art. 416-bis del codice penale (reati di associazione mafiosa e/o di contesto mafioso) e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al

³⁰ La definizione di "ergastolo ostativo" è stata coniata dalla dottrina per indicare quelle situazioni giuridiche processuali in cui la perpetuità della pena detentiva non è suscettibile di attenuazioni, se non previa collaborazione con la giustizia. Dall'art. 4-bis (Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti), nel quadro dell'ord. penit. (legge n.354/75), emerge la ragione ostativa alla concessione di benefici (permessi premio e misure alternative alla detenzione), per il soggetto detenuto, ossia la volontà o meno di collaborare, elemento che comproverebbe il distacco del condannato dai legami con l'associazione mafiosa. La *ratio* dell'ergastolo "ostativo" è estrinsecata nella presunzione assoluta di pericolosità del condannato che rifiuta di collaborare con la giustizia; sicché la "collaborazione" si offre come il fattore di differenziazione rispetto all'ergastolo comune, per il quale invece permane la possibilità di un progressivo miglioramento del trattamento penitenziario, parallelo alla crescita dell'opera di rieducazione del reo. Particolarmente vasto il contributo offerto dalla dottrina: *ex plurimis*, E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1500 ss.; Id., *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. appunti e riflessioni*, in *Dir. pen. contemp.*, n.3/2018; L. EUSEBI, *Ostativo del fine pena, ostativo della prevenzione. Aporie dell'ergastolo senza speranza per il non collaborante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1515 ss.; G. FIANDACA, *Ergastolo ostativo, carcere duro e dintorni*, in *Questione giustizia*, 9 marzo 2021; E. PERUCATTI, *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata*, Coll. "Diritto penitenziario e Costituzione", Editoriale scientifica, 2021; E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI, A. PUGIOTTO, (a cura di), *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Giappichelli, Torino, 2020; A. PUGIOTTO, *Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in *Osservatorio cost.*, fasc. 3/2018, p. 405 ss.; Id., *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Dir. pen. contemp.*, 5 marzo 2013; D. GALLIANI, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n.2)*, in *Osservatorio cost.*, fasc. 4/2019, p. 191 ss.; C. MUSUMECI, A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali sull'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016.

fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, potessero concedersi permessi premio anche in assenza di attività collaborativa con la giustizia a norma dell'art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti. In via consequenziale, poi, la Corte ha esteso gli effetti della declaratoria di incostituzionalità, nei limiti e nei termini sopra indicati, anche ai detenuti per gli altri delitti contemplati nell'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit. elidendo, successivamente, analoga preclusione con riguardo all'esecuzione penale minorile attraverso la successiva sentenza n. 263 del 2019.

La recente pronuncia n.253 del 2019 si muove in un perimetro ben delineato e circoscritto, ossia quello della «preclusione assoluta» di accesso ai benefici penitenziari, in particolare al permesso premio, per il condannato per i reati di associazione mafiosa e per altri reati disciplinati dall'art. 4-bis, comma 1, ordin. penit., che decide di non collaborare con la giustizia. Tale preclusione impedisce al magistrato di sorveglianza «qualunque valutazione in concreto sulla pericolosità del condannato, determinando *in limine* l'inammissibilità di ogni richiesta di quest'ultimo di accedere ai benefici penitenziari»; come la stessa Corte ha evidenziato, la questione in esame, per il vero, non riguarda il c.d. ergastolo ostativo, oggetto di recente intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 13 giugno 2019, Viola c. Italia), non interessando la preclusione alla concessione della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo che non collabora con la giustizia e che abbia già scontato i ventisei anni effettivi di carcere. La cornice interessata è quella dei condannati per reati c.d. ostativi "a pena perpetua" o "temporanea" che non possono accedere ai permessi premio, ove non abbiano fornito collaborazione alla giustizia, anche in epoca successiva alla condanna, a fronte di una disciplina vigente che consente l'accesso ai predetti benefici nelle ipotesi di collaborazione "inesigibile" (partecipazione limitata del soggetto condannato al fatto criminoso), "impossibile" (per integrale

acclaramento dei fatti e delle responsabilità in sentenza), “oggettivamente irrilevante” (avvenuta concessione delle circostanze attenuanti, minima incidenza nella preparazione o esecuzione del reato).

In tal senso, la scelta di collaborare con la giustizia diventa la sola idonea ad elidere l'ostacolo alla concessione dei succitati benefici, «in ragione della sua valenza “rescissoria” del legame con il sodalizio criminale» e la scelta di non collaborare con la giustizia genera una presunzione assoluta circa il permanente collegamento con l'organizzazione criminale e dunque circa la permanente pericolosità del condannato.

A giudizio della Corte, tale presunzione non è affetta da incostituzionalità, apparendo irragionevole, semmai, pretendere che la presunzione «non possa essere vinta da prova contraria»; l'incostituzionalità, infatti, può cogliersi solo nell'assolutezza della presunzione, per le sue ulteriori conseguenze afflittive per il detenuto che non collabora, per l'impossibilità di valutare il percorso carcerario del condannato e per l'esclusione della possibilità di una specifica e individualizzante valutazione da parte della magistratura di sorveglianza. Ne consegue che la presunzione in esame debba intendersi di natura “relativa”, sia pur concedibile solo «a determinate e rigorose condizioni, dalla formulazione di allegazioni contrarie che ne smentiscono il presupposto», non essendo sufficienti la regolare condotta carceraria o la partecipazione al percorso rieducativo, né tantomeno una dissociazione solo verbale, ma occorrendo «altri, congrui e specifici elementi» in ordine ai quali «grava sullo stesso condannato che richiede il beneficio l'onere di fare specifica allegazione» (inversione dell'*onus probandi*) al magistrato di sorveglianza³¹.

³¹ Sul punto, cfr. M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sist. pen.*, 2019. L'A. ha evidenziato come la presunzione assoluta sia stata sostituita da una presunzione semi-assoluta piuttosto che relativa, come avviene nella materia cautelare per le persone gravemente indiziate di colpevolezza in ordine a reati che presuppongano l'appartenenza all'organizzazione mafiosa, a fianco di una presunzione assoluta circa l'adeguatezza della misura carceraria, l'art. 275, terzo comma, c.p.p., delinea una presunzione comunque sia relativa per cui le esigenze cautelari debbono essere considerate sussistenti a meno che non consti la prova della loro mancanza («salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Peraltro, in ordine alla natura e finalità del permesso premio nel complessivo programma di trattamento, la Corte, rievocando quanto statuito nelle sentenze nn. 436 del 1999, 90 del 2017 e 149 del 2018 ha evidenziato come consenta i primi spazi di libertà al detenuto, nel quadro del fine rieducativo, consentendo anche «l'osservazione da parte degli operatori penitenziari degli effetti sul condannato del temporaneo ritorno in libertà». Il dubbio che è stato paventato è in ordine all'estensione del beneficio in esame, ossia se sia applicabile in caso di pene medio-lunghe, divenendo di difficile attuazione nei casi di ergastolo ostativo, così comprimendo il profilo rieducativo, nucleo essenziale della pena, oltre alla necessaria funzione repressiva: quale dunque la compatibilità con l'art. 27, terzo comma, Cost., rischiando così di assumere, la pena, una natura "perpetua" non solo *de iure*, ma anche *de facto*.

