

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE



3/2020

#### EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

#### EDITORIAL BOARD

*Italy:* Antonio Gullo, Guglielmo Leo, Luca Luparia, Francesco Mucciarelli, Francesco Viganò

*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

#### MANAGING EDITOR

Carlo Bray

#### EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro,

Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali,

Stefano Zirulia

#### EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio,

Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile,

Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardón, David Brunelli,

Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo,

Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali,

Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo,

Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli,

Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie,

Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini,

Jacobo Dopico Gomez Aller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista,

Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari,

Novella Galantini, Percy García Caveró, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra,

Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso,

Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascurain Sánchez,

Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino,

Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo,

Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies,

Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri,

Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico,

Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo,

Renzo Orlandi, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot,

Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino,

Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano,

Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri,

Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella,

Jesús María Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio

Vallini, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath,

Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157  
ANNO 2020 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavesi

**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** è un periodico on line ad accesso libero e non ha fine di profitto. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione. La rivista, registrata presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011, è edita attualmente dall'associazione "Progetto giustizia penale", con sede a Milano, ed è pubblicata con la collaborazione scientifica e il supporto dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano, dell'Università degli Studi di Milano, dell'Università di Roma Tre, dell'Università LUISS Guido Carli, dell'Universitat de Barcelona e dell'Università Diego Portales di Santiago del Cile.

La rivista pubblica contributi inediti relativi a temi di interesse per le scienze penalistiche a livello internazionale, in lingua italiana, spagnolo, inglese, francese, tedesca e portoghese. Ogni contributo è corredato da un breve abstract in italiano, spagnolo e inglese.

La rivista è classificata dall'ANVUR come rivista scientifica per l'area 12 (scienze giuridiche), di classe A per i settori scientifici G1 (diritto penale) e G2 (diritto processuale penale). È indicizzata in DoGI e DOAJ.

Il lettore può leggere, condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista può essere citata in forma abbreviata con l'acronimo: *DPC-RT*, corredato dall'indicazione dell'anno di edizione e del fascicolo.

La rivista fa proprio il [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

La rivista si conforma alle norme del Regolamento UE 2016/679 in materia di tutela dei dati personali e di uso dei cookies ([clicca qui](#) per dettagli).

Ogni contributo proposto per la pubblicazione è preliminarmente esaminato dalla direzione, che verifica l'attinenza con i temi trattati dalla rivista e il rispetto dei requisiti minimi della pubblicazione.

In caso di esito positivo di questa prima valutazione, la direzione invia il contributo in forma anonima a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione tra i membri dell'Editorial Advisory Board in relazione alla rispettiva competenza per materia e alle conoscenze linguistiche. I revisori ricevono una scheda di valutazione, da consegnare compilata alla direzione entro il termine da essa indicato. Nel caso di tardiva o mancata consegna della scheda, la direzione si riserva la facoltà di scegliere un nuovo revisore.

La direzione comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se entrambe le valutazioni sono positive, il contributo è pubblicato. Se una o entrambe le valutazioni raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se uno o entrambi i revisori esprimono parere negativo alla pubblicazione.

La direzione si riserva la facoltà di pubblicare, in casi eccezionali, contributi non previamente sottoposti alla procedura di peer review. Di ciò è data notizia nella prima pagina del contributo, con indicazione delle ragioni relative.

I contributi da sottoporre alla Rivista possono essere inviati al seguente indirizzo mail: [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). I contributi che saranno ritenuti dalla direzione di potenziale interesse per la rivista saranno sottoposti alla procedura di peer review sopra descritta. I contributi proposti alla rivista per la pubblicazione dovranno rispettare i criteri redazionali [scaricabili qui](#).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** es una publicación periódica *on line*, de libre acceso y sin ánimo de lucro. Todas las colaboraciones de carácter organizativo y editorial se realizan gratuitamente y no se imponen a los autores costes de maquetación y publicación. La Revista, registrada en el Tribunal de Milan, en el n. 554 del 18 de noviembre de 2011, se edita actualmente por la asociación “Progetto giustizia penale”, con sede en Milán, y se publica con la colaboración científica y el soporte de la *Università Commerciale Luigi Bocconi* di Milano, la *Università degli Studi di Milano*, la *Università di Roma Tre*, la *Università LUISS Guido Carli*, la *Universitat de Barcelona* y la *Universidad Diego Portales de Santiago de Chile*.

La Revista publica contribuciones inéditas, sobre temas de interés para la ciencia penal a nivel internacional, escritas en lengua italiana, española, inglesa, francesa, alemana o portuguesa. Todas las contribuciones van acompañadas de un breve abstract en italiano, español e inglés.

El lector puede leer, compartir, reproducir, distribuir, imprimir, comunicar a terceros, exponer en público, buscar y señalar mediante enlaces de hipervínculo todos los trabajos publicados en “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale”, con cualquier medio y formato, para cualquier fin lícito y no comercial, dentro de los límites que permite la licencia *Creative Commons - Attribuzione - Non commerciale 3.0 Italia* (CC BY-NC 3.0 IT) y, en particular, debiendo mantenerse la indicación de la fuente, el logo, el formato gráfico original, así como el autor de la contribución.

La Revista se puede citar de forma abreviada con el acrónimo *DPC-RT*, indicando el año de edición y el fascículo.

La Revista asume el [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) elaborado por el COPE (*Comitte on Publication Ethics*).

La Revista cumple lo dispuesto en el Reglamento UE 2016/679 en materia de protección de datos personales ([clica aquí](#) para los detalles sobre protección de la privacy y uso de cookies).

Todas las contribuciones cuya publicación se propone serán examinadas previamente por la Dirección, que verificará la correspondencia con los temas tratados en la Revista y el respeto de los requisitos mínimos para su publicación.

En el caso de que se supere con éxito aquella primera valoración, la Dirección enviará la contribución de forma anónima a dos evaluadores, escogidos entre los miembros del *Editorial Advisory Board*, siguiendo criterios de rotación, de competencia por razón de la materia y atendiendo también al idioma del texto. Los evaluadores recibirán un formulario, que deberán devolver a la Dirección en el plazo indicado. En el caso de que la devolución del formulario se retrasara o no llegara a producirse, la Dirección se reserva la facultad de escoger un nuevo evaluador.

La Dirección comunicará el resultado de la evaluación al autor, garantizando el anonimato de los evaluadores. Si ambas evaluaciones son positivas, la contribución se publicará. Si alguna de las evaluaciones recomienda modificaciones, la contribución se publicará después de que su autor la haya revisado sobre la base de los comentarios recibidos y de que la Dirección haya verificado que tales comentarios han sido atendidos. La contribución no se publicará cuando uno o ambos evaluadores se pronuncien negativamente sobre su publicación.

La Dirección se reserva la facultad de publicar, en casos excepcionales, contribuciones que no hayan sido previamente sometidas a *peer review*. Se informará de ello en la primera página de la contribución, indicando las razones.

Si deseas proponer una publicación en nuestra revista, envía un mail a la dirección [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). Las contribuciones que la Dirección considere de potencial interés para la Revista se someterán al proceso de *peer review* descrito arriba. Las contribuciones que se propongan a la Revista para su publicación deberán respetar los criterios de redacción (se pueden [descargar aquí](#)).



**Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale** is an on-line, open-access, non-profit legal journal. All of the organisational and publishing partnerships are provided free of charge with no author processing fees. The journal, registered with the Court of Milan (n° 554 - 18/11/2011), is currently produced by the association “Progetto giustizia penale”, based in Milan and is published with the support of Bocconi University of Milan, the University of Milan, Roma Tre University, the University LUISS Guido Carli, the University of Barcelona and Diego Portales University of Santiago, Chile.

