



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. II

(ESTRATTO)

ALESSIA CONTI

**L'ERGASTOLO OSTATIVO CHE
MOVE LA CORTE COSTITUZIONALE E L'ALTRE STELLE**

26 GIUGNO 2023

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Alessia Conti**L'ergastolo ostativo che move la Corte costituzionale e l'altre stelle* ****

ABSTRACT: *This article takes inspiration from the constitutional trial on the obstructive life sentence, which, after two postponements to a fixed date waiting for the action of the lawmaker (ord. nn. 97/2021 and 122/2022), ended with the return to the referring Court due to ius superveniens (ord. n. 227/2022). The new legislation is of governmental origin: it is the Decree-Law No. 162/2022, adopted by the executive a few days before the hearing set for the discussion. In this way, the Court considered the warning to the “legislator” fulfilled even though the required intervention was acted by a (temporary) governmental decree-law and not by parliamentary law.*

The constitutional story of the obstructive life sentence provides an opportunity to reflect both on the governmental legislation and on the dialogic-relational dimension of the Italian Constitutional Court, extended to the government.

SOMMARIO: 1. Il dialogo tra istituzioni: Corte costituzionale, giudici e legislatore – 2. Un processo costituzionale in tre atti, un dialogo in tre battute: le ordinanze interlocutorie [nn. 97/2021](#), [122/2022](#) e [227/2022](#) della Corte costituzionale – 3. Alla ricerca del legislatore: tra Parlamento e Governo; tra storia e attualità; tra forma e sostanza; tra linguaggio e concetto – 4. La Corte costituzionale, i moniti al legislatore e il potere normativo primario del Governo: una nuova «forza di legge» per gli atti governativi? Riflessioni a margine del decreto-legge n. 162/2022 – 5. Il Governo davanti alla Corte costituzionale: (co-)legislatore ed interlocutore diretto – 6. La giustizia costituzionale si fa in quattro?

1. Il dialogo tra istituzioni: Corte costituzionale, giudici e legislatore

La vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo, dopo (più di) due anni di processo costituzionale¹ con tre discussioni pubbliche² e tre ordinanze interlocutorie³, può considerarsi momentaneamente conclusa. Forse, rinviata⁴.



* ** *Comincio con un accostamento a cui siamo (ancora troppo) poco abituati: quello tra diritto e letteratura. A tale accostamento è stato, di recente, dedicato il convegno “Leonardo Sciascia. Un'intellettuale di fronte alla giustizia”, svoltosi il 17 aprile 2022, presso l'Università degli studi Milano-Bicocca. Quello tra diritto e letteratura è un accostamento appropriato come pochi altri, per due ragioni. La prima, più evidente ma anche più superficiale: la letteratura è piena di diritto. La seconda, più nascosta e, per questo, più profonda: la letteratura, come il diritto, è essenzialmente libertà. Ce lo ha ricordato Andrea Pugiotto, nella sua relazione al predetto convegno, attraverso un magistrale gioco di parole. L'esito finale della letteratura è il libro (da liber, libertà). Il libro si legge. “Legge” come forma verbale indica la lettura e “legge” come sostantivo indica (semplificando) l'oggetto del diritto. Si legge anche la sentenza che è, invece, l'esito della giurisprudenza. Così, nella parola “legge”, con la sua duplice veste grammaticale, sostantivo e verbo, è racchiuso il legame tra diritto e letteratura.*

¹ L'ordinanza con cui la Corte di cassazione, prima sezione penale, ha sollevato il dubbio di legittimità costituzionale degli artt. 4-bis, comma 1, e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nonché dell'art. 2 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203, risale, infatti, al 18 giugno 2020 (Cass. pen., sez. I, ord. 3-18 giugno 2020, pubblicata in *G.U.* 19 agosto 2020, n. 34, iscritta al n. 100 del registro ordinanze del 2020 della Corte costituzionale). Ad essa è stato dedicato il Seminario preventivo ferrarese, *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, svoltosi il 25 settembre 2020. Tra i vari interventi, per un inquadramento generale sul tema si veda, in particolare, il commento di M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?* in G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#) – Rassegna, 4, 2020. Ma, a dire il vero, la vicenda dell'ergastolo ostativo ha radici ben più profonde e antiche che affondano nella giurisprudenza costituzionale (almeno) fin dalle [sentenze di rigetto n. 306 del 1993](#) e [n. 135 del 2003](#). Più di recente, poi, la questione è giunta all'attenzione della Corte di Strasburgo che, nella sentenza Viola contro Italia (Corte EDU, Prima Sezione, Viola c. Italia n. 2, ricorso n. 77633/16, sentenza 13 giugno 2019, def. 5 ottobre 2019), ha qualificato la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo come un «problema strutturale»

Con la restituzione degli atti al giudice a *quo*⁵ - ultima parola della Corte costituzionale - l'ergastolo ostativo è tornato là dove tutto era iniziato⁶: davanti alla Cassazione, prima sezione penale, per una rivalutazione dei requisiti di rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni sollevate, alla luce delle modifiche normative apportate con decreto-legge n. 162 del 31 ottobre 2022, convertito con modificazioni con la l. n. 199 del 30 dicembre 2022.

Ma poiché un simile apprezzamento imponeva la «necessità della mediazione valutativa dei giudici di merito», la Corte di cassazione non ha potuto che rinviare al Tribunale di sorveglianza per un nuovo giudizio⁷.

Senza una nuova rimessione delle questioni alla Corte costituzionale, la vicenda dell'ergastolo ostativo ricomincia, ora, dalla magistratura di sorveglianza⁸.

Se ciò che conta per T. S. Eliot è il viaggio, ciò che rileva per il costituzionalista è (anche) il percorso processuale dell'ergastolo ostativo.

Poiché in tale svolgimento, si coglie il segno e il senso più profondo della dimensione relazionale⁹ e dialogica che contraddistingue la nostra Corte costituzionale, in cui ogni decisione «non è che frammento di un processo e di una dinamica ordinamentale che prosegue in altre sedi»¹⁰.

tale da richiedere una modifica (di preferenza) legislativa. La prima parola in tal senso, però, è arrivata dalla Corte costituzionale che, con [sentenza n. 253 del 2019](#), ha giudicato l'ergastolo ostativo incompatibile con i principi costituzionali e convenzionali, introducendo la possibilità (specifica) di concedere permessi premio ai condannati per reati ostativi non collaboranti, sempre che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti» (su cui M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sent. n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 12 dicembre 2019). Proprio tale decisione, con la sua motivazione, ha assunto rilievo centrale nel ragionamento della Corte di cassazione e della Corte costituzionale per la trattazione della presente questione di legittimità costituzionale dell'ergastolo ostativo.

² Rispettivamente svolte nelle udienze pubbliche del 23 marzo 2021, 10 maggio 2022 e 8 novembre 2022.

³ Con le prime due, [ordd. nn. 97/2021](#) e [122/2022](#), la Corte ha rinviato il giudizio, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale, in attesa dell'intervento del legislatore; con l'ultima, [ord. n. 227/2022](#), ha ordinato la restituzione degli atti al giudice rimettente, vista la modifica normativa ad opera del Governo-legislatore, realizzata con decretazione d'urgenza.

⁴ «Messe in fila, esse [le ordinanze della Corte costituzionale] rivelano un qualche timoroso imbarazzo nel rispondere a un'ovvia domanda: quando dichiarerete l'incostituzionalità di un regime che pure ritenete incostituzionale? «Non ora» ([ord. n. 97/2021](#)); «non ancora» ([ord. n. 211/2022](#)), «chissà» (ordinanza odierna): A. PUGIOTTO, *Così la destra ha salvato l'ergastolo ostativo*, in [il Riformista](#), 8 novembre 2022). Chissà, appunto: ecco perché si è detto che la vicenda dell'ergastolo ostativo può considerarsi solo momentaneamente conclusa.

⁵ Disposta con [ord. n. 227/2022](#), ultima – per ora – parola pronunciata dalla Corte costituzionale in tema di ergastolo ostativo.

⁶ Si torna alla “casella di partenza”, come in una sorta di gioco dell'oca. L'immagine del gioco dell'oca è stata evocata da F. SIRACUSANO, *Tanto tuonò che non piovve: la logica conservativa nella riscrittura delle preclusioni penitenziarie*, in [Osservatorio costituzionale](#), 3, 2023, 38.

⁷ Cass. pen., sez. I, 11 aprile 2023, n. 15197, con cui la Corte di cassazione annulla l'ordinanza impugnata, rinviando al Tribunale di sorveglianza di L'Aquila per un nuovo giudizio, «affinché accerti, alla luce della nuova normativa, l'ammissibilità e fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente o, di contro, l'assenza di tali qualità della sua domanda in ragione delle disposizioni limitatrici della nuova disciplina che agiscano in concreto con funzione impeditiva, con conseguente, per tale via, persistente rilevanza della questione incentrata sulla contrarietà ai principi di cui agli artt. 3, 27 e 117 Cost. di un complesso di regole che finisce con l'escludere il condannato all'ergastolo cd. ostativo dall'accesso alla liberazione condizionale in violazione del principio di ragionevolezza, del principio della finalità rieducativa e risocializzante della pena e degli obblighi convenzionali assunti dallo Stato quanto al trattamento dei condannati alla cd. pena perpetua».

⁸ Chiamata a valutare, in concreto, la «portata applicativa dello jus superveniens» ([Corte cost. n. 227 del 2022](#)).

⁹ E. LAMARQUE (in ID., *Poteri e garanzie (corte costituzionale)*), in M. Cartabia, M. Ruotolo, *Enciclopedia del diritto – I tematici - Potere e Costituzione*, Giuffrè, 2023, 807-841), ci ricorda che la relazionalità come via italiana alla giustizia costituzionale è stata osservata, per la prima volta da V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA E A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2015; poi anche da T. GROPPI, *Giustizia costituzionale “Italian style”? Sì, grazie (ma con qualche correttivo)*, in [DPCE Online](#), 2016, 2, 4 ss. e M. CARTABIA, Editorial. Courts' relations, in *International Journal of Constitutional Law*, 18, 2020, n. 1. La relazionalità è caratteristica essenziale della giustizia costituzionale italiana: ragion per cui, nel trattare la Corte costituzionale come potere di garanzia, E. Lamarque ha ritenuto indispensabile adottare anche una prospettiva

Prosegue in quella legislativa-politica, anzitutto, poiché la Corte costituzionale si trova «continuamente immersa nel flusso della legislazione ordinaria»¹¹. Così, accade che «le pronunce costituzionali siano molto spesso, più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude»¹². Da qui, i moniti rivolti, in diverse forme e con diverse intensità, al decisore politico in nome di una collaborazione istituzionale, leale e *attiva*¹³. Direi, leale proprio in quanto attiva.

E, nondimeno, prosegue in sede giudiziaria, poiché i giudici comuni – gli «interlocutori più diretti della Corte»¹⁴ – hanno, allo stesso tempo, la prima¹⁵ e l'ultima parola nel sistema incidentale di controllo di costituzionalità¹⁶, «dato che sono i promotori e i destinatari immediati delle pronunce»¹⁷. Così, Corte costituzionale e giudici funzionano come «congegni complementari e inseparabili di un unico meccanismo processuale», chiamati a realizzare «una vera e propria *collaborazione attiva*»¹⁸.

La buona riuscita di ciascuna decisione costituzionale dipende, allora, «dalle reazioni degli altri soggetti dell'ordinamento»¹⁹: dalla sensibilità del legislatore nell'accoglimento dei moniti e dalla disponibilità dei giudici comuni a seguire le vie processuali, di volta in volta, tracciate dalla Corte costituzionale²⁰.

Tutto ciò rileva perché le ordinanze che si sono susseguite nel processo costituzionale in materia di ergastolo ostativo sono, per l'appunto, niente più che frammenti di una dinamica istituzionale che si è svolta e tuttora si svolge in altre sedi.

In questo senso, si può parlare di ordinanze *interlocutorie*, volte ad attivare il dialogo con i soggetti che, nel rispetto delle proprie competenze, partecipano alla costruzione e attuazione della legalità costituzionale: legislatore, parlamentare e governativo, e giudici comuni.

Così, la Corte costituzionale ha atteso, dapprima, l'evoluzione normativa e, poi, la valutazione giurisprudenziale dello *ius superveniens*, nella consapevolezza che per poter dialogare bisogna

relazionale «per tenere conto delle relazioni da essa via via coltivate con tutti i soggetti che trovano nella Costituzione la norma fondamentale del loro agire» (E. LAMARQUE, *Poteri e garanzie (corte costituzionale)*, in M. Cartabia, M. Ruotolo, *Enciclopedia del diritto – I tematici - Potere e Costituzione*, Giuffrè, 2023, 807-841).

¹⁰ Così, l'allora Presidente della Corte costituzionale, nella [Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta della Corte nell'anno 2019](#).

¹¹ In questi termini, l'allora Presidente della Corte costituzionale, nella [Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018](#), anno della prima ordinanza di «incostituzionalità prospettata»: [n. 207/2018](#), relativa al caso Cappato.

¹² Prosegue la [Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018](#), cit.

¹³ Sempre nella [Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta della Corte nell'anno 2019](#), cit.

¹⁴ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia Repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 33.

¹⁵ La prima poiché il giudice comune funziona da «introdotto necessario», secondo la nota espressione di P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Cedam, Padova, 1950, XIV ricordata da E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit.

¹⁶ L'ultima parola si riferisce all'impatto delle decisioni costituzionali sul giudice *a quo* e su tutti gli altri giudici dell'ordinamento, ossia al seguito, più o meno conforme, che gli stessi ritengano di dare alle pronunce della Corte. Da qui, si comprende come la «dipendenza della Corte dall'autorità giudiziaria non può più intendersi limitata alla fase ascendente del giudizio di costituzionalità, e cioè all'origine giudiziaria delle questioni, ma deve invece considerarsi estesa anche alla fase discendente di quel giudizio» (così, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 61).

¹⁷ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 33.

¹⁸ In questi termini, P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, 8-9: le osservazioni dell'illustre studioso si trovano in E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit.

¹⁹ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 61. L'Autrice si spinge oltre: fino a ritenere che proprio il compimento della missione della Corte costituzione dipenda dalle reazioni dei soggetti che operano nell'ordinamento.

²⁰ Il fenomeno del moltiplicarsi, nel tempo, delle tipologie di decisioni e di dispositivi si può spiegare proprio alla luce dell'attenzione della Corte costituzionale per la reazione dell'autorità giudiziaria. È questo il senso di quelle che Elisabetta Lamarque chiama «le prove d'orchestra», in cui «la Corte è costretta a sperimentare strade diverse rispetto a quelle già tentate proprio perché le reazioni dei giudici allo strumento inizialmente utilizzato non sono state per nulla soddisfacenti» (in E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 72).

prima saper ascoltare²¹. L'attesa, a volte, costituisce un momento essenziale per il dialogo, proprio in quanto strumentale all'ascolto²².

Si può ben dire, dunque, che la riuscita della vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo è dipesa (e tuttora dipende) dalle reazioni degli altri soggetti dell'ordinamento²³; ma si deve altrettanto dire che tali reazioni dipendono, a loro volta, dalla capacità della Corte costituzionale di costruire, attraverso gli strumenti e le tecniche processuali, un dialogo che permea l'intero ordinamento, senza zone franche.

