

A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale

Massimo Luigi Ferrante

SOMMARIO: 1. Premessa, 587 – 2. Il principio di libertà nei lavori dell'Assemblea costituente, 587 – 3. La libertà personale, 592 – 4. L'art. 13 Cost. ed il diritto penale sostanziale, 594 – 5. Il valore dell'art. 13 Cost. nel sistema penale italiano, 595 – 6. Il principio di libertà ed il principio di legalità, 596 – 7. Il principio di libertà ed il principio della responsabilità penale personale, 601 – 8. Il principio di libertà ed il principio di *extrema ratio* e di necessaria offensività, 602 – 9. Considerazioni conclusive, 604.

1. Premessa

Il principio di inviolabilità della libertà personale¹ è previsto, come è noto, dal I comma dell'art. 13 Cost., che detta testualmente: «La libertà personale è inviolabile».

L'articolo in questione sovente viene ritenuto prevedere, soprattutto nel secondo comma, norme attinenti al solo diritto processuale penale. Si tratta di un'interpretazione che, oltre a risultare in contrasto con il carattere unitario del sistema penale che è composto da norme sostanziali e da norme processuali², non sembra del tutto in linea con la struttura della Carta voluta dai Padri costituenti.

Il presente lavoro cercherà di analizzare, nei limiti di estensione che un articolo impone, il valore dell'art. 13 Cost. per il sistema penale italiano e di cogliere i nessi che legano gli altri principi penalistici contenuti nella Costituzione al principio di inviolabilità della libertà personale, rinviando per gli approfondimenti ad un'opera monografica che chi scrive sta elaborando.

2. Il principio di libertà nei lavori dell'Assemblea costituente

a) Premessa

Per poter comprendere appieno qualsiasi fenomeno umano appare necessario considerarne le radici storiche. Tale esigenza esiste ovviamente anche con riferimento all'argomento in questione ed appare di non difficile soddisfazione volgendo mente agli atti della Assemblea

1. Tale espressione è stata preferita alle tradizionali espressioni “*favor libertatis*” e “*favor rei*”, in quanto appare più confacente alla terminologia usata dai Padri costituenti. Per ragioni di comodità nell'esposizione verrà impiegata anche la sintetica equipollente espressione “principio di libertà”.

2. Delinea lucidamente gli stretti legami tra norme penali sostanziali e norme processuali: M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, *La legge penale*, Torino, 1999, 19.

costituente³, che forniscono notizie preziose per una corretta ricostruzione della *voluntas Legislatoris*.

b) La trattazione contestuale dei principi penalistici della Costituzione

Un primo dato occorre considerare: i cosiddetti principi penalistici della Costituzione nel corso dei lavori preparatori sono stati presi in considerazione, come del resto la logica suggeriva, in un medesimo contesto normativo.

Si consideri a tal proposito la proposta della I sottocommissione del 30 luglio 1946, in base alla quale sotto il titolo “libertà civili” erano indicati per garantire l’inviolabilità della persona nell’ordine: l’inviolabilità dagli arresti; il diritto ad essere giudicato dal giudice naturale; il diritto ad essere punito secondo una legge preventiva e con pene legali; il diritto ad una libera ed efficace difesa processuale e la presunzione di innocenza fino alla condanna; il divieto di pene corporali unitamente al diritto ad un trattamento penale umano ed il diritto a non essere estradato⁴.

In ossequio a tale proposta vennero trattati ed approvati dalla I sottocommissione in quattro sedute consecutive (12, 17, 18 e 19 settembre 1946) l’art. 3 (dal quale, come si vedrà, è derivato l’attuale art. 13), l’art. 4, dedicato alla presunzione di innocenza, al giudice precostituito ed al diritto di difesa, e l’art. 5, dedicato all’irretroattività delle norme penali, alle pene tassativamente fissate, alla responsabilità penale personale, alla rieducazione, all’umanità delle pene ed al divieto, con eccezioni, della pena di morte⁵.

Tali dati assumeranno ulteriore valore dopo aver considerato qui di seguito lo sviluppo che ha avuto il principio di inviolabilità della libertà personale (o principio di libertà, dir si voglia) nel corso dei lavori della sottocommissione in questione.

c) La “svolta sistematica” nel corso dei lavori preparatori

Nella seduta del 12 settembre 1946, dedicata all’analisi dell’art. 3 del progetto (dal quale, come s’è detto, sarebbe derivato l’attuale art. 13), si verificò un importante cambio di impostazione.

Il testo presentato iniziava trattando direttamente del divieto di privazione della libertà personale « se non per atto dell’autorità giudiziaria, nei casi e nei modi previsti dalla legge »⁶, facendo, in buona sostanza, riferimento al concetto di *habeas corpus*.

Intervennero Dossetti che, richiamando la proposta a suo tempo formulata dalla commissione di studi del Ministero per la Costituente, propose di far precedere una dichiarazione generale sull’inviolabilità della persona umana, seguita dalle varie norme pratiche a garanzia del diritto alla libertà personale, sottolineando il carattere sistematico e tecnico di tale proposta⁷.

Su questa si accese un dibattito animato⁸, nel quale il proponente ebbe modo, richiamando orgogliosamente a favore dell’Italia « una certa superiorità quanto a tecnica giuridica

3. I lavori preparatori dell’Assemblea costituente sono pubblicati anche in *La Costituzione della Repubblica, nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, Camera dei deputati, Segretariato generale, Roma, 1970. Su tale pubblicazione è basata la presente ricostruzione storica.

4. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 380.

5. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 343.

6. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 343.

7. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 343.

8. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 344.

e ad eleganza di impostazioni giuridiche », di sostenere l'opportunità di enunciare prima di ogni diritto il concetto e successivamente di enunciare i mezzi tecnici di garanzia dello stesso⁹.

All'esito della discussione la proposta, sostenuta anche da Togliatti, Giovanni Lombardi e Moro, venne formalizzata dal suo primo sostenitore ricorrendo alla formula « La libertà personale è inviolabile »¹⁰ e venne approvata nella stessa seduta¹¹.

A conferma della volontà di organizzare a sistema le norme a tutela della libertà personale occorre anche ricordare che Ruini, presidente della commissione al progetto di Costituzione, nel suo intervento prima della votazione finale, in data 22 dicembre 1947, sottolineò chiaramente il carattere sistematico delle garanzie di libertà della Carta costituzionale¹².

d) L'analisi degli altri principi

Una volta consacrata la scelta di carattere sistematico e metodologico di premettere la dichiarazione dell'inviolabilità della persona umana, non poteva non seguire la redazione delle « varie norme pratiche a garanzia del diritto enunciato »¹³. Tale attività si svolse in parte nella stessa seduta del 12 settembre e nelle successive sedute del 17, del 18 e del 19 settembre 1946.

In particolare nella prima, dopo aver approvato l'importante enunciazione in tema di inviolabilità della libertà personale, si passò alla discussione sulle limitazioni consentite di tale libertà¹⁴.

Nella seduta del 17 settembre 1946, venne messo ai voti ed approvato l'intero art.3, che con gli emendamenti risultò del seguente tenore letterale: « La libertà personale è inviolabile. Nessuno può esserne privato, se non per atto dell'autorità giudiziaria e solo nei casi e nei modi previsti dalla legge. Il fermo e l'arresto di polizia non è ammesso che per fondato sospetto di reato e non può durare in nessun caso più di 48 ore. Decorso tale termine, la persona fermata od arrestata deve essere rimessa in libertà, a meno che nel frattempo non sia intervenuta denuncia all'autorità giudiziaria e questo, entro le ulteriori 48 ore, abbia emesso ordine o mandato di cattura. È vietata ogni violenza fisica o morale in danno della persona fermata, arrestata o comunque detenuta. Durante lo stato di privazione della libertà personale, è garantito a tutti un trattamento umano ».