The journal welcomes unpublished papers on topics of interest to the international community of criminal scholars and practitioners in the following languages; Italian, Spanish, English, French, German and Portuguese. Each paper is accompanied by a short abstract in Italian, Spanish and English.

Visitors to the site may share, reproduce, distribute, print, communicate to the public, search and cite using a hyperlink every article published in the journal, in any medium and format, for any legal non-commercial purposes, under the terms of the Creative Commons License - Attribution – Non-commercial 3.0 Italy (CC BY-NC 3.0 IT). The source, logo, original graphic format and authorship must be preserved.

For citation purposes the journal's abbreviated reference format may be used: *DPC-RT*, indicating year of publication and issue.

The journal strictly adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) drawn up by COPE (Committee on Publication Ethics).

The journal complies with the General Data Protection Regulation (EU) 2016/679 (GDPR) ([click here](#) for details on protection of privacy and use of cookies).

All articles submitted for publication are first assessed by the Editorial Board to verify pertinence to topics addressed by the journal and to ensure that the publication's minimum standards and format requirements are met.

Should the paper in question be deemed suitable, the Editorial Board, maintaining the anonymity of the author, will send the submission to two reviewers selected in rotation from the Editorial Advisory Board, based on their areas of expertise and linguistic competence. The reviewers are provided with a feedback form to compile and submit back to the editorial board within an established timeframe. If the timeline is not heeded to or if no feedback is submitted, the editorial board reserves the right to choose a new reviewer.

The Editorial Board, whilst guaranteeing the anonymity of the reviewers, will inform the author of the decision on publication. If both evaluations are positive, the paper is published. If one or both of the evaluations recommends changes the paper will be published subsequent to revision by the author based on the comments received and verification by the editorial board. The paper will not be published should one or both of the reviewers provide negative feedback.

In exceptional cases the Editorial Board reserves the right to publish papers that have not undergone the peer review process. This will be noted on the first page of the paper and an explanation provided.

If you wish to submit a paper to our publication please email us at [editor.criminaljusticenetwork@gmail.com](mailto:editor.criminaljusticenetwork@gmail.com). All papers considered of interest by the editorial board will be subject to peer review process detailed above. All papers submitted for publication must abide by the editorial guidelines ([download here](#)).

<p>TRA PRINCIPI, TEORIA DEL DIRITTO PENALE E POLITICA-CRIMINALE</p> <p><i>PRINCIPIOS, TEORÍA DEL DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL</i></p> <p><i>PRINCIPLES, THEORY OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL POLICY</i></p>	<p><b>Perché il codice penale</b> 1</p> <p><b>Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione</b></p> <p><i>Why the Criminal Code</i></p> <p><i>The Reforms of the Code Beyond the Mere Consolidation Projects</i></p> <p><i>¿Por qué el Código Penal?</i></p> <p><i>Las reformas del Código más allá de los proyectos de pura consolidación</i></p> <p>Massimo Donini</p>
	<p><b>Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generalisti e ricadute penalistiche. (Parte III)</b> 22</p> <p><i>Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante</i></p> <p><i>European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent</i></p> <p>Alessandro Tesaro</p>
	<p><b>Non punibilità e indirizzo politico-criminale</b> 68</p> <p><i>No punibilidad e dirección político criminal</i></p> <p><i>Non-Punishability and Criminal Policy</i></p> <p>Paolo Caroli</p>
	<p><b>Anatomia del <i>ne bis in idem</i>: da principio unitario a trasformatore neutro di principi in regole</b> 98</p> <p><i>Anatomía del ne bis in idem: de principio unitario a principio neutro transformar de principios en regla</i></p> <p><i>Anatomy of ne bis in idem:: from Unitary Principle to Neutral Converter of Principles into Rules</i></p> <p>Ludovico Bin</p>

<p>TEMI DI PARTE SPECIALE</p> <p>TEMAS DE LA PARTE ESPECIAL</p> <p>SPECIFIC OFFENCES TOPICS</p>	<p><b>Non c'è smuggling senza ingiusto profitto</b> 143  <i>No hay smuggling sin beneficio injusto</i>  <i>There is No Smuggling Without Unjust Profit</i>                      Stefano Zirulia</p>
	<p><b>Il recepimento della direttiva PIF in Italia e l' 'evergreen' art. 316-ter c.p.</b> 178  <i>La implementación de la directiva PIF en Italia y el "evergreen" art. 316-ter del Código Penal</i>  <i>The PIF directive implementation in Italy and the 'evergreen' article 316-ter of the Italian Criminal Code</i>                      Enrico Basile</p>
	<p><b>La confidencialidad, integridad y disponibilidad de los sistemas de información como bien jurídico protegido en los delitos contra los sistemas de información en el código penal español</b> 199  <i>Riservatezza, integrità e disponibilità dei sistemi informatici come bene giuridico protetto dai reati informatici nel codice penale spagnolo</i>  <i>Confidentiality, Integrity and Availability of IT Systems as the Interest Protected by the Cyber-Crimes in the Spanish Criminal Code</i>                      Dra. M<sup>a</sup> Ángeles Rueda Martín</p>
	<p><b>The Market for Gossip: Punish Paparazzi and You Will Produce Inefficiency</b> 217  <i>El mercado de chismes: castiga a los paparazzi y producirás ineficiencia</i>  <i>Il mercato del gossip: punisci i paparazzi e produrrà inefficienza</i>                      Mariateresa Maggiolino, Eleonora Montani, Giovanni Tuzet</p>
	<p><b>Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive</b> 237  <i>Problemas viejos y nuevos de las falsas declaraciones sustitutivas</i>  <i>Old and New Problems on False Statements Rendered by Private Parties in Lieu of</i>                      Fabio Antonio Siena</p>

<p>L'OGGETTO SU ... IL DIRITTO PENALE TRIBUTARIO</p> <p><i>EL OBJETIVO SOBRE ... EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO</i></p> <p><i>FOCUS ON ... TAX CRIMINAL LAW</i></p>	<p><b>La non punibilità nel prisma del diritto penale tributario: coerenza o lassismo di sistema?</b> 256</p> <p><i>La no punibilidad en el prisma del derecho penal tributario: ¿congruencia o laxitud del sistema?</i></p> <p><i>Non-Punishment in the Prism of Tax Crimes: Consistency or Laxity of the System?</i></p> <p>Stefano Cavallini</p> <hr/> <p><b>Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema</b> 275</p> <p><i>Delitos fiscales y responsabilidad corporativa: una reforma (aunque no del) en el sistema (aunque no de)</i></p> <p><i>Tax Offences and Corporate Liability: a Reform in the (Albeit Not of) System</i></p> <p>Daniele Piva</p> <hr/> <p><b>Le confische e i sequestri in materia di reati tributari dopo il "decreto fiscale" n. 124 del 2019</b> 290</p> <p><i>Los comisos y los secuestros en materia de delitos fiscales después del Derecho Fiscal n. 124 de 2019</i></p> <p><i>Confiscation and seizure for tax crimes after the Italian "Tax Decree" no. 124 of 2019</i></p> <p>Gianluca Varraso</p> <hr/> <p><b>Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente</b> 322</p> <p><i>Reflexiones sobre la cuantificación del beneficio ilícito y la naturaleza jurídica del decomiso directo y por equivalente</i></p> <p><i>Reflections on the quantification of proceeds and on the legal nature of direct confiscation and confiscation of substitute assets</i></p> <p>Stefano Finocchiaro</p>
--	---



<p>LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE AL DI FUORI DEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL FUERA DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>THE PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM OUTSIDE OF CRIMINAL LAW</i></p>	<p><b>Introduzione al convegno su <i>La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale</i></b> 362</p> <p><i>Introducción a la conferencia sobre La protección de la libertad personal fuera del derecho penal</i></p> <p><i>Introduction to the Conference on The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law</i></p> <p>Luca Masera</p> <hr/> <p><b>La libertà personale nella Costituzione</b> 365</p> <p><i>La libertad personal en la Constitución</i></p> <p><i>Personal Freedom in the Italian Constitution</i></p> <p>Antonio D'Andrea</p> <hr/> <p><b>La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale</b> 374</p> <p><b>Misure di prevenzione</b></p> <p><i>La protección de la libertad personal fuera del derecho penal</i></p> <p><i>Medidas de prevención</i></p> <p><i>The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law</i></p> <p><i>Preventive Measures</i></p> <p>Marco Pelissero</p> <hr/> <p><b>Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria</b> 388</p> <p><i>Tutela penal de la libertad personal y cultura del control en psiquiatría</i></p> <p><i>Protection of Personal Freedom Through Criminal Law and Control Theories in Psychiatry</i></p> <p>Giandomenico Dodaro</p> <hr/> <p><b>La libertà è ancora terapeutica? <i>Diritto alla salute mentale e dovere alla salute mentale</i></b> 401</p> <p><i>¿Es la libertad terapéutica? Derecho deber a la salud mental</i></p> <p><i>Is Freedom Still a Therapy? Right to Mental Health and Duty of Mental Health</i></p> <p>Giovanni Rossi</p> <hr/> <p><b>La libertà personale del richiedente protezione internazionale</b> 417</p> <p><i>Libertad personal de los solicitantes de protección internacional</i></p> <p><i>Personal Freedom of the International Protection Seeker</i></p> <p>Antonio Cantaro e Federico Losurdo</p> <hr/> <p><b>Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?</b> 428</p> <p><i>De los hotspot a los “puertos cerrados”: ¿qué remedios para la libertad “secuestrada” a la frontera?</i></p> <p><i>From Hotspots to “Closed ports”: Which Remedies for the Deprivation of Liberty at the Border?</i></p> <p>Francesca Cancellaro</p>
--	--

<b>DONNE E DIRITTO PENALE</b>	<b>Donne autrici di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio di fronte ai tribunali internazionali</b>	445
<i>MUJERES Y DERECHO PENAL</i>	<i>Mujeres autoras de crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y genocidio ante tribunales internacionales</i>	
<i>WOMEN AND CRIMINAL LAW</i>	<i>Women as Perpetrators of War Crimes, Crimes Against Humanity and Genocide Before the International Courts</i>	
	Gabriella Citroni	
	<hr/>	
	<b>Violenza contro le donne e bulimia repressiva</b>	461
	<i>Violencia contra las mujeres y bulimia represiva</i>	
	<i>Violence Against Women and Repressive Bulimia</i>	
	Tiziana Vitarelli	

## LA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE AL DI FUORI DEL DIRITTO PENALE

### *LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL FUERA DEL DERECHO PENAL*

### *THE PROTECTION OF PERSONAL FREEDOM OUTSIDE OF CRIMINAL LAW*

- 362 **Introduzione al convegno su *La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale***  
*Introducción a la conferencia sobre La protección de la libertad personal fuera del derecho penal*  
*Introduction to the Conference on The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law*  
Luca Masera
- 365 **La libertà personale nella Costituzione**  
*La libertad personal en la Constitución*  
*Personal Freedom in the Italian Constitution*  
Antonio D'Andrea
- 374 **La tutela della libertà personale al di fuori del diritto penale. Misure di prevenzione**  
*La protección de la libertad personal fuera del derecho penal. Medidas de prevención*  
*The Protection of Personal Freedom Outside of Criminal Law. Preventive Measures*  
Marco Pelissero
- 388 **Tutela penale della libertà personale e culture del controllo in psichiatria**  
*Tutela penal de la libertad personal y cultura del control en psiquiatría*  
*Protection of Personal Freedom Through Criminal Law and Control Theories in Psychiatry*  
Giandomenico Dodaro
- 401 **La libertà è ancora terapeutica? *Diritto alla salute mentale e dovere alla salute mentale***  
*¿Es la libertad terapéutica? Derecho y deber a la salud mental*  
*Is Freedom Still a Therapy? Right to Mental Health and Duty of Mental Health*  
Giovanni Rossi
- 417 **La libertà personale del richiedente protezione internazionale**  
*Libertad personal de los solicitantes de protección internacional*  
*Personal Freedom of the International Protection Seeker*  
Antonio Cantaro e Federico Losurdo
- 428 **Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?**  
*De los hotspot a los “puertos cerrados”: ¿qué remedios para la libertad “secuestrada” a la frontera?*  
*From Hotspots to “Closed ports”: Which Remedies for the Deprivation of Liberty at the Border?*  
Francesca Cancellaro

# La libertà personale nella Costituzione

## *La libertad personal en la Constitución*

## *Personal Freedom in the Italian Constitution*

ANTONIO D'ANDREA

*Professore Ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Brescia  
antonio.dandrea@unibs.it*

DIRITTO ALLA LIBERTÀ PERSONALE

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL

RIGHT TO PERSONAL LIBERTY

### ABSTRACTS

La Costituzione italiana, oltre a sancire l'inviolabilità della libertà personale (art. 13, c. 1), riconosciuta all'individuo in quanto tale, si premura di istituire fondamentali garanzie a suo presidio all'insegna della distinzione dei "ruoli" tra gli organi di indirizzo politico e giurisdizionali (art. 13, c. 2). Coerentemente, ogni misura afflittiva, eventualmente anche meno stringente della sanzione penale, deve dimostrarsi rispettosa delle garanzie costituzionali, sia in termini formali (riserva assoluta di legge e riserva di giurisdizione) che sostanziali (intesi quali rispetto dei fondamentali principi della ragionevolezza, della proporzionalità e della dignità umana, ex artt. 2-3). Sulla scorta di questa ricostruzione logico-sistematica del testo costituzionale, sembra lecito avanzare dubbi di costituzionalità in ordine alle previsioni normative in materia di immigrazione, con particolare riguardo all'istituto del "trattenimento" dello straniero entrato irregolarmente in Italia.

La Constitución italiana, además de consagrar la inviolabilidad de la libertad personal (artículo 13), reconocida al individuo en cuanto tal, se encarga de establecer garantías fundamentales para su protección, sobre la base de la distinción de roles entre los órganos políticos y jurisdiccionales. Coherentemente, cada medida afflittiva, incluso aquellas no penales, debe respetar las garantías constitucionales, tanto en términos formales (reserva absoluta de ley y reserva de jurisdicción) como sustanciales (principios de razonabilidad, de proporcionalidad y de la dignidad humana). Sobre la base de esta reconstrucción lógico-sistémica del texto constitucional, parece legítimo plantear dudas sobre la constitucionalidad de las disposiciones normativas sobre la inmigración, en particular en lo que respecta a la institución de la "detención" del extranjero que ha ingresado en Italia de manera irregular.

The Italian Constitution enshrines the inviolability of personal freedom (Article 13, par. 1) by referring it to human being as such, it also provides some guarantees by means of the different role entrusted to political institutions and judicial bodies (Article 13, par. 2). Consistently, any restrictive measure, even beyond criminal sanctions, shall comply with both, formal constitutional guarantees (i.e. the rule of law and the competence of judicial authorities) and substantial constitutional guarantees (i.e. respect for the fundamental principles of reasonableness, proportionality and human dignity according to Articles 2-3). Against this backdrop, some constitutional doubts raise in reference to the Italian legislative provisions on immigration with specific regard to the "retention" of migrants irregularly entered the Italian territory.

## SOMMARIO

1. La compressione della libertà personale a prescindere dal processo penale: lo schema costituzionale – 2. L'interesse sottostante alle affezioni "minime" della libertà personale e le preoccupazioni costituzionali – 3. La "protezione" della comunità statale e l'indirizzo politico-amministrativo promosso nell'ordinamento italiano a proposito dell'immigrazione irregolare – 4. La sostanza democratica da preservare oltre il vuoto formalismo delle parole: "trattenere" non è "detenere"

## 1.

## La compressione della libertà personale a prescindere dal processo penale: lo schema costituzionale

Quando si parla, sotto il profilo costituzionale, della libertà personale si è soliti partire dall'analisi dell'art.13 Cost. che, come è noto, stabilisce in via di principio, al primo comma, «l'inviolabilità» della sfera psico-fisica della persona e, al secondo e al terzo comma, le condizioni che consentono di «comprimerla» legittimamente. A tal fine si individuano come misure adottabili nell'ordinamento ed in grado di rendere «cedevole» il principio dell'inviolabilità personale (e della stessa inviolabilità del domicilio, vale a dire del luogo liberamente prescelto dove si svolge la vita delle persone: art.14) che può dunque relativizzarsi, sia la «detenzione», sia «l'ispezione o la perquisizione personale» – strumenti assai intrusivi nella intimità individuale – sia, detto abbastanza genericamente, «qualsiasi altra limitazione della libertà personale». È in effetti del tutto logico mettere in stretto collegamento la libertà personale ex art.13 con le ulteriori specificazioni che rendono nei fatti dinamica tale vantaggiosa condizione giuridica promossa nell'ordinamento costituzionale consentendone la sua declinazione in altrettanti autonomi diritti individuali, a loro volta comprimibili in relazione a specifiche ragioni (partendo dalla stessa capacità giuridica, sino alla libertà di stabilire il proprio domicilio, come detto, ma anche di professare una fede religiosa, di esprimere opinioni, di partecipare al voto politico, di associarsi insieme ad altri per finalità lecite ecc. ecc.).

Il diritto inviolabile alla libertà personale – da intendersi nella sua prevalente "portata attiva" come la pretesa giuridicamente riconosciuta a ciascuno di non subire ingiustificate coercizioni fisiche e morali da potersi autodeterminare ed esplicare così la propria personalità – è garantito, come per tutti i diritti fondamentali dell'uomo, agli individui e non può essere ricondotto ai soli cittadini<sup>1</sup>. Poiché il godimento di questi diritti presuppone, in generale, l'adempimento di corrispondenti doveri di solidarietà politica, economica e sociale (l'art.2 Cost. è da considerarsi la "norma matrice" di questa impostazione), anche le restrizioni che può subire legittimamente la libertà personale possono essere considerate una forma di solidarietà imposta, ma necessaria – appunto, un dovere sociale – affinché siano adeguatamente protetti i "diritti degli altri". Perché dunque si restringa in conformità al diritto costituzionale la libertà di muoversi liberamente nel tempo e nello spazio è altresì nota tutta la catena del potere autoritativo statale da mettere in moto: presupposto basilare di partenza resta, ai sensi del secondo comma dell'art.13, la previsione di norme legislative tenute a specificare casi e modi che consentono l'adozione di una misura affittiva per solito collegata ad una specifica vicenda processuale penale: si parla in tal caso di riserva assoluta di legge e non anche di riserva formale di legge, sebbene, come dirò, una qualche puntualizzazione andrebbe a mio avviso fatta. È altresì individuata, nello stesso comma, l'autorità chiamata ad adottare la misura, vale a dire l'autorità giudiziaria cui sono assegnate, in base alle norme sull'ordinamento giudiziario (art.102 Cost), funzioni propriamente giudicanti, la quale procede con proprio atto motivato, sebbene, laddove si verificano condizioni che richiedono di provvedere immediatamente e che sono rigorosamente –

«tassativamente» – individuate dalla legge, la misura restrittiva può essere provvisoriamente demandata, ai sensi del terzo comma dell'art.13, all'autorità di pubblica sicurezza che, a sua volta, agisce in stretta connessione con la magistratura inquirente – i pubblici ministeri

<sup>1</sup> Avevo già avuto occasione di ricordare in D'ANDREA (2013), p. 2274 come «in fondo la straordinaria conquista del costituzionalismo occidentale è rappresentata, oltre che dall'elevazione di limiti giuridici nei confronti di chi detiene legittimamente il potere, affinché non ne abusi, dall'impossibilità di conculcare legittimamente, pur se attraverso una regolamentazione legislativa, i diritti fondamentali delle persone sanciti in Costituzione e nelle Carte internazionali che gli Stati si sono impegnati a rispettare al loro interno» e ancora, concludendo lo scritto, che «oramai è un principio di civiltà giuridica, conclamato nell'ordinamento europeo e perciò anche nel nostro Paese, quello secondo il quale le persone, quando si tratta della vita e delle libertà fondamentali, devono godere della protezione dei pubblici poteri senza alcuna eccezione e indipendentemente dal luogo di provenienza geografica e dalla identità culturale».



– non a caso in grado di disporre senza nessun'altra mediazione della polizia giudiziaria (art.109 Cost.). L'autorità di pubblica sicurezza – che per definizione è espressione del governo amministrativo e non già politico dello Stato – è obbligata a darne comunicazione (entro quarantotto ore) all'autorità – di ben altra natura amministrativa – competente in via esclusiva, appunto quella propriamente giurisdizionale, che altrettanto rapidamente (nelle quarantotto ore successive) potrà stabilizzare la misura, confermandola, ovvero potrà revocarla facendole perdere efficacia, anche se in tal caso l'afflittività subita dal destinatario della misura, guardando alla sostanza delle cose, non si vanifica.

Sono ben ripartiti dal dettato costituzionale i ruoli rispettivamente degli organi di indirizzo politico – cui spetta l'individuazione dei casi e della misura afflittiva attraverso la legge (cosicché è possibile dubitare, se si ha a cuore la certezza del diritto, che in tale materia possa direttamente intervenire l'Esecutivo, con un proprio atto normativo quale è il decreto legge, per definizione «provvedimento provvisorio» per il quale si rende necessaria la conversione in legge che ne può variare in modo significativo i contenuti, art.77 Cost) – e dell'autorità giudiziaria cui è riservata in ogni caso la decisione se adottare in concreto la misura restrittiva, sottratta perciò ad ogni altra differente autorità amministrativa dello Stato e, in verità, alla stessa componente inquirente della magistratura ordinaria. Ricordo in effetti che nel sistema costituzionale l'autorità giudiziaria è nel suo complesso (tanto con riguardo ai giudici quanto con riguardo ai pubblici ministeri sebbene questi ultimi siano inseriti in una organizzazione interna che prevede una qualche forma di gerarchizzazione), espressione di un «potere diffuso» e indipendente che si auto-disciplina (non è questa la sede per dire altro sul CSM e sulle logiche di funzionamento deprecabili che ne minano l'autorevolezza istituzionale) e non è tenuto a rispondere agli organi politici del suo operato, se non indirettamente applicando la legge cui è soggetta (art.101 Cost.).

Spetterà in ogni caso al giudice costituzionale, che ha una sua peculiare natura che lo rende estraneo al circuito politico<sup>2</sup>, in sede di controllo della legittimità costituzionale delle disposizioni normative, valutare proporzionalità e adeguatezza del sacrificio imposto alla libertà dei singoli rispetto al conseguito vantaggio collettivo, secondo i noti canoni affermatasi nella sua giurisprudenza<sup>3</sup>: in tal modo si «controllano» le esorbitanze del potere politico, almeno quando si esprime solennemente attraverso la legge, e si richiede ai giudici interpretazioni «costituzionalmente orientate» delle norme da applicare, essendo in questo caso il precetto costituzionale in evidenza l'inviolabilità, sia pure relativa, della libertà personale<sup>4</sup>.

Ferma restando la necessità di chiarire cosa debba intendersi per «restrizione della libertà personale» (non tutti i controlli di polizia lo sono, ancorché non si possa legittimamente sottrarvisi), se ci si orienta politicamente nell'ordinamento per stabilire una compressione di

<sup>2</sup> SCHLAICH (1982), p. 558, ha acutamente affermato che: «una comunità politica, quando è dotata di un Parlamento eletto ad intervalli regolari dal popolo, come organo centrale dello Stato e della legislazione, quando è volto a fornire ai cittadini la garanzia dei diritti fondamentali secondo i principi dello Stato di diritto e quando la scelta a favore di un ordinamento democratico e liberale è assicurata e consolidata da una Costituzione scritta, tale comunità non può non avere come parte fondamentale della Costituzione stessa l'esercizio del controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi approvate dal Parlamento».

<sup>3</sup> Tali canoni sono stati di recente riaffermati C. cost., sent. n. 24/2019 sulle misure di prevenzione (relatore Viganò), ribadendo che «la riconduzione delle misure in parola all'alveo dell'art. 13 Cost. comporta, infatti, che alle garanzie (richieste anche nel quadro convenzionale) a) di una idonea base legale delle misure in questione e b) della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia c) della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione». Sempre di recente, in C. cost., sent. n. 112/2019, il giudice costituzionale ha ampiamente richiamato i confini del suo sindacato di proporzionalità in materia penale «storicamente affermato, nella giurisprudenza [della] Corte, anzitutto sotto il profilo del principio di eguaglianza ex art. 3 Cost. Da tale principio si è tratta la naturale implicazione relativa alla necessità che a fatti di diverso disvalore corrispondano diverse reazioni sanzionatorie» (punto 8.1.2 del Considerato in diritto). Inoltre la Corte ha esteso «il proprio sindacato anche a ipotesi in cui la pena comminata dal legislatore appaia manifestamente sproporzionata non tanto in rapporto alle pene previste per altre figure di reato, quanto piuttosto in rapporto – direttamente – alla gravità delle condotte abbracciate dalla fattispecie astratta» (punto 8.1.3), per infine censurare vari automatismi legislativi in materia di sanzioni propriamente penali ed anche di sanzioni amministrative.

<sup>4</sup> È opportuno rilevare che in C. cost., sent. n. 24/2019 l'interpretazione costituzionalmente orientata da parte dei giudici comuni assurge a espediente costituzionalmente legittimo, fuori dalla materia *strictu sensu* penale, volto a colmare formule legislative non precise: «allorché si versi – come nelle questioni ora all'esame – al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione» (punto 12 del Considerato in diritto). In materia di misure di prevenzione personali, tali «esigenze di precisione», integrabili per via giurisprudenziale, discendono proprio dall'art. 13 (punto 12.3 del Considerato in diritto), eventualmente integrato dalle disposizioni di origine sovranazionale (art. 2 del Protocollo 4 CEDU).

diritti di libertà che si risolvono in una effettiva *diminutio* della libertà psico-fisica delle persone a prescindere da una specifica vicenda processuale penale (rispetto alla quale è ipotizzabile la stessa carcerazione preventiva del soggetto implicato), dovrebbe essere sempre rispettato, a meno di una contraria indicazione costituzionale e sempreché non si tratti di un accertamento di polizia poco intrusivo per la persona, lo schema di base sopra indicato: a) norma di legge che configura in astratto il caso e la misura; b) provvedimento giudiziario che in concreto dispone la misura salvo l'eventuale provvisorio intervento dell'autorità di pubblica sicurezza (a causa di contingenze ineludibili definite dalla legge) e sempre con la possibilità per il giudice, alla luce di verifiche puntuali, di accertare la legittimità della misura da confermare. In ogni caso, se la restrizione non è collegata alla violazione di una norma penale che consenta la detenzione in qualsiasi modalità si preveda che debba essere scontata (penso perciò a impedimenti meno impattanti sulla persona, ma che non consentono di godere pienamente della libertà di domicilio o di circolazione e soggiorno, come pure di accedere a certi luoghi pubblici o aperti al pubblico), la misura afflittiva con la quale si esprime una preoccupazione certo meno stringente rispetto a quella che richiede la protezione di beni e interessi attraverso sanzioni penali (e, su altro versante, attraverso sanzioni amministrative in senso proprio) non può pur sempre sfuggire alle coordinate costituzionali, essendo comunque in grado di incidere negativamente sulla libertà personale, così come descritta dall'art. 13 Cost.<sup>5</sup>

Del resto, è la stessa Costituzione ad ipotizzare l'adozione di "misure di sicurezza" indipendentemente dalla possibilità del legislatore di prevedere pene detentive (art. 25, terzo comma) e sono sempre disposizioni costituzionali ad individuare la "sicurezza" come limite all'esercizio di taluni diritti, quali la circolazione e la riunione (artt. 16 e 17), così come a considerare alcuni beni, quali la salute, anche come "interesse collettivo" che giustificerebbe pertanto la possibilità di disporre trattamenti sanitari obbligatori (art. 32).

## 2. L'interesse sottostante alle afflizioni "minime" della libertà personale e le preoccupazioni costituzionali

Sussistono perciò ragioni supplementari rispetto alla previsione di sanzioni penali in senso stretto che evidentemente corrispondono, sia pure con misure più attenuate, alle stesse preoccupazioni di quelle, cosicché l'ordinamento se ne fa ugualmente carico, allo scopo – si pensi alle misure di sicurezza – certamente di impedire l'ulteriore probabile estensione nel tempo di condotte delittuose già poste in essere dal soggetto, come pure soltanto al fine di prevenire – si parla di misure di prevenzione – la commissione di fatti negativi per la collettività, quali sono certamente i reati. Specie di fronte alla determinazione degli organi di indirizzo politico di "proteggere" la comunità con misure preventive che contemplano per taluno la restrizione di una "quota" della libertà della quale normalmente si dispone (sempre partendo da comportamenti soggettivi ritenuti in grado di tramutarsi in reati, che tuttavia non sono stati commessi e che mai in realtà potrebbero esserlo, e persino talvolta di sfociare in atti di autolesionismo), occorre avere ben presente gli interessi costituzionalmente implicati in tale proposito normativo. È per questo che spetta al legislatore circoscrivere attentamente le "caratteristiche comportamentali" da "attenzionare", non potendosi rinunciare, proprio perché si tratta di misure sganciate da un preciso fatto di reato, a tutto quanto devono contenere le norme penali incriminatrici per essere legittime, a cominciare dalla determinatezza della condotta che si valuta come negativa. Vale dunque in pieno e, anzi, a maggior ragione, stante l'inevitabile discriminazione soggettiva che si opera e che coinvolge *in toto* il primo comma dell'art. 3 Cost.<sup>6</sup>, il principio che

<sup>5</sup> Esempio evidente è il divieto di accesso a manifestazioni sportive (c.d. DASPO), disciplinato all'art. 6 della legge n. 401/1989. Se il divieto in quanto tale (comma 1) non ha bisogno di una specifica convalida giurisdizionale, essa deve intervenire, secondo le tempistiche dell'art. 13, allorché al divieto si accompagnino prescrizioni ulteriori, come l'obbligo di firma (comma 2).

