



UNDICESIMA EDIZIONE DELLA GIORNATA ANNUALE DEI DOTTORATI

PRINCIPI COSTITUZIONALI E DIRITTI FONDAMENTALI
NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE.
RELAZIONE DI SINTESI

FABRIZIO POLITI

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La relazione di Camilla Storace “*Legge penale e giurisprudenza costituzionale*”. – 3. – Gli interventi successivi alla relazione su “*Legge penale e giurisprudenza costituzionale*”. – 4. La Relazione di Giulia Santomauro “*Il «nucleo duro» del diritto di asilo nel prima della funzione evolutiva della Costituzione*”. – 5. Gli interventi successivi alla Relazione su “*Il «nucleo duro» del diritto di asilo nel prima della funzione evolutiva della Costituzione*”. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Osservazioni introduttive

L’ampia e vivace riflessione sviluppatasi nel Tavolo relativo a “*Principi costituzionali e diritti fondamentali nella giurisprudenza incostituzionale*”, che ruotava attorno alle due relazioni di Camilla Storace (“*Legge penale e giurisprudenza costituzionale*”) e di Giulia Santomauro (“*Il nucleo duro dell’asilo nella prospettiva costituzionale*”) e che ha registrato numerosi interventi sulle questioni emerse, si è caratterizzato per un ampio e vivace dibattito.

In via meramente introduttiva, può (e deve) innanzitutto affermarsi la ricchezza delle riflessioni emerse che hanno ruotato attorno al – per così dire – “classico” tema rappresentato dal rapporto intercorrente fra Corte costituzionale e legislatore e che, sia nelle due relazioni centrali che negli interventi successivi, è stato declinato soprattutto nella individuazione della dimensione propria della discrezionalità legislativa quale “spazio” che il giudice costituzionale è chiamato a non invadere e, conseguenzialmente, nella riflessione delle problematiche che si generano a valle sia di un iper-attivismo della Corte costituzionale ma anche di un eccessivo *self restraint* della giustizia costituzionale.

La riflessione è venuta così a ruotare attorno alla questione relativa ai compiti ed ai limiti della giustizia costituzionale con riguardo specifico alla tutela dei diritti fondamentali (ed in particolare con riguardo alla dimensione della pena e all’ambito del diritto penale).

2. La relazione di Camilla Storace “Legge penale e giurisprudenza costituzionale”

La relazione di Camilla Storace (“*Legge penale e giurisprudenza costituzionale. il giudizio sulla misura delle pene*”) ha ad oggetto la giurisprudenza costituzionale vertente sulla determinazione della misura delle pene, tema fortemente caratterizzato dal riconoscimento di un ambito non solo riservato alla discrezionalità del legislatore, ma nel quale operano fortemente anche i limiti imposti dalla riserva di legge in materia penale, nonché, più in generale, i limiti posti dall’art. 28 della legge n. 87 del 1953.

Il contributo prende le mosse dalla constatazione della capacità della giurisprudenza costituzionale di evolversi, anche in maniera significativa, passando da posizioni di rigido *self restraint* ad esiti caratterizzati da aperture (a volte anche non prevedibili), in particolare nei casi in cui la Corte ha affermato – o comunque dimostrato – di prescindere dalla dottrina delle c.d. “rime obbligate”, adottando decisioni discendenti anche dalla necessità di intervenire in ragione della perdurante inerzia del Parlamento.

La giurisprudenza costituzionale in materia si è sviluppata utilizzando principalmente come parametro l’art. 3 Cost. ricondotto, più in generale, al concetto di ragionevolezza delle scelte del legislatore. Nella materia penale, la “tradizionale” contrapposizione fra giudice costituzionale e legislatore viene ad assumere forme peculiari proprio in ragione della tensione che si genera fra ambito riservato alla discrezionalità del legislatore e necessità di tutela dei diritti fondamentali e che porta, con riguardo alla misura della sanzione penale, all’evocazione del concetto stesso di “giustizia”. Ed è appunto all’interno di questo contesto che non può non trovare giustificazione la volontà della Corte costituzionale di intervenire a garanzia dei diritti fondamentali, anche a costo di incidere – o di sembrare di incidere –, oltrepassandolo, sul confine proprio della discrezionalità legislativa. Ed è all’interno di questo quadro di riflessioni che la Storace si interroga sull’*an* e nel rispetto di quali limiti il Giudice delle leggi possa “legittimamente” intervenire per ricondurre il sistema sanzionatorio penale entro i confini costituzionali.

Dopo aver analizzato i nodi problematici che ruotano attorno al controllo di costituzionalità delle norme che pongono il *quantum* della sanzione penale (dalla tutela della discrezionalità del legislatore al potere del giudice di graduare il *quantum* da applicare in concreto, fino all’importanza assunta dal principio di risocializzazione del condannato), il contributo mette in luce le peculiarità che vengono inevitabilmente a caratterizzare le relative pronunce costituzionali. A questo proposito, vengono esaminate diverse decisioni, adottate dalla Corte costituzionale in tempi recenti, che si concretizzano in interventi manipolativi – principalmente di tipo sostitutivo – del testo legislativo, con esito *in bonam partem*. Tali interventi erano in precedenza ritenuti ammissibili dalla Corte

costituzionale soltanto nei casi di “soluzione costituzionalmente obbligata”, indicata dal giudice rimettente o individuata dalla stessa Corte. Da ultimo la Corte ha però esplicitamente affermato un “superamento” della dottrina delle “rime obbligate” (basti pensare, ma non solo alla sentenza n. 242 del 2019) ritenendo comunque costituzionalmente necessario un proprio intervento additivo ricostruito in base (oltre che ai principi costituzionali) anche a quanto disposto dalla legislazione ordinaria.

Diventa così centrale la riflessione sulla portata del principio di ragionevolezza, quale criterio argomentativo attraverso il quale la Corte valuta la conformità delle scelte del legislatore e, con riguardo specifico alla misura della sanzione penale, la eventuale “manifesta eccessività” della stessa. A questo proposito, viene evidenziato come la Corte abbia parlato anche di “oggettiva irragionevolezza” o di “sproporzione” della pena rispetto alla gravità della condotta incriminata. La dottrina da tempo si interroga sullo “schema argomentativo” che il giudizio di costituzionalità viene a seguire nel giudizio di ragionevolezza e soprattutto sul ruolo giocato dal *tertium comparationis*. Già negli anni ottanta, a quanti evidenziavano l’ampio spazio valutativo che veniva a determinarsi per la Corte grazie allo schema “triadico” generato dall’ingresso nel giudizio di costituzionalità di un *tertium comparationis* “prescelto” dalla Corte medesima, si contrapponeva la ricostruzione volta a ribadire lo “schema diadico” (norma oggetto e norma parametro) del giudizio di costituzionalità ed in cui il *tertium comparationis* viene a costituire un elemento (non estraneo ma integrativo) del parametro costituzionale.

Con riguardo specifico al tema che ci occupa, il giudizio di ragionevolezza è venuto però a caratterizzarsi anche su una valutazione della “proporzionalità” della misura della pena, proporzionalità valutata in base all’art. 3 Cost. o anche in base ad altri principi costituzionali che configurano «il volto costituzionale del sistema penale». E così, nella giurisprudenza costituzionale, il principio di proporzionalità della pena viene a determinarsi a volte all’interno di un giudizio di ragionevolezza intesa in termini di eguaglianza (o diseguaglianza) di trattamento (e quindi con l’esplicita presenza di un *tertium comparationis*), altre volte all’interno di un giudizio in cui è il solo canone della ragionevolezza a venirsi a porre come parametro di valutazione del rapporto di proporzione tra condotta incriminata e sanzione (che viene dunque ad essere giudicata “irragionevole”, “sproporzionata” o “arbitraria” in sé senza alcun riferimento ad un *tertium comparationis*).

Infine, va ricordato che nella giurisprudenza costituzionale, la proporzionalità della pena viene da ultimo valutata anche alla luce del principio di rieducazione del reo (ex art. 27, terzo comma, Cost.). Ed è proprio l’ingresso di quest’ultimo principio nel giudizio (di costituzionalità) sulla proporzionalità della misura della pena a portare ad un incremento della tendenza (che si afferma nella giurisprudenza costituzionale a partire dai primi anni novanta) a configurare la proporzionalità della pena nei termini di «un’istanza di adeguatezza tra reato e sanzione che opera indipendentemente da un confronto tra fattispecie». La valutazione compiuta dai giudici di Palazzo della Consulta avviene, in questo caso, attraverso la diretta relazione (e comparazione) fra gravità del reato ed entità della pena, a differenza di quanto avveniva nella precedente giurisprudenza, caratterizzata dall’applicazione di uno schema comparativo *inter delicta*.

Questa nuova impostazione della giurisprudenza costituzionale beneficia della valorizzazione del principio della rieducazione del reo, giacché è l'applicazione del principio della finalità rieducativa della pena a giustificare il sindacato della Corte (in termini di proporzionalità) della misura della pena.

Camilla Storace individua così, nella giurisprudenza costituzionale in materia, alcune (“principali”) coordinate, funzionali a scorgere l'evoluzione che ha condotto la Corte costituzionale ad ampliare i confini della nozione di ragionevolezza, facendola fuoriuscire dal rigido schema della disparità di trattamento fra situazioni simili e facendola approdare ad una portata della stessa quale “corretta quantificazione della pena” operata alla luce del disvalore contenuto nel fatto di reato. Le valutazioni inerenti alla proporzionalità della pena avvengono dunque all'interno di un sindacato sempre più incentrato sull'apprezzamento del rapporto tra la gravità del reato e la pena irrogata. Nella sentenza n. 341 del 1994 viene individuata la pronuncia che introduce il nuovo paradigma decisionale: la “manifesta irragionevolezza” della misura della pena non viene più ad essere incentrata esclusivamente sul contrasto con il principio di eguaglianza e sul raffronto della norma oggetto del giudizio con il *tertium comparationis*, bensì su una valutazione autonoma che, collegando direttamente l'art. 3 della Costituzione con l'art. 27, terzo comma, della Carta, discende dalla considerazione della funzione rieducativa della pena sicché anche il quantum della stessa – al fine di assicurare la finalità della rieducazione del condannato – deve rispondere ad un principio di proporzionalità rispetto al disvalore espresso dalla condotta criminosa.

Secondo la Storace si registra, nel nuovo orientamento della Corte, una differente dimensione del ruolo assegnato al *tertium comparationis* che viene a fornire (non più il metro di paragone della ragionevolezza della misura della sanzione edittale, bensì il trattamento sanzionatorio da applicare in sostituzione di quello dichiarato incostituzionale. Viene inoltre sottolineata la “utilità” (a questo proposito) di una fattispecie comparativa assimilabile a quella oggetto del giudizio in ragione della necessità, per la Corte, di individuare “l'addizione” costituzionalmente necessaria, pena altrimenti il rischio di una pronuncia di inammissibilità della questione laddove vengano a configurarsi «molteplici possibilità di intervento normativo». A questo proposito viene esattamente individuata la questione di fondo rispetto alla quale la Corte costituzionale è chiamata ad operare sulla “incerta linea di confine che separa la garanzia dei principi costituzionali dalla tutela della discrezionalità del legislatore”.

Indubbiamente, in tutti i casi in cui la Corte si pronuncia – in senso non confermativo della volontà del legislatore – sulla misura della sanzione penale, la relativa decisione incide – “manipolandolo” – sul testo legislativo e, proprio in ragione di tale effetto, la Corte stessa afferma che la “manipolazione” (o, se si preferisce, la disposizione introdotta con la pronuncia della Corte) debba derivare – non da una scelta discrezionale della Corte medesima, bensì – direttamente dal quadro costituzionale quale unica possibile soluzione normativa in relazione al caso di specie (le c.d. “rime costituzionalmente obbligate” di crisafulliana memoria o “obbligatissime” per riprendere la successiva espressione di Leopoldo Elia). Ed è grazie a questa ricostruzione che la Corte può affermare di non invadere gli spazi riservati al Parlamento. E spetta al *tertium*

comparationis offrire la “rima obbligata” su cui la Corte imposta l’intervento manipolativo e, nello specifico, l’individuazione della misura sanzionatoria chiamata a prendere il posto di quella ritenuta incostituzionale perché “irragionevole”.

Ed anche nei casi in cui il sindacato di ragionevolezza sulla misura sanzionatoria si svolge in “forma intrinseca”, cioè quando l’irragionevolezza della misura della sanzione è individuata “in sé” rispetto al disvalore dell’illecito, il *tertium comparationis* (quantunque non venga a costituire il «crocevia decisivo» della motivazione) comunque, non scompare dal percorso argomentativo delle singole pronunce in quanto utilizzato – attraverso il richiamo ad una fattispecie simile – sia per far emergere ulteriormente, l’irragionevolezza della misura della sanzione irrogata, ma anche per facilitare l’individuazione della misura sanzionatoria “sostitutiva”, introdotta appunto con la pronuncia della Corte costituzionale (la Storace parla di un ruolo di “sostitutivo sanzionatorio” del *tertium comparationis*).

Questa ricostruzione degli itinerari argomentativi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale (che finiscono per assegnare anche un significato nuovo alla stessa ragionevolezza e dunque anche al *tertium comparationis*) trova aggancio nella sentenza n. 236 del 2016, nella quale si afferma che fra la fattispecie oggetto del giudizio di costituzionalità e quella assunta come *tertium* non debba necessariamente sussistere un rapporto di identità tra le fattispecie essendo sufficiente che le stesse siano «*non del tutto disomogenee*». Il passaggio dal requisito della “identità” a quello della “non totale disomogeneità”, a ben vedere, fa sorgere diverse questioni problematiche.

Innanzitutto, questo differente approccio, se (come ritiene la Storace) può alleggerire l’onere che ricade sul giudice *a quo* nella ricerca del “corretto” *tertium comparationis* (giacché non è più l’omogeneità tra fattispecie a tracciare le “rime costituzionalmente obbligate”, essendo sufficiente la non integrale disomogeneità tra le stesse), può anche condurre ad un esito perfettamente contrario. Infatti, il giudice *a quo*, posto di fronte all’ampio ventaglio delle opzioni “non totalmente disomogenee”, può essere chiamato a scelte tutt’altro che semplici e con il rischio di incorrere facilmente in risposte di inammissibilità da parte della Corte costituzionale.

Inoltre il riconoscimento della possibilità di un’ampia scelta nella determinazione del *tertium* – quantunque finisca proprio per “alleggerire” il ruolo del *tertium* nell’impianto argomentativo della singola pronuncia in quanto utilizzato solo per la determinazione del *quantum* sanzionatorio – corre il rischio di prestare ancor più il fianco alle critiche di quanti accusano la Corte di invadere lo spazio riservato al decisore politico. Infatti, se l’operazione di “sostituzione” della (misura della) sanzione penale è dalla Corte esplicitamente ritenuta praticabile solo nei casi di manifesta irragionevolezza del quantum di pena (permettendo così di dichiarare l’incostituzionalità di sanzioni palesemente irragionevoli la cui contrarietà a Costituzione non si manifesta in una mera disparità di trattamento tra fattispecie analoghe), non mancano voci in dottrina che, mettendo l’accento sull’ampia scelta connessa alla individuazione di fattispecie “non del tutto eterogenee”, lamentano un vulnus alla discrezionalità legislativa.

Indubbiamente, deve ribadirsi che la visione “ampia” del giudizio di ragionevolezza – declinato dunque non solo in termini di disparità di trattamento di situazioni simili ma

anche quale momento di valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto al disvalore del fatto e rispetto alla funzione rieducativa della pena (giudizio sulla "ragionevolezza intrinseca", in cui la Corte giudica «per linee interne» sulla coerenza e sulla proporzionalità della sanzione impugnata rispetto al disvalore del fatto ed alla finalità rieducativa della pena) – assicura una maggiore tutela dei valori costituzionali (ed in particolare quello di tutela della libertà personale), ma corre il rischio anche di assegnare un non indifferente tasso di imprevedibilità agli esiti delle pronunce della Corte costituzionale.

Le esigenze di tutela dei diritti fondamentali incisi da scelte normative "palesamente arbitrarie" o "del tutto ingiustificate" (anche nello specifico ambito della misura della sanzione penale) non possono non giustificare l'intervento della Corte costituzionale che, nella sua giurisprudenza, valuta l'irragionevolezza della sanzione penale essenzialmente in base al principio di eguaglianza (come necessità di eguale trattamento di situazioni simili o di difforme trattamento di situazioni fra loro differenti) ed al principio di proporzionalità (fra misura della sanzione e disvalore del fatto e/o fra misura della sanzione e finalità rieducativa della pena). Ed è quest'ultimo principio che consente di mettere in luce l'arbitrarietà delle scelte sanzionatorie rispetto al disvalore dell'illecito. Per la Storace in entrambi i casi (palese arbitrarietà e assenza di proporzionalità) viene svolto un controllo di ragionevolezza: nel primo caso un giudizio di ragionevolezza "di tipo estrinseco" mentre, nel secondo, "di tipo intrinseco" (in cui appunto la Corte giudica «per linee interne» sulla coerenza e sulla proporzionalità della sanzione impugnata rispetto al disvalore del fatto ed alla finalità rieducativa della pena).

Se l'esigenza di tutela effettiva dei diritti fondamentali conduce la Corte a ritenersi non vincolata – anche con riguardo alle scelte relative al quantum di pena – ad una rigida aderenza al principio delle "rime obbligate" (sentenza n. 222 del 2018), non mancano in dottrina voci critiche dell'operato della Corte ritenuta di invadere uno spazio proprio della decisione politica. La Storace rileva che la Corte costituzionale, ove ritenga sussistente una lesione dei diritti fondamentali e riscontri che il legislatore sia stato inerte rispetto ad un precedente invito a rendere conforme al quadro costituzionale la normativa in esame, tende sempre più ad entrare nel merito della questione e a non ritenere contraria all'adozione di una dichiarazione di incostituzionalità additiva (o comunque manipolativa) l'assenza di un'unica soluzione "costituzionalmente obbligata" idonea a rimediare il denunciato vulnus costituzionale. E la possibilità di prescindere dalla esistenza di un'unica soluzione "costituzionalmente obbligata" è, a sua volta, subordinata a tre stringenti condizioni: l'incidenza della norma impugnata sul godimento di un diritto fondamentale; la sussistenza di una soluzione sanzionatoria che possa comunque essere ritenuta adeguata a sanare il riscontrato vulnus costituzionale; l'inerzia del legislatore nei confronti di una previa sollecitazione della Corte mediante una pronuncia monitoria rimasta inevasa.

La Corte costituzionale sembra così avere dato vita ad uno "sdoppiamento" della dottrina delle "rime obbligate" che, da un lato, continua ad essere ritenuta generalmente operante nei confronti degli interventi additivi della Corte, ma che, dall'altro lato, può essere declinata – in talune ipotesi ed alla ricorrenza delle condizioni appena descritte –

nella meno vincolante teoria delle “rime adeguate”. Questo “sdoppiamento” è ritenuto frutto di una «rinnovata sensibilità» – nell’attuale momento storico – dei giudici costituzionali nei confronti dei diritti fondamentali ed in cui gli interventi manipolativi della Corte vanno ricostruiti soprattutto come operazione volta ad affermare i valori costituzionali all’interno del sistema penale caratterizzato dalla sovrapposizione di discipline normative disorganiche, fra loro scoordinate ed adottate spesso in base a pulsioni meramente punitive e demagogiche. E merita di essere segnalata la verifica della sussistenza della condizione dell’esistenza di un monito inascoltato, giacché la Corte costituzionale finisce per giustificare il proprio operato (e dunque un sindacato anche profondo su decisioni fortemente politiche quali la misura della sanzione penale) proprio in ragione della inerzia del legislatore nel porre rimedio a discipline legislative caratterizzate da manifesta irragionevolezza e/o manifesta arbitrarietà.

Ma va ribadito che tale orientamento della giurisprudenza costituzionale – caratterizzato da un controllo incisivo sulle scelte sanzionatorie compiute dal legislatore, controllo operato mediante una utilizzazione sempre più estesa e penetrante del principio di ragionevolezza – presta facilmente il fianco a critiche che hanno finito per coinvolgere lo stesso criterio di ragionevolezza accusato di avere trasformato quello di costituzionalità in un «giudizio a rime libere». E la Storace, in conclusione del suo contributo, afferma che i significativi mutamenti registrati, negli ultimi anni, nella giurisprudenza costituzionale non potranno non produrre sviluppi che dovranno essere oggetto di attenta osservazione, in ragione della necessità di una gestione prudente ed equilibrata del sindacato di costituzionalità avente ad oggetto le norme che pongono la misura delle pene (al fine appunto di evitare l’invasione dello spazio proprio del potere legislativo).

Dal saggio della Storace emerge dunque nettamente la consapevolezza della problematicità del tema affrontato ed in particolare i rischi connessi ad un’alterazione degli equilibri del rapporto fra giudice costituzionale e legislatore.

3. Gli interventi successivi alla relazione su “Legge penale e giurisprudenza costituzionale”

Gli interventi successivi alla relazione di Camilla Storace hanno, anch’essi, ruotato attorno al tema dei limiti che incontra il giudice costituzionale (ma anche il giudice europeo) quando posto di fronte a questioni che ruotano attorno alla misura della pena.

E così Sophia Albertini (*Il principio di proporzionalità della pena: nuovi scenari alla luce della sentenza della CGUE 8.3.2022 C-205/20 NE*) ha affrontato alcune delle questioni che ruotano attorno all’applicazione del principio di proporzionalità della pena ed in particolare in merito alla “positivizzazione” di tale principio ad opera dell’articolo 49, § 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea. In particolare, la Albertini si interroga sull’efficacia assunta nell’ordinamento italiano dal principio di proporzionalità, come delineato dall’art. 49, § 3, della Carta di Nizza. In altri termini, se tale principio (o, se si preferisce, tale disposizione) sia per il giudice nazionale un parametro di costituzionalità della norma incriminatrice, la cui violazione implica il

necessario ricorso innanzi alla Corte costituzionale, o se debba ritenersi normativa dotata di effetti diretti e quindi, come tale, idonea a consentire la disapplicazione *in bonam partem* della norma incriminatrice sproporzionata.

Se l’orientamento consolidato era nel senso di ritenere che la disapplicazione della norma interna, in ragione del carattere *self-executing* della norma sovranazionale, non potesse operare con riferimento ai principi di legalità e di proporzionalità di cui all’art. 49 della Carta di Nizza, è stata registrata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE una pronuncia di *overruling*, che suscita non poche riflessioni per l’ampia (se non dirompente) potenzialità applicativa sull’operato dei giudici nazionali. Infatti, con la sentenza della Grande Sezione NE, la Corte di giustizia ha attribuito efficacia diretta al principio di proporzionalità della pena sancito nell’art. 49, paragrafo 3, della Carta di Nizza. Nel caso di specie, la Corte di giustizia prospetta la disapplicazione della disciplina interna contrastante con la Carta, ma con riguardo esclusivo a quella parte della disposizione statale che prevede una sanzione non conforme al canone della proporzionalità, assegnando al giudice il compito di rideterminare, nel corso di quello specifico giudizio, la sanzione in senso conforme al canone della proporzionalità.

La Albertini, se apprezza l’adesione della Corte di giustizia al principio della efficacia diretta del principio di proporzionalità, sottolinea la problematicità dell’assegnazione al giudice del compito di rideterminazione della pena, in ragione della frizione con i principi di legalità e di separazione dei poteri, nonché con quello di parità di trattamento e di certezza dei rapporti giuridici. La riserva assoluta di legge posta dall’art. 25, co. 2, Cost. assegna in via esclusiva al legislatore la definizione della fattispecie incriminatrice e della pena adeguata al reato. Per la Albertini è preferibile percorrere la strada dell’incidente di costituzionalità e dunque che il giudice (chiamato a pronunciarsi sul fatto di reato) sollevi questione di costituzionalità, sollecitando così una pronuncia *erga omnes* della Consulta, la quale oltre a determinare la caducazione della sanzione sproporzionata, individua anche la pena ritenuta conforme al principio di proporzionalità (e, più in generale, al quadro costituzionale), allorquando sia possibile rintracciare, all’interno dell’ordinamento, un *tertium comparationis*, rimanendo invece in capo al legislatore nei casi in cui non sia ravvisabile un *tertium comparationis* il compito di determinare, nel rispetto di quanto statuito nella pronuncia della Consulta, la sanzione opportuna, spettando alla Corte solo la declaratoria di incostituzionalità della pena sproporzionata con monito al legislatore ad intervenire in proposito.

La riflessione di Stefano Rovelli (*La giurisprudenza costituzionale sul principio di proporzionalità delle pene alla prova della sentenza n. 94 del 2023 sul “caso Cospito”*) si incentra sul contenuto di tale pronuncia della Corte costituzionale, pronuncia che risulta di particolare interesse per più di una ragione sia dal punto di vista del diritto penale che da quello del diritto costituzionale.

La sentenza n. 94 del 2023 si colloca – anch’essa – all’interno del filone della giurisprudenza costituzionale in tema di principio di proporzionalità della pena, tema oggetto di ampia discussione nella dottrina degli ultimi anni. Più nello specifico, il contributo muove dalla considerazione dell’esistenza, all’interno del predetto filone giurisprudenziale, di differenti sotto-insiemi, e dalla collocazione della sentenza del caso

Cospito all'interno della giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto la legge n. 251 del 2005 ed in particolare il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva nell'ambito del bilanciamento di cui all'art. 69 c.p., divieto disposto al dichiarato fine di realizzare un generale inasprimento del sistema punitivo «in risposta all'ampia discrezionalità attribuita al giudice nel 1974».

A partire dalla sentenza n. 251 del 2012, la Corte costituzionale ha coordinato il contenuto minimo del principio di proporzionalità delle pene (espresso dagli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.) tanto con il principio di offensività ex art. 25, comma 2, Cost. (in forza del quale la pena deve essere «*adeguatamente calibrata ... al concreto contenuto ... del fatto di reato rispetto agli interessi protetti*» dalla fattispecie incriminatrice) quanto con il principio di personalità della responsabilità penale ex art. 27, comma 1, Cost. (in ragione del quale la sanzione penale deve essere commisurata «*anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo*»). E tale indirizzo ha trovato nella sentenza n. 94 del 2023 un'opera di sintesi ma anche una “razionalizzazione del modello di decisione per questa tipologia di casi”. Infatti, molte delle problematiche di ordine costituzionale riscontrate nella dichiarazione di incostituzionalità discendono, oltre che dalla sanzione dell'ergastolo prevista dall'art. 285 c.p., dalla stessa opzione incriminatrice in sé considerata e quindi dalla scelta di criminalizzazione compiuta dal codice penale del 1930.

L'Autore si interroga sulle ragioni che hanno portato la Corte d'assise d'appello di Torino a ritenere di non sollevare questione di costituzionalità in relazione all'opzione incriminatrice di cui all'art. 285 del codice penale, ed assegna a tale domanda la portata del quesito relativo alla determinazione degli effetti di sistema conseguenti alla decisione di sindacare soltanto l'automatismo previsto dall'art. 69 c.p. e la proporzionalità delle sole pene previste dalle singole fattispecie. Secondo Rovelli, una dichiarazione di incostituzionalità (totale o parziale) dell'art. 285 c.p. – e dunque della stessa opzione incriminatrice ivi contenuta – non avrebbe posto problemi in termini di dispositivo e di invasione – da parte della Corte – della sfera di discrezionalità del legislatore e non avrebbe prodotto vuoti di tutela sostanziale, vuoti ritenuti spesso non tollerabili da parte della Corte medesima in quanto causa di situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quella oggetto del giudizio di specie. Il vuoto non si sarebbe prodotto in ragione della applicazione (come avvenuto in occasioni più risalenti) “per riespansione” della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 422 c.p. in quanto perfettamente sovrapponibile rispetto a quella della strage politica. Quindi, la Corte d'assise d'appello di Torino ha probabilmente deciso di centrare la questione di costituzionalità sul rispetto del principio di proporzionalità della pena, anziché sulla (costituzionalità della) fattispecie di reato, in ragione degli esiti più recenti della giurisprudenza costituzionale e ritenendo tale strada la più utile per risolvere le molteplici e delicate problematiche di ordine costituzionale legate al caso Cospito.

Ma le criticità derivanti da un sindacato sulla proporzionalità della pena appaiono molteplici e trascendono il caso Cospito.

Il primo profilo problematico è rappresentato dal fatto che la scelta di incentrare la questione di costituzionalità solo sulla misura della pena finisce per assegnare (anzi

presuppone) una legittimazione della fattispecie di reato giacché appunto è messa in dubbio la costituzionalità della misura della pena ma non della preliminare (e precedente) scelta di criminalizzazione (e soprattutto con riguardo a reati previsti dal codice Rocco fortemente caratterizzati da opzioni valoriali di fondo che non sempre appaiono conformi al dettato costituzionale).

Il secondo profilo problematico emerge dalla constatazione che il sindacato sulla proporzionalità della pena si presenta – per diverse ragioni – strutturalmente incompleto sia perché rinuncia a priori ad interrogarsi sulla costituzionalità della scelta di criminalizzare determinati comportamenti, sia perché la “misura della pena” appartiene a scelta discrezionale del legislatore, sicché la Corte può rimuovere la misura “incostituzionale” ma tendenzialmente non può essa stessa determinare la (misura della) pena “opportuna”.

Acclarati questi limiti del sindacato in esame, Rovelli evidenzia i pericoli che discendono dalla evidenziata incompletezza strutturale del giudizio di proporzionalità della (sola) pena, strutturale incompletezza che può generare effetti particolarmente gravi soprattutto con riguardo a momenti essenziali di esercizio delle libertà democratiche.

Il contributo di Domiziano Pierantoni (*Obblighi di criminalizzazione sovranazionali e sentenze in malam partem della Corte costituzionale*) si occupa del tema della sindacabilità delle norme penali “di favore”, ossia di quelle norme che, in deroga a previsioni generali più severe, producono effetti vantaggiosi per il destinatario delle medesime, come ad esempio le norme che introducono una depenalizzazione di una determinata condotta o l’attenuazione della sanzione.

Da sempre il tema della ammissibilità di un controllo di costituzionalità delle norme penali di favore è chiamato a misurarsi con gli effetti *in malam partem* (sfavorevoli per l’imputato o comunque per l’interessato) conseguenti ad un’eventuale dichiarazione di incostituzionalità della norma penale di favore. Infatti, va innanzitutto ricordato, con riguardo al profilo di diritto penale sostanziale, la problematicità di una pronuncia della Corte costituzionale indirizzata a modificare penalmente *in peius* una disciplina legislativa che, di per sé, è chiamata a doversi misurare con la portata della riserva di legge in materia penale ex art. 25, co. 2, Cost. (e, più in generale, con la sfera di discrezionalità spettante al legislatore). Ma, nello specifico, va parimenti ricordato che, con riguardo al meccanismo di incidentalità del giudizio di costituzionalità, il principio di irretroattività della norma penale finisce per mettere in crisi la sussistenza del presupposto della rilevanza della questione di costituzionalità (intesa sia come pregiudizialità della stessa rispetto all’esito del giudizio a quo, sia come necessaria efficacia della dichiarazione di incostituzionalità nel giudizio a quo).

Pierantoni si domanda se tali profili problematici rappresentino ostacoli insuperabili nei confronti di un intervento della Corte costituzionale o se possano, ed eventualmente in quali casi, essere superati.

La giurisprudenza costituzionale, se in via di principio rimane ancorata al principio del rispetto della sfera di discrezionalità propria del legislatore, ha parimenti individuato la possibilità di adozione di pronunce di incostituzionalità, al ricorrere di determinati condizioni, di norme penali di favore. Per Pierantoni, già la sola ammissibilità, da parte

della Corte costituzionale, della possibilità di pronunciare sentenze (di incostituzionalità di norme penali di privilegio e che dunque vengono ad avere effetti) *in malam partem* determina un inevitabile ridimensionamento della riserva di legge ex art. 25, co. 2, Cost. che, nonostante i segnali di crisi, costituisce ancora – almeno fin quando non sia individuabile un suo sostitutivo funzionale «in grado di assicurare la duplice irrinunciabile istanza di garanzia individuale e legittimazione democratica del diritto penale, mantenendo viva la tradizione costituzionale di un diritto penale liberale» – un “irrinunciabile baluardo difensivo” dei diritti di libertà ed è espressione del principio liberale di separazione dei poteri. Pierantoni individua, nell’incremento di interventi della Corte costituzionale in ambito penalistico, il pericolo di uno “scardinamento” del sistema costituzionale di riparto di competenze, che non solo si pone in contrasto con quanto voluto dal Costituente, ma che finisce anche per assecondare il comportamento inerte del legislatore. Viene così ribadita non solo la priorità ma la necessità di un intervento del legislatore (cui è rimessa ogni decisione sui comportamenti da criminalizzare) anche a costo di incorrere in vuoti normativi nella idea che l’atteggiamento di *self restraint* della Corte finisca nel tempo per incentivare l’intervento del legislatore. E viene sostenuta l’opportunità di rinunciare all’idea della ricerca di soluzioni punitive “razionali” la cui valutazione è rimessa alla Corte costituzionale.

Non può non rilevarsi, pur nell’apprezzamento della relativa riflessione, l’approccio schematico che attraversa la riflessione di Pierantoni che finisce per mettere in ombra la peculiarità delle funzioni del giudice costituzionale e, più in generale, la complessità delle dinamiche che caratterizzano gli ordinamenti giuridici contemporanei (in particolare nei rapporti fra legislatore e Corte costituzionale). E tale approccio schematico si rinviene anche con riguardo al profilo del rapporto fra normativa statale e normativa europea, ritenuta uno dei più allarmanti fattori di crisi della riserva di legge di cui all’art. 25, comma 2, della Costituzione.

Il fenomeno del sempre maggiore intervento delle normative europee anche in materia penale viene letto come cedimento dell’art. 25, comma 2, Cost. e della sovranità parlamentare in materia di politica criminale e, di fronte a tale constatazione, si propone di tentare il recupero, sul fronte sovranazionale oltre che su quello interno, del fondamento del principio della riserva di legge ex art. 25, comma 2, Cost. nonché di “istanze di democraticità” svilite dal crescente spazio occupato dalle fonti sovranazionali in materia penale. Lo stesso Pierantoni rileva che per parte della dottrina gli obblighi di criminalizzazione posti da fonte eurounitaria non compromettono l’essenza della riserva di legge giacché non pregiudicano le sottostanti istanze garantiste, ma vengono a costituire solo il riflesso di una diversa configurazione di tale principio, oramai calato in una dimensione extranazionale. In quest’ottica, l’intervento dell’UE in materia criminale – peraltro mediato necessariamente dall’atto di recepimento del legislatore interno – non intacca la *ratio* garantista della riserva di legge, incidendo esclusivamente sul piano delle dinamiche del sistema delle fonti. Pierantoni, che guarda con sfavore l’erosione della sovranità nazionale, ritiene che le limitazioni che tale evoluzione dell’ordinamento europeo determinano sul Parlamento nazionale (impedito di intervenire depenalizzando o comunque modificando la disciplina in senso non conforme agli input europei)

concretizzerebbero comunque una violazione della “componente essenziale della riserva di legge in materia penale”, rappresentata dalla garanzia della possibilità assegnata al legislatore (che per Pierantoni deve essere necessariamente quello statale) di mettere sempre in discussione le scelte relative alla determinazione dei fatti di reato, discrezionalità che consente inoltre di non “irrigidire” il quadro delle scelte di criminalizzazione (e con riguardo anche alle decisioni relative alla misura delle sanzioni da applicare).

Ma, aldilà di questo ordine di riflessioni, va rilevato che – come ha dimostrato la vicenda relativa al caso “Taricco” – possono senz’altro configurarsi ipotesi di conflitto tra il principio di cui all’art. 25, co. 2, Cost. e obblighi di matrice eurounitaria, ipotesi suscettibili di comportare l’innescamento dei controlimiti, in ragione della partecipazione della riserva di legge in materia penale al nucleo dei principi supremi dell’ordinamento giuridico italiano.

Sui predetti profili si sofferma anche la riflessione di Daniele Vitale (*Le sentenze della Corte costituzionale in malam partem. una ricostruzione analitica*), avente appunto ad oggetto le sentenze della Corte costituzionale *in malam partem*, definite *case study* del «diritto penale costituzionale» e quale spazio privilegiato per esaminare lo “stato di salute” del principio di legalità in materia penale.

Riemerge, anche in questo contributo, la centralità dei fondamenti di valore del principio di legalità penale con i quali è chiamata a misurarsi l’eventualità che una pronuncia della Corte possa recare come effetto l’estensione dell’area del penalmente rilevante o l’aggravamento nel quantum. Il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sancito dall’articolo 25, co. 2, della Costituzione, rappresenta, come rilevato dalla Corte costituzionale, uno dei riconosciuti controlimiti alla *primauté* del diritto eurounitario. Il contributo, vagliati sinteticamente i percorsi argomentativi seguiti dalla giurisprudenza costituzionale in materia (dalla iniziale negazione alla successiva parziale ammissione di pronunce *in malam partem*), si propone esplicitamente di individuare e di esaminare i “generalisti fondamenti sistemici” di tale giurisprudenza.

Innanzitutto, è individuata l’esistenza di due (distinte quantunque interconnesse) “matrici valoriali” che accompagnano l’evoluzione della giurisprudenza costituzionale: da un lato, l’oggettiva necessità della «giustizia costituzionale» e, dall’altro lato, la tutela della garanzia della «prevedibilità della condanna». Ed è alla luce di queste due “matrici” che il contributo valuta la percorribilità di una ricostruzione unitaria delle eterogenee ipotesi di sindacato *in malam partem*. Vitale, pur riconoscendo la centralità della legge parlamentare (e della discrezionalità del legislatore con riguardo sia all’*an* che al *quantum*) nella determinazione dei reati e delle sanzioni, mette l’accento sul limite della coerenza ed aderenza ai valori costituzionali. E’ la salvaguardia degli interessi costituzionali a dover guidare il legislatore nella creazione della fattispecie penale, al fine di una effettiva realizzazione della funzione legislativa attraverso una “legge penale costituzionalmente orientata”. Emerge così il “volto costituzionale del sistema penale”, di cui la Corte costituzionale rappresenta l’organo di garanzia.

La nozione di «zone franche del controllo di costituzionalità» costituisce un’immagine emblematica dell’atteggiamento che ha portato in più occasioni il giudice

delle leggi a superare posizioni di mero *self-restraint* per giungere invece alla piena presa di coscienza del peso e dell'importanza della funzione di garanzia costituzionale, la quale non può tollerare l'esistenza di spazi della legislazione impermeabili al controllo di costituzionalità. E, in questa prospettiva, anche la preclusione nei confronti di pronunce *in malam partem* è chiamata ad operare quale ulteriore risvolto della regola generale, e dunque quale preclusione non assoluta in quanto operante a tutela dello spazio discrezionale (nella determinazione dei reati e delle pene) del legislatore, cui è affidata la costruzione del sistema penale, sistema che però deve rispondere ai valori costituzionali e che deve essere caratterizzato da un'intima coerenza ed alla Corte costituzionale è assegnato il ruolo di garante del rispetto di tali limiti. E, in questa prospettiva l'effetto *in malam partem* prodotto da una sentenza di accoglimento viene a mostrarsi quale conseguenza della incapacità della legge penale di rispettare il quadro di coerenza costituzionale.

Il contributo di Allegra Dominici (*Il sindacato di costituzionalità delle sanzioni amministrative "punitive"*) si concentra sul recepimento da parte della giurisprudenza costituzionale dell'orientamento (da tempo affermatosi nella giurisprudenza della Corte Edu) relativo all'applicazione dei principi penalistici anche a sanzioni che, quantunque formalmente qualificate come amministrative, presentino una natura sostanzialmente penale.

Come noto, i giudici della Corte di Strasburgo, a partire dalla sentenza *Engel* del 1976, hanno sviluppato un orientamento giurisprudenziale volto a verificare, al di là della qualificazione formale della stessa, la gravità della sanzione al fine di estendere anche a sanzioni amministrative l'applicabilità delle garanzie riservate alla disciplina penalistica, in ragione del carattere punitivo e afflittivo delle stesse. Secondo tale orientamento, la natura della sanzione va individuata non solo in base alla definizione ad essa assegnata dal legislatore, ma anche in base alla concreta dimensione e gravità punitiva ed afflittiva della stessa.

La giurisprudenza costituzionale, dal suo canto, per molto tempo è invece rimasta ancorata nella posizione formalistica secondo cui è il legislatore a determinare la natura (penale o amministrativa) della sanzione, posizione che riconosceva una specificità ed un'autonomia al sistema delle sanzioni amministrative rispetto a quelle penali riconducendone la disciplina alle previsioni costituzionali di cui gli artt. 23 e 97 della Costituzione. Questa impostazione ha di fatto comportato una riduzione delle garanzie nei confronti dei singoli giustificata appunto dalla considerazione della natura amministrativa e non detentiva della sanzione irrogata.

Con la sentenza n. 196 del 2010 la Corte costituzionale si è allineata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, riconoscendo l'estensione delle garanzie penalistiche anche alle sanzioni amministrative laddove queste vengano a caratterizzarsi per un contenuto particolarmente afflittivo. La Corte costituzionale ha così fatto proprio l'approccio sostanzialistico indicato da decenni dalla Corte Edu, ed in base al quale il rispetto delle garanzie previste dalla Convenzione Edu proprie della materia penalistica – rinvenibili nelle disposizioni di cui gli artt. 6 e 7 CEDU – deve essere garantito guardando gli specifici contenuti – e non la sola forma – vagliando la tipologia del comando-divieto

e misurando l'intensità e gravità della sanzione. E dal 2010, come detto, tale orientamento è stato più volte ribadito dalla giurisprudenza costituzionale e ne è stata espressione anche la sentenza n. 43 del 2017 con cui la Consulta afferma, ancora una volta, l'applicabilità delle garanzie previste dalla CEDU anche alle sanzioni amministrative, pur specificando che rientra nella discrezionalità di ogni Stato l'applicazione dei principi costituzionali riservati alle sanzioni penali.

Alla luce dell'orientamento adottato a partire dalla pronuncia del 2010, la giurisprudenza costituzionale richiede che tutte le misure di carattere afflittivo-punitivo debbano essere soggette alle garanzie previste dalla Convenzione per le sanzioni penali e questo principio opera nell'ordinamento statale in virtù di quanto disposto dal primo comma dell'articolo 117 della Costituzione (sicché l'articolo 7 CEDU viene ad operare quale fonte interposta), anche se i principi posti dall'articolo 25 della Costituzione restano applicabili esclusivamente a sanzioni qualificate formalmente come “penali” dal legislatore statale. Quindi va rilevato che la giurisprudenza costituzionale (a partire dal 2010), se, da un lato, ha esteso anche a sanzioni formalmente qualificate come amministrative l'operatività di principi quali la necessaria proporzionalità della sanzione, l'irretroattività e la retroattività *in mitius* della stessa, nei casi in cui tali sanzioni erano caratterizzate da un concreto contenuto punitivo ed afflittivo, dall'altro lato non è comunque giunta ad affermare una piena equiparazione (non solo dei due sistemi sanzionatori, ma anche) dei due sistemi di garanzia costituzionale e convenzionale, i quali invece rimangono nettamente distinti. Infatti, negli ultimi decenni, si sono registrate pronunce in cui la Corte costituzionale ha richiesto, anche con riguardo alle sanzioni amministrative, il rispetto del principio di proporzionalità fra gravità del fatto commesso e misura della sanzione. Inoltre, con riguardo al principio di irretroattività (spesso chiamato in causa a seguito di interventi di depenalizzazione, con la conseguente applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative), con la sentenza n. 63 del 2019 la Corte ha riconosciuto l'operatività del principio di retroattività favorevole, anche nell'ordinamento interno, in relazione alle sanzioni amministrative punitive.

La Dominici sottolinea giustamente che, a fronte di una giurisprudenza costituzionale caratterizzata da sviluppi non sempre lineari e che, quantunque tenda progressivamente ad avvicinarsi sempre di più alle posizioni della Corte Edu, non sempre può ritenersi del tutto conforme alle indicazioni provenienti dalla medesima, è doveroso ribadire la necessità di tutela dei diritti fondamentali soprattutto quando gli stessi vengano a trovarsi dinanzi alla potestà punitiva dello Stato (indipendentemente dalla qualificazione – amministrativa o penale – che lo Stato stesso assegni alla singola misura sanzionatoria).

Il contributo di Giulia Sulpizi (*Il contenzioso pre-elettorale: un campo di battaglia per la tutela della rappresentanza politica grazie all'azione della giurisprudenza costituzionale*) affronta il tema della tutela giurisdizionale del diritto soggettivo di elettorato passivo nell'ambito del procedimento elettorale preparatorio nazionale. Tale procedimento si concretizza in quel complesso di attività «consistenti essenzialmente nel deposito dei contrassegni, delle liste e delle candidature da parte di coloro che intendono esercitare il diritto di elettorato passivo». Viene rilevata l'assenza, nel quadro giuridico

italiano, di un sistema giurisdizionale effettivo ed efficace chiamato ad operare con riguardo appunto alla fase del contenzioso pre-elettorale, in cui attualmente sono esperibili, in momenti distinti, due diversi livelli – pur connessi – di tutela ma entrambi di natura non giurisdizionale. E tale assenza brilla ancor di più alla luce della constatazione della scelta del legislatore delegato di non attribuire (in occasione della redazione del nuovo Codice del processo amministrativo) tali questioni alla giurisdizione esclusiva, evitando di esercitare la delega pur conferita dalla legge delega n. 69 del 2009.

A fronte di tale situazione, la giurisprudenza, sia ordinaria che amministrativa, si è a lungo interrogata sulla strada da percorrere per ovviare, a fronte dell’inerzia del legislatore, a tale lacuna. E, come avvenuto anche in numerose altre occasioni ed in altre materie, all’immobilità del Parlamento ha supplito la Corte costituzionale qualificando come fondamentale il diritto di elettorato passivo e dunque estendendo le relative tutele anche alle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel contenzioso pre-elettorale. Si deve dunque riconoscere il ruolo centrale svolto dalla Consulta nell’indicare la via maestra per assicurare un’effettiva tutela giurisdizionale ai candidati nel procedimento elettorale. Infatti, con la sentenza n. 48 del 2021, la Corte costituzionale, pronunciandosi su un contenzioso insorto nell’ambito della fase preparatoria del procedimento elettorale (al di fuori cioè della fase vera e propria pre-elettorale giacché non erano ancora state indette le elezioni politiche né convocati i comizi elettorali), ha affermato la necessaria tutela dell’elettorato passivo quale diritto politico fondamentale e inviolabile «che l’art. 51 Cost. garantisce a ogni cittadino con i caratteri propri dell’invulnerabilità ex art. 2 Cost.». E la Corte – riconoscendo che elettorato attivo e passivo debbono «coesistere e sorreggersi reciprocamente» e che «al riconoscimento di un diritto deve necessariamente accompagnarsi la garanzia della sua tutela in sede giurisdizionale» – individua nel giudice ordinario il giudice chiamato a pronunciarsi sul segmento della procedura elettorale che va dalla fase prodromica a tutta quella preparatoria all’elezione. La Corte rivolge dunque un monito al legislatore sollecitandolo a prevedere «un rito ad hoc, che assicuri una giustizia pre-elettorale tempestiva» sia per assicurare tutela ad un diritto fondamentale, sia per evitare il permanere di una “zona franca” dal controllo di costituzionalità (in ragione dell’assenza di un organo giurisdizionale capace di sollevare l’incidente di costituzionalità). E, secondo la Sulpizi, tale situazione dell’ordinamento interno (che ha finito per sollecitare l’intervento della giurisprudenza della Corte Edu, la quale ha ribadito la necessità di garantire un presidio giurisdizionale a tutela di tutte le fasi in cui si dipana la procedura elettorale) richiede, in tema di contenzioso pre-elettorale, un complessivo ripensamento del sistema di verifica dei poteri, al fine di dare una tutela rapida ed efficace al diritto fondamentale di elettorato passivo.

Il contributo di Luana Leo (*“Amor gignit amorem”*: timidi segnali di apertura sul riconoscimento del diritto all’affettività-sessualità della persona detenuta) ha ad oggetto il tema della tutela del diritto alla sessualità delle persone detenute.

La Leo rileva che nel vigente ordinamento penitenziario è solo grazie al permesso premio che può essere consentito alla persona detenuta la possibilità avere momenti di affettività, giacché il colloquio si rivela inadeguato anche in ragione della obbligatorietà del controllo visivo del personale di custodia (e benché l’art. 18 della legge

sull’ordinamento penitenziario stabilisca che «i locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio», ma appunto “del colloquio”). La Leo auspica un intervento del legislatore statale giacché «essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le situazioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona che l’art. 2 impone di garantire». Indi, dalla disamina dei progetti di legge in materia di affettività e sessualità intramuraria rilevata l’incertezza del legislatore ai fini del riconoscimento di tale diritto alle persone detenute. A questo proposito è richiamato il monito della Corte costituzionale, che ha invitato il legislatore a preoccuparsi di dare puntuale risposta ad «un’esigenza reale e fortemente avvertita, quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale». Sono inoltre ricordati gli auspici del Garante nazionale per i diritti delle persone detenute o private della libertà personale che, già nel 2019, sottolineava il ruolo determinante rivestito dalla dimensione affettiva sia durante l’esecuzione della pena che per il positivo reinserimento della persona detenuta nella vita sociale. L’analisi del riconoscimento del diritto alla sessualità intramuraria si sviluppa poi attraverso un esame comparato delle disposizioni degli altri paesi europei, nelle cui esperienze si rileva una capacità di fare proprio un concetto di detenzione come possibilità per il detenuto di vivere una situazione che si avvicini – quanto più possibile – ad una condizione di “normalità”.

Il contributo di Niccolò Panigada (*Riflessioni sulla crisi della riserva di legge in materia penale*) affronta le questioni che ruotano attorno alla portata della riserva di legge in materia penale ed in particolare in merito al tema del “duplice aspetto” (quello attinente al collegamento della determinazione della fattispecie di reato con il principio democratico e quello più strettamente legato al tema delle garanzie) di tale riserva di legge ed in particolare con riguardo alle declinazioni che tale “duplice aspetto” ha registrato in alcune decisioni della Corte costituzionale.

Secondo Panigada, il principio della riserva di legge in materia penale, quale “principio fondamentale dell’ordinamento costituzionale italiano”, è sottratto al bilanciamento con gli altri beni costituzionalmente rilevanti o comunque va ritenuto “sistematicamente prevalente” in ogni operazione di bilanciamento in ragione della sua funzione di garanzia della libertà personale, che è un diritto inalienabile della persona.

La crisi della riserva di legge in materia penale mette in evidenza la perdita di centralità del Parlamento nella produzione normativa, conseguenza, a sua volta, del fenomeno della marginalizzazione del ruolo degli organi rappresentativi e della crisi dei partiti politici. Testimonianze (e, al tempo stesso, causa ed effetto) di tale fenomeno sono l’utilizzo sempre maggiore da parte dell’esecutivo degli atti aventi forza di legge per introdurre nuove norme incriminatrici (spesso con numerosi provvedimenti adottati in modo disorganico), il diffondersi della prassi dei maxi-emendamenti con l’apposizione della questione di fiducia, nonché la frequente integrazione del precetto penale ad opera delle fonti secondarie. Di fronte alla crisi della riserva di legge in materia penale, anche gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza costituzionale si sono rivelati fonte di

perplessità e di contrasti, in particolare con riguardo al rapporto intercorrente tra le sentenze manipolative e la riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, della Costituzione. Negli ultimi anni, infatti, si sono registrati momenti di intervento sempre maggiore da parte della Corte costituzionale nella materia penale, con il superamento della c.d. "dottrina delle rime obbligate" per approdare a quella "delle rime adeguate" (o "delle rime possibili" o "soluzione a versi sciolti"), in base alla quale il giudice costituzionale dichiara di poter adottare "una" soluzione tra quelle già esistenti nel panorama normativo italiano. La dottrina ha subito evidenziato il rischio che questa strada argomentativa porta con sé, rappresentato dalla esposizione della Corte a forti critiche di esorbitanza dal proprio ruolo e di invasione dello spazio riservato alla discrezionalità del legislatore. A questo proposito, la Corte, stretta fra la necessità di rimuovere discipline incostituzionali e la perdurante inerzia del legislatore, ha anche elaborato nuove tipologie decisorie, fra cui brilla la tecnica del "rinvio a data fissa nei casi di incostituzionalità prospettata, ma non dichiarata".

Panigada, per evidenziare le tensioni cui è sottoposta la riserva di legge in materia penale, si sofferma su due pronunce della Corte costituzionale in materia di vaccinazione (sentenze n. 25 e n. 171 entrambe del 2023) quali esempi di due differenti approcci della giurisprudenza costituzionale in tema di riserva di legge (giacché in una è indicata chiaramente al Parlamento la strada da percorrere, mentre nell'altra è lasciata aperta la possibilità di un incremento dell'utilizzo delle circolari per integrare il precetto normativo). In conclusione, rileva che le numerose questioni problematiche che ruotano attorno alla riserva di legge in materia penale tendono a permanere nonostante i tentativi di ricerca di soluzioni indirizzate a superare i singoli fattori di crisi. Va infatti riscontrato che il fenomeno della crisi della riserva di legge in materia penale discende da una pluralità di ragioni che possono essere accentuate anche dalle pronunce della Corte, in particolare quando appaiono invasive della discrezionalità del legislatore. Per Panigada è necessario che la Corte costituzionale sappia operare all'interno di un "giusto equilibrio" fra l'esigenza di eliminazione di norme incostituzionali e la tentazione di intervenire per "retribuire giustizia ad ogni costo" (quale risposta a domande di giustizia provenienti da vicende concrete), dovendo altresì misurare gli effetti delle proprie pronunce all'interno dell'ordinamento. Le conclusioni di Panigada, a loro volta, aprono ampi spazi di riflessione sul ruolo della Corte costituzionale e più in generale sul significato della giustizia costituzionale nei contemporanei ordinamenti democratici.

4. La relazione di Giulia Santomauro "Il «nucleo duro» del diritto di asilo nel prisma della funzione evolutiva della Costituzione"

Il lavoro di Giulia Santomauro è esplicitamente indirizzato alla individuazione del "nucleo duro" del diritto di asilo e, prima ancora, all'apertura di una riflessione sull'opportunità di una individuazione di tale "nucleo duro".

Secondo l'autrice, l'ampia formulazione che caratterizza la formula del terzo comma dell'art. 10 della Costituzione (secondo cui «lo straniero, al quale sia impedito

nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione Italiana, ha il diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge») genera dubbi interpretativi che non permettono una facile determinazione dei contorni della relativa disciplina. In particolare, vengono sottolineate le questioni che ruotano attorno alla determinazione delle cause giustificative di tale tutela e che costituiscono il presupposto necessario per poter affermare il diritto di asilo. L'art. 10, comma 3, Cost. stabilisce infatti che lo straniero ha diritto di asilo a fronte di un impedimento, nel suo Paese, all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ma la concreta determinazione dei motivi che giustificano – e impongono – il riconoscimento della tutela costituisce un ambito di riflessione che merita ulteriori approfondimenti. In particolare, l'ampio orizzonte tracciato dalla formula costituzionale (impedimento all'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione), se non subordina il diritto di asilo costituzionale al requisito della "persecuzione" o di un "grave danno" per il richiedente (come nel caso, rispettivamente, dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria secondo il diritto internazionale e dell'Ue), apre la strada a differenti opzioni interpretative in merito all'identificazione delle libertà o dei diritti, la cui negazione giustifica il conferimento del diritto di asilo.

La Santomauro si interroga su quale sia il percorso da preferire per definire ("in senso definitivo e immutabile") il "nucleo duro" di un diritto e, ricollegandosi a noti indirizzi ermeneutici, ritiene "non ragionevole" prescindere da un'operazione di bilanciamento "da condurre caso per caso". Ed aggiunge che il "nucleo duro" di un diritto fondamentale non può essere individuato "di per sé" e indipendentemente dall'insieme della Costituzione. Pertanto, anche nell'individuazione dei presupposti fondanti del contenuto del diritto di asilo appare innanzitutto necessario identificare le "libertà democratiche" che, qualora violate nel loro concreto godimento, impongono allo Stato italiano il dovere di attribuire asilo allo straniero richiedente.

Nell'analisi del "nucleo duro" del diritto d'asilo, la prima categoria di diritti fondamentali la cui violazione deve essere ritenuta valida causa di concessione del diritto di asilo, è quella delle libertà civili e politiche (i cosiddetti "diritti di prima generazione"). E tra questi "cruciale importanza" è assegnata al contenuto dell'art. 21 Cost. (definito anche dalla Corte costituzionale come "la più eminente manifestazione" delle libertà democratiche in un caso concernente proprio il diritto di asilo). Ed è la connessione della libertà di manifestazione del pensiero con la libertà di coscienza e la libertà di manifestare pubblicamente le proprie convinzioni religiose (e dunque in generale il proprio pensiero) a porsi, anche nella storia dell'istituto del diritto di asilo, come ragioni a sostegno di tale diritto. All'interno delle libertà c.d. di "prima generazione" specifica attenzione è inoltre posta al diritto alla vita (che, quantunque non espressamente enunciato in Costituzione, è stato desunto in via interpretativa dalla giurisprudenza costituzionale dall'art. 2 Cost.), al diritto al lavoro, alla famiglia e al diritto alla salute (riguardo alla quale, la Corte costituzionale ha affermato che il "contenuto irriducibile" della salute si manifesta "nei casi di esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative). Ma vengono menzionati anche i cosiddetti "nuovi diritti" o diritti di "terza generazione" (diritti all'orientamento sessuale, all'identità di genere, all'ambiente). In particolare, con

riferimento al diritto all'ambiente, oltre alla giurisprudenza delle Corti internazionali, viene esaminato un recente orientamento della Cassazione che sembra non escludere (quantunque in via indiretta) la categoria dei rifugiati ambientali, grazie ad un'interpretazione del "nucleo ineliminabile costitutivo dello statuto della dignità personale". In particolare, secondo la Cassazione, gli effetti dei cambiamenti climatici possono essere assimilati ad una violazione del diritto alla vita e del divieto di trattamenti inumani e degradanti e questa constatazione determina l'obbligo di non respingimento in capo agli Stati terzi.

Seguendo le linee tracciate dalla dottrina haerberiana, il contributo mira ad individuare le "cause giustificatrici" del diritto di asilo assegnando alle stesse il ruolo di "parte fondante" del "nucleo duro" del diritto stesso. E' così sottolineato il "carattere evolutivo" del diritto di asilo (il cui studio non può prescindere dai progressi della dottrina e della giurisprudenza inerenti al contenuto delle garanzie costituzionali che, se incise, possono legittimare il conferimento della protezione), ma soprattutto che l'individuazione del "nucleo duro" del diritto di asilo è funzionale a porre in risalto le potenzialità prescrittive della garanzia. Viene così in rilievo la "natura positiva e strumentale" del diritto di asilo, quale istituto chiamato a fungere da "processo di attuazione" di diritti e libertà democratiche di cui il richiedente non può beneficiare nello Stato di origine. In conclusione, Giulia Santomauro sottolinea l'importanza di una analisi del "nucleo duro" del diritto di asilo quale momento volto non solo ad identificare i contorni di tutela minima al di sotto della quale il diritto di asilo risulta violato, ma anche a prospettare i possibili arricchimenti del fondamento di valore della garanzia, anche in vista di una piena attuazione normativa del principio costituzionale.

5. *Gli interventi successivi alla Relazione su "Il «nucleo duro» del diritto di asilo nel prima della funzione evolutiva della Costituzione"*

Gli interventi successivi alla relazione di Giulia Santomauro si sono soffermati in particolare sulle connessioni fra diritto di asilo, diritto alla salute e diritto all'identità sessuale.

La riflessione di Sara Di Giovanni (*Il diritto costituzionale di asilo delle persone migranti omosessuali e transgender*) analizza il diritto di asilo delle persone perseguitate nel Paese di origine per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Con riguardo alla tutela delle persone omosessuali e transgender, l'attuazione del diritto di asilo sembrerebbe "ostacolato" dalla riserva di legge posta dall'art. 10, comma 3, della Costituzione. Pertanto appare necessario interrogarsi se la tutela dell'omosessualità e dell'identità di genere rientrino (ed entro quali confini) nelle libertà costituzionalmente sancite e, conseguenzialmente, se nei confronti delle persone perseguitate per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere possa ritenersi operante il precetto posto dall'art. 10, comma 3, della Costituzione.

La collocazione del diritto all'orientamento sessuale e del diritto all'identità di genere all'interno dell'orizzonte di valore rappresentato dal principio di eguaglianza e di

non discriminazione (di cui all'art. 3 Cost.) e dal principio personalista (di cui all'art. 2 Cost.) conduce a riconoscere che la persecuzione subita dalla persona migrante nel proprio paese di origine in ragione del proprio orientamento sessuale o della sua identità di genere integra una violazione di libertà democratiche che comporta il riconoscimento del diritto di asilo. In questo ambito gioca un ruolo significativo anche la libertà di manifestazione del pensiero (soprattutto, ma non solo, con riguardo al tema dei diritti delle persone LGBTQ+). Secondo la Convenzione di Ginevra, i richiedenti hanno «diritto di vivere nella società per quello che sono» senza dover «nascondere la loro identità», e pertanto l'UNHCR afferma che l'orientamento sessuale e/o l'identità di genere di un richiedente possono essere attinenti alla domanda di riconoscimento dello status di rifugiato «qualora egli tema di subire atti persecutori sulla base del suo orientamento sessuale e/o della sua identità di genere reali o percepiti, in quanto questi non sono conformi alle norme politiche, culturali o sociali predominanti, o non sono considerati tali». E la giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, sembra essersi orientata al riconoscimento delle esigenze di protezione internazionale legate all'orientamento sessuale e all'identità di genere.

Peculiari questioni si pongono con riguardo alle modalità di valutazione e di "ispezione" della sessualità del richiedente asilo, laddove gli organi ed i soggetti chiamati ad accertare un dato orientamento sessuale o l'identità di genere possono utilizzare strumenti e modalità lesive della dignità delle persone interessate o comunque traumatizzanti. A questo proposito è posta specifica attenzione ad evitare una "eccessiva ingerenza", da parte delle autorità, nelle sfere di intimità e vulnerabilità del richiedente asilo dovendo essere sempre assicurata la «tutela dell'onore della persona» (che può essere facilmente invasa da domande e interrogatori portatori di stereotipi e false idee sulla percezione e sul vissuto dell'omosessualità e dell'identità da parte della persona migrante).

Il contributo si sofferma anche sul ruolo che i due strumenti della protezione sussidiaria e della protezione speciale possono avere nel dispiegamento della tutela del diritto di asilo nei confronti delle persone LGBT. Viene così rilevato che giurisprudenza sembra orientarsi maggiormente al riconoscimento dello status di rifugiato alle persone migranti perseguitate per motivi legati al proprio orientamento sessuale e/o alla propria identità di genere. Quindi le persone migranti perseguitate per motivi legati all'orientamento sessuale e all'identità di genere ottengono protezione internazionale soprattutto attraverso lo status di rifugiato. Ma rimangono ancora aperte diverse e significative questioni con riguardo al diritto di asilo delle persone migranti LGBTQ+.

Il contributo di Daniele Avitabile (*La discrezionalità legislativa in materia di prestazioni assistenziali e diritto alla salute dei migranti*) si sofferma in maniera critica sulla disciplina legislativa concernente le prestazioni assistenziali, previdenziali e di diritto alla salute dei migranti ed analizza alcune decisioni sul tema ed in particolare la sentenza n. 186 del 2020 della Corte costituzionale e la sottostante vicenda.

Avitabile stigmatizza la scelta del legislatore italiano che sottopone gli stranieri ad una condizione di svantaggio sociale senza una giustificazione adeguata, ed in cui lo status di straniero viene utilizzato per giustificare trattamenti discriminatori o

svantaggiosi. Specifica attenzione è posta alla normativa che privava i richiedenti asilo del riconoscimento giuridico della loro residenza, incidendo in modo irragionevole sulla «pari dignità sociale», riconosciuta dall'art. 3 della Costituzione, ed in cui l'assenza di registrazione anagrafica rendeva ingiustificatamente più difficile l'accesso alle prestazioni sociali.

La garanzia delle prestazioni assistenziali attiene alla protezione della dignità umana e all'inserimento della persona in una comunità solidale e inclusiva. A questo fine il contributo analizza la portata delle pronunce della Corte costituzionale e della Cassazione, mettendone in luce limiti e potenzialità. In particolare, è evidenziata l'attenzione della giurisprudenza costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali e del «nucleo forte» degli stessi, a prescindere dalle contingenze storiche, sociali e politiche. E l'esempio dell'accesso alle prestazioni sociali, assistenziali e di salute rappresenta la punta di un iceberg che coinvolge ampi settori della vita civile e riguardo ai quali la discrezionalità del legislatore deve misurarsi con il quadro costituzionale e con i valori costituzionali.

6. Considerazioni conclusive

Le relazioni ed i successivi interventi registrati hanno ruotato attorno al tema della tutela dei diritti fondamentali ed in particolare si sono interrogati sui limiti della dimensione della discrezionalità legislativa ma anche degli interventi della Corte costituzionale. La materia penale e la riserva di legge in materia penale da sempre costituiscono un campo privilegiato di misurazione della effettiva tenuta del quadro delle garanzie costituzionali, ma anche la tutela dello straniero ed in particolare del migrante e del richiedente asilo (e quindi delle persone in posizione di estrema vulnerabilità) costituisce un terreno di concreta valutazione della effettiva tutela della dignità della persona. E penso che possiamo essere soddisfatti delle riflessioni sviluppate in questa giornata manifestando pieno apprezzamento per tutte le relazioni e gli interventi.