Dopo tale approvazione nel corso della stessa seduta, si passò all'analisi dell'articolo 4, come s'è visto in tema di presunzione di innocenza, di diritto di difesa e di precostituzione del giudice, che venne in quel contesto temporale approvato nel seguente testo: « L'innocenza dell'imputato è presunta fino alla condanna definitiva. La difesa processuale è un diritto inviolabile in ogni stato e grado di giurisdizione. Nessuno può essere sottoposto, se non a giudici precostituiti a norma di legge. Per nessun titolo e sotto nessuna

9. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 344.

10. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 345.

11. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 346.

12. « Nessuna altra Carta costituzionale contiene un sistema così completo e definito di garanzie di libertà [...] Per il suo tecnicismo giuridico-costituzionale (e per la struttura e l'architettura dell'intera Costituzione) la nostra Carta è una cosa seria », in *La Costituzione*, cit., vol. V, 4598.

13. Sono le parole usate da DOSSETTI nel suo intervento supra menzionato riportate in *La Costituzione*, cit., vol. VI, 344.

14. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 346.

denominazione possono essere create giurisdizioni straordinarie »¹⁵.

Nella seduta successiva, quella del 18 settembre 1946, la I sottocommissione passò all'esame dell'art. 5, concernente, come s'è detto, il divieto di retroattività della legge penale, il principio di tassatività, quello di personalità, il principio di rieducazione, il divieto della pena di morte, tranne i casi previsti dai codici penali militari di guerra, ed il divieto di pene crudeli e di sanzioni collettive.

Per quanto riguarda il principio di tassatività, il testo proposto dai relatori La Pira e Basso lo poneva, con riferimento alle pene, al secondo comma dell'articolo in questione: « Non possono essere irrogate che le pene tassativamente fissate dalla legge »¹⁶.

A tal proposito particolarmente interessante fu l'intervento di Moro, il quale sostenne la necessità di consacrare a livello costituzionale sia la tassatività che l'irretroattività della legge penale nell'ottica della difesa della libertà umana¹⁷.

Alla fine però prevalse l'emendamento volto ad unificare i primi due commi dell'articolo in questione, emendamento nel quale non figurava il riferimento alla tassatività e venne quindi approvato il primo comma dell'articolo 5 dal seguente tenore letterale: « Nessuno può essere sottoposto a processo né punito se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso e con la pena da essa prevista »¹⁸.

Questa scelta però certamente non eliminò dalla Costituzione il principio di tassatività. Significative in tal senso furono le affermazioni che Ruini fece nella sua relazione datata 6 febbraio 1947: dopo aver sottolineato la necessità, alla luce di ciò che era dolorosamente successo all'Italia, di consacrare i diritti di libertà con una determinazione ed una precisione maggiore rispetto ai vecchi testi costituzionali, con riferimento alla libertà personale ed a quella di domicilio fece riferimento fra i "necessari presidi" alla « indicazione di casi tassativi, da parte della legge »¹⁹.

Tornando alla seduta del 18 settembre 1946, venne analizzato ed approvato il secondo comma dell'articolo 5, dedicato alla personalità della responsabilità penale, con un testo identico a quello dell'attuale I comma dell'art. 27 Cost. Il relativo dibattito venne caratterizzato dall'intervento di Moro che sottolineò la necessità di rispondere per fatto proprio e per ogni partecipazione personale al fatto proprio²⁰.

I lavori inerenti all'art. 5 vennero proseguiti nella seduta del 19 settembre 1946 con riferimento al principio di rieducazione, al divieto della pena di morte, tranne i casi previsti dai codici militari di guerra, ed al divieto di pene crudeli e di sanzioni collettive. Il relativo dibattito si concluse con l'approvazione dell'art. 5, del seguente tenore letterale: « Nessuno può essere sottoposto a processo, né punito, se non in virtù di una legge entrata in vigore anteriormente al fatto commesso e con la pena da essa prevista. La responsabilità penale è personale. Le sanzioni penali devono tendere alla rieducazione del condannato. La pena di morte non è ammessa. Possono fare eccezione i Codici penali militari di guerra »²¹.

15. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 366.

16. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 367.

17. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 369.

18. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 371.

19. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. I, LXXVIII.

20. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 372.

21. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 380.

e) Il concetto di libertà personale

Il concetto di libertà personale preso in considerazione dal Legislatore costituente si evince in maniera chiara considerando i lavori preparatori.

Innanzitutto se si volge mente alla sopra considerata “svolta sistematica”, che ha portato a far precedere il testo dell’allora art. 3 dal riconoscimento dell’inviolabilità della libertà in questione, non si può non notare come il testo originario facesse riferimento al cosiddetto *habeas corpus*.

A ciò si aggiunga che nel corso del dibattito si registrarono significativi interventi in tal senso. Si pensi all’intervento di Togliatti dal quale si evince *expressis verbis* la volontà dei Costituenti in ordine al fatto che l’articolo in esame riguardasse l’*habeas corpus*²². Si pensi alla costante connessione di tale libertà con la tematica dell’arresto e del fermo evidenziata negli interventi di Lucifero²³, di Tupini²⁴ e di Giovanni Lombardi²⁵.

Particolarmente indicativo in tal senso l’intervento di Dossetti, il quale criticando il concetto ampio di libertà al quale aveva fatto riferimento altro commissario affermò con chiarezza: « Qui si parla di violazione della libertà personale in seguito ad arresto o a detenzione; altre forme di privazione non rientrano in questo articolo »²⁶.

Ulteriore prova dell’accezione restrittiva con la quale fu impiegata la locuzione “libertà personale” nei lavori preparatori della Costituzione si ha considerando un altro aspetto. Nell’adunanza plenaria del 24 gennaio 1947 era stato posto in discussione l’articolo 8, derivato dal sopra considerato articolo 3 ma con una sostanziale differenza in quanto nel secondo comma, originariamente riguardante solo la libertà personale, erano state prese in considerazione anche l’inviolabilità del domicilio e della corrispondenza²⁷. Venne proposto da Perassi un emendamento volto a dividere i tre tipi di inviolabilità, della persona, del domicilio e della corrispondenza e fu quindi dato mandato al proponente ed ai componenti del comitato di redazione di formulare la norma in tal senso²⁸, come poi puntualmente accadde.

Infine tale accezione restrittiva della locuzione qui considerata trovò una conferma inequivocabile nella sopra citata relazione di Ruini al progetto di Costituzione, nella quale si tenne ben distinta la libertà personale dalle libertà di domicilio, di corrispondenza, di circolazione, di soggiorno, di emigrazione, di riunione, di associazione, di credenza e di confessione religiosa ed infine di stampa²⁹.

22. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 345.

23. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 346.

24. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 347.

25. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 348.

26. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 349.

27. Il comma dell’art. 8 recitava testualmente: « Non è ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione e perquisizione personale o del domicilio, di sequestro e controllo della corrispondenza, né qualsiasi altra restrizione della libertà, se non per atto dell’autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge ». Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 168.

28. Sul punto v. *La Costituzione*, cit., vol. VI, 169.

29. Sul punto nella relazione è dato leggere: « Nel nostro progetto si delineano in rapida rassegna le libertà essenziali, dalle tre “inviolabilità” della persona, del domicilio e della corrispondenza, e dalle libertà di circolazione, di soggiorno, di emigrazione, ai diritti di riunione, di associazione, di credenza e di confessione religiosa, di stampa » il riferimento è in *La Costituzione*, cit., vol. I, LXXVIII.

f) Considerazioni di sintesi

Dall'analisi dei lavori preparatori emergono alcuni punti fermi: la libertà personale fu intesa dai Costituenti *stricto sensu* e fu quindi tenuta ben distinta dalle altre libertà; la "svolta sistematica" sopra considerata, incentrata sul far precedere le singole norme specifiche a garanzia della libertà personale dall'espressa affermazione dell'inviolabilità della stessa, ebbe come conseguenza l'organizzazione a sistema delle norme stesse; il sistema in questione nei lavori preparatori appariva in maniera evidente, attesa la contiguità degli articoli dedicati ai cosiddetti principi penalistici della Costituzione, a partire dalla affermazione dell'inviolabilità della libertà personale, *ut supra* intesa; significativa nell'ottica sistematica in questione risulta la mancata approvazione della proposta di prevedere esplicitamente, in un articolo successivo a quello dal quale sarebbe derivato l'art. 13 Cost. il principio di tassatività, senza che però questo venisse espunto dal sistema costituzionale così delineato, come testimonia il passo della relazione di Ruini sul punto, *supra* richiamato.