La giurisprudenza costituzionale ci ha insegnato che nel bilanciamento tra valori o interessi contrapposti l'uno può prevalere sull'altro, ma non oltre il punto che ne determini il totale sacrificio, in tal senso le legittime esigenze di difesa sociale, (a maggior ragione se riferite alle fattispecie di reati di natura mafiosa), possono giustificare limitazioni al perseguimento della finalità rieducativa della pena, ma non possono determinare il travalicamento del confine valoriale, per non alterare il giusto equilibrio tra le esigenze del processo e la tutela della libertà, in ossequio al principio secondo cui deve comunque essere scelta la soluzione che comporta il minor sacrificio della libertà personale, in conformità al *favor libertatis* che aveva ispirato l'art. 13 Cost.

Sempre di recente la Corte europea dei diritti dell'uomo nella nota decisione sul caso Viola ha rimarcato come sia: «inammissibile

Inoltre, come accennato nel cap. III, la Corte costituzionale ha differenziato il regime presuntivo riguardante i delitti di "contesto mafioso" (sent. n. 57 del 2013) e le ipotesi di "concorso esterno" (sent. n. 48 del 2015), dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, terzo comma, c.p.p., nella parte in cui «non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure», nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo o per il caso di concorso esterno, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

privare le persone della libertà senza impegnarsi per la loro riabilitazione e senza fornire la possibilità di riconquistare quella libertà in una data futura»³². La Corte Edu, partendo dalla sentenza n. 313 del 1990 della stessa Corte Costituzionale e dalla funzione centrale della risocializzazione della pena, ha ricordato che la tutela della dignità umana impedisce di privare una persona della propria libertà senza intervenire contemporaneamente per il reinserimento della medesima persona e senza fornire la possibilità di essere rimesso in libertà. Ciò posto, riconosciuta la possibilità per gli stati di introdurre meccanismi presuntivi rispetto alla valutazione di pericolosità dei condannati per gravi reati, la Corte ha valutato se la necessità di dimostrare la rottura dei legami con associazioni criminose particolarmente “resistenti” attraverso la collaborazione sia compatibile con il principio della possibilità di revisione della pena attraverso una valutazione del percorso trattamentale. La risposta negativa si ricollega al fatto che mantenere la equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale significa ancorare la valutazione di pericolosità al momento della commissione del fatto senza tenere conto del percorso di reinserimento e dei progressi compiuti nel corso dell'esecuzione. Infatti, in relazione alla scelta di collaborare con la giustizia, “la Corte dubita della libertà della predetta scelta e anche dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato” se si pensa, peraltro, al fatto che la scelta di non collaborare può dipendere dal timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri congiunti. Si desume che la scelta di non collaborare non deriva sempre da una scelta libera e volontaria di adesione ai valori criminali e di mantenimento di legami con l'organizzazione di appartenenza, (in tal senso, Corte Costituzionale, sentenza n. 306 del 1993), ma anche da altre circostanze esterne possono indurre il detenuto a non collaborare; in questa cornice valutativa, l'equivalenza tra assenza di collaborazione

³² Si tratta della nota sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, I sez., Viola c. Italia, ric. n. 77633/16, del 13 giugno 2019.

e la presunzione di pericolosità sociale determina un'alterazione del reale percorso di rieducazione del soggetto ristretto.

6. (Segue) Ergastolo ostativo e liberazione condizionale: l'ordinanza n. 97 del 2021

In ultimo, la Corte di cassazione ha aperto un nuovo capitolo sull'ergastolo ostativo rinviando alla Consulta il quesito sulla legittimità costituzionale delle norme che impediscono la concessione del beneficio della liberazione condizionale - a meno di una formale collaborazione - a chi è stato condannato alla pena perpetua per reati di mafia³³. Il giudice *a quo*, nel caso in esame, ha fatto perno soprattutto sulla giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo (la già citata sentenza Viola c. Italia) e proprio sulla richiamata pronuncia n. 253 del 2019 della Consulta, ritenendo ormai acclarato il principio secondo il quale i benefici in sede di espiatione della pena dell'ergastolo per mafia non possono essere guidati da automatismi preclusivi, come appunto il requisito di essere collaboratore di giustizia. E ciò in considerazione del fatto che la collaborazione con gli inquirenti o l'accertata impossibilità di realizzarla assurge a specifico requisito per poter accedere al riconoscimento dei periodi di liberazione anticipata ai fini della concessione della liberazione condizionale rendendo, di fatto, del tutto irrilevante il percorso rieducativo e la reale dissociazione dalla criminalità organizzata di colui che, però di fatto, non ha collaborato. Si viene a generare, a parere della Corte rimettente, un evidente contrasto con il terzo comma dell'art. 27 Cost. e con il principio di centralità del fine rieducativo della pena. Mentre, al contrario, l'ergastolo è stato ammesso come legittimo dalla giurisprudenza sovranazionale e nazionale nei limiti in cui sia possibile la valutazione dell'effettiva risocializzazione del condannato detenuto, così da non ledere il "diritto alla speranza" e la "libertà di collaborare" che non possono essere negati neanche ai condannati, anche per i reati

³³ Si tratta di Cass., I sez. pen., ord. 18 giugno 2020 n. 18518.

particolarmente gravi.

La Consulta ha dato alla luce la recentissima ordinanza n. 97 del 2021 esaminando le censure sollevate, in riferimento agli artt. 3, 27 terzo comma e 117, primo comma Cost., in ordine agli artt. 4-bis comma 1 e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, nella parte in cui, nel combinato disposto di queste tre norme, viene ad escludersi che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all'ergastolo – per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste – che non abbia collaborato con la giustizia³⁴.

La Corte rimettente aveva rimarcato come il regime restrittivo per l'accesso ai benefici penitenziari (art. 4-bis ord. pen.) sia applicabile, con riguardo alla liberazione condizionale, per effetto dell'articolo 2 del d.l. n. 152 del 1991; con riferimento, invece, ai cosiddetti delitti di “prima fascia” (art. 4-bis) il beneficio può essere richiesto e ritenuto ammissibile, solo nelle ipotesi di collaborazione con la giustizia o nelle ipotesi equivalenti di collaborazione impossibile o inesigibile³⁵.