<sup>6</sup> La discriminazione (ossia la prescrizione legislativa diretta a determinate categorie di individui e non alla generalità dei consociati) nell'applicazione di restrizioni della libertà personale deve essere sempre oggetto di attenta valutazione, anche quando si fondi su obiettivi costituzionalmente apprezzabili, come nel caso di trattamenti imposti a tutela della salute o misure a vocazione "securitaria". Mi permetto allora di riprendere quanto scritto con Valerio Onida quasi trent'anni or sono: «perché non sia violato il principio di uguaglianza (il quale a sua volta è estrinsecazione del principio personalista), che riconosce a tutti i cittadini pari "dignità sociale", è necessario che l'obbligo del trattamento imposto solo a taluni sia fondato su obiettive condizioni di fatto, scientificamente attendibili, nelle quali vengano a trovarsi i soggetti appartenenti alle categorie individuate. Il trattamento sarebbe invece illegittimamente discriminatorio se si fondasse su una ingiustificata presunzione di pericolosità, ovvero, peggio ancora, solo sul disfavore di cui possono essere oggetto alcuni gruppi all'interno della società» (D'ANDREA e ONIDA (1990), p. 21).

nessuno possa essere legittimamente “sospettato” di commettere un reato, se non in forza di una legge che, da un lato, individui oggettivamente le caratteristiche dei soggetti la cui libertà si vorrebbe restringere e, dall'altro lato, specifichi quali sono i reati ipotizzabili da impedire con misure ad effetto anticipato sull'evento, stante l'allarme sociale che generano determinati azioni e atteggiamenti. Ovviamente, allorché si parla di “interesse comunitario” da perseguire non si sfugge alla regola aurea della democrazia che affida alla maggioranza di governo il compito di operare in suo nome, così come è altrettanto vero che della ragionevolezza delle scelte compiute dal legislatore (dalla quale dipende la legittimità costituzionale di quest'ultime) non può considerarsi depositario né il Governo né le forze che lo sostengono in Parlamento né qualsiasi altra estemporanea maggioranza parlamentare, ma la sola Corte costituzionale<sup>7</sup>.

Nessuna persona destinataria di una misura limitativa della sua libertà personale ai sensi dell'art. 13, pur se non direttamente connessa ad uno specifico fatto di reato, può essere comunque distolta dal suo giudice naturale (art.25, primo comma Cost.) per contestare l'adozione di quello specifico provvedimento giurisdizionale (dunque tecnicamente non proveniente dall'apparato amministrativo dipendente dal Governo), come pure della possibilità di ricorrere in Cassazione lamentando un errore di diritto del quale si ritenga vittima (art.111, settimo comma Cost.).

La Costituzione si preoccupa anche delle modalità con le quali avviene la restrizione della libertà (art.13, quarto comma), ancora una volta a prescindere dall'espiazione in senso proprio di una pena (art.27, terzo comma) che, come è noto, pure esclude trattamenti disumani e deve tendere alla rieducazione del soggetto condannato. Nessuna violenza fisica e morale è dunque tollerata nei confronti delle persone che versano in stato di provvisoria soggezione; anzi tali metodi sono puniti per esplicito riferimento costituzionale integrandosi, ai sensi dell'art.28 Cost., la piena responsabilità penale, civile, amministrativa dei funzionari e dipendenti dello Stato il cui comportamento viola i diritti altrui (responsabilità personale) a cui si aggiunge la responsabilità civile dello Stato. In particolare, su quest'ultimo aspetto tornerò in conclusione del mio intervento.

### 3. La “protezione” della comunità statale e l'indirizzo politico-amministrativo promosso nell'ordinamento italiano a proposito dell'immigrazione irregolare

Le possibili, legittime limitazioni della libertà personale, anche a prescindere dalla imputazione di un fatto di reato, che sono state prese in considerazione con riguardo all'ordinamento italiano consentono di allargare lo sguardo e ragionare su un punto cruciale che qualifica gli ordinamenti democratici: l'equilibrio che deve essere trovato tra le inevitabili esigenze di “protezione” della comunità statale da “turbamenti della pace sociale”, alla quale i consociati, ciascuno a suo modo, possono contribuire determinando un positivo sentimento identitario nel quale riconoscersi, con la capacità di non fare venire meno il rispetto delle garanzie democratiche – a partire da quelle di natura procedurale – senza incidere negativamente sul diritto alla libertà di chiunque si trovi ad avere un “contatto” con l'ordinamento statale. Se analizziamo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo troviamo sostanzialmente espressa una simile preoccupazione: l'esercizio dei diritti e delle libertà di ogni individuo – che pure ha dei doveri nei confronti della comunità nella quale «soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità» – può essere limitato in forza di una legge esclusivamente «per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare esigenze *della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale* [corsivi miei] di una società democratica» (art.29).

<sup>7</sup> In C. cost., sent. n. 1130/1988 è stato limpidamente affermato che «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti. Sicché...l'impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito, essendo un tratto che si riscontra, come s'è appena visto, anche nei giudizi di ragionevolezza» (punto 2 del Considerato in diritto). In generale, PALADIN (1997), p. 899 ss., nonché, per l'uso giurisprudenziale di tale canone, CARTABIA (2013).

Ogni società democratica si trova perciò a dover soddisfare esigenze di “tenuta” della comunità politica da essa espressa e a tal fine il corrispondente sistema giuridico può ammettere, a certe condizioni, come detto, la compressione dei diritti di libertà a partire da quella personale. Proprio per questo nelle radicate e consapevoli democrazie si spera che possa mantenersi intatta l'essenziale garanzia costituzionale (e giurisdizionale) in grado, se non di scongiurare, almeno di frenare il successo dell'azione politica che tenda ad un affievolimento più o meno consapevole dei diritti inviolabili, sia pure al fine di soddisfare contingenti interessi politico-amministrativi, magari in linea con quanto si attende buona parte – fosse pure la maggioranza – della pubblica opinione. L'argomento tendenzioso che, in effetti, viene da qualche tempo utilizzato a tal proposito (e non solo nel nostro Paese) riguarda, come è noto, la supposta esistenza di un formidabile “fattore esterno” quale si considera una incontrollata presenza di immigrati irregolari – dunque non stranieri “ordinari” – portatori di culture differenti e poco rispettose nei confronti di quella nostrana, cosicché nell'ordinamento sono state prodotte, sollecitate, promesse (anche perché, bisogna riconoscerlo dolorosamente ma realisticamente, attese da una buona parte del corpo elettorale) norme seriali il cui scopo è prevalentemente quello di escogitare, quanto meno sulla carta, modalità di allontanamento di persone, spesso in passaggio forzato in Italia, cui peraltro spettano tutte le garanzie costituzionali ricordate (benché l'allontanamento immediato o il mancato ingresso non integrino di per sé una restrizione alla libertà personale almeno in senso fisico), le quali, se potessero autodeterminarsi, non avrebbero alcuna intenzione di continuare a restare sul suolo italiano (il che, in effetti, se si è costretti, può rappresentare una restrizione della loro libertà psico-fisica). Ed ecco allora disciplinati nei confronti di questi soggetti che versano generalmente in condizioni di particolare disagio, *respingimenti*, *espulsioni*, *trattenimenti*, con tutto quello che di contorno ne è già derivato e ne potrà conseguire ancora<sup>8</sup>.