3. La libertà personale

Dopo aver colto dai lavori preparatori i punti or ora considerati, occorre cercare di individuare con precisione il concetto di libertà personale di cui all'art. 13 Cost. La questione potrebbe sembrare già risolta alla luce delle considerazioni poc'anzi svolte in ordine agli intendimenti dei Padri costituenti tuttavia alcune prese di posizione di segno diverso da parte della dottrina e della Corte costituzionale rendono necessario un approfondimento.

In dottrina infatti la portata di tale concetto non è pacifica. Una buona parte degli studiosi di diritto costituzionale intende, in armonia con quanto emerso dai lavori preparatori, la libertà personale in maniera restrittiva, come libertà fisica, da distinguere dalle altre forme di libertà, con la conseguenza di ritenere disciplinate da altre disposizioni costituzionali, quali gli artt. 16, 23 e 32, le imposizioni di obblighi³⁰. Accanto a tale orientamento se ne sono delineati altri, aventi come minimo comun denominatore la tendenza ad ampliare il concetto in questione. Si pensi all'orientamento che riconduce all'art. 13 Cost. anche le limitazioni della libertà morale³¹.

Si pensi agli orientamenti che lo connettono al libero sviluppo della personalità³², o alla

30. In tal senso: ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 30 e 38 s.; PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 290 e 295; Id., *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni. Parte speciale*, Padova, 1992, 170 e 175; AMATO, Art. 13, in *Comm. Cost.*, BRANCA, *Rapporti civili*, Art. 13-20, Bologna, Roma, 1977, 4; PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1988, 30 s.; CERRI, *Libertà. II) Libertà personale (Dir. Cost.)*, *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, CARETTI, *Libertà personale*, *Dig. disc. pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, 234 s. Anche VASSALLI, *La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. V. Miscellanea di diritto pubblico e privato, II, Padova, 1958, 365 ss. ha aderito all'interpretazione restrittiva del concetto in questione. Successivamente ha però ricondotto alla tutela apprestata dall'art. 13 Cost. anche la libertà morale (*Il diritto alla libertà morale. Contributo alla teoria dei diritti della personalità*, in *Scritti in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1629 ss.).

31. In tal senso, BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, III ss.; P.F. GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione ed obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, *Giur. cost.*, 1962, 205.

32. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 52.

dignità³³, o alla libertà psicofisica³⁴, intesa da taluno come libertà della mente e del corpo nella loro indissolubile unità³⁵. In quest'ultima ottica il concetto di libertà personale viene riferito non solo all'art. 13 ma anche agli artt. 2 e 3 della Costituzione, evincendone una portata più ampia, alla quale possono essere riferiti molti dei cosiddetti nuovi diritti, intesi come diritti che emergono da un contesto costituzionale tendenzialmente onnicomprensivo³⁶.

Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale si sono registrate divergenze analoghe a quelle manifestate in dottrina³⁷. Una buona parte delle sentenze, soprattutto in passato, ha dato del concetto di libertà personale un'interpretazione restrittiva, nell'ottica della garanzia da coercizioni fisiche³⁸.

Un orientamento nettamente minoritario ha invece fatto rientrare nella disciplina dell'art. 13 Cost. anche le limitazioni della libertà morale, qualora tali limitazioni determinino un assoggettamento totale della persona all'altrui potere³⁹. Altro orientamento della Corte costituzionale ha posto invece in relazione il concetto in questione con quello di "degradazione giuridica", inteso come menomazione o mortificazione della dignità della persona, equiparabile all'assoggettamento derivante dalla violazione dello *habeas corpus*⁴⁰. Su tale linea sembra porsi la pronuncia che pone in relazione la libertà personale e la dignità umana, quest'ultima mortificata in ogni caso di assoggettamento fisico all'altrui potere⁴¹.

Dopo aver analizzato le varie opinioni occorre prendere posizione. Pur apprezzando i nobili intenti che animano i sostenitori degli orientamenti volti ad estendere le garanzie dell'art. 13 Cost., si deve osservare come non appaiano confacenti alla Carta costituzionale. La chiara *voluntas*, evidenziata dall'analisi dei lavori preparatori, di considerare la libertà personale in senso stretto, ha informato il sistema sul quale è strutturata la Costituzione.

Già dall'analisi dell'art. 13 l'opinione qui sostenuta trova conferma. Infatti i commi che seguono il primo, nel quale, come è noto, è consacrata l'inviolabilità della libertà personale, si riferiscono ad un concetto restrittivo di libertà personale.

Il II comma si riferisce inequivocabilmente a situazioni come la detenzione, l'ispezione e la perquisizione personale, che vulnerano direttamente la libertà personale *stricto sensu*.

Il V comma demanda alla legge di stabilire i limiti massimi della carcerazione preventiva, la quale ovviamente incide direttamente su tale tipo di libertà.

Alcuni articoli successivi all'art. 13 sono invece dedicati espressamente a forme di libertà individuale che con forzature interpretative i sostenitori delle opinioni estensive vorrebbero porre sotto l'usbergo delle norme contenute nell'articolo da ultimo citato.

Per ragioni di economia dell'esposizione non sarà possibile l'analisi approfondita dei rapporti fra i vari tipi di libertà considerati nella parte I della Costituzione e quindi ci si

33. NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 69.

34. In tal senso: MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Tomo II, Padova, 1976, 1040 s.; MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 12.

35. MODUGNO, *op. cit.*, 12.

36. MODUGNO, *op. cit.*, 11.

37. Su tali oscillazioni v. NANIA, *op. cit.*, 33 ss.; RUOTOLO, in *Art. 13, Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, Torino, 2006, 323.

38. In tal senso si vedano le sentenze n. 2 del 1956, n. 45 del 1960, n. 72 del 1963, n. 68 del 1964, n. 52 del 1967, n. 13 del 1972, n. 62 del 1994, n. 210 del 1995, n. 194 del 1996. Sul punto v.: RUOTOLO, *op. cit.*, 323.

39. Sentenza n. 30 del 1962. Sul punto v. RUOTOLO, *op. cit.*, 324.

40. In tal senso si vedano le sentenze n. 68 del 1964, n. 419 del 1994, n. 210 del 1995. Sul punto v. RUOTOLO, *op. cit.*, 324.

41. In tal senso si consideri la sentenza n. 105 del 2001, in tema di trattenimento dello straniero presso centri di permanenza temporanea ed assistenza. Sul punto v. RUOTOLO, *op. cit.*, 324.

limiterà ad alcune cursorie osservazioni che dovrebbero corroborare quanto visto *supra* nel corso dell'analisi dei lavori preparatori e quanto detto or ora in tema di art. 13.

Si pensi all'art. 16 in tema di libertà di circolazione e di soggiorno, libertà fondata sulla considerazione del luogo, in quanto tale ben diversa da quella personale, fondata sulla considerazione della persona⁴².

Si pensi all'art. 23, che vietando ogni prestazione personale o patrimoniale se non in base alla legge prende in considerazione quei vincoli alla libertà individuale che derivano dalle imposizioni positive, ben diverse concettualmente da quelle negative, che costituiscono restrizioni alla libertà personale.

Sono brevi considerazioni che confermano ulteriormente l'interpretazione restrittiva del concetto di libertà personale, sulla quale si baserà il prosieguo del presente lavoro.