Seguendo il percorso affrontato dai precedenti evocati, poiché sostanzialmente la scelta se collaborare o no, non è da considerarsi, secondo il rimettente, una scelta essenzialmente libera, dovrebbe considerarsi “inumano e degradante” un trattamento che alla fine si

³⁴ Nel giudizio a quo, il ricorrente - condannato alla pena perpetua in relazione ad un delitto aggravato di omicidio volontario aggravato dal contesto mafioso - aveva chiesto di ottenere un provvedimento di liberazione condizionale, ma la richiesta era stata dichiarata originariamente inammissibile dal Tribunale di Sorveglianza in assenza di collaborazione, trattandosi di beneficio limitato ai soli condannati che abbiano prestato collaborazione con la giustizia ai sensi del 58-ter del precitato ord. pen. o che siano nell' impossibilità di collaborare o, infine, la cui collaborazione sia inesigibile.

³⁵ Sul punto - a parere della Corte remittente – la preclusione normativa aveva impedito al Tribunale di sorveglianza l'esame di merito della domanda di liberazione condizionale (pena già espiata e margini di ravvedimento del condannato). Nello specifico, come ricordato dal giudice a quo, il ricorrente aveva peraltro già scontato oltre ventisei anni di reclusione (nel cui computo vanno ricompresi anche i periodi di liberazione anticipata) e dunque si era maturata una delle condizioni oggettive per chiedere il beneficio.

fonda sulla reclusione a vita, nell'assenza di qualsiasi possibilità di uscire dall'ambiente carcerario³⁶.

Con la pronuncia n. 253 del 2019, peraltro, la stessa Corte aveva riconosciuto che la disciplina allora vigente si fondava su una presunzione assoluta di perdurante pericolosità non superabile, se non per il tramite della collaborazione stessa e di conseguenza affermandone, proprio in quanto assoluta e non relativa, l'incompatibilità con il dettato costituzionale³⁷. Allo stesso modo, a parere del rimettente, le disposizioni più recentemente censurate rischierebbero di comprimere ingiustificatamente la funzione rieducativa della pena, anche in considerazione degli approdi della sentenza Viola contro Italia³⁸.

Punctum crucis della questione è racchiuso nella disciplina che non consente di concedere lo specifico beneficio della liberazione condizionale al condannato all'ergastolo, per delitti di "contesto" mafioso, che non collabora utilmente con la giustizia e che abbia già scontato ventisei anni di carcere (anche grazie a provvedimenti di liberazione anticipata). La presunzione assoluta per il soggetto condannato all'ergastolo che non collabora, comporterebbe una trasformazione della pena perpetua *de iure* in pena perpetua anche *de facto* atteso che il divieto della riammissione alla liberazione condizionale costituisce ragione di esclusione permanente dei condannati all'ergastolo, dal processo rieducativo e di reinserimento sociale, in aperto contrasto con l'art. 27, terzo comma, Cost.³⁹.

³⁶ Sul punto, infatti, la Corte EDU, (dalla sentenza *Vinter* contro Regno Unito in poi) ha preso in specifica considerazione la compatibilità convenzionale di un regime che condiziona appunto l'accesso alla liberazione condizionale, alla collaborazione dell'interessato con l'autorità giudiziaria, evidenziando come la scelta collaborativa non possa rappresentare l'unico parametro per identificare e misurare un percorso di effettiva risocializzazione, potendo quella scelta fare difetto per ragioni diverse dalla conservazione di un legame con organizzazioni criminali o mafiose.

³⁷ La fattispecie al vaglio della sentenza n. 253 del 2019 verteva sul divieto di accordare "permessi premio" e non la liberazione condizionale. In sintesi, la Corte aveva affermato che la presunzione in sé non risulta costituzionalmente illegittima, non essendo irragionevole presumere che il condannato che non collabora mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza. Occorre, purtuttavia, che tale presunzione sia relativa e non già assoluta, atteso che, una disciplina improntata al carattere relativo della presunzione si mantiene entro i limiti di una scelta legislativa costituzionalmente compatibile con gli obbiettivi di prevenzione speciale e con gli imperativi di risocializzazione insiti nella pena (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.).

³⁸ Si tratta della nota sentenza della Corte di Strasburgo, Viola c. Italia (ricorso n. 77633/16) del 13 giugno 2019.

³⁹ Il beneficio della liberazione condizionale, secondo la giurisprudenza della Corte EDU (a partire dalla sentenza della Grande Camera 12 febbraio 2008, *Kafkaris* contro Cipro e fino alla già citata sentenza

Sin dalla sentenza n.306 del 1993 la Corte ha assunto un indirizzo diverso iniziando progressivamente ad affermarsi il principio secondo cui la collaborazione con la giustizia non sia necessariamente presupposto di ravvedimento, così come a contrario, l'assenza di collaborazione non possa assurgere ad insuperabile indice legale di mancato ravvedimento, potendo essere il frutto di valutazioni utilitaristiche e non per forza elemento da cui dedurre l'effettiva risocializzazione del condannato. La collaborazione appare solo come uno degli elementi da cui desumere la prova della possibile dissociazione del condannato dal vincolo criminale, poiché ve ne sono altri che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto; in tal senso, la presunzione assoluta di pericolosità a carico del non collaborante mostra la propria irragionevolezza, perché si basa su una generalizzazione che i dati dell'esperienza possono smentire (sentenza 253 del 2019), ponendosi come elemento di "tensione" con i parametri costituzionali evocati nella parte in cui è sancito che la collaborazione rappresenti l'unico rimedio a disposizione del condannato a pena perpetua per l'accesso alla libertà condizionale. Il carattere assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata determina, per la magistratura di sorveglianza, l'impossibilità di valutare l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, garantita dall'art. 27, terzo comma, Cost.; peraltro, tale presunzione permane non essendo irragionevole ipotizzare che il condannato conservi i propri legami con l'organizzazione criminale di originaria appartenenza, per la particolare forza intimidatrice e capacità di protrarsi nel tempo di quest'ultima⁴⁰.

Viola contro Italia del 2019) assicura la compatibilità della pena perpetua con la CEDU e nello specifico, con l'art. 3, che fa divieto di sottoporre chiunque «a tortura» od a «pene o trattamenti inumani o degradanti». La pena perpetua, infatti, non lede la dignità della persona, e quindi non integra un trattamento degradante ed inumano, a condizione però che siano previsti in astratto, strumenti giuridici utili a interrompere la detenzione e a reimmettere i condannati meritevoli nella società.