Questa è l'unica prospettiva da cui ha senso studiare il meccanismo processuale del monito a termine (e ogni altro): come un mezzo per un fine, la garanzia effettiva dei diritti costituzionali²⁴.

Ed è anche la prospettiva che consente, a partire dall'analisi della vicenda processuale dell'ergastolo ostativo, di proporre riflessioni generali²⁵ sulle fonti del diritto e sulle relazioni inter-ordinamentali.

A tali riflessioni è appositamente dedicato il presente contributo²⁶.

²¹ Nella posizione di attesa, assunta dalla Corte costituzionale nella vicenda dell'ergastolo ostativo, pare ravvisabile quella «judicial deference a tempo» in cui si traduce – secondo Silvestri – la tecnica dell'incostituzionalità differita (G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13.11.2020).

²² Si tratta, tuttavia, di una opinione che trova autorevoli voci contrarie in dottrina. C'è chi, infatti, considera la «catena di ordinanze interlocutorie» come un «abuso istituzionale», come tempo perso perché, nel frattempo, «relegato a bordo campo come fosse irrilevante, è il tempo della detenzione a consumarsi inutilmente, nell'attesa finora ignorata di chi avrebbe potuto esercitare il diritto a una pena orientata alla risocializzazione». Ciò che è tanto più grave perché il tempo perso del processo costituzionale in tema di ergastolo ostativo aggraverebbe il «tempo perso» della pena detentiva (S. ANASTASIA, *Le pene e il carcere*, Mondadori, 2022). Così, A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, il gioco del cerino in attesa dell'udienza in Cassazione*, in [il Riformista](#), 24 gennaio 2023. E ancora: «Dilatando i tempi del suo processo, la Consulta prolunga la dissipazione del residuo tempo vitale di ergastolani senza scampo, per i quali ogni giorno che passa è un giorno in più (e non in meno) dietro le sbarre» (A. PUGIOTTO, *Il nuovo rinvio è un infarto alla Costituzione*, in [il Riformista](#), 10 giugno 2022).

²³ Per molti, la riuscita della vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo non può, in alcun modo, considerarsi buona poiché non sarebbe stata resa, per dirla con le parole di Gaetano Silvestri, giustizia costituzionale (ID., *Del rendere giustizia costituzionale*, cit.). Anzitutto, per la scelta della tecnica decisoria, quella della «incostituzionalità differita»: «l'ord. n. 97 del 2021 ha raccolto prevalentemente distinguo, dissensi e critiche» poiché, con tale decisione, «ferma agli ostacoli», «la Corte avrebbe sfoderato scuse plausibili che tali non sono» (A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2021 cui si rinvia, in particolar modo, per i riferimenti bibliografici alla copiosa dottrina che ha criticamente commentato l'ord. n. 97 del 2021. L'Autore osserva, infatti, come l'ordinanza sia stata «vivisezionata in dottrina in tutte le sue parti e fasi»). La Corte costituzionale avrebbe, in altri termini, rimandato a domani ciò che poteva fare oggi (utilizzando le parole di L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in [Nomos](#), 3, 2021). In secondo luogo, per il «rinvio del rinvio» (espressione utilizzata da M. MENGOZZI, *Il rinvio del rinvio con monito sull'ergastolo ostativo. Altro tempo in cui continua ad applicarsi una pena incostituzionale*, in *Studium Juris*, 7-8, 2022): «un inedito assoluto che, nelle forme soft di un nuovo slittamento dell'udienza pubblica all'8 novembre 2022, cela un prolungato arresto cardiaco del principio di legalità costituzionale» (A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria. L'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo differita per la seconda volta*, su *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, 2022). Infine, per l'intervento normativo del governo: un decreto-legge adottato fuori dai casi straordinari richiesti dalla Costituzione («tale non può certo considerarsi un'udienza iniziata 18 mesi fa e calendarizzata da tempo», A. PUGIOTTO, *Così la destra ha salvato l'ergastolo (e la Consulta)*, in [il Riformista](#), 8 novembre 2022), il cui contenuto «configura una stretta alla concessione di qualsiasi beneficio penitenziario, tale da renderla concretamente irrealistica» (*ibidem*). Da questa prospettiva, l'intervento normativo del governo appare «un'operazione gattopardesca» (*ibidem*), «un'inammissibile atto di ribellione» (UCPI, L'allarme dei penalisti italiani sul preannunciato decreto-legge sulla giustizia penale. Si chiede un incontro con il Ministro della Giustizia, riservandosi ogni iniziativa di contrasto e di protesta, 30 ottobre 2022), volto a «salvare l'ergastolo ostativo» (E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, in [Sistema Penale](#), 7 novembre 2022).

²⁴ «L'attenzione per il processo costituzionale e le sue regole non è mai fine a sé stessa»: è il prezioso insegnamento di Lorenza Carlassare, tramandato dai suoi allievi. Così, G. BRUNELLI, *Lorenza Carlassare, studiosa e docente*, in [Costituzionalismo.it](#), 3, 2009.

²⁵ Generali in quanto prescindono dalla vicenda concreta da cui originano (quella dell'ergastolo ostativo).

²⁶ Si tratta di riflessioni, per così dire, settoriali e singolari, che nascono dalla vicenda dell'ergastolo ostativo, ma che, in alcun modo, aspirano ad offrirne un quadro completo e compiuto. Restano sullo sfondo (materialmente, nelle

2. *Un processo costituzionale in tre atti, un dialogo in tre battute: le ordinanze interlocutorie nn. 97/2021, 122/2022 e 227/2022 della Corte costituzionale*

Nella vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo ricorre significativamente il numero tre: tre come le ordinanze pronunciate dalla Corte costituzionale, tre come le fasi processuali, tre come le attese e tre come gli interlocutori direttamente coinvolti o autonomamente intervenuti (nell'ordine, Parlamento, Governo e giudici comuni).

Secondo la numerologia cristiana e dantesca, tre come la Trinità, come la coincidenza dell'unità nella molteplicità, come la Perfezione. Dove la perfezione è sintesi armonica del molteplice²⁷.

Lasciando la simbologia a Dante, a noi resta che le *tre* pronunce costituzionali esprimono il bisogno della Corte costituzionale di dialogare con gli altri soggetti istituzionali con l'obiettivo di rendere la miglior giustizia costituzionale. Quella «efficace ed efficiente» che, infatti, «si fa in due (o meglio, in *tre*²⁸)»²⁹.

Se il processo costituzionale fosse un'opera teatrale, potremmo parlare, con riferimento al giudizio sull'ergastolo ostativo, di uno svolgimento in tre atti³⁰.

Questi, essenzialmente, gli atti in cui si è articolata la dinamica processuale.

Prima, l'antefatto. Esiste, nel nostro ordinamento costituzionale e democratico, una pena detentiva perpetua, conosciuta come ergastolo³¹. Vige, altresì, un principio costituzionale, la rieducazione o risocializzazione del condannato (art. 27, terzo comma Cost.)³², con essa incompatibile. Poiché tale principio imporrebbe, logicamente prima che giuridicamente, la durata temporanea della pena detentiva³³. Ciò che trattiene la pena perpetua nell'alveo della legittimità costituzionale e convenzionale è la residua possibilità di ottenere, a determinate condizioni, il

note), in particolar modo, tutte le valutazioni di merito circa la nuova disciplina normativa dell'ergastolo ostativo e le presupposte scelte di politica criminale, effettuate dal Governo e convalidate dal Parlamento. In forza di una mera scelta di metodo (e cioè, per una delimitazione dell'oggetto di indagine), non per minor importanza. Anzi. Alla fine, la giustizia costituzionale dell'ergastolo ostativo dipende concretamente dalla portata applicativa della normativa sopravvenuta.

²⁷ Ritorna, qui, la letteratura. Del resto, la simbologia dantesca della Trinità esprime magistralmente il concetto giuridico e, in particolar modo, costituzionale del bilanciamento, quale sintesi equilibrata del molteplice cui è chiamata la Corte costituzionale.

²⁸ Corsivo aggiunto.

²⁹ N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in federalismi.it, 27 gennaio 2021, 89.

³⁰ L'accostamento tra processo e opera teatrale non è così improbabile. Non lo è nemmeno l'accostamento tra diritto e opera: basti pensare agli studi di *Law and Opera*, che si sono sviluppati sulla scia degli studi di *Law and Literature*.

³¹ Tra gli altri, sul tema, E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, 2018 e, più di recente, ID., *Fine pena: 31/12/9999. Il punto sulla questione dell'ergastolo*, in [Sistema Penale](http://SistemaPenale), 15 novembre 2021, E. DOLCINI, E. FASSONE, D. GALLIANI, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza. L'ergastolo nel diritto penale costituzionale*, Giappichelli, 2019. Per una scelta ««assiologica» a favore dell'abolizione dell'ergastolo»: G. M. FLICK, *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 2015.

³² La versione moderna del principio della rieducazione del condannato è il frutto di un «processo giurisprudenziale graduale», approfondito da M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 3, 2016. L'autore, attraverso gli studi di G. M. FLICK, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e Società*, 2012, riporta una rassegna delle espressioni linguistiche con cui la Corte ha, in diversi momenti, espresso il concetto della rieducazione: «reinserimento nell'ordine sociale» ([sent. n. 168 del 1972](http://sent.n.168.del.1972)); «riadattamento alla vita sociale» ([sent. n. 204 del 1974](http://sent.n.204.del.1974)); «reinserimento nel contesto economico e sociale» ([sent. n. 126 del 1983](http://sent.n.126.del.1983)); «reinserimento nel corpo sociale» ([sent. n. 274 del 1983](http://sent.n.274.del.1983)); «reinserimento nella società» ([sentt. nn. 161 del 1997](http://sentt.nn.161.del.1997) e [450 del 1998](http://sent.n.450.del.1998)); «ravvedimento» o «recupero sociale» ([sent. n. 271 del 1998](http://sent.n.271.del.1998)); «acquisizione di valori fondamentali della vita sociale» ([sent. n. 138 del 2001](http://sent.n.138.del.2001)); «reinserimento nel consorzio civile» ([sent. n. 257 del 2006](http://sent.n.257.del.2006)); fino al forse più utilizzato concetto di «risocializzazione» (dalla [sent. n. 282 del 1989](http://sent.n.282.del.1989) alla più recente [sent. n. 239 del 2014](http://sent.n.239.del.2014)).

³³ «Il diritto penale liberale non ammette pene perpetue, trattamenti inumani o degradanti, presunzioni di pericolosità ostativa della funzione risocializzante della pena» (*Manifesto del diritto penale liberale e del giusto processo*, redatto dall'UCPI nel maggio 2019 richiamato da A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. 97 del 2021*, cit.).

beneficio della liberazione condizionale. Quando tale possibilità, per una serie di reati e di detenuti (artt. 4-bis comma 1 e 58-ter L. 354/1975 e art. 2 D.l. 152/1991), è esclusa automaticamente, a priori, da una norma di legge, la legalità costituzionale dell'ergastolo – che prende il nome, appunto, di ostativo – si assottiglia drammaticamente³⁴. Fino a scomparire del tutto quando la utile collaborazione diventa presupposto indefettibile per l'accesso al beneficio, sulla base di una presunzione assoluta di pericolosità gravante sul condannato all'ergastolo che non abbia *voluto* (e non potuto, altrimenti saremmo nel diverso campo della collaborazione impossibile) collaborare.

È questo il caso oggetto del giudizio *a quo*: un ricorso in cassazione contro l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza di L'Aquila che ha dichiarato inammissibile la richiesta di accesso alla liberazione condizionale presentata da una persona condannata alla pena dell'ergastolo per un delitto incluso nella categoria dei reati “ostativi” alla concessione dei benefici penitenziari, non collaborante con la giustizia³⁵.

Di fronte a una simile decisione, imposta dalla fedele applicazione della legge, la Cassazione attiva quel canale preziosissimo che è la rimessione di una questione alla Corte costituzionale³⁶: la collaborazione può essere considerata l'unica strada a disposizione del condannato a pena perpetua per accedere al beneficio della liberazione condizionale?

La Corte costituzionale vorrebbe dire di “no”, ma se lo facesse metterebbe a rischio il complessivo equilibrio della disciplina dell'ergastolo ostativo e, allo stesso tempo, l'equilibrio tra poteri³⁷. Esclusa la via diretta di una pronuncia demolitoria, la Corte individua un'alternativa nella tecnica processuale interlocutoria-monitoria³⁸.

Così, con la prima ordinanza³⁹, la [n. 97/2021](#)⁴⁰, redattore Nicolò Zanon, la Corte costituzionale - dopo aver approfonditamente illustrato le ragioni dell'illegittimità costituzionale della disciplina

³⁴ «L'ergastolo ostativo interessa complessivamente ben 1271 persone detenute per reati inclusi nel predetto art. 4-bis, ossia il 71% degli attuali 1800 condannati alla pena dell'ergastolo» (M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?* cit., 3). Sul tema dell'ergastolo ostativo, ci si limita a rinviare, tra gli altri, a M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è costituzionale?* cit. che rimanda, ulteriormente, a ID., *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Torino 2002 e ID., *Dignità e carcere*, II ed., Editoriale Scientifica, Napoli 2014. Ma anche: C. MUSUMECI-A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, G. NEPPI MODONA, *Ergastolo ostativo: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, G. M. FLICK, *Ergastolo ostativo: contraddizioni e acrobazie*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello “scopo”*, in AA.VV., *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020 e, dopo l'[ord. 97 del 2021](#), S. ANASTASIA, F. CORLEONE, A. PUGIOTTO, *Contro gli ergastoli*, Futura, Roma, 2021.

³⁵ Per un'analisi più approfondita, rinvio a M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è incostituzionale?* cit., 2 ss.

³⁶ Cass. pen., sez. I, ord. 3-18 giugno 2020, su cui v. la nota 1.

Il Tribunale di sorveglianza di L'Aquila, invece, aveva respinto l'istanza di parte finalizzata a sollevare alla Corte una questione di costituzionalità.

³⁷ Così [Corte cost. ord. n. 97 del 2021](#).

³⁸ Alternativa già prevista da qualche attento osservatore. Considerato l'invito formulato dalla Corte di Strasburgo, in *Viola c. Italia*, ad attuare una riforma del regime della reclusione dell'ergastolo su iniziativa legislativa, «non potrebbe escludersi il ricorso alla già praticata tecnica dell'ordinanza collegiale e motivata di rinvio della trattazione della questione, al fine di consentire l'esercizio della funzione legislativa, pur entro linee direttive enucleate dalla Corte» (M. RUOTOLO, *L'ergastolo ostativo è incostituzionale?* cit., 28; prosegue, però, l'Autore: «L'ipotesi costituisce, tuttavia, soltanto una subordinata rispetto all'accoglimento immediato»).