4. L'art. 13 Cost. ed il diritto penale sostanziale

Occorre ora volgere mente al valore dell'art. 13 Cost. nel sistema penale italiano. Per conseguire questo scopo è necessario delineare dal punto di vista sistematico i rapporti tra le norme in esso contenute e quelle contenute in altri articoli della Carta costituzionale.

A tal fine appare innanzitutto necessario interrogarsi in ordine alla *communis opinio* che "relega" il II comma dell'articolo in questione al solo ambito della procedura penale.

A parte il sopra evidenziato collegamento nel sistema penale tra norme sostanziali e norme processuali che la renderebbe già di per sé opinabile, tale *deminutio* non sembra consentita dal tenore letterale dell'articolo in questione. Non appare infatti condivisibile l'interpretazione del II comma dell'articolo 13 che porta a considerare le relative norme inerenti alle sole limitazioni della libertà personale nel corso del procedimento e del processo penale.

Il testo del predetto comma non sembra autorizzare tale conclusione in quanto, oltre a misure di carattere squisitamente processuale, come le ispezioni personali e le perquisizioni personali, contempla anche la *detenzione*.

Si tratta di un'espressione chiaramente riferita alle pene detentive, atteso il suo consolidato valore semantico in tal senso. Per non andar troppo indietro nel tempo, si consideri che nel codice penale del 1889 all'art. 15 era prevista la pena della detenzione (da tre giorni a ventiquattro anni).

Nell'attuale codice penale, l'aggettivo "detentive" figura, come è noto, nell'art. 18, con riferimento alle pene principali dell'ergastolo, della reclusione e dell'arresto, e nell'art. 215, con riferimento alle misure di sicurezza della colonia agricola o casa di lavoro, della casa di cura e di custodia, dell'ospedale psichiatrico giudiziario (destinato ad essere abolito nel 2013) e del riformatorio giudiziario.

Appare quindi corretto ritenere che con il termine "detenzione" il Legislatore costituzionale intendesse riferirsi ad ogni pena e ad ogni misura di sicurezza detentiva.

Anche in epoca successiva il Legislatore costituzionale sembra aver opinato in tal senso. Si consideri l'art. 68 della Costituzione, nell'attuale testo, introdotto, come è noto, dalla l. cost. 29 ottobre 1993, n. 3.

Il II comma dell'articolo or ora citato dispone testualmente: « Senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza

42. In tal senso, GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, Milano, 1969, 98.

irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza ».

Le perquisizioni personali o domiciliari e gli arresti sono possibili solo prima di una sentenza definitiva di condanna e quindi sono collegati all'ipotesi di arresto obbligatorio in flagranza di reato, mentre la detenzione è collegabile all'esecuzione di una sentenza di tale tipo.

Dal testo in questione risulta quindi, in maniera ancora più evidente rispetto al testo originario del III comma dell'art. 68 Cost.⁴³, che la sola forma di privazione della libertà compatibile con l'esecuzione di tale tipo di sentenza fra quelle elencate nel comma in questione è la detenzione, da intendersi quindi come pena o come misura di sicurezza detentiva.

Vi sono quindi vari elementi che portano a ritenere con tranquillità che il termine "detenzione", contenuto nel II comma dell'art. 13 debba essere riferito alle pene ed alle misure di sicurezza detentive, ma anche volendo opinare in senso contrario, non v'è dubbio che l'espressione "qualsiasi altra restrizione della libertà personale" comprenda, attesa la sua ampiezza, anche tali ipotesi.

In definitiva, dall'analisi del tenore testuale dell'art. 13 Cost. appare possibile ritenere la sua riferibilità anche al diritto penale sostanziale.

Si tratta di una conclusione, sostenuta da condivisibile dottrina⁴⁴, che permette una analisi lineare del sistema penale italiano.

5. Il valore dell'art. 13 Cost. nel sistema penale italiano

Posta in dubbio la *communis opinio* che l'art. 13 Cost. influisca esclusivamente sulle norme processuali penali, occorre analizzare il valore di tale articolo nel sistema penale italiano.

A tal fine appare necessario richiamare alla mente la "svolta sistematica" operata con l'emendamento proposto da Dossetti. Con l'anteporre alle varie norme costituzionali in materia di libertà personale l'enunciazione del principio dell'inviolabilità di tale libertà si può ritenere che il sistema costituzionale sia stato delineato nel senso di ritenere tale principio centrale e "portante". Non è quindi del tutto azzardata l'opinione che dal principio in questione dipendano tutti gli altri principi in materia di libertà personale, siano essi inerenti al diritto penale sostanziale, siano essi inerenti alla procedura penale. A tal proposito nelle pagine seguenti verranno analizzati, in maniera necessariamente sintetica, i rapporti tra il principio di libertà e gli altri principi inerenti al diritto penale sostanziale esplicitamente sanciti dalla Costituzione, segnatamente il principio di legalità ed il principio di personalità.

43. Il III comma dell'art. 68 Cost. nel testo originario recitava testualmente: «Egual autorizzazione è richiesta per trarre in arresto o mantenere in detenzione un membro del Parlamento in esecuzione di una sentenza anche irrevocabile». Già da tale testo si poteva cogliere il collegamento tra la detenzione e la sentenza irrevocabile di condanna, essendo l'arresto ricollegabile ad una sentenza non definitiva.

44. In tal senso, PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 1990, 33; G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, I, *I fondamenti*, Torino, 2011, 103. Ritiene il sistema penale dominato dal principio del *favor libertatis*, costituzionalmente sancito dall'art. 13 Cost.: TRAPANI, Abrogatio, *Contributo alla dommatica dell'ambito di validità temporale della norma giuridica penale*, in *Giur. it.*, 2, 2011, 489.

6. Il principio di libertà ed il principio di legalità

a) Premessa

Come è noto, il principio di legalità⁴⁵ viene generalmente ritenuto il principio “portante” di tutto il sistema penale italiano. In tale ottica vengono individuati come suoi “sottoprincipi” o “corollari” una serie di principi, alcuni dei quali talora denominati in maniera diversa, che possono essere indicati come principio di riserva assoluta di legge, principio di tassatività, principio di determinatezza (e/o di precisione) e principio di irretroattività della norma penale incriminatrice.

Occorre ora analizzarli, sia pur in maniera rapida, per poter formulare ipotesi sulla loro effettiva valenza sistematica nella Costituzione e sui loro rapporti con il principio di libertà.

b) Il principio di riserva assoluta di legge

Il principio di riserva assoluta di legge costituisce un principio fondamentale dell’assetto democratico previsto dalla Costituzione⁴⁶. Non è questa la sede per soffermarsi *funditus* sul punto. Basti ricordare che sono sorti problemi in ordine al carattere di tale assolutezza: esigenze di carattere pratico hanno infatti indotto la Corte costituzionale a relativizzare il principio, giungendo a ritenere consentito il rinvio a norme subordinate qualora si tratti di materie “tecniche”⁴⁷. Da qui la definizione della riserva di legge come “tendenzialmente assoluta”⁴⁸, espressione icasticamente definita un “ossimoro imbarazzante”⁴⁹. Tale relativizzazione appare ancor più opinabile se si considera il fatto che il principio in questione

45. Sul principio di legalità vastissima è la bibliografia. Si considerino *ex multis*: PETROCELLI, *Appunti sul principio di legalità nel diritto penale*, in *Saggi di diritto penale*, II serie, Padova, 1965, 187 ss.; VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, 493 ss.; Id., *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 278 ss.; SPASARI, *Il principio di legalità nel diritto penale italiano*, in questa Rivista, 1966, I, 36 ss.; PAGLIARO, *Principio di legalità ed indeterminatezza della legge penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, 1972, 1287 ss.; Id., *Legge penale*, *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 1040 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 38 ss.; Id., *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Comm. cost.*, BRANCA, *Rapporti civili*, Artt. 24–26, Bologna, Roma, 1981, 227 ss.; MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 950 ss.; FIANDACA, *Nessun reato, nessuna pena senza legge*, in FIANDACA, DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2003, 53 ss.; RONCO, *Il principio di legalità*, in *La legge penale. Fatti, tempo, spazio, persone*, opera diretta da MARIO RONCO, con la collaborazione di Ambrosetti, Mezzetti, Bologna, 2010, 3 ss.