⁴⁰ Principi cui si ispirano la sentenza n. 253 del 2019; in materia cautelare e le sentenze n. 48 del 2015, n. 213 e n. 57 del 2013, n. 164 e n. 231 del 2011; ordinanza n. 136 del 2017. Il quadro rimane di particolare rilievo e non di certo si è affievolito nel tempo, se si pensa che il vincolo associativo può rimanere inalterato anche in esito a lunghe carcerazioni, proprio per le caratteristiche del sodalizio criminale in questione, finché il soggetto non compia una scelta di radicale distacco, come quella che generalmente viene espressa dalla collaborazione con la giustizia.

Il percorso che la Corte compie muove dalla constatazione che le censure afferiscano ad aspetti delicati e complessi, “apicali” nel contrasto alle organizzazioni criminali; in tal senso, operare in senso “demolitorio” con una declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni in esame, rischierebbe di compromettere le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva necessarie per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa. Peraltro, a parere della Corte, le valutazioni che ineriscono scelte di politica criminale eccederebbero i poteri dei giudici della Consulta, appartenendo semmai alla discrezionalità legislativa, sicché un'immediata declaratoria di illegittimità costituzionale potrebbe determinare disarmonie e contraddizioni nella complessiva disciplina di contrasto alla criminalità organizzata, nonché minare il rilievo che la collaborazione con la giustizia continua ad assumere nell'attuale sistema.

D'altronde, la stessa Corte EDU nella sentenza Viola contro Italia aveva indicato la necessità che la disciplina in questione richiedesse una iniziativa legislativa, messaggio che si interseca con la scelta della Corte di ottemperare allo spirito di leale collaborazione istituzionale con l'organo legislativo, facendo ricorso alla scelta del rinvio della decisione definitiva, con fissazione della discussione delle questioni di legittimità costituzionale in esame ad altra successiva udienza (10 maggio 2022), proprio per consentire al Parlamento un congruo tempo per occuparsi nuovamente della materia in esame.

7. L'interazione tra le Corti in tema di sovraffollamento carcerario

Un tema particolarmente aderente alla tutela della libertà personale e all'interazione tra le Corti è quello del “sovraffollamento carcerario” e dei correlati diritti dei detenuti che, peraltro, è stato caratterizzato dall'emanazione di una “sentenza pilota” (Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia). Come noto, si tratta di una tecnica decisoria che consente alla Corte di Strasburgo di accertare

non solo l'inadempimento nel caso concreto, ma anche il connesso problema strutturale che è nell'esistenza nell'ordinamento dello Stato responsabile di una legislazione o di una prassi amministrativa o giudiziaria che causino una violazione sistemica e continuativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'ordinamento italiano, come detto, è stato destinatario di una procedura pilota nella nota decisione "Torreggiani e altri" attraverso la quale la Corte europea ha denunciato per l'ennesima volta il principale problema strutturale del sistema penitenziario italiano, quello del sovraffollamento carcerario, dichiarando nuovamente la violazione dell'art. 3 Cedu per le condizioni sofferte dai soggetti ristretti, costretti a dividere una cella di dimensioni irrisorie insieme ad altri detenuti. La denunciata violazione dell'art. 3 Cedu, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, era attestata dalle condizioni sofferte dai ricorrenti e dai trattamenti disumani e degradanti patiti, pur disconosciuti dallo Stato italiano.

Le ragioni poste a sostegno della censura si sono fondate, anzitutto, sulla condizione di detenuto che, ad avviso della Corte, come ogni soggetto sottoposto a misure privative della libertà non può essere privato del beneficio dei diritti garantiti dalla Cedu, per la sola ragione dello *status in vinculis*. La persona incarcerata, infatti, ha bisogno di una tutela più efficace proprio per la sofferenza della sua situazione personale, anche per il fatto di trovarsi totalmente sotto la responsabilità dello Stato cui grava, in virtù dell'art. 3 della Cedu un obbligo positivo di assicurare, per ogni detenuto, condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana e modalità di esecuzione della misura che non eccedano il limite di sofferenza già connaturato allo stato detentivo.

Sul tema del sovraffollamento, la Corte costituzionale sosteneva che le condizioni detentive di Torreggiani e degli altri ricorrenti erano state tali da sottoporre «gli interessati ad una prova d'intensità superiore all'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione», così stabilendo in un anno il termine per porre fine a tale violazione,

invitando lo Stato italiano a «creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi con effetti preventivi e compensativi», capaci di garantire «realmente una riparazione effettiva» delle violazioni della Convenzione.

Con la sentenza n. 279 del 2013, investita della questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione e all'art. 3 della Convenzione (attraverso il parametro dell'art.117, primo comma, Cost.), aveva affermato che le condizioni di sovraffollamento degli istituti penitenziari in cui i ricorrenti scontavano la pena definitiva realizzavano una violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., per violazione del senso di umanità ed in rapporto alla finalità rieducativa della pena. Sul punto, la Consulta richiamava il metro di valutazione della Corte europea che aveva ritenuto integrato il carattere disumano e degradante nei casi di detenuti costretti alla in spazi eccessivamente ristretti, evidenziando l'incidenza delle condizioni di "inumanità" causate dal sovraffollamento sull'effettivo rispetto della finalità rieducativa della pena e che la mancata previsione da parte del legislatore del rinvio dell'esecuzione della pena, quando questa si svolga in condizioni contrarie al senso di umanità, risultava in difformità rispetto ai «parametri di vivibilità minima», (già evocati dalla Corte di Strasburgo nel caso Torreggiani e altri c. Italia) al diritto inviolabile alla dignità umana (artt. 2 Cost. e 27 Cost.), oltre che in contrasto con «la razionalità giuridica e la coerenza costituzionale dell'intero sistema» e con il divieto di pene crudeli (art. 3 Cost.). La Corte costituzionale nella declaratoria di inammissibilità della questione indicava, quale unico rimedio, il ricorso alla iniziativa legislativa per cercare di risolvere il problema del sovraffollamento, ritenendo che il rinvio dell'esecuzione della pena proposto dal *giudice a quo* avrebbe configurato una disparità di trattamento in danno dei soggetti reclusi che avrebbero visto respingersi l'istanza una volta che il numero fosse sceso sotto soglia massima, oltre alla facoltà di esperire un reclamo al giudice di sorveglianza (ex art. 35, ord. pen.) per le ipotesi di