³⁹ La struttura dell'ordinanza si compone unicamente di un “considerato in diritto”, che si caratterizza per la forza argomentativa della motivazione. Di solito, tale forza appartiene alle sentenze più che alle ordinanze costituzionali. Seppur con tratti meno marcati rispetto all'[ordinanza n. 207/2018](#), non siamo lontani, per dirla con le parole di Ruggeri, da un'ordinanza *quoad formam* ma di una sentenza *quoad substantiam* (A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in questa [Rivista 2018/III](#), 571).

⁴⁰ La pronuncia è stata, usando le parole di A. PUGIOTTO, vivisezionata dalla dottrina: i commenti, con riguardo ai più diversi aspetti, sostanziali e/o procedurali, sono innumerevoli (e, spesso, critici). Nell'impossibilità di realizzare un riferimento bibliografico veramente completo, mi limito ad un rinvio incrociato alle indicazioni fornite da M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell'ord. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 28 febbraio 2022 (nota 1), A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. 97 del 2021*, cit., (note 1-7) integrate da ID., *Da tecnica a tattica decisoria*, cit. (nota 5). Comunque, senza alcuna pretesa di esaustività.

vigente dell'ergastolo ostativo⁴¹ e, insieme, i motivi dell'impossibilità di procedere all'accoglimento immediato delle questioni⁴² - rinvia il giudizio in corso ad un'udienza a data fissa, assegnando⁴³ un anno di tempo al *Parlamento* per affrontare la materia⁴⁴. Lo impongono – confessa la Corte - esigenze di collaborazione istituzionale, l'altro volto del principio democratico della separazione dei poteri, ad esso strettamente complementare⁴⁵.

Nel frattempo – precisa ancora la Corte costituzionale - il giudizio *a quo* rimarrà sospeso: in questo modo, esprime la necessità di interloquire anche con i giudici comuni, allargando il dialogo istituzionale.

Ad essi, infatti, è affidato il delicato compito di proteggere concretamente i diritti delle persone detenute dalle storture di un regime di esecuzione della pena che presenta – nel momento in cui la Corte scrive, in assenza di una riforma normativa - delle incompatibilità con la Costituzione⁴⁶. E allora, tra le righe di quella precisazione, pare di cogliere un invito esteso a tutti i giudici comuni a sollevare, a loro volta, questione di legittimità costituzionale della disciplina dell'ergastolo ostativo

⁴¹ Non lascia spazio a dubbi il primo Comunicato stampa del 15 aprile 2021 con cui l'ordinanza è stata anticipata al pubblico, intitolato «Ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione». È quanto si ricava, del resto, tra le righe, dal tenore argomentativo della pronuncia con cui la Corte descrive le «ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata». Eloquente, in tal senso, il passaggio in cui la Corte confessa che la disciplina dell'ergastolo ostativo «mette in tensione i principi [costituzionali] sin qui descritti». Tale tensione è significativa dello strappo costituzionale. È opinione unanime della dottrina che l'illegittimità della disciplina impugnata sia già stata accertata dalla Corte con [ord. n. 97 del 2021](#). Con un'eccezione: A. MORRONE, [Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'ord. n. 97 del 2021 sull'ergastolo ostativo](#), in questa [Rivista 2021/II](#), 463 (secondo il rilievo di A. PUGIOTTO, Leggere altrimenti l'[ord. n. 97 del 2021](#), cit., 1187-1188).

⁴² In dettaglio, i paragrafi 9 e 10 dell'ordinanza in esame. Tra i motivi, il più robusto (perché più consolidato) è quello del rispetto della discrezionalità legislativa cui sono affidate, in via esclusiva, valutazioni e scelte di politica criminale.

⁴³ «Regalando», direbbe, con accento critico, A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 763.

⁴⁴ Sono diverse e numerose le espressioni con cui la dottrina ha tentato di descrivere le pronunce con cui la Corte, a partire dall'[ord. n. 207/2018](#) sul caso Cappato, facendo uso dei propri poteri di gestione del processo, rinvia il proprio giudizio in attesa dell'intervento del legislatore. La creatività della Corte nell'individuazione degli strumenti processuali va di pari passo con la creatività della dottrina nell'elaborazione di (ad avviso di chi scrive, inutili) categorizzazioni. Così, tra le altre, si è parlato di “incostituzionalità prospettata” ([Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2018](#), cit., 12); “incostituzionalità differita” (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018); “incostituzionalità accertata ma non dichiarata” (R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, Diritto costituzionale in trasformazione, III, Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, Genova, 172-175); “incostituzionalità sospesa e condizionata” (R. ROMBOLI, *Il “caso Cappato”: una dichiarazione di incostituzionalità “presa, sospesa e condizionata”, con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Il Foro italiano*, n. 6, 2019, parte I, pp. 1892 ss.); “incostituzionalità accertata ma non dichiarabile” (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in [federalismi.it](#), n. 3, 2021, p. 88), “decisioni processuali di transizione verso la decisione nel merito” (V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2, 2019), “decisione in due tempi” ([Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2019](#), cit., 10); “doppia pronuncia” (A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato \(nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020\)](#), in questa [Rivista 2020/II](#), 406 (queste ed altre indicazioni in G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti “tempi” e provvedimenti per risolvere - forse solo temporaneamente - un'unica questione*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2, 2023, 219). Ma l'elenco è anche più lungo. Ciò che è certo, indipendentemente dalle categorizzazioni adottate, è che la tecnica decisoria risponde all'esigenza della Corte di interloquire con il legislatore.

⁴⁵ Separazione e cooperazione tra poteri – osserva Marta Cartabia – «sono due pilastri coesenziali che reggono l'architettura costituzionale repubblicana. L'indipendenza reciproca tra poteri non contraddice la necessaria interdipendenza tra gli stessi, specie in società ad alto tasso di complessità come sono quelle contemporanee» ([Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta dalla Corte nell'anno 2019](#), cit.).

⁴⁶ Altrettanto delicata è la situazione in cui si trovano i giudici, «stretti tra una incostituzionalità prospettata ma non dichiarata, il rischio di disapplicazione della legge e l'esigenza di non denegare giustizia» (V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa: l'ordinanza interlocutoria con rinvio a data fissa*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2022, 515).

- escluso l'inammissibile ricorso alla sospensione impropria⁴⁷ -, nel senso indicato dall'ordinanza⁴⁸, sospendendo i processi relativi a casi analoghi. Per questo, allora, è tanto importante che la prima ordinanza di rinvio sia ben argomentata: la motivazione formulata dalla Corte costituzionale è una bussola per gli altri giudici, necessaria per orientarsi nelle more del processo costituzionale.

A dimostrazione di come la motivazione di *tutte* le pronunce costituzionali sia il vero e proprio motore della relazione che lega la Corte all'autorità giudiziaria, in quanto consente di sviluppare un dialogo proficuo⁴⁹. Non è pensabile, del resto, che trovi applicazione una disposizione normativa con profili di incompatibilità costituzionale, quanto è vero che ciascun giudice ha il dovere di non applicare disposizioni di dubbia legittimità costituzionale⁵⁰.

Un anno di tempo non è bastato al Parlamento, rallentato dal bicameralismo paritario, per rielaborare compiutamente una disciplina normativa dell'ergastolo ostativo, libera da vizi costituzionali e convenzionali. Però, il legislatore non è nemmeno restato immobile: la Camera dei deputati, infatti, aveva approvato una riforma in materia di accesso ai benefici penitenziari⁵¹.

«Valorizzando la novità»⁵², la Corte costituzionale ha ritenuto di concedere altro tempo al *Parlamento* per consentire la prosecuzione e la conclusione dell'*iter* normativo⁵³. Come a riconoscere che vale la pena attendere ancora un po'. Così, con ordinanza⁵⁴ [n. 122/2022](#)⁵⁵, redattore Giuliano Amato⁵⁶, la Corte rinvia, ulteriormente, la trattazione delle questioni di legittimità costituzionale relative all'ergastolo ostativo a un'udienza ancora successiva. Il processo costituzionale (in)segue, in questo modo, lo sviluppo normativo⁵⁷.

⁴⁷ «La sospensione di un giudizio per la pendenza di una questione incidentale di legittimità costituzionale sollevata in un giudizio diverso è, quindi, un provvedimento difforme da univoche indicazioni normative» poiché deve, inoltre, escludersi la sussistenza di una discrezionale facoltà del giudice di sospendere il processo fuori dei casi tassativi di sospensione necessaria, e «per mere ragioni di opportunità (già, la [sentenza n. 207 del 2004](#))» ([Corte cost. ord. n. 202 del 2020](#)).

⁴⁸ Si tratta di una linea di azione prospettata da M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit., fin dalla prima ordinanza di incostituzionalità differita, sul caso Cappato.

⁴⁹ Elisabetta Lamarque ci insegna il valore fondamentale della motivazione delle pronunce della Corte costituzionale, in quanto «linfa vitale della relazione tra la Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria». In particolare, l'Autrice osserva come «i giudici hanno riconosciuto che la portata degli effetti vincolanti delle decisioni costituzionali – e dunque, a seconda di casi, vincolanti nei confronti dei soli giudici del giudizio *a quo* oppure di tutti i giudici – dipende dal tenore della loro motivazione» (E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit.).

⁵⁰ In questi termini, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit.

⁵¹ Contenuta nel disegno di legge C. 1951-A, recante «Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, al decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e alla legge 13 settembre 1982, n. 646, in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia». Il disegno di legge approvato dalla Camera il 31 marzo 2022 è stato trasmesso al Senato il 1° aprile 2022 (AS 2574). Il disegno di legge – osserva Pugiotto – sarebbe «in larga parte peggiorativo dell'attuale regime ostativo penitenziario e, in molte previsioni, disallineato alle indicazioni ricavabili dalla pertinente giurisprudenza costituzionale» (in A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 765, cui si rinvia, v. nota 11, per una rassegna di interventi a commento della disciplina dell'ergastolo ostativo, prevista nel disegno di legge approvato dalla Camera dei deputati).

⁵² Ivi, 764.

⁵³ In tal senso, la richiesta dell'Avvocatura dello Stato.

⁵⁴ Con una singolare inversione rispetto alla precedente pronuncia, [ord. n. 97/2021](#), la struttura dell'ordinanza in esame si compone solamente del «rilevato che».

⁵⁵ Su cui, almeno: A. LOLLO, [Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'ergastolo "ostativo"](#), in questa [Rivista 2022/III](#), 1066; U. ADAMO, [È \(resterà\) due senza tre? Sull'"incostituzionalità prospettata": criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica](#), [ivi](#), [2022/II](#), 822; F. SIRACUSANO, [Un ulteriore rinvio "aspettando Godot": l'intollerabile sopravvivenza dell'ergastolo ostativo](#), in [Giurisprudenza Costituzionale](#), 3, 2022.

⁵⁶ Si noti che il giudice costituzionale redattore della prima ordinanza era Nicolò Zanon: v'è chi interpreta tale diversità come un «implicito segnale di un dissenso interno alla Corte» (così, A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 766).

⁵⁷ La decisione in commento ha trovato autorevole critica nella nota di A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit. Critica fondata anche sulla posizione di «inseguimento» assunta dalla Corte costituzionale. Il giudice delle leggi –

La seconda parola della Corte costituzionale sul caso dell'ergastolo ostativo, dunque, è un nuovo rinvio, in attesa di una risposta del legislatore⁵⁸. È una scelta processuale inedita⁵⁹ che ci dice, essenzialmente, tre cose.

La prima: la tecnica decisoria inaugurata, per la prima volta, nel noto caso Cappato⁶⁰ non rispetta uno schema fisso, predefinito⁶¹. Con essa, la Corte si mantiene libera da vincoli⁶², poiché fa solo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale⁶³.

La seconda: prolungare l'attesa, in considerazione dello stato di avanzamento dell'iter di formazione della legge, è logicamente coerente con l'esigenza di leale collaborazione che ha spinto la Corte a disporre inizialmente il primo rinvio⁶⁴. Del resto, «in un dialogo proficuo la volontà di dichiarare l'incostituzionalità dovrebbe essere rifuggita»⁶⁵, anche a costo di rinviare ancora il giudizio costituzionale.

Dall'unione delle due prospettive, emerge la flessibilità di una Corte costituzionale che, aprendosi all'esterno, rimodula i tempi e gli strumenti processuali in funzione della dialettica ordinamentale, accolta come mezzo indispensabile per «rendere giustizia costituzionale»⁶⁶.

osserva l'Autore – deve «sindacare ciò che il legislatore ha fatto o non ha fatto, non ciò che potrebbe fare e, forse, farà». Altrimenti, la cooperazione risulterebbe «costituzionalmente sbilanciata e istituzionalmente asimmetrica».

⁵⁸ Con il secondo rinvio «la Corte mostra di voler consapevolmente governare le cadenze processuali, al fine di dare spazio all'auspicato intervento del legislatore» (*Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale nel 2022*). Si noti che in detta relazione manca un'apposita sezione dedicata ai rapporti tra Corte e legislatore, immancabile nelle precedenti Relazioni Annuali dei Presidenti).

⁵⁹ È un «inedito assoluto»: A. PUGIOTTO, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 762. I due precedenti ([ord. n. 207/2018](#) sul caso Cappato e [ord. n. 132/2020](#) sulla diffamazione a mezzo stampa), nel perdurare dell'inerzia legislativa, si sono conclusi con una pronuncia di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale della Corte (rispettivamente, [sentt. nn. 242/2019](#) e [150/2021](#)). In entrambi i casi, tuttavia, la Corte non ha potuto fare a meno di «ribadire con vigore l'auspicio che la materia formi oggetto di sollecita e compiuta disciplina da parte del legislatore, conformemente ai principi precedentemente enunciati» ([Corte cost. sentt. n. 242/2019](#)). Del resto, la decisione di incostituzionalità «non implica che il legislatore debba ritenersi costituzionalmente vincolato a mantenere anche per il futuro» ([Corte cost. sentt. n. 150/2021](#)) la soluzione individuata dalla Corte, secondo lo schema delle rime possibili.

⁶⁰ La Corte costituzionale “inventa”, con l'ordinanza resa nel cd. caso Cappato, una nuova tipologia decisoria in ragione dell'esigenza di rendere giustizia costituzionale (M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 1, 2020, 68-69). Nel caso dell'ergastolo ostativo, invece, quella stessa esigenza avrebbe imposto una decisione immediata della Corte, memore del proverbio “non rimandare a domani quello che potresti fare oggi” (così, M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953* (versione provvisoria), Relazione al Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, *I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, Como, 26-27 maggio 2023, 26, nel richiamare la riflessione di L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in [Nomos](#), 3/2021).

⁶¹ Lo rileva Marco Bignami dove prefigura le varie ipotesi che si possono verificare a seguito dell'adozione di un'ordinanza ad incostituzionalità differita, secondo la sua definizione. In particolare, l'Autore osserva che se «il legislatore è sul punto di provvedere: non si può escludere un nuovo rinvio motivato della trattazione della causa davanti alla Corte» (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit.). Così è stato.

⁶² L'unico vincolo che può nascere con l'ordinanza di rinvio della trattazione è quello a prendere una decisione, nel caso in cui il legislatore non intervenga. Non necessariamente, si noti, una decisione nel senso della incostituzionalità. Così, V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa*, cit., 514.