46. Evidenza bene tale importanza PULITANÒ (*Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice*, in *Riserva di legge e democrazia penale*, a cura di G. INSOLERA, Bologna, 2005, 121) quando lo considera presupposto necessario per caratterizzare sul piano formale la democrazia penale.

47. Sulla relativizzazione della riserva ad opera della Corte costituzionale si consideri: MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, I, Padova, 2007, 36 ss. Sull’illusione che i tecnici non possano essere condizionati da opzioni di carattere ideologico si considerino: INFANTE, SALCUNI, *Diritto penale del comportamento e disvelamento della necessaria politicizia del giudizio degli esperti. Abbandono dell’integrazione del precetto penale ad opera di fonti secondarie tecniche?*, in *Annali dell’Università di Foggia*, I, Milano, 2005, 1153 ss.; MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, *Dir. pen. e proc.*, 2006, 823 ss.

48. In tal senso: PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2009, 126 s.

49. DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 83.

appare significativamente legato al principio di libertà. A dimostrazione di ciò è necessario considerare il contesto normativo nel quale è previsto.

Il II comma dell'art. 13 Cost., una volta dato a tale articolo un ampio valore sistematico, prevede senza dubbio il principio di riserva di legge assoluta (e gli altri in tale comma contemplati) con riferimento anche ad ogni forma di detenzione.

Si potrebbe obiettare che partendo da tale assunto sarebbe consequenziale ritenere pleonastiche le enunciazioni del principio in questione contenute nel II comma dell'art. 25 Cost. per le pene e nel III comma dello stesso articolo per le misure di sicurezza.

Si tratterebbe però di un'obiezione non decisiva.

Innanzitutto le eventuali riaffermazioni del principio della riserva di legge potrebbero essere prova della cura del Legislatore costituzionale nel prevedere le garanzie della libertà personale e quindi non avrebbero certo effetti destabilizzanti sul sistema. . .

Ma forse non è necessario ricorrere a tale argomento: la riserva di legge del II comma dell'art. 13 sembra riguardare (oltre alle fattispecie) ogni forma di privazione della libertà, quindi, come s'è già sottolineato, anche le pene *detentive* e le misure di sicurezza personali *detentive*; le ipotesi di riserva del II e del III comma dell'art. 25 sembrano riguardare rispettivamente le pene e le misure di sicurezza *non detentive*, non privative perciò della libertà personale.

Non è infatti temerario pensare che il Legislatore costituzionale (a differenza di quello ordinario che nell'art. 1 c.p. si è riferito ad ogni tipo di pena ed all'art. 199 c.p. ad ogni forma di misura di sicurezza) per via dell'importanza sistematica del principio di inviolabilità della libertà personale abbia voluto nello stesso art. 13 consacrare il principio della riserva di legge con riferimento alle pene ed alle misure di sicurezza detentive e successivamente, nell'art. 25, con riferimento alle altre pene e misure di sicurezza.

Quindi nessun "doppione" ma ulteriori necessarie previsioni per estendere la garanzia in questione alle pene ed alle misure di sicurezza non detentive.

c) I principi di determinatezza e di tassatività

La visione ampia dell'ambito applicativo del II comma dell'art. 13 Cost. sopra sostenuta consente di collocare sistematicamente in maniera lineare anche altri due principi, che, al di là delle differenti impostazioni dottrinali, sono ritenuti generalmente corollari del principio di legalità: il principio di tassatività e quello di determinatezza (o di precisione)⁵⁰.

Tali principi sembrano essere previsti dal comma in questione con il ricorso all'espressione "nei soli casi e modi previsti dalla legge"⁵¹.

In somma sintesi, il principio di tassatività, qui visto nell'ottica del diritto penale sostanziale, risalta sia con riferimento al precetto ("nei soli casi") sia con riferimento alla sanzione ("nei soli [...] modi").

Tale principio esprime in buona sostanza il divieto diretto ai giudici di applicare la norma penale incriminatrice al di fuori dei casi e dei modi tassativamente indicati dal legislatore ed appare quindi indissolubilmente legato al principio di determinatezza, diretto

50. Sul punto si considerino: F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1979, 95 ss.; FIORELLA, *Reato in generale, Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 777 s.; PADOVANI, *op. cit.*, 18 ss.; PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, Riv. it. dir. proc. pen., 1991, 327 ss.; MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di tassatività/determinatezza nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001.

51. In tal senso, M. GALLO, *op. cit.*, 99 (con riferimento al divieto di analogia); G.A. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 103 (con riferimento alla determinatezza); TRAPANI, *op. cit.*, 490 (con riferimento al principio di stretta legalità-tassatività delle incriminazioni).

invece al legislatore, nel senso della necessità di esprimere in maniera determinata e chiara la sua volontà in ordine alla portata della norma stessa⁵².

d) Il principio di irretroattività

Anche a proposito del principio di irretroattività⁵³, previsto non solo dall'art. 25, II comma, Cost. ma anche dal I comma dell'art. 2 c.p., dall'art. 11 delle preleggi e da alcune importanti convenzioni internazionali⁵⁴, si può sostenere il carattere "servente" rispetto al principio di tutela della libertà personale, per la fin troppo evidente considerazione che quest'ultimo sarebbe gravemente violato da una norma penale incriminatrice avente valore retroattivo. Occorre precisare che il tenore del testo con il ricorso all'espressione "punito" conferisce al divieto di retroattività una portata ampia, riferibile a qualsiasi norma penale incriminatrice indipendentemente dal tipo di pena prevista, sia essa detentiva o non detentiva.

A ciò si aggiunga che nell'ottica del *favor libertatis* il principio può essere inteso ancor più latamente, non solo nel senso di divieto di retroattività della norma penale sfavorevole ma anche nel senso di obbligo di retroattività di quella favorevole.

Infatti l'inviolabilità di tale libertà viene garantita non solo vietando la retroattività della norma penale sfavorevole ma anche imponendo la retroattività di quella favorevole o perché contenente una *abolitio criminis* (come nell'ipotesi del II comma, dell'art. 2 c.p.) o perché contenente una disposizione più favorevole (come nell'ipotesi dell'attuale IV comma dell'articolo da ultimo citato).

In ordine a quest'ultimo aspetto, come è noto, è aperta la questione sulla rilevanza costituzionale del relativo principio, principio previsto esplicitamente dall'art. 15, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici ed implicitamente dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (almeno secondo un recente, importante, orientamento, della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁵).

52. PACE, *Problematiche*, op. cit., 189 s., coglie bene i legami tra i principi di riserva di legge, tassatività e determinatezza: «[...] è vietato alla legge eludere il principio di tassatività delle ipotesi di restrizione della libertà personale ("casi" e "modi") conferendo un troppo ampio potere di "identificazione" dei casi e dei modi all'organo preposto all'applicazione della legge».

53. Sul principio di irretroattività si considerino: MUSCO, *Coscienza dell'illecito, colpevolezza ed irretroattività*, Riv. it. dir. proc. pen., 1982, 788 ss.; SINISCALCO, *Irretroattività delle leggi in materia penale*, Milano, 1987; PAGLIARO, *La legge penale tra irretroattività e retroattività*, Giust. pen., 1991, II, I ss.; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI, Torino, 1997, 152 ss.; DEL CORSO, *Succezione di leggi penali*, Dig. disc. pen., XVI, Torino, 1999, 84 s.; AMBROSETTI, *La legge penale*, opera diretta da M. RONCO, Bologna, 2006, 221 ss.; CORNACCHIA, in CANESTRARI, CORNACCHIA, DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 107.