violazione dei loro diritti e divergendo, sul punto, da quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, aveva ritenuto sufficienti le prescrizioni e i semplici “ordini” del giudice dell’esecuzione per assicurare una tutela effettiva, in ragione della loro natura vincolante. La Corte costituzionale, in sostanza, riconoscendo la sussistenza di trattamenti disumani e degradanti patiti dai detenuti e la grave violazione degli artt. 27 Cost. e 3 Cedu, indicava al legislatore alcune possibili alternative alla restrizione in carcere (come la detenzione domiciliare) al fine di salvaguardare «...i connotati costituzionalmente inderogabili dell’esecuzione penale...» e garantire quel livello minimo, ma ineludibile, di tutela che qualifica l’inviolabilità della libertà personale. Sul versante legislativo, il primo provvedimento legislativo che ha ampliato le ipotesi di ricorso all’applicazione della misura della detenzione domiciliare è la L. 26 novembre 2010, n. 199, avente ad oggetto l’esecuzione, presso il proprio domicilio, delle pene detentive non superiori a diciotto mesi, al fine di fronteggiare il problema del sovraffollamento nelle carceri⁴¹. Si tratta di un istituto di natura straordinaria destinato prevalentemente ai condannati ai quali era stata applicata la recidiva reiterata ex art. 99, comma 4 c.p. che ha introdotto la possibilità di espiare le pene detentive brevi (non superiori a dodici mesi) presso un luogo esterno al carcere (l’abitazione del condannato ovvero altro luogo privato o pubblico di cura, assistenza e accoglienza). Con il successivo D.L. 22 dicembre 2011, n. 211 (convertito in L. 17 febbraio 2012, n. 9) erano state introdotte una serie di misure specifiche sempre rivolte a ridurre il sovraffollamento, decretando la definitiva chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari. Le misure più incisive, però, sono state adottate in seguito alla sentenza Torreggiani c. Italia, con il varo del decreto-legge 23/12/2013 n° 146, convertito nella L. 21 febbraio 2014, n. 10

⁴¹ Agli inizi del 2010 era stato varato dal consiglio dei ministri il c.d. “Piano Carceri”, insieme di provvedimenti finalizzati ad arginare il problema del sovraffollamento nelle carceri italiane con operazioni di edilizia penitenziaria consistenti nella ristrutturazione degli ambienti delle carceri e nella costruzione di nuovi padiglioni e l’aumento del personale di polizia penitenziaria. Dal versante legislativo una serie di riforme normative avrebbero dovuto aumentare il numero di detenuti in uscita e soprattutto per diminuire il flusso in ingresso. Proprio lungo queste linee direttrici è stata emanata la L. 26 novembre 2010, n. 199.

(recante «Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria») la cui *ratio* era quella di mantenere in vita il precitato istituto che aveva avuto una forte incidenza positiva sul problema del sovraffollamento carcerario in quanto, consultando i dati del ministero della giustizia, al 30 novembre 2013 i detenuti che avevano usufruito della misura di qua erano circa tredici mila. Dunque, in questo modo, l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive brevi muta completamente il suo status all'interno dell'ordinamento in quanto passa dall'essere un mero rimedio emergenziale (e per tale ragione di natura temporanea e straordinaria) a divenire uno strumento ordinario di espiatione *extramoenia* della pena.

Come indicato nella rubrica, il testo nasce dalla necessità di restituire alle persone detenute la possibilità di un effettivo esercizio dei diritti fondamentali e di affrontare il fenomeno dell'ormai endemico sovraffollamento carcerario, nel rispetto delle fondamentali istanze di sicurezza della collettività e in conformità alle sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Tra gli obiettivi, quello di diminuire, in maniera selettiva e non indiscriminata, il numero delle persone ristrette in carcere attraverso misure dirette ad incidere sia sui flussi di ingresso negli istituti di pena, sia su quelli di uscita dal circuito penitenziario, mediante la stabilizzazione dell'istituto della esecuzione della pena presso il domicilio prevista dalla citata L. 199 del 2010. L'intervento già preannunciato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa si configura come un tentativo di adeguamento alla sentenza "Torreggiani" che aveva imposto l'adozione di misure compensative interne per i casi di sovraffollamento. Il rafforzamento degli strumenti di tutela dei diritti delle persone detenute si coglie nell'istituzione della figura del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o comunque private della libertà personale e nella previsione di un nuovo procedimento giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza per garantire l'effettività delle decisioni giudiziarie e della

tutela dei diritti dei detenuti.

Di recente, anche il decreto “Cura Italia” 17 marzo 2020, n. 18, poi convertito con L. 24 aprile 2020, n. 27, ha apportato alcune modifiche, tra cui la previsione degli arresti domiciliari per i detenuti che hanno pene da scontare sino a 18 mesi e, nei casi di pene non superiore ai 6 mesi, l'applicazione del “braccialetto elettronico” e di altri strumenti tecnici” per sorvegliare a distanza il rispetto delle prescrizioni imposte per coloro che termineranno di scontare la pena nelle proprie abitazioni. L'obiettivo del recente decreto è quello di diminuire la presenza nelle carceri per gestire meglio l'emergenza sanitaria da coronavirus; l'estensione del beneficio si esclude per i detenuti i responsabili di gravi reati e per i delinquenti abituali, con previsione di una procedura per la concessione della detenzione domiciliare molto più snella dell'attuale, tramite l'eliminazione di alcuni passaggi. Il decreto ha di fatto trasformato così la detenzione da intramuraria in domiciliare per i detenuti ormai prossimi al “fine pena”, possibilità già esistente, ma come detto agevolata da un regime più celere, per contrastare la diffusione del contagio tenuto conto del sovraffollamento carcerario e degli effetti devastanti della pandemia.

8. Le ragioni della crisi del principio di legalità in materia penale

La giurisprudenza costituzionale, nel tempo, si è espressa in conformità al principio di legalità penale, solo in rare occasioni incrinato ed anche la graduale crisi della riserva di legge è stata recepita dalla Corte con molta tolleranza, spesso in fiduciosa attesa di interventi legislativi che colmassero le gravi lacune che si sono nel tempo create in seno all'ordinamento penale, anche per l'intempestività del Parlamento a legiferare, anche nella materia penale⁴².

⁴² L'operato della Corte costituzionale, nel tempo, è stato sempre molto attento a non valicare i limiti della materia penale, in conformità ai principi costituzionali e nel pieno rispetto del ruolo centrale ricoperto dal legislatore. Sulla centralità del Parlamento, infatti, sin dalle prime pronunce in materia, è stato eretto un argine al sindacato della Corte sulle norme penali, rafforzato dalla natura incidentale del

Ancor oggi, nonostante l'*incipit* della dottrina, la Corte ha cercato di preservare la riserva di legge, ribadendo il compito esclusivo del legislatore nel varo di leggi penali⁴³, giungendo gradualmente ad un approccio più interventista, come nel caso della distinzione tra norme penale di favore e norme penali più favorevoli⁴⁴ e ciò dopo aver escluso per anni dal sindacato costituzionale tale fattispecie⁴⁵, o nel caso della declaratoria di incostituzionalità di una norma penale di favore per violazione del principio di ragionevolezza, dopo aver dichiarato in altre occasioni l'infondatezza della questione⁴⁶.