⁶³ G. Silvestri osserva come, con la tecnica decisoria dell'incostituzionalità differita, «la Corte si è avvalsa della facoltà – ad essa indubbiamente spettante – di rinviare l'udienza a data fissa», senza compiere nessun «atto implicitamente o esplicitamente vietato dalle leggi o dalle norme integrative in vigore» (G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit.).

⁶⁴ Si può condividere quanto osservato dal Presidente della Corte costituzionale, Giuliano Amato, redattore dell'[ordinanza n. 122/2022](#), in un'intervista al Corriere della Sera del 16 maggio, secondo cui «far valere una scadenza e non dare peso ai lavori in corso, soprattutto su questioni complesse, indebolirebbe la mia stessa credibilità rispetto alla leale collaborazione».

⁶⁵ Così, G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo: tanti “tempi” e provvedimenti per risolvere -forse solo temporaneamente- un'unica questione*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2, 2023, 219.

⁶⁶ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit. L'ordinanza di rinvio, nel noto caso Cappato, è considerata dall'Autore «la strada del minor danno possibile, che equivale, nel contesto dato, alla miglior tutela concretamente

Con il secondo rinvio, poi, la Corte sembra rivalutare la congruità⁶⁷ del tempo inizialmente assegnato al Parlamento per provvedere, riconoscendo che si tratta, alla fine, di un concetto relativo, che dipende in larga misura dalla reazione dell'interlocutore, e cioè del legislatore. E allora, lasciandosi convincere dallo sviluppo normativo in corso, la Corte riformula la propria proposta: concede altro tempo, ma più contenuto.

In tale decisione si può cogliere fino in fondo l'essenza compromissoria propria della tecnica del «monito a termine», «ispirata dalla volontà di rafforzare il dialogo con i destinatari delle pronunce costituzionale (legislatore e giudici comuni), senza rinunciare alla funzione di garante della Costituzione»⁶⁸: altro tempo per garantire il diritto alla prima parola del legislatore⁶⁹, ma contenuto perché l'attesa della collaborazione legislativa non si traduca, irragionevolmente, in tempo perso per i diritti delle persone detenute.

Infine, la terza: la Corte ha ancora voglia di sperimentare, provando e riprovando. Le *prove d'orchestra*, oggi, «servono ad accordare gli strumenti e creare la necessaria sintonia»⁷⁰ tra la Corte costituzionale e il legislatore⁷¹.

Il doppio rinvio è, perlappunto, un esperimento: ed ecco la Corte, alla finestra, per vedere quale impatto esso produce sull'ordinamento⁷².

L'impatto, per diverse ragioni, è stato inedito⁷³.

Lo sviluppo normativo, fuoriuscito dalla sede parlamentare, è approdato in quella governativa, dove si è concluso con un provvedimento d'urgenza. Poiché, a questo punto, è diventato urgente garantire la certezza del diritto a chi ha, come unica e drammatica certezza, l'eternità della pena⁷⁴.

Ciò che ha determinato l'esigenza di scomodare il Governo è stato lo scioglimento anticipato delle Camere, disposto dal Presidente Mattarella il 21 luglio 2022⁷⁵.

praticabile». Nel contesto, pur diverso, dell'ergastolo ostativo, le ordinanze interlocutorie rispondono alla medesima finalità.

⁶⁷ La valutazione (o la rivalutazione) della congruità del tempo necessario e sufficiente a legiferare è un'operazione delicatissima. Parte della dottrina esprime perplessità circa l'attribuzione di tale operazione alla Corte costituzionale. Per tutti, ci si è chiesto «qual è il tempo congruo per un intervento del legislatore, soprattutto nei casi in cui è la stessa Corte a ritenere la necessità di una compiuta disciplina della materia? Spetta alla Corte quantificare questo tempo, o ritenerlo esaurito, pur in presenza di disegni di legge in discussione alle Camere? Il tempo è politica. Decidere se, quando e come intervenire in una materia è sempre una scelta politica» (V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa*, cit. 519). Analoga domanda è posta da A. PUGIOTTO: «Piacerebbe capire, inoltre, quale clessidra sia in dotazione a Palazzo della Consulta (Id, *Da tecnica a tattica decisoria*, cit., 768).

⁶⁸ V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa*, cit., 512.

⁶⁹ L'espressione usata dalla Corte costituzionale è «in prima battuta»: [ord. n. 97/2021](#).

⁷⁰ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 57.

⁷¹ La stagione delle prove d'orchestra può dirsi conclusa, invece, con riferimento alla (ormai solida) relazione tra Corte costituzionale e l'autorità giudiziaria.

⁷² È l'atteggiamento che ha caratterizzato la prima stagione della Corte costituzionale, quella durata dal 1956 al 1996, quella delle prove d'orchestra (secondo la nota espressione di Elisabetta Lamarque), quella «dei tentativi (della Corte) respinti, delle proposte (della Corte) cadute nel vuoto, degli esperimenti (sempre della Corte)». Quella in cui, appunto, la Corte «si mette alla finestra per vedere quale impatto ciascun suo esperimento produce nell'ordinamento, allo scopo di confermare gli strumenti che funzionano e abbandonare quelli che falliscono il loro scopo» (E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., 56). È un atteggiamento ancora attuale perché la Corte non ha finito di sperimentare.

⁷³ E, per questo, inaspettato: G. Casavecchia osserva come, probabilmente, «nemmeno la Consulta si attendesse un intervento del Governo» (G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit.).

⁷⁴ Quando emergono esigenze di certezza, infatti, non vi «sarebbero dubbi sulla legittimità del ricorso alla decretazione d'urgenza, al fine di superare l'impasse» (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale*, cit.).

⁷⁵ V'è chi non concorderebbe: lo scioglimento anticipato delle Camere «mette a bordo campo il Parlamento» ma non giustifica, perciò, il ricorso alla decretazione d'urgenza, non essendo, in alcun modo, un evento straordinario (cioè imprevedibile) richiesto dall'art. 77 Cost. (così, A. PUGIOTTO, *Perché con lo scioglimento delle Camere la Consulta deve bocciare l'ergastolo*, in [il Riformista](#), 27 luglio 2022). Ciò che è certo è che la Corte costituzionale «ha dovuto implicitamente sopportare le conseguenze [dello scioglimento anticipato del Parlamento]: l'intervento di un soggetto diverso da quello auspicato» (G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 225).

Con la fine della legislatura, l'iter parlamentare si è bruscamente interrotto e il disegno di legge (C. 1951) approvato dalla Camera dei deputati è inevitabilmente decaduto.

Insomma, al Parlamento non è bastato nemmeno l'ulteriore tempo, contenuto, concesso con il secondo rinvio. Quel tempo, forse, poteva dirsi congruo *rebus sic stantibus*, ma le cose – specialmente nel sistema politico italiano – non stanno mai così.

Il tempo che separava le elezioni politiche – 25 settembre – dall'udienza pubblica fissata per la discussione – 8 novembre – non era sufficiente per l'approvazione, in sede parlamentare, di una nuova disciplina dell'ergastolo ostativo. L'unico strumento normativo compatibile con tempi così straordinariamente ristretti era il decreto-legge⁷⁶.

Così, il Governo presieduto da Giorgia Meloni, in *limine temporis*, ha adottato il decreto-legge n. 162 del 2022⁷⁷, con cui ha sostanzialmente riprodotto il disegno di legge che il Parlamento, nel corso della precedente legislatura, non era riuscito ad approvare⁷⁸. Cambiano le forme, ma non i contenuti. La produzione normativa si è svolta lungo un *continuum istituzionale*, all'interno di un legislatore bicefalo. Non stupisce più che la funzione legislativa sia *condivisa*: preferibilmente affidata al Parlamento, necessariamente assunta dal Governo.

La decretazione d'urgenza è semplicemente diventata la via privilegiata per ottenere certezza sui tempi delle decisioni⁷⁹.

Poco importa, poi, se la Corte costituzionale aveva ritenuto opportuno un ulteriore rinvio dell'udienza per consentire proprio al Parlamento di completare i propri lavori⁸⁰; ciò che conta è che

⁷⁶ Meno compatibile, invece, con la necessità di una «più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa», espressamente richiesta dalla Corte costituzionale con [ord. n. 97/2021](#).

⁷⁷ È il primo decreto-legge adottato dal Governo Meloni, un decreto-legge *patchwork* (espressione utilizzata da A. FUSCO, «*Che fretta c'era?*»: *le norme anti-rave nel primo decreto-legge del Governo Meloni*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2023) di natura assai eterogenea, che ha previsto «misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonché in materia di termini di applicazione delle disposizioni del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, e di disposizioni relative a controversie della giustizia sportiva, nonché di obblighi di vaccinazione anti SARS-CoV-2, di attuazione del Piano nazionale contro una pandemia influenzale e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali». In commento al decreto-legge n. 162 del 2022, si veda anche: D. GALLIANI, *Il decreto legge 162/2022, il regime ostativo e l'ergastolo ostativo: i dubbi di costituzionalità non manifestamente infondati*, in *Sistema Penale*, 21 novembre 2022; F. GIANFILIPPI, *Il D.L. 162/2022 e il nuovo 4-bis: un percorso a ostacoli per il condannato e per l'interprete*, in *Giustizia Insieme*, 2 novembre 2022; M. PASSIONE, *A proposito del d.l. 162/2022: rilievi costituzionali e proposte di modifica, con particolare riferimento alla disciplina in materia di 4-bis o.p.*, in *Sistema Penale*, 28 novembre 2022 (queste ed altre indicazioni in G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 213). In calce all'indicazione di tali commenti, sia consentita una domanda provocatoria. Si è detto, poco sopra, che per poter dialogare bisogna prima saper ascoltare. Si è detto, altresì, che la Corte costituzionale, con la tecnica del doppio rinvio, ha ascoltato il legislatore. Ma il legislatore ha ascoltato la Corte costituzionale? Il Governo ha realmente ascoltato il monito della Corte?

⁷⁸ Una curiosità eminentemente politica. Emilio Dolcini osserva attentamente come il disegno di legge approvato dalla Camera era stato votato dai partiti che sostenevano il Governo Draghi, ma non da Fratelli d'Italia, all'epoca unico partito di opposizione. Ora, invece, primo partito della maggioranza che sostiene il Governo Meloni (E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, cit., 2022, 3). Quasi come se l'adozione di un decreto-legge, necessitata dalla ristrettezza dei tempi, rappresentasse semplicemente un segnale rivolto alla Corte costituzionale. Ciò indipendentemente dal contenuto: tanto, per quello, è sempre possibile apportare interventi modificativi in sede (parlamentare) di conversione del decreto. In realtà, una piccola, ma significativa, differenza tra la proposta di legge presentata alla Camera (AC 1951) e il decreto-legge n. 162/2022 c'è e si trova nel titolo: la prima «Modifiche (...) in materia di revisione delle norme sul divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia» (approvata, poi, con nuovo titolo); il secondo «Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia».

⁷⁹ Da tempo, ormai, in dottrina si osserva come la decretazione d'urgenza abbia «finito per assumere impropriamente il ruolo di ordinaria iniziativa legislativa rinforzata a disposizione del Governo», diventando «il principale strumento a disposizione del Governo per ottenere certezza sui tempi di esame del provvedimento, connessi ai termini costituzionali di conversione. Il decreto-legge è cioè sostanzialmente diventato il principale strumento a disposizione del Governo per «forzare» la programmazione dei lavori parlamentari» (così, R. PERNA, *Tempi della decisione ed abuso della decretazione d'urgenza*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2010, 64).

⁸⁰ G. Casavecchia osserva come, in effetti, nelle due ordinanze di rinvio «si fa più volte appello al solo «Parlamento»» (G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 223).

lo sviluppo normativo si sia concluso con una modifica complessiva della disciplina interessata dalle questioni di legittimità costituzionale, che trasforma – almeno sulla carta - da assoluta in relativa la presunzione di pericolosità del condannato all'ergastolo per reati ostativi, non collaborante con la giustizia. «Sebbene operata da un decreto-legge ancora in corso di conversione»⁸¹.

Conta che l'attesa non sia stata vana: alla fine, il vuoto normativo lasciato dal Parlamento è stato colmato dal Governo.

La Corte costituzionale accetta, come *ius superveniens*, la normativa di origine governativa e, con essa, accetta la supplenza del Governo⁸². Anche perché, in fin dei conti, la supplenza dell'esecutivo evita la sua⁸³.

Bisogna riconoscere che l'esperimento del doppio rinvio ha generato nell'ordinamento un clima di particolare attenzione che si è tradotto nell'immediato intervento del Governo con decretazione d'urgenza. Si può (e si deve) criticare il merito⁸⁴ – la (il)legittimità costituzionale della nuova disciplina - e il metodo – la (in)sussistenza dei requisiti, costituzionalmente imposti, di straordinaria necessità e urgenza⁸⁵ - ma non si può negare che si tratta di una reazione politica, una risposta a una richiesta formulata dalla Corte costituzionale.

⁸¹ [Corte cost. ord. n. 227 del 2022](#). Per la restituzione degli atti al giudice a *quo*, la Corte ritiene sufficiente che la modifica normativa abbia inciso «immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione», indipendentemente dalla sua forma e dalla sua provvisorietà. V'è chi, invece, prospetta una soluzione diversa. Considerata la provvisorietà e instabilità della normativa sopravvenuta (un decreto-legge non ancora convertito), «prudenza avrebbe voluto quindi che la Corte avesse ulteriormente rinviato la questione di qualche settimana, così da avere certezza dell'approvazione del provvedimento» (S. CURRERI, *Ergastolo ostativo tra sviste e omissioni: lo strano caso della Corte Costituzionale*, in [il Riformista](#), 13 novembre 2022).

⁸² Le carenze e, di riflesso, le supplenze istituzionali generano situazioni sempre problematiche: consapevolezza maturata da Alessandro Manzoni, già nel XIX secolo. «Quando le cose non sono fatte da chi toccherebbe o non sono fatte in maniera di poter servire, nasce ugualmente, in alcuni il pensiero di farle, negli altri la disposizione ad accettarle, da chiunque siano fatte. L'operar senza regole è il più faticoso e difficile mestiere di questo mondo» (A. MANZONI, *Storia della Colonna Infame*, 1840). La Corte costituzionale è chiamata, spesso, ad «operar senza regole»: in tali circostanze, il dialogo e la collaborazione rappresenterebbero il modo per svolgere «il più faticoso e difficile mestiere di questo mondo».