54. Il principio in questione è sancito dall'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata e resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848); dall'art. 15, comma 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 (ratificato e reso esecutivo con l. 25 ottobre 1977, n. 881) e dall'art. 49, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

55. Corte eur. dir. uomo, Grande camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, Cass. pen., 2010, 832, con nota di ICHINO, *L'affaire Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Su tale sentenza v. anche: GAMBARDELLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte Europea l'art. 7 C.E.D.U. garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, Cass. pen., 2010, fasc. 5, doc. 661. Sull'orientamento di segno diverso seguito dalla Corte prima della sentenza in questione, nel senso che l'art. 7 non concernesse la retroattività della *lex mitior*: BERNARDI, Art. 7, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti*

A tal proposito, la Corte costituzionale, escludendo che la retroattività della *lex mitior* sia elevata a principio costituzionale ex art. 25, co. 2, Cost.⁵⁶ e ravvisandone il fondamento nell'art. 3 Cost.⁵⁷, in ossequio al suo orientamento, ormai consolidato, che considera le norme della predetta Convenzione (nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo) norme interposte ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost.⁵⁸, ha preso in considerazione il poc'anzi citato art. 7 della Convenzione, così come inteso dal nuovo orientamento della Corte europea, intendendo però la retroattività prevista in tale articolo non in senso assoluto, con la conseguenza di ritenere costituzionale la deroga a tale principio in tema di termini di prescrizione più favorevoli⁵⁹.

Il nuovo orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di art. 7 merita la massima considerazione in quanto volto a garantire anch'esso l'inviolabilità della libertà personale, tuttavia non si può non considerare il suo punto debole, individuato dalla Corte costituzionale, nella pronuncia da ultima considerata, nella mancanza di assolutezza del principio di retroattività della *lex mitior*, ritenuto riferibile alle sole norme penali prevedenti i delitti e le pene e non anche alle altre norme penali (quali quelle in tema di prescrizione), come invece avviene per l'art., co. 4, c.p.⁶⁰. L'interpretazione qui sostenuta basata sull'art. 13 Cost. consente invece di ritenere pienamente recepito, quindi senza eccezioni, il principio di retroattività della norma penale più favorevole nel sistema penale italiano.

Queste osservazioni appaiono armoniche con la soluzione proposta in dottrina basata sull'argomento storico rappresentato dal fatto che i Padri costituenti al momento di elaborare il testo in questione avevano presente l'articolo 2 del codice penale, facente parte della costituzione sostanziale sotto il vigore dello Statuto albertino⁶¹: una volta affermato esplicitamente il principio contenuto nel comma I dell'art. 13 Cost., le norme contenute nell'attuale art. 2 ai commi II e IV, c.p., aventi già prima valore costituzionale, possono ritenersi essere state "costituzionalizzate", alla luce della chiara volontà del Legislatore costituzionale di voler garantire le libertà individuali in maniera più efficace rispetto allo

dell'uomo e delle libertà fondamentali, Padova, 2001, 290 ss. Si tratta di un mutamento di prospettiva importante in quanto la Corte costituzionale ha stabilito di non poter sindacare le decisioni della Corte di Strasburgo, per cui le norme della Convenzione europea devono essere interpretate secondo il significato loro attribuito dalla Corte da ultimo menzionata (in tal senso: Corte cost., sent. n. 348 del 2007; Id., sent. 349 del 2007; Id., sent. n. 39 del 2008; Id., n. 239 del 2009; Id., sent. n. 311 del 2009; Id., sent. n. 93 del 2010; Id., sent. n. 11 del 2011; Id., sent. n. 113, del 2011, tutte citate in MOLINARO, *Recenti novità in materia di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Treccani.it*, www.treccani.it/magazine/diritto, 2).

56. Come esempio di tale orientamento della Corte costituzionale si consideri: Corte cost., 6 marzo 1995, n. 80, *Giur. cost.*, 1995, 724. Sull'orientamento in questione: MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività della materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. VASSALLI, Napoli, 2006, 89 ss.

57. In tal senso: Corte cost., sent. n. 164 del 1974; Id., sent. n. 6 del 1978; Id., sent. n. 74 del 1980; Id., sent. n. 393 del 2006; Id., sent. n. 394 del 2006; Id., sent. n. 215 del 2008; tutte citate in Corte cost., sent. n. 236 del 2011, al punto 10 (www.cortecostituzionale.it/actionGiurisprudenza.do).

58. Corte cost., sent. n. 348 del 2007, cit.; Id., sent. n. 349 del 2007, cit.; Id., sent. n. 39 del 2008, cit.; Id., sent. n. 311 del 2009, cit.; Id., sent. n. 317 del 2009; Id., sent. n. 138 del 2010; Id., sent. n. 187 del 2010; Corte cost., sent. n. 196 del 2010, tutte citate in Corte cost., sent. n. 236, cit., al punto 9.

59. Corte cost., sent. n. 236 del 2011, cit., punti 12 e 13. Sul punto si consideri: VIGANÒ, *Retroattività della legge penale più favorevole*, in GAROFOLI, TREU (diretto da), *Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, 144 ss. La sentenza non ha ritenuto incostituzionale il comma 3 dell'art. 10 della l. n. 251 del 2005 riguardante la disciplina transitoria delle norme in materia di prescrizione.

60. Corte cost., sent. n. 236 del 2011, cit., punto 14.

61. In tal senso: M. GALLO, *op. cit.*, 119 ss.; TRAPANI, *op. cit.*, 489 e 492.

Statuto. Quindi nel II comma dell'art. 25 Cost. il Legislatore costituzionale non voleva stabilire il solo principio della irretroattività della norma penale ma il superiore principio dell'inviolabilità della libertà personale⁶².

Tali considerazioni sembrano confermate dal fatto che nel corso dei lavori preparatori della Costituzione fu soppresso in tema di irretroattività della legge penale il riferimento alle pene, al fine di non pregiudicare la retroattività della norma penale più favorevole quanto a trattamento sanzionatorio⁶³.

La formulazione dell'art. 25 Cost. ha posto un altro delicato problema riguardante l'applicabilità o meno del principio di irretroattività anche alle misure di sicurezza.

Infatti nel II comma di tale articolo il divieto di retroattività, in virtù della espressione «nessuno può essere punito», sembra non riferirsi alle misure di sicurezza, mentre il III comma, come è noto, vieta la sottoposizione a misure di sicurezza «se non nei casi previsti dalla legge».

L'analisi di tali norme, unitamente a quella dell'art. 200 c.p., ha determinato l'opinione, alla quale aderisce la giurisprudenza prevalente⁶⁴, che il Legislatore costituzionale abbia voluto connettere alle misure di sicurezza le sole tutele della riserva di legge e della tassatività, quest'ultima oltretutto riferita solamente ai «casi» e non ai «modi».

Si tratta di un'opinione (in ordine alla quale si è sviluppato un importante dibattito dottrinale⁶⁵) che non appare condivisibile se si attribuisce all'art. 13 Cost. il ruolo sistematico in queste pagine evidenziato.

Infatti trattando della riserva di legge prevista dal II comma di quest'ultimo articolo si è già sottolineata la sua riferibilità a tutte le forme di detenzione, quindi anche a quelle proprie di alcune misure di sicurezza. Il ragionamento deve estendersi *a fortiori* ai principi di tassatività e di determinatezza in quanto previsti nel medesimo contesto normativo. Ne consegue, coerentemente con quanto sinora sostenuto, che i tre principi della riserva di legge, della tassatività e della determinatezza, previsti nel II comma dell'art. 13, valgono anche per le misure di sicurezza personali *detentive*.

Questa conclusione può riflettersi anche sul principio di irretroattività: è di tutta evidenza il fatto che le tutele connesse ai principi ora indicati verrebbero vanificate se fosse consentita al legislatore la previsione di misure di sicurezza detentive con efficacia retroattiva. Da qui l'opinione che le garanzie apprestate dal II comma dell'art. 13 e dal II comma dell'art. 25, *sub specie* dell'irretroattività, valgano anche per tali misure.