Per quanto mi riguarda, in relazione al compito affidatomi nel Convegno, al netto degli obblighi internazionali che pure sicuramente gravano sul nostro Paese e che potrebbero esporlo a responsabilità collegate al loro mancato assolvimento, considero tali misure quasi sempre limitative della libertà personale dei soggetti interessati e in ogni caso da giustificare, sotto il profilo costituzionale interno, in particolare se l'allontanamento involontario della persona è differito nel tempo e comporta una coazione anche con riferimento alla destinazione che viene “imposta” dall'autorità pubblica. In realtà, i soggetti di cui trattasi vengono spesso allontanati, si dice, in via amministrativa, con una “sequenza procedimentale” diversa quanto all'assegnazione dei ruoli tra organi amministrativi e giudiziari rispetto a quella individuata dal secondo e terzo comma dell'art.13 Cost.: la misura è, in effetti, disposta ed eseguita da autorità amministrative – prefetto e questore – sia pure prevedendosi un successivo controllo di natura giurisdizionale affidato al giudice di pace (si veda l'art.13 del d.lgs.286/1998, il c.d. Testo Unico sull'immigrazione). L'espulsione, in particolare, avviene non solo in applicazione di una sanzione penale alternativa alla detenzione, come pure è previsto in qualche caso (artt.15 e 16 T.U. sull'immigrazione), ma fondamentalmente per essere lo straniero entrato in Italia in modo non regolare, ovvero per non avere egli un titolo legale – magari in precedenza ottenuto – per continuare a restare nel nostro Paese. Qui si evidenzia immediatamente una differenza di non poco conto sotto il profilo costituzionale tra il cittadino e lo straniero<sup>9</sup>, che tuttavia è utilizzata da quanti se ne servono per giustificare la deviazione procedurale dallo schema previsto dall'art. 13 Cost. e per promuovere modalità decisionali incentrate sulle autorità politico-amministrative come sopra ricordato e che coinvolgono lo stesso Ministro degli Interni (art.13, comma 1 T.U. immigrazione). Nel mentre si prevede il diritto del cittadino di emigrare e di fare ritorno nello Stato (art.16, secondo comma Cost.) non viene mai configurato il diritto dello straniero di entrare liberamente in uno Stato diverso da quello di appartenenza, non

<sup>8</sup> Il tema dell'approccio puramente securitario alla materia dell'immigrazione, che caratterizza da una ventina d'anni le politiche del nostro come degli altri Paesi europei (e degli Stati Uniti), è da lungo tempo all'attenzione della dottrina, al punto che è stato coniato in ambito anglosassone il neologismo *crimmigration*, per indicare appunto la riduzione delle politiche migratorie a politiche di repressione e marginalizzazione dei migranti: per un'analisi di tale fenomeno, limitandoci ai lavori più recenti, cfr. tra i molti SPENA (2017), p. 495 ss.; RISICATO (2019); MASERA (2019).

<sup>9</sup> Questa distinzione permane discutibilmente nell'ordinamento italiano anche quando lo straniero riesce finalmente ad ottenere la cittadinanza italiana ispirata, come è noto, dal criterio dello *ius sanguinis*, ad esempio allorché quest'ultimo, nato in Italia e residente ininterrottamente nel nostro Paese, raggiunga la maggiore età. È solo il “nuovo” cittadino che da straniero abbia acquisito la cittadinanza italiana a perderla in caso di condanna definitiva per alcuni reati che ben potrebbero essere commessi anche da *italiani doc.*, secondo quanto recentemente stabilito dal decreto legge n.113/2018, convertito nella legge n. 132/2018, che ha introdotto l'art.10-*bis* nel testo della legge n. 91/1992 che disciplina la cittadinanza.



potendosi prescindere in tal caso da un accertamento “discrezionale” rimesso all'autorità politico-amministrativa del Paese ospitante: appare così oggettivamente come il controllo delle frontiere rimanga uno dei segni più tangibili della tenace resistenza della sovranità nazionale e come, davvero, la libera circolazione delle persone promossa dai Trattati europei sia da considerare tuttora una conquista democratica da custodire senza sbandamenti emozionali.

## 4.

### La sostanza democratica da preservare oltre il vuoto formalismo delle parole: “trattenere” non è “detenere”

La disciplina dell'immigrazione, proprio con riguardo alla reattività dell'ordinamento per fronteggiare il fenomeno degli stranieri irregolari (sulle cui ragioni è superfluo soffermarsi), è divenuta giuridicamente complessa e, come noto, solo in parte riconducibile alla normativa nazionale, non a caso sempre in rapidissima evoluzione; ciò per effetto di consolidate scelte costituzionali (artt.10, 11 e 117, primo comma, Cost.), che consentono pacificamente una regolazione anche sovranazionale di tale materia. Regolazione sia internazionale, mediante trattati “politici” (la cui ratifica dovrebbe avvenire ai sensi del combinato disposto tra l'art.80 e l'art.72, ultimo comma Cost. previa approvazione con procedura ordinaria di una legge di autorizzazione alla ratifica), sia europea, operando, da un lato, la Convenzione dei diritti dell'uomo e i suoi Protocolli e, dall'altro, i Trattati UE che includono dopo Lisbona, dunque dal 2009, la Carta dei diritti. Dunque, non può sfuggire che queste “aperture” impongano al legislatore italiano il rispetto di normative di provenienza esterna e ai nostri giudici, sempre più spesso, la diretta e prevalente applicazione di norme europee (in particolare può essere ricordato come, ove non sia possibile un'applicazione conforme ai precetti costituzionali valutati alla luce della normativa convenzionale e della stessa giurisprudenza di Strasburgo, sia inevitabile rinviare la questione alla Corte costituzionale nel caso di ritenuto contrasto tra norme interne e norme convenzionali così come precisato dal Giudice delle leggi con le sentenze nn.348 e 349 del 2007). Ciò finisce fatalmente per “aprire” l'ordinamento all'apporto di giudici sovranazionali chiamati, nel caso della Corte di Strasburgo, a verificare frequentemente su istanza dei diritti interessati, una volta esauriti i rimedi giurisdizionali interni, il mancato rispetto dei diritti contemplati dalla Convenzione da parte degli Stati che vi hanno aderito (tra i quali si segnala la Turchia che pare spesso dimenticarsene) e, nel caso della Corte di Lussemburgo, a fornire, in via pregiudiziale, la corretta interpretazione delle norme europee – si pensi alla importante direttiva sui rimpatri del 2008 – ai fini della loro dovuta applicazione da parte dell'autorità giudiziaria interna. È sensato considerare questa implementazione delle garanzie processuali in favore di quanti ritengano conculcati i propri diritti, a cominciare dalla riconosciuta libertà personale di soggetti deboli quali sono i migranti, una valvola di sicurezza azionabile nel nostro ordinamento, sia pure soltanto caso per caso (mi riferisco in particolare all'accesso alla Corte di Strasburgo)<sup>10</sup>. Tanto premesso, non si può nascondere la profonda delusione per l'assenza di una “politica europea” o meglio di “politiche europee” sul tema del controllo e della gestione del fenomeno migratorio, cosicché è indubbio che l'Unione Europea abbia aiutato poco il nostro Paese – sovraesposto per ovvie questioni logistiche a fronteggiare arrivi via mare dalle coste nordafricane – a contenere la lievitazione di una cultura oppositiva a proposito della c.d. “accoglienza”, maturata in una contingenza difficile sotto vari profili (specie quello economico-occupazionale) che investe vasti strati della nostra popolazione, alimentando ingiustificate insofferenze e allarmismi incontrollati nei confronti “degli altri”, che sarebbe bene non accogliere sul suolo patrio (anche quando sono da diversi giorni in mare, stremati, di fronte alle nostre coste) e che comunque sarebbe opportuno rispedire indietro da dove sono venuti (anche se li si condanna senza appello ad una sorte tragicamente segnata).