Il Giudice delle leggi pur avendo affermato in più occasioni di volersi astenere dichiarando inammissibili le singole questioni aventi oggetto norme penali, ha finito per aggravare la crisi della riserva di legge in materia penale, intervenendo con sentenze manipolative in *bonam partem*, talvolta anche incidenti su fattispecie penali o sui profili sanzionatori, generando così norme di risulta di complessa

giudizio di costituzionalità, come ancora oggi emerge, anche alla luce delle diffuse esortazioni provenienti dalla dottrina finalizzate a porre in essere un nuovo indirizzo giurisprudenziale tendente a superare i limiti della riserva di legge penale e l'assegnazione di una competenza esclusiva al solo legislatore.

⁴³ In questo senso, *ex plurimis*, G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 4160 ss.; V. ONIDA, *Retroattività e controllo di costituzionalità della legge penale sopravvenuta più favorevole*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del 'favor rei'. Il falso in bilancio davanti alla Corte costituzionale e di Giustizia*, Torino, 2005, p. 288 ss. Con riferimento all'inammissibilità delle questioni in *malam partem* e ad un suo possibile superamento e sul contrasto con norme provenienti dall'Unione europea, si rinvia analitica ricostruzione fornita da M. D'AMICO, *Relazione introduttiva*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), op. cit., p. 1 ss. A favore di una espansione del sindacato di costituzionale anche in *malam partem*, A. LOLLO, *Norme penali di favore e zone d'ombra della giustizia costituzionale*, in *federalismi*, 30 giugno 2009, p. 10 ss.; M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia, 2012; A. BONOMI, *Zone d'ombra, norme penali di favore e additive in malam partem: una «differenziazione ingiustificata» da parte della Corte costituzionale?*, in R. BALDUZZI - P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, p. 154 ss. In senso contrario, e dunque a favore del *self restraint* della Corte, v. invece la posizione di A. CARAMONA, *La legislazione penale ad personam. I rimedi in malam partem della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 717 ss., che esprime preoccupazione per l'erosione della zona franca, in riferimento al sindacato di costituzionalità riguardante le norme penali di favore, anche N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, in L. ZILLETTI - F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, p. 53 ss.

⁴⁴ Si tratta della sentenza, Corte cost. n. 148 del 1983.

⁴⁵ Come è noto, con la citata sentenza n. 148 del 1983, la Corte ha superato questa iniziale perplessità, risolvendo in senso positivo il dubbio circa l'ammissibilità delle questioni aventi ad oggetto norme penali di favore. Il Giudice costituzionale è quindi riuscito, ripensando teoricamente il significato del nesso di incidentalità, ad elaborare una motivazione soddisfacente per evitare il crearsi di vere e proprie zone franche dal controllo di legittimità costituzionale. Su questi profili, v. V. ONIDA,

, in *Giur. cost.*, 1978, p. 996 ss.; D.

PULITANO, *La "non punibilità" davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1803 ss.

⁴⁶ G. MARINUCCI, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le "zone franche"*, cit., p. 4160 ss.

interpretazione. La crisi del principio di legalità penale⁴⁷ è stata attenzionata dalla Corte, nella piena consapevolezza della difficoltà che il codice penale del 1930 avrebbe determinato all'esito dell'entrata in vigore, in via successiva, della Carta costituzionale⁴⁸, tanto che si era auspicato, da più parti, un intervento del legislatore di riforma integrale del codice stesso. L'obiettivo, quello di salvaguardarne l'organicità, la contraddittorietà fra i singoli valori del sistema penale e della Costituzione, i profili di evidente incostituzionalità che sarebbero emersi per evidenti discrasie correlate non soltanto ai differenti tempi di attuazione, ma principalmente ai differenti parametri di tutela dei beni, se si pensa alla predominanza, nel codice Rocco, del principio statalista, con alcune fattispecie di tutela indiretta della persona umana, protetta dalla legge penale solo in relazione all'interesse dello Stato⁴⁹, rispetto all'innovativa affermazione del principio della centralità della persona che la Costituzione ebbe a introdurre, ponendo al centro del quadro di tutela penale, la persona umana⁵⁰. In tal senso si collocano gli

⁴⁷ In merito alla crisi della legalità penale la letteratura è molto vasta; si v., *ex multis*, tra i penalisti, sul tema a tutto tondo, G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, p. 79 ss.; F. PALAZZO,

, in AA.VV., *Principio di legalità e diritto penale*, in *Quad. Fior.*, XXXVI, 2007, p. 1281 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004; in particolare, sulle cause esterne della crisi dell'istituto, si v. C. GRANDI, , 2006, Milano; sull'abuso degli atti aventi forza di legge e in particolare dell'art. 76 Cost., C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, p. 8 ss.; sul ruolo della Corte costituzionale italiana, E. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005; G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2007; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, p. 315 ss.; M. D'AMICO, *Ai confini (nazionali e sovranazionali) del favor rei*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Ai confini del favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino, 2005, p. 2 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, 2016.

⁴⁸ Sul punto, M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998; F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*, in *Riv. Dir. cost.*, 1999, p. 168; ID, *Un penalista del XXI secolo legge il codice penale del 1930*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2011; L. STORTONI, G. INSOLERA (a cura di), *Gli ottant'anni del codice Rocco*, Bologna, 2012.

⁴⁹ Si v. la sentenza n. 27 del 1975, che ha dichiarato incostituzionale l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p., "nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre".

⁵⁰ Il passaggio dal principio statalista a quello personalista si evince, peraltro, dalla lettura sistematica degli artt. 2, 3 e 13 Cost., oltre dall'intera trama normativa della Carta costituzionale, avallata dagli interventi della Corte costituzionale, «come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana» (*ex multis*, Corte cost., sentenza n.167 del 1999). Si tratta di un principio che esprime «una naturale "eccedenza assiologica" rispetto agli stessi principi fondamentali restanti, debordando dunque dai confini, pure in modo assai largo, segnati dall'enunciato costituzionale che si ritiene farvi menzione e distendendosi senza limitazione alcuna per l'intero dettato costituzionale, per

interventi, come detto gradualmente, attuati dalla Corte costituzionale, facendo ricorso a particolari pronunce di natura para-legislativa⁵¹. Altro profilo di criticità si è determinato con riguardo all'esatta esegesi della riserva di legge⁵² (art. 25, comma 2, Cost.) e al non troppo isolato ricorso ad atti aventi forza di legge nei settori dell'ordinamento penale⁵³, avallato da alcune pronunce in cui la Corte ha affermato che l'uso del decreto-legge come atto di normazione penale soggetto alla conversione in legge, non costituisce un pregiudizio rispetto alla funzione legislativa assegnata al Parlamento in via prioritaria, né tantomeno il principio della riserva di legge verrebbe ad esserne intaccato. Prova ne è che nella giurisprudenza costituzionale più recente la Corte non si è sottratta a rimarcare il ruolo centrale del Parlamento ed il primato della legge ordinaria con riferimento alla materia penale⁵⁴ e percorrendo il solco della riserva dell'art. 25, comma 2, Cost., ha evidenziato come spetti al Parlamento, in quanto organo rappresentativo della volontà popolare, il compito di legiferare sulla materia penale, anche in ragione del

quindi da esso discendere ai gradi sottostanti e coprire tutto l'ordinamento e l'esperienza sulla sua base formatasi». Così, A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *federalismi.it*, n.17/2013, p. 13 ss.). La Carta costituzionale ha il suo «cuore pulsante» nella persona umana intesa quale valore fondante. Secondo l'A., infatti, le proiezioni del principio personalista si possono apprezzare anzitutto in seno alla teoria dei diritti fondamentali, in ordine alla quale il pieno riconoscimento della centralità della persona umana, determinerebbe l'impossibilità interpretare l'art. 2 Cost. come norma a fattispecie chiusa. Particolare incidenza rinvia dal quadro della giustizia costituzionale e della giurisdizione in genere, nel quale si svolge l'opera di bilanciamento tra i valori costituzionali, strettamente correlati alla tutela del principio personalista. Il principio personalista, inoltre, è stato posto «a base delle opzioni di fondo fatte alla Costituente in sede di rifacimento dell'intera impalcatura istituzionale dello Stato» ed è alla base della nostra forma di Stato e di governo, definendo i contorni di una «democrazia personalista». Il principio personalista non comporta che gli interessi individuali debbano sempre prevalere su quelli collettivi, ma per lo meno che questi ultimi, pur se contraddistinti da interessi socialmente e giuridicamente rilevanti non possono collocarsi sullo stesso piano (tramite un'opera di bilanciamento) dei diritti costituzionalmente sanciti a tutela della persona umana, *in primis* dei diritti fondamentali (A. MORELLI, *Persona e identità personale*, in *BioLaw Journal*, 2/2019).

⁵¹ Cfr. ad esempio le sentenze nn. 290 del 1974 e 165 del 1983,

⁵² Sulla riserva di cui all'art. 25, comma 2, Cost., F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, p. 32 ss.; C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, 2015, p. 181 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale*, Milano, 2016.

⁵³ E' il caso di citare il decreto – legge 14 agosto 2013, n. 93, recante Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province, convertito nella l. n. 119 del 2013 e il d. lgs 24 settembre 2015, n. 158, Revisione del sistema sanzionatorio, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23.

⁵⁴ Sul punto, cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, cit., p. 53 ss.; V. MANES, *Illegittime le "norme penali di favore" in materia di falsità nelle competizioni elettorali (nota a Corte cost. n. 394/2006)*, in *Diritto & giustizia*, 46/2006, 34 ss.; I. PELLIZZONE, *Il fondamento costituzionale del principio di retroattività delle norme penali in bonam partem: due decisioni dall'impostazione divergente*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2006.

fatto che essa verte su diritti e principi fondamentali⁵⁵. Inoltre, la Corte ha evidenziato che l'intervento del legislatore nella materia penale dovrebbe seguire i canoni di cui all'art. 72 Cost., caratterizzandosi tramite una legge ordinaria, anche al fine di evitare il ricorso smodato alla decretazione governativa⁵⁶.

La Corte costituzionale con due fondamentali decisioni relativamente recenti, del 2014 (la n. 5 e la già citata n. 32), è giunta a denunciare apertamente alcuni gravi vizi procedurali nell'impiego degli atti aventi forza di legge e per la prima volta, ha affermato il proprio potere di controllo nei confronti di interventi normativi *in bonam partem*, in quanto «operati da soggetti non legittimati, proprio perché non rappresentativi dell'intera collettività nazionale», evidenziando come «la verifica sull'esercizio da parte del governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.».

Altro profilo di criticità è da individuarsi nella carenza di sistematicità dell'ordinamento penale⁵⁷, generato dalla mancanza di una riforma del vigente codice penale e aggravato da alcune scelte di politica criminale del legislatore settoriali. Altrettanto indubbia è l'incidenza dei più recenti interventi europei e sovranazionali il cui ingresso nei sistemi penali nazionali, ha determinato un'erosione dei contorni della norma penale, come nel caso dell'introduzione di cause di giustificazione e di nuove fattispecie che hanno indotto la Corte costituzionale a ritenere sindacabili norme di favore interne, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con

⁵⁵ Cfr. Corte cost., sentenza n. 230 del 2012. Il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale, viene demandato al Parlamento che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica, organo eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), le cui deliberazioni implicano un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze pubbliche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione". Profili critici sul punto, in F. COLOMBI, *Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e Cedu: riserva di legge e base legale. riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230*, in *Rivista AIC*, 3/2013, 13 settembre 2013, p. 9 ss.

⁵⁶ Cfr., *ex multis*, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 32 ss.

⁵⁷ Sul punto, F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 1699-1770; A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, con richiamo ad un diritto penale "patologicamente frammentato".

norme dell'Unione europea prive di effetto diretto - come nel caso della sentenza n.28 del 2010 - riconoscendo la possibilità che le scelte di politica criminale *in bonam partem* compiute dal legislatore nazionale recedano dinanzi ai vincoli posti dall'ordinamento comunitario⁵⁸. Nella crisi della legalità penale anche la giurisprudenza costituzionale ha in parte inciso se si pensa ad alcune pronunce in cui la Corte è apparsa granitica nelle declaratorie di inammissibilità di questioni di costituzionalità su norme penali più favorevoli, nell'intento di evitare decisioni manipolative *in malam partem*, pur essendosi registrate alcune eccezioni tra cui le sentenze nn. 25 del 1994⁵⁹ e 317 del 1996²⁹ e l'ordinanza n. 95 de 2004⁶⁰, in occasione delle quali la Corte è stata chiamata, infatti, a valutare se le scelte sanzionatorie del legislatore non fossero in contrasto con il principio di uguaglianza o con il diritto comunitario.

9. Riflessioni conclusive

La tutela della libertà personale costituisce da sempre esigenza connaturata ad ogni individuo, misura e parametro di civiltà di ogni ordinamento. Dalla disamina dei profili attuativi dei diritti inviolabili e della libertà personale, quale nucleo essenziale di ogni diritto, come riconosciuto dalla nostra Carta fondamentale e dalle altre Carte

⁵⁸ A commento, tra i molti, F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14, in Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 1 e ss.; C. SOTIS, *I limiti del giudice come controlimiti*, intervento nell'ambito del convegno, *Crisi della legalità penale e diritto costituzionale*, svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano, 15 aprile 2016, in www.forumcostituzionale.it (5 ottobre 2016).

⁵⁹ Corte Cost., 10 febbraio 1994, n. 25; in questo caso la Corte Costituzionale ha dovuto giudicare della legittimità costituzionale della norma che prevede alcune sanzioni per chi consegua indebitamente erogazioni dal Fondo europeo agricolo, mediante l'esposizione di dati o notizie falsi. La questione è stata sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., in quanto la disposizione impugnata avrebbe contenuto sanzioni eccessivamente attenuate rispetto ai casi dei reati di truffa e truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. La Corte Costituzionale ha ritenuto la questione non fondata, perché la norma censurata, secondo la sua interpretazione, deve essere applicata in via residuale rispetto ai reati di truffa e truffa aggravata. Con questa pronuncia, la Corte entra nel merito, nonostante la previsione del legislatore, che le si chiede di dichiarare incostituzionale, contenga delle sanzioni meno gravi rispetto alle altre norme.

⁶⁰ La questione è del tutto analoga a quella risolta dalla sent. n. 25 del 1994. Oltre all'art. 3 Cost., però, viene invocato come parametro l'art. 11 Cost., per violazione della Convenzione per la salvaguardia degli interessi finanziari della Comunità europea. Il giudice a *quo* sostiene, infatti, che, oltre alla disparità di trattamento rispetto al caso di truffa, sussista una violazione del diritto comunitario. Infatti, le sanzioni previste nella norma impugnata non sarebbero idonee a proteggere gli interessi finanziari della Comunità europea. La Corte Costituzionale ribadisce la sua interpretazione, per cui la norma impugnata è applicabile in via residuale rispetto alla truffa, ed esclude di conseguenza una violazione dell'art. 11 Cost.

sovrnazionali, emerge tuttavia un dato non rassicurante, poiché in nessun altro campo dell'ordinamento giuridico l'individuo si trova così assoggettato alla potestà statale quanto nell'ambito penale, sia nella fase di esecuzione della pena, ma spesso anche nel corso del procedimento penale. Il percorso che si è inteso ripercorrere indubbiamente conduce alla constatazione che prima dell'avvento della Costituzione e delle Carte europee e internazionali al soggetto nei confronti del quale si innestava un processo penale, non veniva riconosciuto alcun tipo di diritto, essendo sottoposto alla libera discrezionalità dello Stato, perché privo di un concreto e proficuo sistema di garanzie. Il primo forte segnale di cambiamento e di tutela dei diritti spettanti ad ogni persona si è registrato nel significativo riconoscimento dell'inviolabilità della libertà personale, sancita all'art. 13 della Costituzione, baluardo che nella materia delle misure cautelari personali ha consentito di erigere una protezione a beneficio della persona, riconfigurando la misura inframuraria da regola ad eccezione, in conformità al principio secondo cui il ricorso alla restrizione cautelare in carcere debba applicarsi solamente nei casi in cui le altre misure cautelari risultino inadeguate. In alcuni casi, però, i buoni propositi di relegare la custodia carceraria ad un ruolo di extrema ratio sono stati più volte disattesi nel corso degli ultimi anni, come comprovato dalle reiterate pronunce di condanna comminate dalla Corte di Strasburgo e i costanti richiami a seguito di abusi della custodia carceraria, tra le cause che hanno portato il nostro Paese al connesso problema del sovraffollamento carcerario. La libertà personale: genesi, itinerari e mutazioni Sulla delicata questione la Corte costituzionale ha cercato di demolire, con il suo intervento sempre più incessante, quelle presunzioni di adeguatezza ritenute fino a pochi anni fa essenziali a fronteggiare le esigenze di tutela della sicurezza collettiva e i reiterati allarmi sociali. Tra gli obiettivi principali dei giudici della Consulta, l'intento di evitare l'abuso delle misure cautelari quali anticipazione della pena, chiarendo l'estraneità al vigente ordinamento costituzionale dell'idea che la restrizione della

libertà in esame possa comportare il disconoscimento delle posizioni soggettive attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria costituzionale. La nostra Carta costituzionale, infatti, si fonda sul primato della persona umana che non deve essere offuscato dallo stato di restrizione della libertà personale; i diritti inviolabili restano vividi ed immutati anche nella fase di esecuzione della pena, già di per sé fortemente afflittiva per l'evidente contrazione di altre libertà correlate. Nel corso della fase esecutiva della pena lo Stato detiene "il corpo" della persona sottoposta a restrizione e ha il dovere di osservare rigorosamente il complesso sistema di garanzie interne e sovranazionali, custodendo il "corpo" con spirito di protezione e di salvaguardia della sua integrità psico-fisica, condizioni essenziali per la reintegrazione del detenuto nel tessuto sociale, dal quale è stato escluso dalla sua condotta violativa di legge. La genesi tribolata, l'itinerario farraginoso e la significativa trasformazione del concetto di libertà personale costituiscono tappe essenziali dell'evoluzione dello Stato e della persona umana, ma ogni arresto è un grave e inaccettabile passo indietro e il cammino è ancora lungo e in salita. Ogni potere che umilia la persona nella sua integrità del corpo e della mente, ne offende la dignità e la sua parte più intima. È la storia che deve insegnarci che la libertà della persona non ha tempo, né confini e se c'è un prezzo, è stato sin troppo pagato.

Rispetto al potere di incriminazione penale e di adozione di misure limitative della libertà personale, la libertà personale ha innalzato un argine spesso infranto da disposizioni normative non sempre conformi al disegno costituzionale. Occorre, pertanto, un impegno di tutti gli operatori del diritto, con una piena convergenza di intenti, diretto verso l'obiettivo condiviso di contemperare efficacemente l'invulnerabilità del bene primario della persona con le esigenze di tutela collettiva, perché c'è un confine di basilare importanza nella materia della libertà personale, oltre il quale non si può andare, nemmeno di fronte alle esigenze di difesa della società.

Prezioso arricchimento dovrebbe trarsi dal passato: «...uno Stato non è veramente democratico se non è al servizio dell'uomo, se non ha come fine supremo la dignità, la libertà, l'autonomia della persona umana, se non è rispettoso di quelle formazioni sociali nelle quali la persona umana liberamente si svolge e nelle quali essa integra la propria personalità...abbiamo bisogno perciò di questo sicuro criterio di orientamento, per una lotta che non è finita adesso e che non può finire, lotta per la libertà e per la giustizia sociale...». Così Aldo Moro nel famoso intervento nel corso della seduta dell'Assemblea Costituente del 13 marzo 1947, oggi fonte di ispirazione da preservare nelle scelte più delicate che ricadono sulla libertà e dignità della persona.