All'eventuale obiezione che la previsione del comma III dell'art. 25 risulterebbe in questo modo pleonastica si può rispondere richiamando l'analogo ragionamento *supra* svolto in tema di riserva di legge e sostenendo che debba essere correttamente riferita alle

62. In tal senso: ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 90; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 1980, 115 s.

63. Sul punto v. LUCIFREDI, *Note sulla rilevanza costituzionale del principio "nulla poena sine lege"*, in *Giust. cost.*, 1962, 1632 s.; LARIZZA, *Il principio di legalità della pena*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 125 s.

64. La giurisprudenza è orientata nel senso dell'inapplicabilità del principio di irretroattività alle misure di sicurezza. Sul punto si considerino le sentenze citate in: LATTANZI, *Codice penale. Annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2008, 656. In ordine agli orientamenti della Corte costituzionale sul punto si veda: MANES, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, tenutosi a Madrid, 13-15 ottobre 2011*, www.cortecostituzionale.it/documenti/conv., 9.

65. Per una panoramica delle posizioni dottrinali in ordine alla *vexata quaestio* della applicazione retroattiva delle misure di sicurezza si considerino: GRASSO, *Art. 200*, in ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1994, 391 ss.; PATRONO, *Art. 200*, in CRESPI, STELLA, ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova, 1999, 589 s.

misure di sicurezza *non detentive*.

Il quadro sistematico così delineato consente quindi di risolvere in maniera rispettosa del fondamentale principio di inviolabilità della libertà personale anche il problema delle garanzie connesse alle misure di sicurezza detentive.

e) Considerazioni conclusive

Dall'analisi svolta in questo paragrafo sembra emergere la funzione "servente" che svolgono nei confronti del principio di libertà i principi di riserva di legge, di determinatezza, di tassatività e di irretroattività⁶⁶, che vengono usualmente riferiti al principio di legalità. Di conseguenza non sembra essere un'eresia ritenere che anche quest'ultimo principio svolga tale funzione nei confronti del principio sancito nel I comma dell'art. 13 Cost.⁶⁷.

7. Il principio di libertà ed il principio della responsabilità penale personale

Analoghe considerazioni valgono per il ruolo svolto nel sistema penale italiano dal principio della responsabilità penale personale, sancito, come è noto, dal I comma dell'art. 27 Cost.⁶⁸.

L'aver il Legislatore costituzionale stabilito in tale comma che « La responsabilità penale è personale » denota la sua chiara volontà di tutelare anche in quella sede la libertà personale, ovviamente limitata qualora a seguito della dichiarazione di tale responsabilità vengano inflitte pene detentive.

La considerazione è valida sia che si interpreti il principio nella sua accezione minima, sia che lo interpreti nella sua accezione ampia.

Infatti il principio nella sua accezione minima, incentrata sul divieto di responsabilità per fatto altrui (*rectius* per fatto non proprio⁶⁹), impedisce forme di responsabilità penale nelle quali il soggetto non ha posto in essere alcuna condotta, o perché il fatto è stato commesso da altri o perché non ha tenuto un comportamento sorretto da coscienza e/o volontà.

Il risultato a tutela della libertà personale è ancor più evidente ed apprezzabile se si interpreta il principio nella sua accezione ampia, consacrata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988, di divieto di responsabilità se non per fatto proprio colpevole⁷⁰.

66. In tal senso sembra porsi, poiché ribalta la conclusione che l'art. 13 abbia funzione "servente" rispetto all'art. 25: BARBERA, *op. cit.*, 4 s.

67. Sembra opinare in maniera non molto diversa quando collega il rigoroso rispetto del principio di legalità allo scopo di garantire i diritti fondamentali riconosciuti dall'art. 2 Cost. ed al principio di inviolabilità della libertà personale RONCO, *op. cit.*, 3.

68. Sul principio di personalità si considerino *ex multis*, oltre agli autori che verranno considerati alla nota 70: C.F. GROSSO, *Responsabilità penale*, Noviss. Dig. It., XV, Torino, 1968, 712 ss.; BRICOLA, *Teoria cit.*, 51 ss.; ALESSANDRI, Art. 27, in *Comm. Cost.* Branca, Bologna, Roma, 1991, I ss.; BELFIORE, *Contributo alla teoria dell'errore in diritto penale*, Torino, 1997, 29 ss.; DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006.

69. Sul punto sia consentito il rinvio a: M.L. FERRANTE, *La "suitas" nel sistema penale*, Napoli, 2010, 59 ss.

70. Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, *Foro it.*, 1988, I, 1385, con nota di FIANDACA *Principio di colpevolezza ed ignoranza inescusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364 del 1988*. Su tale sentenza e sull'accezione "ampia" del principio in questione v. anche: JESCHECK, *L'errore di diritto nel diritto penale tedesco e italiano*, *Ind. pen.*, 1988, 185 ss.; PADOVANI, *L'ignoranza inevitabile sulla legge penale e la declaratoria di incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p.*, *Legisl. pen.*, 1988, 449 ss.; PATRONO, *Problematiche attuali dell'errore nel diritto penale dell'economia*, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1988, 87

È infatti del tutto evidente che vietare la responsabilità penale nei casi nei quali manchi la colpevolezza costituisce un presidio importante per l'inviolabilità della libertà personale.

Ne consegue la preferibilità dell'interpretazione ampia del principio sancito dal I comma dell'art. 27 Cost. anche alla luce del principio sancito dal I comma dell'art. 13 Cost., del quale il primo sembra costituire, unitamente a tutti i principi sin qui considerati, un importante corollario.

8. I principio di libertà ed il principio di *extrema ratio* e di necessaria offensività

a) Premessa

I principi sinora considerati, ritenuti svolgere funzione "servente" del principio di libertà, sono stati esplicitamente consacrati nella Costituzione.

Occorre ora considerare principi che, pur non espressamente previsti, sembrano trovare il loro fondamento nel I comma dell'art. 13 Cost. in quanto volti alla tutela dell'inviolabilità della libertà personale.

b) Il principio della "extrema ratio"

Fra tali principi un posto di rilievo occupa quello della *extrema ratio*, detto anche di sussidiarietà⁷¹. Si tratta di un principio di vasta portata, non a caso posto in maniera condivisibile da vari autori in relazione con l'art. 13 Cost.⁷². Non è questa la sede per analizzarlo *funditus*. Sia consentito considerarne in maniera necessariamente rapsodica solo alcuni aspetti.

In base al principio in questione, nella sua accezione "ristretta"⁷³, il ricorso allo strumento penale è consentito solo qualora nessun altro strumento sanzionatorio appaia idoneo a tutelare un determinato bene giuridico.

ss.; PULITANÒ, *L'ignoranza della legge penale dinanzi alla Corte costituzionale*, *Quest. giust.*, 1988, 783 ss.; STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1313 ss.; VASSALLI, *L'inevitabilità dell'ignoranza della legge penale come causa generale di esclusione della colpevolezza*, *Giur. cost.*, 1988, I, 3 ss.; FLORA, *La difficile penetrazione del principio di colpevolezza: osservazioni per l'anniversario della sentenza costituzionale sull'art. 5 c.p.*, *Giur. it.*, 1989, IV, 337 ss.; C.F. GROSSO, *Errore II (diritto penale)*, *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 10; PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti ed orizzonti nuovi della colpevolezza*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 829 ss.; RONCO, *Ignoranza della legge (dir. pen.)*, *Enc. giur.*, XVI, Roma, I ss.; F. MANTOVANI, *Ignorantia legis scusabile ed inescusabile*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 379 ss.; PETRONE, *Il "nuovo" articolo 5: l'efficacia scusante dell'ignorantia juris inevitabile ed i suoi riflessi sulla teoria generale del reato*, *Cass. pen.*, 1990, 697 ss.