Quello che, infine, mi pare utile richiamare non riguarda tanto il presupposto legislativo (e quel che ne scaturisce in sede applicativa, di cui si occuperanno altre specifiche e certo più articolate relazioni) posto alla base delle espulsioni degli stranieri irregolari che entrano in

<sup>10</sup> Proprio in materia di libertà personale dei migranti (irregolari), fondamentale è la sentenza con cui la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo (con votazione unanime dei 17 giudici componenti il collegio) ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5 CEDU in relazione alla illegittima privazione della libertà personale cui venivano sottoposti i migranti nell'*hotspot* di Lampedusa: C. EDU, Grande Camera, 15.12.2016, *Khlaifia e al. c. Italia*, con nota di BONETTI (2017), p.176 ss. Per un'analisi più generale dei profili di illegittimità costituzionale ed europea della disciplina relativa alla libertà degli stranieri, cfr. *ex multis* MASERA (2014), p. 67 ss., e SAVINO (2012).



Italia senza avere un titolo giuridico valido che consenta loro di restare (i quali si suppone non riescano ad ottenere il previsto diritto di asilo e neppure siano in grado di evitare l'allontanamento, versando in altre condizioni contemplate dalle norme vigenti, come, per esempio, minori o persone bisognose di cure indifferibili). Riguarda piuttosto il "congelamento" dell'espulsione allorché il rimpatrio non sia immediato e comporti perciò un "trattenimento" per un tempo non preventivabile e non breve di persone a cui non si è concessa (o non si è potuto concedere) la partenza volontaria e che pertanto sono prese in carico dalle autorità statali, sino al momento della "riconsegna" alle altre autorità di un Paese diverso, quello di appartenenza ovvero quello dal quale sono partiti.

A me pare utile mettere in luce come il trattenimento dello straniero espulso per ragioni diverse dalla espiazione di una pena detentiva non possa essere considerato, pur se organizzato presso strutture all'uopo predisposte, una legittima restrizione della libertà personale a prescindere dalla condizione logistica e prima ancora normativa nella quale esso avviene; in particolare, all'afflittività dell'espulsione, non può aggiungersi un *surplus* irragionevole di coercizione giustificato sotto il profilo costituzionale dal forzato e certo in qualche caso inevitabile trattenimento che finirebbe per diventare una condizione limitativa, addirittura peggiore rispetto alla stessa detenzione, nella più assoluta discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta a gestire "i trattenuti"<sup>11</sup>.

La necessità di mantenere viva la distinzione tra "trattenimento" e "detenzione" non può ridursi ad essere solo una questione formalistica o, almeno, non può esserlo per il costituzionalista, preoccupato dal consolidarsi di una approssimativa o, forse più esattamente, sciatta cultura del "niente diritti" quando si tratta "degli ultimi" che sta dietro a questa inaccettabile parificazione. Naturalmente, conosco il *refrain* di quanti criticano questo approccio metodologico, considerandolo del tutto astratto, da *gauche caviar*, e anzi, colpevolmente incapace di cogliere la portata esiziale dell'attacco frontale che "gli altri" stanno sferrando alla nostra tradizionale civiltà occidentale, in generale, e a quella nazionale, in particolare. Attacco che sarebbe veicolato, secondo il montante populismo che abbiamo sotto gli occhi in Italia e in Europa, anche attraverso il fenomeno migratorio irregolare da contrastare perciò con ogni mezzo a maggior ragione a fronte della segnalata inadeguatezza euro-unitaria.

In realtà, a mio avviso, lo sforzo di guardare alla indiscutibile complessità che abbiamo dinanzi senza perdere di vista le coordinate costituzionali e, ancora prima, un cristiano sentimento umanitario<sup>12</sup> è l'unica strada da intraprendere per sperare che le nostre istituzioni, incluse quelle europee, sopravvivano alle intemperie del presente, rilanciandosi come modello organizzativo desiderabile per qualsiasi comunità politica all'interno della quale l'uomo si senta e sia effettivamente libero di essere sé stesso, potendo aspirare di ottenere, prima o poi, condizioni di esistenza dignitosa.

## Bibliografia

BONETTI, Paolo (2017): "Khlaifia contro Italia, l'illegittimità di norme e prassi italiane sui respingimenti e trattenimenti degli stranieri", *Quaderni costituzionali*, 1, pp. 176-180

CARTABIA, Marta (2013): "I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana", [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

D'ANDREA, Antonio e ONIDA, Valerio (1990): "Costituzione italiana e misure sanitarie obbligatorie", in CATTORINI, Paolo (editor): *Aids e situazione carceraria* (Padova, Istituto scientifico San Raffaele – Liviana Editrice), p. 21-27

<sup>11</sup> Si può rammentare che ogni qualvolta si determina nell'ordinamento un vuoto normativo sul terreno delle garanzie costituzionali che, in assenza della inevitabile mediazione legislativa, può essere estemporaneamente riempito (ma anche non riempito affatto o comunque in modo sufficiente) dalle autorità pubbliche, quel "vuoto" può essere di per sé considerato illegittimo e potrebbe essere portato all'attenzione della Corte costituzionale evidenziandosi le lacune delle norme vigenti che disciplinano parzialmente o in modo incompleto una certa materia. Su questi aspetti avevo già avuto occasione di soffermarmi in D'ANDREA (2000), pp.67-70.

<sup>12</sup> In D'ANDREA (2013), cit., ivi mi è sembrato inevitabile avvertire che «ripudiare "a casa nostra" questi precetti, lungi dal difendere la nostra civiltà democratica, la svuoterebbe di senso, riducendone sensibilmente la sua indiscutibile capacità di penetrazione anche laddove ce ne sarebbe sicuramente bisogno».

D'ANDREA, Antonio (2000): "La protezione giuridica dei diritti dell'uomo: alcune osservazioni con particolare riguardo all'ordinamento italiano", in SCIUMÉ, Alberto (editor): *I diritti umani nel processo di consolidamento delle democrazie occidentali* (Brescia, Quaderni brevi del Dipartimento di Scienze Giuridiche n.2, Promodis Italia Editrice), p. 59-70

D'ANDREA, Antonio (2013): "La prospettiva della democrazia costituzionale in Italia e in Europa", in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. IV (Napoli, Jovene Editore), pp. 2265-2274

MASERA, Luca (2014): "Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?", in GABOARDI, Andrea, GARGANI, Alberto, MORGANTE, Gaetana, PRESOTTO, Andrea e SERRAINO, Marco (eds.), *Libertà dal carcere, libertà nel carcere* (Torino, Giappichelli), p. 67-95

MASERA, Luca (2019): "La crimmigration nel Decreto Salvini", *La legislazione penale*, pp. 1-46

PALADIN, Livio (1997): "Ragionevolezza (principio di)", *Enciclopedia del Diritto – Aggiornamento*, I (Milano, Giuffrè) pp. 899-911

RISICATO, Lucia (2019): *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* (Torino, Giappichelli)

SAVINO, Mario (2012): *Le libertà degli altri – La regolamentazione amministrativa dei flussi migratori* (Milano, Giuffrè)

SCHALICH, Klaus (1982): "Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania", *Quaderni costituzionali*, 3, p. 558

SPENA, Alessandro (2017): "La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, p. 495-514



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>