⁸³ Entrambi i precedenti in cui la Corte ha sperimentato la tecnica decisoria dell'incostituzionalità differita, il caso Cappato ([ord. n. 207 del 2018](#)) e diffamazione a mezzo stampa ([ord. n. 132 del 2020](#)), hanno mostrato l'apatia del legislatore, nella sua duplice composizione (parlamento-governo), con la conseguenza che la Corte, riappropriandosi del dubbio sollevato, ha dichiarato incostituzionali entrambe le disposizioni oggetto della questione di legittimità (art. 480 c.p. e art. 595 c.p.), rispettivamente con [sentenze nn. 242/2019](#) (pronuncia di accoglimento manipolativo) e [150/2021](#). La Corte, supplendo alle prolungate carenze colpevoli del legislatore, ha reso giustizia costituzionale (G. Silvestri, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit.). La dinamica è chiara: o il governo supplisce ai ritardi/mancanze del parlamento o lo fa la Corte. Il tema della supplenza della Corte costituzionale, nei confronti del Parlamento-legislatore, al centro degli interessi della dottrina fin dagli anni Settanta, è stato ripreso da Franco Modugno al fine di portarne alla luce «il suo più profondo e riposto significato» (F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 107 ss.). L'unidirezionalità delle supplenze conferma ciò che la dottrina, ormai da tempo, osserva e denuncia: il Parlamento italiano si trova in grande difficoltà. Allo stesso tempo, vittima e complice della sua «sostanziale marginalità istituzionale» (S. CURRERI, *Il Parlamento nell'emergenza: resiliente o latitante?* in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2020). Tale difficoltà ci impone di «occuparci, preoccupandoci», «della cura del Parlamento e del principio rappresentativo (i grandi ammalati dell'oggi)» poiché «è dalla rifondazione del ruolo del Parlamento che si deve partire per ricostruire un rapporto sano con la Corte» (così, M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 1, 2020, 73 e 72).

⁸⁴ Tra le robuste voci critiche, si vedano, per tutti: A. PUGIOTTO, *Così la destra ha salvato l'ergastolo (e la Consulta*, cit. e E. DOLCINI, *L'ergastolo ostativo riformato in articolo mortis*, cit.

⁸⁵ Ma non lo poteva fare la Corte costituzionale, in quella sede, poiché era (solo) chiamata a verificare il seguito assicurato nell'ordinamento al monito formulato con [ord. n. 97/2021](#). I presupposti straordinari di necessità ed urgenza sarebbero integrati dai «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione» e dall'«imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore». Ma il monito era stato formulato più di un anno prima (anzi, la necessità di un intervento in materia di ergastolo ostativo era emersa almeno a far data dalla sentenza 13 giugno 2019, Viola contro Italia). E, in ogni caso, non si può ravvisare la straordinarietà richiesta dall'art. 77 Cost. nei ritardi che il parlamento più o meno colpevolmente

Risposta che la Corte considera sufficiente al fine di soddisfare il monito al legislatore formulato fin dalla prima pronuncia ([ord. n. 97/2021](#)).

Ed ecco che, con [ordinanza n. 227/2022](#)⁸⁶, redattore Nicolò Zanon, la Corte costituzionale restituisce gli atti alla Corte di cassazione⁸⁷. Così, la sua ultima parola in tema di ergastolo ostativo è puramente *interlocutoria*⁸⁸: da un lato, accoglie l'intervento normativo del governo, dall'altro, demanda al giudice *a quo* una nuova valutazione delle questioni di legittimità costituzionale, «anche all'esito del procedimento di conversione del decreto-legge»⁸⁹.

La Corte di cassazione, per parte sua, sceglie di non riattivare il dialogo con la Corte costituzionale ma quello con il giudice di merito. Solamente il Tribunale di sorveglianza, infatti, può verificare, in concreto, la portata applicativa della nuova disciplina nonché l'effettiva accessibilità del detenuto alla liberazione condizionale, con accertamenti di merito preclusi al giudice di legittimità. Accertamenti indispensabili per apprezzare la non manifesta infondatezza e rilevanza dei dubbi di legittimità costituzionale relativi alla normativa dell'ergastolo ostativo per come riformata dal Governo e dal Parlamento⁹⁰.

In termini processuali, la decisione del giudice *a quo* consiste in una cassazione con rinvio, ossia una pronuncia ancora interlocutoria, all'interno di un dialogo continuo⁹¹.

3. *Alla ricerca del legislatore: tra Parlamento e Governo; tra storia e attualità; tra forma e sostanza; tra linguaggio e concetto*

L'[ordinanza n. 227/2022](#) rappresenta il *turning point* della vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo. Con essa, la Corte costituzionale rinuncia al proprio diritto di parola per restituirlo alla

accumula. L'«abulia del legislatore» (R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad uno scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni Costituzionali*, 4, 2019), quale male di cui il parlamento è affetto da tempo (V. MARCENÒ, *Una tecnica controversa*, cit., 511), è macroscopica e grave, ma non straordinaria. Non foss'altro perché, ormai, è cronica. Il decreto-legge si posizionerebbe «fuori dai binari della Costituzione» e, per questo, «andrà chiamata in causa la Consulta» (A. PUGIOTTO, *Il gioco del cerino in attesa dell'udienza in Cassazione*, cit.).

⁸⁶ Ordinanza «prevedibile e prevista»: S. CURRERI, *Ergastolo ostativo tra sviste e omissioni: lo strano caso della Corte Costituzionale*, cit.

⁸⁷ La Presidente della Corte costituzionale, Silvana Sciarra, osserva come la restituzione degli atti ai giudici che avevano inizialmente sollevato la questione sia «un atto dovuto» ([Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale nell'anno 2022](#)). Parla di «atto dovuto» anche Andrea Morrone, secondo cui, per l'appunto, «passare la palla al giudice ordinario è un atto dovuto, dunque, ma non un dramma» in quanto «consentirebbe alla Consulta di evitare, oltre a un conflitto col governo oggi inopportuno, alcune insidie» (ID., *La Consulta può evitare lo scontro sul decreto truffa sull'ergastolo ostativo*, in [Domani](#), 7 novembre 2022).

⁸⁸ È, ancora, la Presidente della Corte costituzionale a precisare che la restituzione degli atti «riattiva l'interlocuzione con il giudice rimettente» ([Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte costituzionale nell'anno 2022](#)).

⁸⁹ Il procedimento parlamentare si è concluso il 30 dicembre 2022, con l'approvazione della legge di conversione n. 199. Sulla disciplina dell'ergastolo ostativo riformata dalla legge di conversione, si veda: S. BERNARDI, *Il "regime ostativo" ex art. 4-bis ord. pen. dopo la conversione del d.l. 162/2022: il testo risultante dalla versione approvata dal Senato il 13 dicembre 2022*, in [Sistema Penale](#), 22 Dicembre 2022 e A. RICCI, *Le modifiche introdotte dalla legge 30 dicembre 2022, n. 199, di conversione, con modifiche, del decreto-legge n. 162 del 31.10.2022, in tema di «divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia»*, in [Giurisprudenza Penale](#), 1, 2023 (indicazioni richiamate in G. CASAVECCHIA, *Ergastolo ostativo*, cit., 214)

⁹⁰ «Si prospetta allora la necessità della mediazione valutativa del giudice del merito, affinché accerti, alla luce della nuova normativa, l'ammissibilità e fondatezza della pretesa fatta valere dal ricorrente o, di contro, l'assenza di tali qualità della sua domanda in ragione delle disposizioni limitatrici della nuova disciplina che agiscano in concreto con funzione impeditiva, con conseguente, per tale via, persistente rilevanza della questione incentrata sulla contrarietà ai principi di cui agli artt. 3, 27 e 117 Cost. di un complesso di regole che finisce con l'escludere il condannato all'ergastolo cd. ostativo dall'accesso alla liberazione condizionale in violazione del principio di ragionevolezza, del principio della finalità rieducativa e risocializzante della pena e degli obblighi convenzionali assunti dallo Stato quanto al trattamento dei condannati alla cd. pena perpetua»: Cass. pen., sez. I, 11 aprile 2023, n. 15197.

⁹¹ Il *terzo* interlocutore è rappresentato unitariamente da tutti i giudici comuni, di legittimità e di merito.

Cassazione, perché nelle more del processo costituzionale è sopravvenuta una normativa che incidendo “profondamente sull’ordito logico che sta alla base delle censure prospettate”, risponde al monito che la Corte costituzionale, con [ordinanza n. 97 del 2021](#), aveva indirizzato al Parlamento⁹². Questa normativa è di origine governativa: si tratta di un decreto-legge, non ancora convertito in legge dal Parlamento, che il Governo, appena formato, ha adottato otto giorni prima dell’udienza fissata per la discussione pubblica.

Insomma, la Corte ritiene soddisfatto il monito indirizzato al legislatore anche quando l’intervento richiesto è attuato da un decreto-legge (provvisorio) del Governo e non dalla legge del Parlamento⁹³.

Ma chi è, allora, il legislatore, destinatario dei moniti della Corte⁹⁴?

Sarebbe vano cercare una risposta univoca nella giurisprudenza costituzionale⁹⁵.

Generalmente, infatti, quando la Corte costituzionale allude al legislatore statale «non specifica se spetta al Parlamento o al Governo esercitare l’iniziativa e concretizzarla in un provvedimento» perché «non è compito della Corte operare una distribuzione delle competenze che affonda le proprie radici nella dinamica dei rapporti tra Governo e Parlamento»⁹⁶.

Così, spesso la Corte si rivolge genericamente al legislatore, altre volte più specificamente al Parlamento.

Ne deriva una ambiguità linguistica⁹⁷ in cui pare che la Corte costituzionale utilizzi, indistintamente, i termini legislatore e Parlamento, come fossero essenzialmente sinonimi, praticamente equivalenti⁹⁸.

Non fa eccezione la giurisprudenza costituzionale in tema di ergastolo ostativo⁹⁹: con [ordinanza n. 97/2021](#), la Corte ha disposto il rinvio del giudizio, «dando al *Parlamento* un congruo tempo per

⁹² «La complessa vicenda restituisce uno stato di incertezza che potrebbe minare il futuro di questa “tecnica decisoria”»: M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953* (versione provvisoria), cit., 25.

⁹³ La stessa Presidente della Corte costituzionale riconosce, infatti, che la disciplina sopravvenuta (d.l. n. 162 del 2022) è stata «adottata in seguito ai precedenti moniti della Corte stessa» ([Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull’attività della Corte costituzionale nel 2022](#)).

⁹⁴ Da questa prospettiva di indagine, non pare rilevante la differenza tra lo strumento processuale del monito e quello del monito a termine. Sulle tecniche processuali e la loro evoluzione, si veda, da ultimo, M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953* (versione provvisoria), cit., ma anche M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in C. Padula (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?* Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Per una riflessione più approfondita sui moniti, si confronti F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, 163.

⁹⁵ Perché lo stesso termine «legislatore», oggi, non è univoco. Il significato di tale espressione si è evoluto nel tempo insieme all’evoluzione della forma di governo e del sistema delle fonti. Il richiamo al «legislatore», allora, dovrebbe esser trattato come un rinvio mobile.

⁹⁶ In questi termini, L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, CEDAM, Padova, 1987, 302-303. L’Autore propone uno studio sul seguito parlamentare delle sentenze della Corte costituzionale. In proposito si veda anche E. GUARDUCCI, *Sul necessario potenziamento del seguito delle sentenze tenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso, Giappichelli*, Torino, 2005, p. 431 s. (si tratta di studi richiamati da N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Quaderno n. 21, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2012).

⁹⁷ Ad essere ambiguo, oggi, è proprio il termine legislatore. Non solo. Anche lo stesso «termine governo ha sempre portato con sé forti ambiguità» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di governo*, cit., 64).

⁹⁸ Al Parlamento, come sinonimo di legislatore, guardava anche la teoria che attribuiva ad alcune norme della Costituzione un valore soltanto programmatico che si nutriveva dell’idea per cui la Carta costituzionale «era un documento di differente valore, rivolto essenzialmente al Parlamento che doveva fare le leggi» (in L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione*, Feltrinelli, 2012, 138).

⁹⁹ È una tendenza comune alla giurisprudenza costituzionale che adotta la tecnica del monito a termine. Con [ord. n. 207/2018](#), la Corte si ferma davanti a «scelte che anzitutto il *legislatore* è abilitato a compiere», «per consentire, nella specie, al *Parlamento* ogni opportuna riflessione e iniziativa». «Il tutto in un contesto espressamente definito «collaborativo» e «dialogico» fra Corte e Parlamento». Con [ord. n. 132/2020](#), la Corte, alla luce dei disegni di legge

affrontare la materia», poiché «spetta in primo luogo al *legislatore* ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo»; con [ordinanza n. 122/2022](#), rimaste «inalterate le ragioni che hanno indotto questa Corte a sollecitare l'intervento del *legislatore*», ha concesso un ulteriore rinvio «per consentire al *Parlamento* di completare i propri lavori»¹⁰⁰.

La sovrapposizione terminologica del Parlamento con il legislatore¹⁰¹ riflette la confusione reale che imperversa, oggi più che mai¹⁰², nel sistema delle fonti del diritto come nell'organizzazione dei poteri dello stato¹⁰³. Ma se la prima è una confusione sbagliata¹⁰⁴, o quantomeno anacronistica, la seconda è persino pericolosa: la confusione tra le fonti e i soggetti abilitati a produrle tradisce il senso garantistico proprio della separazione dei poteri. L'identificazione del legislatore con il (solo) Parlamento poteva, forse¹⁰⁵, valere nella forma di stato liberale in cui la rigida applicazione del principio della divisione dei poteri relegava il più possibile il Governo a organo (meramente) esecutivo, di nome e di fatto¹⁰⁶. Ma non più oggi, in una forma di governo parlamentare che «ha accolto la versione temperata del principio di separazione di poteri»¹⁰⁷. La realizzazione dello Stato sociale, in particolar modo, ha incrementato (anche) la produzione normativa, rendendo la funzione legislativa molto più complessa. bisSicché non si erra nel dire che il legislatore dell'oggi detiene un potere ampio, importante. È l'importanza di tale potere a imporne la divisione e la distribuzione tra più soggetti¹⁰⁸, che lo esercitano nelle forme e nei limiti posti dalla Costituzione.

all'esame alle *Camere*, rinvia la decisione «in modo da consentire al *legislatore* di approvare nel frattempo una nuova disciplina».

¹⁰⁰ Il medesimo uso dei termini legislatore e parlamento si ritrova nella [Relazione della Presidente Silvana Sciarra](#). La Presidente ci descrive una vicenda complessa in cui la Corte ha scelto di «governare le cadenze processuali, al fine di dare spazio all'auspicato intervento del *legislatore*». Dove tale complessità «propone, ancora una volta, il tema della leale collaborazione fra Corte costituzionale e *Parlamento*».

¹⁰¹ Si potrebbe parlare anche di confusione terminologica: nel senso etimologico di confondere (*con-* e *fundere*), e cioè versare insieme, riunire cose che dovrebbero stare separate, mescolare in modo disordinato. Da cui, poi, prendere una cosa per un'altra.

¹⁰² La pandemia, da ultimo, ha messo a dura prova l'ordine costituzionale del sistema delle fonti. Si tratta di un aspetto che ha concentrato, in misura massiccia, l'attenzione e gli sforzi scientifici della dottrina. Tanto che vi sono interi fascicoli speciali di riviste scientifiche ad esso dedicati (tra gli altri, si v. *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2020).

¹⁰³ Bisogna tener distinta, invece, la confusione di cui parlava Capograssi nella sua interpretazione della costituzione romana antica: ossia, «la confusione di più poteri nello stesso soggetto e, nello stesso tempo, una scissione di uno stesso tipo di poteri tra soggetti diversi, chiamati ad operare insieme» (su cui S. CASSESE, *Il governo legislatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2021, 558).

¹⁰⁴ Sbagliata in quanto riduttiva.

¹⁰⁵ O forse no. Un'analisi attenta mostra che la teoria della separazione dei poteri nella sua versione originale e liberale, quella di Montesquieu, si fonda sulla tesi per cui il potere legislativo, supremo in quanto superiore agli altri, «va[da] esercitato in modalità divisa, non monista o monocratica, da diversi e distinti organi». Emblematica la Costituzione liberale d'Inghilterra in cui «la funzione legislativa viene infatti esercitata dalle tre parti costitutive della comunità (le classiche *μέρη της πόλεως*): i Comuni, i Lords e il re — la formula inglese parla di *King in his Parliament*». Ma anche la prima costituzione francese del 1791 dove il legislativo è attribuito all'*Assemblée législative* e al re, titolare del veto (P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2023).

¹⁰⁶ Il Governo come esecutore di comandi posti dal legislativo è un mito. Rimane un mito persino nelle formulazioni emblematiche della separazione dei poteri, elaborate da Locke e Montesquieu, che «non hanno potuto fare a meno di assegnare ad esso anche funzioni che debordano dai limiti della semplice esecuzione delle leggi» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 64).

¹⁰⁷ Così, Q. CAMERLENGO, *Il Presidente della Repubblica e l'attività normativa del governo*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2010. Benché non siano mancate e non manchino letture particolarmente rigide dell'art. 70 Cost. che, sottolineando la valenza esclusiva dell'attribuzione della funzione legislativa alle due camere, giungono a ritenere che «nessun organo diverso dalle camere possa essere chiamato ad emanare norme di valore legislativo» (in M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 54). Come a dire che «il sistema costituzionale vorrebbe un parlamento, e non un governo, legislatore» (ivi, 55).

¹⁰⁸ Questo era ed è essenzialmente il senso della separazione dei poteri, e cioè «l'attribuzione della suprema funzione legislativa ad una «pluralità» di agenti, organi, istanze o istituzioni» (P. PASQUINO, *La separazione dei poteri*, cit.). È l'opposto della concentrazione.

Non esiste un solo organo legislativo né un solo organo esecutivo¹⁰⁹; esistono funzioni suddivise tra organi che, più per abitudine che per proprietà di linguaggio, chiamiamo ancora legislativo ed esecutivo¹¹⁰.

Nella nostra democrazia costituzionale, il legislatore è un organo necessariamente plurale e la funzione legislativa è condivisa¹¹¹: preferibilmente affidata al Parlamento, urgentemente assunta dal Governo¹¹². È tale condivisione che ha consentito lo sviluppo di forme di co-legislazione¹¹³.

La decisione politica del Parlamento, sotto forma di legge, non ha (più) alcun connotato di esclusività ma, semmai, di mera preferenza¹¹⁴.

Siamo ancora fermi, però, ad una risposta in negativo: il legislatore non può essere rappresentato unicamente del Parlamento.

L'identificazione del legislatore con il Parlamento, infatti, pare il frutto di una semplificazione linguistica, inadeguata a comprendere e descrivere la complessa realtà dell'ordinamento costituzionale, caratterizzata dalla moltiplicazione dei soggetti normatori¹¹⁵ e dalla crescita dei poteri normativi al Governo¹¹⁶.

Lasciamo da parte, per un momento, la terminologia variamente usata dalla Corte costituzionale per andare dritti al significato autentico dei moniti: preservare e, allo stesso tempo, sollecitare la sfera di discrezionalità del legislatore¹¹⁷.

In altri termini, restituire la parola a chi possiede un potere discrezionale, davanti a scelte che appartengono, per l'appunto, alla discrezionalità legislativa e non, invece, al controllo giurisdizionale di una Corte costituzionale.

La discrezionalità, che è essenzialmente politica, identifica unitariamente il legislatore, diversificandolo dagli organi giurisdizionali. Cosicché possiamo dire, con certezza, chi non è il legislatore, senza saper dire, con altrettanta certezza, chi invece è¹¹⁸. Dunque, ci è concessa, al più, una risposta in negativo.

¹⁰⁹ Tanto che si discute di un «governo legislatore» (L. CASINI, *Il governo legislatore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 1, 2023) e di un «parlamento amministratore» (S. SPUNTARELLI, *Il parlamento amministratore*, in *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, 1, 2023).

¹¹⁰ Si tratta di acquisizioni concettuali che «sembrano aver perso la capacità di comprendere e descrivere la realtà che analizzano» tanto che la stessa «terminologia correntemente in uso che definisce il governo come organo esecutivo sembra da mettere definitivamente in discussione» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 51). L'esecutivo, diversamente da ciò che il suo nome designa, «è titolare di una molteplicità di funzioni, alcune delle quali soltanto riconducibili ad una effettiva attività esecutiva» (ivi, 64).

¹¹¹ La necessità di condividere la potestà normativa tra Parlamento e Governo è «uno degli esiti storici derivanti dall'enorme sviluppo dei compiti dei pubblici poteri, per far fronte ai quali l'intervento del potere legislativo non era più sufficiente da solo» (M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale, Gli atti normativi*, Volume V, Giappichelli, Torino, 2023, 154). È un tratto caratteristico delle democrazie costituzionali contemporaneo, rispetto allo Stato di diritto liberale.

¹¹² Più che di urgenza, sarebbe corretto parlare di celerità. È sempre più evidente come «i parametri costituzionali di straordinaria necessità ed urgenza lasciano il posto a quelli di semplice celerità» (L. CASINI, *Il governo legislatore*, cit., 167).

¹¹³ Sul governo come (co-)protagonista dell'attività legislativa v. N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Quaderno n. 21, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2012, 113. Gli anni che ci separano da tale contributo ci consegnano sempre di più l'immagine di un Governo assoluto protagonista dell'attività legislativa accanto ad un Parlamento relegato a ruolo di «spettatore» (espressione di B. G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011, 73, richiamata da L. CASINI, *Il governo legislatore*, cit., 167).

¹¹⁴ Su cui F. PATERNITI, *La Corte pedagogista di un legislatore colpevolmente inerte*, in [federalismi.it](https://www.federalismi.it), 16 dicembre 2020. La preferenza di cui parla F. Paterniti è riferita all'intervento delle istituzioni politiche rispetto all'intervento, in supplenza, della Corte costituzionale. Ai nostri fini, invece, la preferenza è per l'intervento dell'istituzione rappresentativa rispetto a quella governativa.

¹¹⁵ N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 114.

¹¹⁶ M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 61.

¹¹⁷ Si tratta di due significati intimamente legati tra loro: il secondo è strumentale al primo. La discrezionalità viene preservata attraverso un invito piuttosto che una decisione più stringente.

¹¹⁸ L'inquietante crisi di certezze in cui versa l'uomo contemporaneo non risparmia le istituzioni. Non esiste, nemmeno nell'ordinamento costituzionale, la «formula che mondi possa aprirti»; i poeti, come la dottrina, oggi possono

La struttura dei moniti riflette, in piccolo, «il vero significato costituzionale del principio di divisione dei poteri» che «consiste nella separazione e nella reciproca indipendenza fra poteri di governo o politici da un lato, poteri di garanzia dall'altro lato»¹¹⁹.

Agli occhi della Corte costituzionale e ai fini del monito, il legislatore si identifica nel detentore del potere politico¹²⁰, potere che è tipicamente discrezionale. E il potere politico si articola lungo il *continuum* Governo-Parlamento¹²¹, in cui si annida l'elaborazione e la realizzazione dell'*indirizzo politico*. Siamo al cuore del problema: la qualificazione della funzione normativa come strumento di attuazione dell'indirizzo politico consente di «aprire il ventaglio dei soggetti abilitati a partecipare alla produzione normativa, coinvolgendo *in primis* il governo»¹²².

Proprio per il suo coinvolgimento nella produzione normativa, anche il Governo – decisore politico e legislatore - è destinatario dei moniti della Corte costituzionale. Anzi. In ragione del «ruolo prevalente dell'iniziativa legislativa del Governo nel confezionamento delle leggi infine approvate dal Parlamento»¹²³, si potrebbe persino dire che il Governo è il *primo* destinatario dei moniti della Corte costituzionale¹²⁴. Se il comune denominatore dei moniti al legislatore è «l'intento di inserire nel processo legislativo punti di vista attinenti al contenuto delle scelte legislative ed elaborati in sede di giudizio di costituzionalità»¹²⁵, la Corte non può che rivolgerli all'organo che, come «attore principale dell'iniziativa legislativa»¹²⁶, normalmente avvia quel processo legislativo. Se i moniti si caratterizzano, essenzialmente, per un «effetto di indirizzo nei confronti del legislatore»¹²⁷, non possono che essere diretti a chi, a propria volta, «ha il compito sostanziale di primaria fonte di stimolo e di sollecitazione nei confronti degli organi legislativi»¹²⁸. Per condizionare, effettivamente, lo svolgimento dell'attività legislativa¹²⁹, la Corte costituzionale, con i propri inviti, deve raggiungere il Governo. Da un'altra prospettiva, complementare a quella appena proposta¹³⁰, si potrebbe pure sostenere che il Governo è il destinatario *principale* dei moniti: se solo si considera lo «strapotere» normativo dell'esecutivo¹³¹.

In definitiva, le espressioni con cui la Corte costituzionale sollecita il legislatore a intervenire su una determinata materia «sono denominate come “moniti” al legislatore, ma si tratta più propriamente di “inviti” rivolti al Governo e alle Camere in spirito collaborativo»¹³².

dirci solo «ciò che non siamo, ciò che non vogliamo» (E. MONTALE, *Non chiederci la parola che squadri da ogni lato, in Ossi di seppia*, Torino, 1923).

¹¹⁹ Secondo il prezioso insegnamento di Valerio Onida, in V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, in *Questione Giustizia*, 1, 2005, 2.

¹²⁰ Ragion per cui ci si riferisce al legislatore, destinatario dei moniti, come al «decisore politico» (così, R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, ma anche M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., 71). Il destinatario dei moniti della Corte, dunque, è il decisore politico.

¹²¹ È un *continuum* perché «non si può parlare di una separazione e di una reciproca indipendenza fra questi due poteri nel senso originario» (V. ONIDA, *Costituzione, garanzia dei diritti, separazione dei poteri*, cit.).

¹²² Invece, il tradizionale nesso tra la legge e la volontà generale, fondamento dello Stato liberale, impediva teoricamente che l'attività normativa potesse svolgersi anche al di fuori delle aule parlamentari (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 85), giustificando, altrettanto teoricamente, l'equivalenza tra il legislatore e il parlamento.

¹²³ G. M. SALERNO, *L'iniziativa legislativa dell'esecutivo: alcune riflessioni*, in *federalismi.it*, 14 luglio 2017, 3.

¹²⁴ Così L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit.

¹²⁵ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in ID., *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, 1982, 321 richiamato in F. Modugno, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit., 163.

¹²⁶ G. M. SALERNO, *L'iniziativa legislativa dell'esecutivo: alcune riflessioni*, cit., 3.

¹²⁷ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, 321.

¹²⁸ G. M. SALERNO, *L'iniziativa legislativa dell'esecutivo: alcune riflessioni*, cit., 3.

¹²⁹ Ancora, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, 321.

¹³⁰ Complementare poiché il Governo, accanto al compito di iniziativa legislativa, ha anche dei poteri di produzione normativa, per così dire, diretti. Tanto il primo quanto i secondi sono quantitativamente rilevanti.

¹³¹ Di «strapotere» parla L. CASINI, *Il governo legislatore*, cit., illustrandone le statistiche, le modalità, le criticità e le possibili soluzioni.

¹³² *Relazione della Presidente Marta Cartabia sull'attività svolta della Corte nell'anno 2019*, cit. Si noti, in particolare, l'ordine con cui sono indicati i destinatari dei moniti: Governo e Camere. Nello stesso senso, mi pare, anche A. PIZZORUSSO, commento all'art. 134, nel volume *Garanzie costituzionali*, 1981 del *Commentario della Costituzione*,

Possiamo tornare, a questo punto, al linguaggio della giurisprudenza costituzionale.

La figura retorica che esprime meglio il rapporto tra il Parlamento e il legislatore non sembra la sinonimia, bensì la sineddoche¹³³. La Corte, associando due realtà differenti ma contigue, in relazione “parte-tutto” tra di loro, sostituisce la denominazione dell’una a quella dell’altra. Così, il Parlamento (che è parte) diventa il legislatore (che è il tutto).

E il tutto è composto anche di un’altra parte: il Governo, seconda testa di un legislatore fondamentalmente bicefalo.

Quel Governo che, da co-protagonista dell’attività legislativa¹³⁴, è diventato il vero e proprio centro di gravità del sistema delle fonti¹³⁵. Di più, ha assunto (impropriamente) il ruolo di «signore delle fonti»¹³⁶.

Non v’è dubbio, allora, che il Governo sia la parte quantitativamente più rilevante del legislatore; quella più rappresentativa¹³⁷, più del parlamento. I termini della sineddoche, in relazione parte-tutto, andrebbero ribaltati.

In definitiva, è significativo che, quando la Corte manda un monito al legislatore, non specifica se intende riferirsi al Parlamento oppure al Governo. Non lo fa perché si rivolge astrattamente ad entrambi¹³⁸. Entrambi, infatti, dispongono della discrezionalità necessaria per prendere decisioni sostanzialmente politiche. L’intervento dell’uno o dell’altro dipende solo dalle condizioni che materialmente si verificano nella realtà. E se il primo non interviene, può sempre farlo l’altro.

Così, ad esempio, una situazione di urgenza – vera o, più spesso, fittizia - giustifica la reazione immediata del Governo.

L’urgenza ci riporta alla vicenda che ci occupa¹³⁹.

a cura di G. Branca (richiamato da F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit.) «Il fine gli interventi della corte hanno spesso esercitato una spinta non trascurabile nei confronti del parlamento e del governo per indurli ad affrontare riforme troppo a lungo rimandate: a questo fine la corte ha spesso rivolto espliciti “inviti” al legislatore affinché intervenisse».

¹³³ La sineddoche raffigura vivamente la perdita di esclusività del parlamento nell’esercizio della funzione legislativa. Che, poi, altro non è che perdita di esclusività nel ruolo di legislatore.

¹³⁴ Come è naturale che sia in una forma di governo parlamentare (N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 113).

¹³⁵ Che la funzione normativa del Governo sia assolutamente preminente rappresenta, ormai, un fatto noto. Al punto che, in dottrina, pare «sempre più giusto parlare non più di legislazione parlamentare ma di controllo legislativo parlamentare» sulle fonti governative (A. MANZELLA, *L’opposizione in regime di parlamentarismo assoluto*, in federalismi.it, 20 febbraio 2019, 5).

¹³⁶ La signoria evoca eloquentemente un potere acquisito e assunto di fatto da un Governo «refrattario ad assoggettarsi ai limiti formali procedurali, perché si sente in condizione di disporre a piacimento del sistema delle fonti», così M. CARTABIA, *Introduzione-Il Governo signore delle fonti?* in M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del governo tra Corte costituzionale e giudici*, Atti del convegno annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” Università degli Studi di Milano-Bicocca, 10-11 giugno 2011, Giappichelli, Torino, XII.

¹³⁷ Rappresentativa nel senso che il governo rappresenterebbe il legislatore più di quanto lo possa rappresentare il parlamento.

¹³⁸ La mancanza di un’indicazione specifica non esclude che il potere di intervento «possa venire ascrivito di volta in volta all’uno o all’altro di tali soggetti, oppure ad entrambi» (L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento*, cit., 303).

¹³⁹ Ma, a ben vedere, non è l’unica vicenda in cui un monito della Corte, indirizzato al legislatore, è stato seguito dal Governo, attraverso lo strumento della decretazione d’urgenza. Con [sentenza n. 20/2019](#), relatore Nicolò Zanon, la Corte costituzionale concludeva che «appartiene alla responsabilità del legislatore, nell’ambito dell’urgente revisione complessiva della materia, sia prevedere eventualmente, per gli stessi titolari degli incarichi dirigenziali indicati dall’art. 19, commi 3 e 4, modalità meno pervasive di pubblicazione, rispetto a quelle attualmente contemplate dal d.lgs. n. 33 del 2013, sia soddisfare analoghe esigenze di trasparenza in relazione ad altre tipologie di incarico dirigenziale, in relazione a tutte le pubbliche amministrazioni, anche non statali». Tale revisione è stata apportata dal Governo, con l’art. 1, commi da 7 a 7-quater del decreto-legge 30 dicembre 2019 n. 162 (cd. “Milleproroghe”), convertito in legge n. 8 del 2020. La vicenda è stata annoverata, dalla Presidente della Corte, Marta Cartabia, tra gli “esempi virtuosi” degli inviti rivolti al legislatore e, quindi, della collaborazione istituzionale tra Corte e legislatore, poiché «il legislatore ha raccolto l’invito della Corte costituzionale», proprio con decreto-legge ([Relazione della Presidente Marta Cartabia sull’attività svolta della Corte nell’anno 2019](#), cit.).

Non stupisce, allora, che la Corte costituzionale, che pure aveva espressamente concesso tempo al Parlamento per affrontare la materia, decorso inutilmente quel tempo, abbia ritenuto soddisfatto il monito al legislatore in presenza di una modifica della disciplina dell'ergastolo ostativo apportata urgentemente dal governo con decreto-legge. Perché, alla fine, «è intervenuto il legislatore con decreto normativo di urgenza»¹⁴⁰.

Il Parlamento disponeva di un arco temporale limitato entro cui poteva, se voleva, intervenire; in quell'arco temporale il Parlamento non è intervenuto¹⁴¹ ma il processo decisionale è stato portato avanti dal Governo, anche senza il suo contributo.

Lo sviluppo normativo avviato nelle Camere è stato concluso dal Governo, fuori dalla sede rappresentativa: il contenuto del disegno di legge discusso e approvato dalla Camera dei deputati si è riversato nel decreto-legge adottato (frettolosamente) dal Governo.

È una singolare forma di co-legislazione. Singolare in quanto inverte la tendenza, eclatante nelle manovre di bilancio degli ultimi anni¹⁴², a fare del Parlamento un semplice passacarte che ratifica senza decidere¹⁴³. Qui, invece, il Parlamento ha discusso la sostanza di una decisione che, formalmente, è stata presa altrove e più velocemente. Altrove proprio perché più velocemente, in una realtà globale in cui la capacità decisionale non può essere disgiunta dalla velocità della deliberazione.

Entrambe le soluzioni, però, sembrano il maldestro tentativo, nell'era dell'immediatezza delle reazioni, di realizzare una «democrazia decidente» in assenza di un «parlamento decidente»¹⁴⁴.

In un contesto in cui si moltiplicano i soggetti normatori, l'idea che il Parlamento sia arbitro e sovrano dei suoi tempi deve inevitabilmente considerarsi superata¹⁴⁵. Come a dire che la preferibilità di un intervento parlamentare non può impedire l'adozione di soluzioni differenti da parte del Governo¹⁴⁶, in caso di inerzia o ritardo dell'istituzione rappresentativa¹⁴⁷.

Non lo ha impedito nemmeno nel caso in esame: ed ecco il decreto-legge n. 162/2022.

¹⁴⁰ Cass. pen., sez. I, 11 aprile 2023, n. 15197.

¹⁴¹ O meglio, è intervenuto a metà. Ma metà non basta in un sistema che, almeno sulla Carta, risponde ancora ai canoni di un bicameralismo paritario. Al monocameralismo di fatto è dedicato il fascicolo n. 3/2022 di Costituzionalismo.it

¹⁴² È una tendenza che caratterizza tutte le leggi a contenuto necessario, ma che assume dimensioni veramente preoccupanti nelle decisioni di bilancio. E preoccupate sono le voci che si alzano in dottrina, voci che non si stancano di fotografare le distorsioni di una procedura che non funziona più, perché rinuncia al ruolo del suo attore protagonista: «quando si finisce col fare a meno del Parlamento» intitolava Chiara Bergonzini il suo commento alla manovra di bilancio 2019, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2019, 162. È una tendenza che accomuna, seppur per diverse ragioni e con varie sfaccettature, le sessioni della XVIII legislatura e la prima sessione della legislatura in corso. Si veda il confronto tra le predette manovre in L. GIANNITI, *Le sessioni di bilancio del 2018, del 2019 e del 2020: procedure di bilancio, poteri del parlamento, rapporti con l'Unione Europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2020 e, aggiornato, in L. GIANNITI, *Le "deformazioni" della sessione di bilancio. L'esperienza della XVIII legislatura: quali prospettive per la XIX?* in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2023.

¹⁴³ All'interno di quella tendenza, la funzione legislativa del Parlamento è ridotta «ad un'azione di passiva ratifica delle scelte del governo», così risultando svuotata (L. VIOLANTE, *Dal Parlamento delle leggi al Parlamento dei controlli*, in federalismi.it, 15 aprile 2019).

¹⁴⁴ Secondo le espressioni usate, nella premessa al volume dei lavori preparatori della riforma del Regolamento della Camera del 1997, dall'allora Presidente della stessa, Luciano Violante e riconfermate, recentemente, in L. VIOLANTE, *Dal Parlamento delle leggi al Parlamento dei controlli*, cit.

¹⁴⁵ È la trasposizione, in concreto, delle osservazioni formulate, in astratto, da Nicola Lupo: «si moltiplicano i soggetti normatori e il Parlamento dispone di un arco temporale limitato entro cui può, se vuole, intervenire, ma che, una volta trascorso, rende sostanzialmente inutile tale intervento» in N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 114.

¹⁴⁶ Soluzioni differenti ma che devono essere costituzionalmente legittime.

¹⁴⁷ Si tratta della riformulazione del pensiero espresso da F. Paterniti, secondo cui «La preferibilità di un intervento parlamentare, in altre parole, non può impedire differenti soluzioni in caso di inerzia delle istituzioni politiche» (F. PATERNITI, *La Corte pedagogista*, cit.). Cambiano i termini soggettivi: Parlamento-Governo, nella vicenda dell'ergastolo ostativo, Parlamento-Corte, nel discorso di Paterniti.

In definitiva, la vicenda costituzionale dell'ergastolo ostativo mostra, emblematicamente, quanto siamo «lontani dalla situazione in cui il Parlamento era abituato ad essere il solo soggetto normatore, il solo luogo di decisione politica»¹⁴⁸.

4. *La Corte costituzionale, i moniti al legislatore e il potere normativo primario del Governo: una nuova «forza di legge» per gli atti governativi? Riflessioni a margine del decreto-legge n. 162/2022*

I moniti formulati dalla Corte costituzionale possono essere efficacemente colti dal Governo, nell'esercizio dei suoi poteri normativi primari. Quindi, anche con un decreto-legge non ancora convertito in legge dal Parlamento.

Nascono, da questa considerazione, due riflessioni, logicamente concatenate e implicate tra loro.

La prima concerne la natura dell'attività normativa del Governo, a chiusura del discorso sul legislatore, sopra solo abbozzato.

Ritorna, qui, l'idea per cui la produzione di norme costituisce uno strumento di realizzazione dell'indirizzo politico. Tale idea offre la prospettiva più corretta per valutare l'attività normativa del Governo, inquadrandola nell'ambito dell'attività politica o di indirizzo politico¹⁴⁹. In questa attività, un ruolo di rilievo è indubitabilmente riservato al Governo.

A questo punto, è utile il ricorso a un sillogismo. Se la produzione normativa è strumentale all'esercizio della funzione di indirizzo politico, a cui partecipa anche il Governo, «allora quando quest'ultimo organo esercita l'attività normativa esso agisce nell'ambito di una funzione che, entro i limiti e le condizioni costituzionalmente imposti, gli appartiene in via istituzionale e non può essere riguardato come un invasore che sconfinava nel terreno delle altrui attribuzioni»¹⁵⁰. In via istituzionale cioè in via ordinaria.

Vengo al punto. Il potere normativo del Governo, se esercitato nel rispetto dei vincoli imposti dalla Costituzione, ha carattere normale¹⁵¹, non eccezionale¹⁵².

Di fronte alla qualificazione della funzione normativa come strumento di attuazione dell'indirizzo politico, tramonta definitivamente l'immagine per cui i poteri normativi primari in capo al Governo sarebbero una deviazione di carattere derogatorio ed eccezionale rispetto all'ordine normale delle competenze¹⁵³, ispirato al mito liberale della separazione dei poteri. Tutti gli studi sull'indirizzo politico, del resto, «muovono dalla necessità di superare l'impostazione tradizionale del principio della separazione dei poteri» in quanto inadeguata a descrivere la realtà della vita dello Stato¹⁵⁴.

Inadeguata anche a valutare l'attività normativa del Governo¹⁵⁵.

¹⁴⁸ N. LUPO, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 114.

¹⁴⁹ M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 82.

¹⁵⁰ Prosegue M. Cartabia «Non è allora il “quanto” dell'uso dei poteri normativi da parte del governo a suscitare problemi di ordine costituzionale, a condizione che sia salvaguardato in concreto il rispetto dei vincoli procedurali e di contenuto che la Costituzione impone, non ultimo da un sistema di controllo di costituzionalità incisivo ed effettivo» (*Ivi*, 86).

¹⁵¹ Nel senso etimologico del termine (derivato di *norma*): che segue la norma, conforme alla norma. Ma, appunto, è normale fintanto che rispetta la norma, ossia la Costituzione. Se, invece, va fuori dalla norma, torna nel campo dell'eccezione, peraltro incostituzionale.

¹⁵² Non ha carattere eccezionale nemmeno il potere normativo che il Governo esercita attraverso la decretazione d'urgenza, nel rispetto dei vincoli posti dalla Costituzione. In quel caso, l'eccezionalità si può riferire solamente ai presupposti di «straordinaria necessità ed urgenza».

¹⁵³ M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 54.

¹⁵⁴ *Ivi*, 69.

¹⁵⁵ Forse ad essere inadeguata, oggi, è proprio l'espressione «separazione dei poteri», in quanto datata e non più attuale nel suo significato originale. Elaborata dal costituzionalismo liberale, abolita dai totalitarismi novecenteschi, revitalizzata dal costituzionalismo democratico, tale espressione si presenta alle soglie del costituzionalismo contemporaneo come una formula flessibile, che si presta a interpretazioni sensibilmente diverse. Si discute, in

Fuori dalla logica dell'eccezione ma dentro la logica dei vincoli costituzionali, il potere normativo primario esercitato dal Governo è equivalente al potere normativo del Parlamento¹⁵⁶. Entrambi espressione della medesima funzione di indirizzo politico.

Veniamo, per questa via, alla seconda riflessione, spostando l'attenzione dall'attività normativa primaria del Governo alle fonti primarie di matrice governativa.

Gli atti normativi del Governo, frutto di un potere normativo primario e ordinario, sono validi ed efficaci di per sé¹⁵⁷. E da questo limitato punto di vista, sono equivalenti alla legge parlamentare.

È il punto di vista adottato dalla Corte costituzionale che sembra considerare la legge governativa e quella parlamentare come fonti interscambiabili, ad ogni fine¹⁵⁸. Entrambe, allo stesso modo, possono disciplinare materie coperte dalla riserva assoluta di legge¹⁵⁹ e possono ottemperare

particolar modo, sul senso moderno del principio e sulla sua perdurante validità. Così, «le posizioni oscillano tra l'estremo di chi nega recisamente che si possa parlare di separazione dei poteri e l'altro più diffuso di chi tende a riconoscere che anche negli ordinamenti contemporanei sia accolto positivamente lo spirito di tale principio, benché trasformato e tramontato nella sua versione classica» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, cit., 59). A ben vedere, però, non v'è nessuna dicotomia tra i predetti orientamenti: entrambi implicitamente riconoscono che il principio della separazione dei poteri, nella sua versione classica e tradizionale, è superato, svuotato. Non è più possibile parlare di «separazione dei poteri» con il significato con cui quell'espressione è stata pensata secoli fa. Eppure, continuiamo a tramandare quella formula, ci interroghiamo sul suo contenuto, ci sforziamo di darle un senso che abbia un qualche collegamento con la realtà delle democrazie contemporanee. Così, ci sembra persino di cogliere il principio della «separazione dei poteri» nell'art. 70 della Costituzione. Senza accorgerci che, ormai, la parola è diventata un ostacolo per i concetti. Così la «separazione dei poteri» ha rappresentato un ostacolo per la condivisione del potere normativo con il Governo. Il fatto che il parlamento «potesse ridimensionare il proprio ruolo di legislatore a favore del potere esecutivo appariva in contrasto con i principi di fondo del costituzionalismo moderno e, *in primis*, con il principio della separazione dei poteri» (M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale, Gli atti normativi*, Volume V, Giappichelli, Torino, 2023, 153). Ma la separazione dei poteri, oggi, non può più impedire (né, di fatto, impedisce) che la funzione legislativa sia esercitata anche dal Governo. Sennonché, il Governo non può esercitare tale funzione liberamente né illimitatamente; può farlo solo nelle forme e nei limiti della Costituzione. Anzitutto, quelli degli artt. 76 e 77 della Costituzione. E infatti, il sistema, a chiusura, prevede un controllo di costituzionalità del rispetto di quei vincoli procedurali e di contenuto che la Costituzione impone. In ciò sta il significato moderno, democratico e garantistico – per questo, irrinunciabile – del principio di separazione dei poteri: che via sia un organo giurisdizionale, indipendente dal potere politico, chiamato a controllare, in concreto, l'esercizio della funzione normativa, da parte del Parlamento e del Governo, tanto nella sostanza quanto nella forma. Perciò, si vorrebbe che il controllo di costituzionalità fosse il più possibile «incisivo ed effettivo» (M. CARTABIA, *Legislazione e funzione di Governo*, 86). In definitiva, un conto è tramandare l'espressione tradizionale «separazione dei poteri», un conto è tramandarne la portata garantistica. Questa si irrinunciabile. È evidente, allora, che siamo di fronte ad un problema di linguaggio che si pone ogni qual volta ci si ostina a conservare espressioni del passato adattandole a realtà significativamente diverse da quel passato. Ed ecco, accanto alla «separazione dei poteri», la sovranità. La sovranità, su cui si fonda lo Stato moderno, nasce assoluta, sciolta da vincoli. La sovranità del popolo, su cui si fonda la Repubblica italiana, ha e non può che avere dei limiti, quelli posti dalla Costituzione (art. 1 Cost.). La sovranità popolare della democrazia costituzionale rifugge l'assolutezza che connota essenzialmente la sovranità dello Stato moderno. È una cosa totalmente diversa. Eppure, ci riferiamo ancora alla sovranità, correndo il rischio di un ritorno al suo significato originario e illiberale. Ed ecco il sovranismo. In questo modo, il problema da linguistico si trasforma in concettuale. E diventa un problema ben più serio. Questa riflessione è il frutto del prezioso insegnamento del prof. Claudio Martinelli, nelle sue lezioni di diritto parlamentare nel corso di giurisprudenza, tenute presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca nell'anno accademico 2020/2021.

¹⁵⁶ Il Governo possiede un potere normativo che si distingue da quello parlamentare solo per le condizioni e le forme in cui può essere esercitato. Condizioni e forme stabilite dalla Costituzione.

¹⁵⁷ In giustapposizione alla dottrina secondo cui il decreto-legge «nascerebbe come atto di per sé invalido, destinato, in caso di conversione, ad essere retroattivamente sostituito dalla legge di conversione» (C. ESPOSITO, *Decreto-legge*, in *Enc. dir.*, IX, 1962, 831 richiamato in R. Bin – G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2023, 159).

¹⁵⁸ E. LAMARQUE, *Following in the footsteps of Ginsburg & Versteeg. The bound executive during the pandemic: Italy as a case of study*, in corso di pubblicazione in [The Jean Monnet Working Papers Series](#), 2023.

¹⁵⁹ Infatti, «il suo principale effetto è quello di escludere l'intervento delle fonti subordinate alla legge», non, invece, «che sulla materia possa incidere l'asse Governo-maggioranza parlamentare perché la riserva di legge non esclude – tranne che sulla materia non ci sia una riserva di legge formale – l'intervento dei decreti-legge e decreti legislativi» (R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2020, 248). Benché tale teoria abbia ottenuto l'avallo della Corte costituzionale, si può trovare qualche voce critica in dottrina. Il riferimento non può che andare a Lorenza Carlassare, secondo cui la *ratio* garantista e democratica della riserva imporrebbe ogni esclusione del Governo: «la Costituzione

ai moniti che la Corte rivolge genericamente al legislatore. È anche per questo che, con riferimento alle fonti governative primarie, si parla di «atti aventi forza o valore di legge»¹⁶⁰. Tali caratteristiche, infatti, completano il significato composito del concetto di «forza di legge»¹⁶¹. Così, gli atti normativi primari adottati dal Governo hanno forza di legge, nel senso che sono ad essa sostanzialmente equiparati, in quanto fonti di rango primario che, in virtù del principio gerarchico hanno la capacità di abrogare la legge posteriore e resistere all'abrogazione di un atto di grado inferiore; sono sindacabili dalla Corte costituzionale attraverso un giudizio di legittimità costituzionale; integrano la riserva di legge, condividendo la medesima portata garantistica della legge parlamentare¹⁶²; accolgono e soddisfano i moniti della Corte costituzionale, partecipando alla dimensione dialogica della giustizia costituzionale italiana.

Nell'episodio costituzionale relativo all'ergastolo ostativo, la Corte ha ritenuto soddisfatto il monito al legislatore anche se l'intervento richiesto è stato attuato da un decreto-legge del Governo, non ancora convertito, e non dalla legge del Parlamento.

Tale provvedimento rappresenta, a pieno titolo, una normativa sopravvenuta che, incidendo immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione, ha giustificato la necessità di restituire gli atti al giudice a *quo*.

Ai fini della restituzione degli atti al giudice rimettente, il decreto-legge provvisorio costituisce *jus superveniens* esattamente come la legge parlamentare.

La provvisorietà del provvedimento d'urgenza non ha impedito alla Corte costituzionale di decidere, seppur con un'ordinanza di natura interlocutoria¹⁶³. A conferma del fatto che gli atti normativi primari del Governo sono validi di per sé, indipendentemente dall'autorizzazione, nella delegazione legislativa, o dalla conversione, nella decretazione d'urgenza, ad opera del Parlamento.

vuole sia l'organo rappresentativo, espressione del corpo elettorale in tutte le sue componenti, minoranze comprese, ad intervenire sui diritti individuali, appunto per garantirli dagli abusi del governo». Il principio sotteso alla riserva, infatti, dovrebbe essere legato ai caratteri dell'organo e non al carattere formale degli atti, considerato che «un atto dotato della forza di legge non incide meno pesantemente di uno che ne sia sprovvisto» (L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in Enc. giur. it., XVIII, Roma, Treccani, 1990, 3)

¹⁶⁰ La Costituzione utilizza entrambe le espressioni, «forza» e «valore» di legge, indistintamente. È diffusa in dottrina, infatti, l'idea che le «diversità terminologiche non comportino differenze di fatto sul piano sostanziale» (v. M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, cit., 156). Così, ad esempio, gli atti aventi *valore* di legge possono essere oggetto del referendum abrogativo (art. 75 Cost.) mentre gli atti aventi *forza* di legge possono essere sottoposti al controllo di legittimità della Corte costituzionale (art. 134 Cost.). V'è poi una disposizione costituzionale in cui, in due commi diversi, vengono usate entrambe le espressioni con riferimento al medesimo atto: al primo comma l'art. 77 Cost. fa divieto al Governo di adottare, senza delegazione, atti aventi *valore* di legge, mentre, al secondo comma, lo autorizza ad adottare, in casi straordinari di necessità ed urgenza, provvedimenti provvisori con *forza* di legge. Qui più che altrove è autoevidente come le due diverse espressioni indichino, in realtà, la stessa cosa: il decreto-legge.

¹⁶¹ Significato, peraltro, non univoco. Quasi a dirci che, come per il «legislatore», anche la stessa nozione di «legge» non è più così univoca. E infatti, in relazione al concetto di «forza di legge» sono state proposte varie teorie dalla dottrina. V'è chi riassume la forza di legge nell'appartenenza delle fonti primarie al medesimo grado gerarchico. In tal senso, la forza di legge si traduce nella capacità della legge posteriore di abrogare quella anteriore o resistere all'abrogazione di fonti di rango inferiore. V'è chi, invece, individua nella forza di legge la caratteristica esclusiva che abilita il controllo di legittimità della Corte costituzionale. V'è, poi, chi, come chi scrive, identifica la forza di legge accorpando le due tesi precedenti. Così, «gli atti aventi forza di legge sarebbero, dunque, tutti gli atti normativi, primari considerati sulla base del criterio gerarchico e di quello di competenza, che siano sindacabili soltanto dalla Corte costituzionale» (v. tale ricostruzione in M. Benvenuti, R. Bifulco (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*, cit., 156-157). Del resto, si tratta di due tesi intrinsecamente legate: la sindacabilità della Corte costituzionale deriva proprio dal grado gerarchico degli atti, rivolgendosi appunto alle fonti primarie (tralasciando la posizione particolarissima dei regolamenti parlamentari).

¹⁶² Ma non la riserva di legge in senso formale. Con tale riserva, la Costituzione chiede espressamente che «sia il Parlamento ad intervenire con un atto che si produce attraverso il procedimento legislativo», escludendo «l'intervento del Governo attraverso atti con forza di legge» (R. BIFULCO, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2020, 249). Non così per L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit.

¹⁶³ [Corte cost. ord. n. 227/2022](#).

In definitiva, se il Governo esercita un potere normativo primario assimilabile e assimilato a quello parlamentare¹⁶⁴, gli atti normativi primari del Governo, che di quel potere sono espressione, sono equiparabili ed equiparati alla legge parlamentare. Anche quando provvisori.

5. Il Governo davanti alla Corte costituzionale: (co-)legislatore ed interlocutore diretto

La cifra della giustizia costituzionale italiana è la relazionalità. Ed è anche la cornice entro cui osservare l'intera vicenda dell'ergastolo ostativo.

Non è un caso, allora, che i discorsi che precedono, sul legislatore e sull'attività normativa del Governo, (ri)portano, infine, sul terreno delle relazioni che la Corte costituzionale intrattiene con gli altri soggetti dell'ordinamento. In particolare, con il Governo.

Riavvolgiamo il filo.

La Corte costituzionale, generalmente, rivolge i moniti al legislatore, senza specificazioni; il Governo, co-protagonista dell'attività legislativa, assume, in via ordinaria seppur entro i limiti segnati dall'art. 77 Cost., la qualità di legislatore; gli atti normativi primari del Governo-legislatore soddisfano gli inviti formulati.

In tale sequenza si può cogliere un dato relazionale significativo: la Corte, con lo strumento processuale dei moniti al legislatore, si rivolge anche al Governo, che diventa suo interlocutore diretto.

Nello sviluppo processuale relativo all'ergastolo ostativo, la dimensione dialogica, altra cifra della giustizia costituzionale, si allarga fino a coinvolgere il c.d. organo esecutivo.

È un aspetto che non può passare inosservato in quanto rappresenta un'evoluzione della visione semplicistica che si cela dietro l'art. 136 comma 2 Cost., là dove dispone che ogni decisione di accoglimento della Corte vada espressamente «comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali». Non, invece, al Governo.

La visione semplicistica risiede proprio nel fatto che non è previsto alcun coinvolgimento dell'esecutivo. Secondo tale previsione, infatti, pare che «la Corte si riferisca esclusivamente alle assemblee legislative, a livello statale e regionale, escludendo ogni ruolo per il Governo»¹⁶⁵. Sul fondo vi era l'idea, altrettanto semplicistica, per cui l'interlocutore privilegiato, forse unico, della Corte costituzionale fosse il titolare privilegiato, forse unico, del potere legislativo, e cioè il parlamento¹⁶⁶. Ma si tratta di un'idea superata o da superare in quanto «si è ormai lontani dalla situazione in cui il Parlamento era abituato ad essere il solo soggetto normatore»¹⁶⁷. Nello stato costituzionale-democratico a forma di governo parlamentare, si moltiplicano i soggetti normatori, abilitati a provvedere nelle forme costituzionali per adeguare l'ordinamento alle pronunce della Corte. In particolare, per colmare i vuoti legislativi lasciati dalle sentenze di accoglimento o segnalati dai moniti formulati nelle pronunce di inammissibilità o di incostituzionalità differita. Insieme ai soggetti normatori, si moltiplicano anche gli interlocutori diretti della Corte costituzionale. Tra questi, un ruolo di rilievo spetta indubbiamente al Governo che, nella dinamica del giudizio sulle leggi, ha sicuramente «qualcosa da dire»: attraverso il potere di iniziativa legislativa¹⁶⁸ o tramite il potere normativo primario.

¹⁶⁴ Ma limitato rispetto a quello parlamentare.

¹⁶⁵ N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, cit., 111. Lo studioso, in realtà, individua anche un'altra ragione per cui quella visione sarebbe meccanica, semplicistica: la si ricava dal fatto che quella previsione si riferisce unicamente alle sentenze di accoglimento. Sullo sfondo, la preoccupazione del «vuoto legislativo» e l'urgenza che a tale vuoto si ponga rimedio in sede parlamentare.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, cit., 114.

¹⁶⁸ In virtù di tale potere, il governo si trova in una *preferred position* con riferimento al seguito delle sentenze costituzionali: se qualcosa nelle assemblee legislative si può muovere, è per iniziativa del governo. «La *preferred position* del Governo nel dar seguiti alle sentenze costituzionali non trova giustificazioni diverse da quelle che

Entrambi i poteri, da qualche decennio, dominano la produzione normativa.

Insomma, il Governo¹⁶⁹, naturale (co-)protagonista dell'attività legislativa, diventa «interlocutore naturale della Corte»¹⁷⁰, acquistando una posizione centrale nella giustizia costituzionale dialogata.

Traccia di tale evoluzione si trova legge n. 400/1988, la quale, all'art. 5, stabilisce che il Presidente del Consiglio promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle decisioni della Corte costituzionale.

Se le decisioni costituzionali richiedono degli adempimenti governativi, è evidente come il Governo sia «il soggetto politico che deve essere coinvolto in maniera attiva rispetto alle sentenze della Corte costituzionale»¹⁷¹ e «l'organo chiamato a colloquiare direttamente con la Corte»¹⁷².

Forse, prima e più del Parlamento.

6. La giustizia costituzionale si fa in quattro?

La vicenda dell'ergastolo ostativo ci presenta un modello di giustizia costituzionale che si fa non in due, non in tre¹⁷³, ma in quattro, e cioè con l'utile coinvolgimento del Governo nel dialogo costituzionale¹⁷⁴. Si fa in quattro da un punto di vista soggettivo, per il numero di soggetti interessati, ma si fa in quattro anche da un punto di vista oggettivo¹⁷⁵, per l'impegno necessario all'armonico funzionamento di un sistema plurale. Se la giustizia costituzionale si fa in quattro, la Corte costituzionale, cerniera istituzionale, si deve fare in quattro per tener viva la collaborazione alla base di ogni dialogo.

La Corte costituzionale, che non vuole fare da sé, ha bisogno del Parlamento, del Governo e dei giudici. I primi devono conoscere e seguire le decisioni e gli inviti della Corte, i secondi devono conoscere e sollecitare la giurisprudenza costituzionale¹⁷⁶.

Entrambe le sfide dipendono, in buona parte, dalla Corte, dal suo sapersi «fare in quattro».

assegnano all'esecutivo una indiscussa primazia nell'esercizio dell'iniziativa legislativa» (in questi termini, L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit., 308).

¹⁶⁹ Rimasto escluso dalla disciplina costituzionale (art. 136 comma 2 Cost. si riferisce esclusivamente alle Camere) e dalle norme sul funzionamento della Corte costituzionale (art. 30 legge n. 87/1953 prevede un coinvolgimento dell'esecutivo limitato alla figura del ministro di grazia e giustizia, essendo finalizzato alla sola pubblicazione della sentenza in *Gazzetta Ufficiale*)

¹⁷⁰ N. LUPO, *Il Parlamento e la Corte costituzionale*, cit., 115.

¹⁷¹ Ivi, 116.

¹⁷² L. PEGORARO, *La Corte e il parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, cit., 307.

¹⁷³ Era stato il giudice costituzionale, Nicolò Zanon, a suggerire l'idea che «una giustizia costituzionale efficace ed efficiente si fa in due (o meglio, in tre)» (N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 89)

¹⁷⁴ Se, in astratto, il modello relazionale-dialogico è funzionale alla «giustizia costituzionale efficace ed efficiente» pensata da Zanon (*ibidem*), non è detto che, nel caso concreto, quel modello abbia reso giustizia costituzionale (per le opinioni critiche, si rinvia alla nota 22).

¹⁷⁵ «Farsi in quattro» come modo per indicare chi agisce in modo fattivo per raggiungere uno scopo, chi si adopera, chi si dà da fare. Spesso, per gli altri. Come per gli altri, cittadini (più in generale, persone) e istituzioni, si fa in quattro la Corte costituzionale.

¹⁷⁶ *Ibidem*.