71. Sul punto si considerino: MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, 92 ss.; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 29.

72. In tal senso, CHIAVARIO, *Profili della libertà personale nell'Italia degli anni Settanta*, in *La libertà personale*, a cura di ELIA, CHIAVARIO, Torino, 1977, 213; FIORELLA, cit., 773; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1985, 4; PEDRAZZI, *Diritto penale, Digesto Pen.*, IV, Torino, 1990, 71; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2007, 21; MARINUCCI, DOLCINI, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 10.

73. Oltre a tale accezione del principio è configurabile un'accezione "ampia", nel senso della possibilità per il legislatore di intervenire anche nel caso di esistenza di tecniche alternative di tutela di pari efficacia, qualora voglia orientare in maniera più decisa il comportamento dei consociati. Tale accezione è stata giustamente criticata in quanto finisce per legittimare un diritto penale simbolico a scapito della concreta effettività delle norme. Sul punto v.: MANNA, *Corso*, op. cit., 29.

Quanto a quest'ultimo aspetto, appare in piena armonia con il principio di libertà l'impostazione che considera giustificato il ricorso alla pena detentiva solo se volto a tutelare beni che abbiano rilevanza costituzionale, con la conseguenza di ritenere il reato un fatto lesivo di un interesse costituzionalmente rilevante⁷⁴.

Tale interpretazione pone significativi limiti al legislatore, il quale non potrebbe sacrificare la libertà personale con il ricorso alla pena per fatti offensivi di beni che non trovino un riconoscimento almeno implicito nella Carta costituzionale⁷⁵.

Non si possono tuttavia tacere le critiche mosse a tale teoria⁷⁶. Di particolare interesse quella che ritiene che la teoria in questione finisca per limitare la tutela penale ai soli beni previsti all'epoca dal Legislatore costituente, con la conseguenza di creare vuoti di tutela rispetto a beni di più recente emersione, quali, ad esempio, quelli derivanti dallo sviluppo tecnologico⁷⁷.

Tale problema appare però superabile qualora sia configurabile un rapporto di strumentalità tra il nuovo bene giuridico ed i cosiddetti beni finali protetti dalla Carta costituzionale⁷⁸, in modo però da non far perdere al principio la sua funzione di garanzia, nel senso di delimitare il diritto penale alle sole offese di beni attinenti alle basilari esigenze della convivenza sociale.

Quindi in ossequio all'inviolabilità della libertà personale quest'ultima non potrebbe essere sacrificata se non in funzione di necessaria tutela di un bene di rilevanza costituzionale, almeno indiretta.

L'aggettivo "necessaria" non allude solo al fatto che gli altri strumenti di tutela (ad esempio, di natura civile o amministrativa) devono essere insufficienti ma anche al fatto che la condotta penalmente sanzionata deve essere idonea a ledere o mettere in pericolo il bene tutelato (altrimenti non v'è necessità di tutela)⁷⁹.

c) Il principio di necessaria offensività

Quest'ultimo aspetto consente di evidenziare il collegamento, sotto l'egida del principio di libertà personale, tra il principio di *extrema ratio* e quello di necessaria offensività⁸⁰, in base al quale il soggetto attivo non può essere punito (e quindi nel caso di pene detentive privato della libertà personale) qualora con il suo comportamento non sia in grado di offendere il bene giuridico tutelato.

Si tratta di un principio che in passato è stato oggetto di un progetto di riforma volto alla sua esplicita previsione nella Costituzione e che la Corte costituzionale, pur non prendendo posizione sulla sua costituzionalizzazione o meno, ha ritenuto che debba reggere ogni interpretazione di norme penali⁸¹.

74. In tal senso, BRICOLA, *Teoria cit.*, 17; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2011, 72.

75. In tal senso, BRICOLA, *Teoria cit.*, 17; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 116 ss.

76. Critico nei confronti di tale teoria, nel senso che l'adesione ad essa comporterebbe l'adesione agli obblighi costituzionali di tutela penale: PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, Riv. it. dir. proc. pen., 1983, 484 ss.

77. In tal senso: MANNA, *Corso, op. cit.*, 33.

78. In tal senso: FIORELLA, cit., 793 ss.; Id., *Intermediazione del credito e reati bancari (prime riflessioni in una prospettiva di riforma)*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, 233 ss.

79. Sul punto v. FIANDACA, MUSCO, *op. cit.*, 1985, 7.

80. Su tale principio v.: MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

81. Corte Cost., 26 marzo 1986, n. 62, in *Cass. pen.*, 1986, 1053 ss., con nota di PALAZZO, *Ragionevo-*

Tale principio appare diretto sia al legislatore, che dovrebbe prevedere la sanzione penale (in particolar modo quella detentiva) solo per le fattispecie astratte potenzialmente offensive, sia al giudice, che non dovrebbe condannare qualora la condotta tipizzata nel caso concreto non leda o non metta in pericolo il bene tutelato⁸².

Alla luce di quanto detto, sembra emergere il legame del principio in questione con il principio di libertà e quindi, anche se non in maniera esplicita, il suo fondamento costituzionale nel I comma dell'art. 13 della Costituzione.

9. Considerazioni conclusive

I principi sin qui considerati, che dovrebbero orientare verso un diritto penale "minimo" (allo stato attuale vera e propria utopia, visto il numero sicuramente eccessivo di norme penali incriminatrici...), sembrano trovare il loro fondamento nel principio dell'inviolabilità della libertà personale.

Ciò non elide però in alcun modo l'importanza di tale principio per la procedura penale, costituendo ovviamente la base anche per principi costituzionalmente sanciti di carattere processuale.

Si pensi, oltre a quelli contenuti nello stesso art. 13 (riserva di legge, tassatività, determinatezza e necessità dell'atto motivato dell'autorità giudiziaria per ispezioni, perquisizioni personali ed ogni altra restrizione della libertà personale; riserva di legge, tassatività e limitazioni per i provvedimenti restrittivi da parte dell'autorità di pubblica sicurezza; riserva di legge in ordine ai termini massimi di carcerazione preventiva), a quelli inerenti alla presunzione di non colpevolezza (art. 27, II comma Cost.), all'inviolabilità del diritto di difesa (art. 24, commi II e III), al giudice naturale precostituito per legge (art. 25, I comma), alla ricorribilità per cassazione contro le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale (art. 111, VII comma, Cost.), al giusto processo (art. 111, commi I, II, IV e V) ed ai limiti dell'extradizione (art. 26).

La previsione di molti di questi principi in articoli nei quali vengono presi in considerazione anche principi attinenti al diritto penale sembra quindi confermare la centralità del I comma dell'art. 13, intorno al quale paiono gravitare gran parte dei principi penalistici della Costituzione, sia di natura sostanziale che di natura processuale.

In conclusione, chi scrive spera che queste considerazioni, svolte nel presente lavoro in maniera sintetica per via degli ineludibili limiti di estensione di un articolo, possano offrire al lettore validi spunti di riflessione.

lezza delle previsioni sanzionatorie e disciplina delle armi e degli esplosivi, 1694 ss. Non si può però tacere il fatto che la stessa Corte ha ritenuto conforme alla Costituzione la previsione di reati di pericolo presunto se non contraria al principio di ragionevolezza, con conseguente svalutazione del principio in questione, ritenendo solo che l'offensività sia di norma implicita nella configurazione del fatto e nella sua qualificazione di illecito da parte del legislatore. In tal senso: Corte Cost., 11 luglio 1991, n. 333, in *Giur. cost.*, 1991, 2646 ss.

82. Sostanzialmente in tal senso, basandosi sull'art. 25 Cost., la Corte costituzionale nella sentenza 6 luglio 2000, n. 263, ha opinato «[...] l'ininterrotto operare del principio di offensività dal momento della astratta predisposizione normativa a quello dell'applicazione concreta da parte del giudice [...]» ed ha ritenuto che a quest'ultimo spetti il compito «[...] di impedire con prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale».