



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. II

(ESTRATTO)

ANDREA MORRONE

FINALE DI PARTITA.

**COSA DAVVERO VUOLE LA CORTE COSTITUZIONALE CON
L'ORD. N. 97 DEL 2021 SULL'ERGASTOLO OSTATIVO**

12 MAGGIO 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Andrea Morrone

Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte costituzionale con l'[ord. n. 97 del 2021](#) sull'ergastolo ostativo*

Abstract: *The paper examines the third order for postponement of the hearing by the Constitutional Court to give the legislator time to intervene, examining both the more general reasons for the Court's appeal to institutional collaboration, and the impact of the decision on the constitutional process itself.*

1. C'è da augurarsi che questa volta il legislatore voglia ascoltare l'invito della Corte costituzionale a intervenire. Innanzitutto, per risolvere la questione dell'ergastolo ostativo, anche perché i dubbi sulla legittimità del “fine pena mai” mettono in gioco un'esigenza cruciale per il nostro Paese, come la lunga, sofferta, incompiuta lotta alla criminalità mafiosa. C'è, tuttavia, un'altra questione, ancora più rilevante dal punto di vista dell'equilibrio tra i poteri, sottesa alla decisione e che la Corte costituzionale rivela apertamente chiedendo al legislatore una risposta adeguata. Questa terza ordinanza di rinvio dell'udienza di discussione (dopo il caso Cappato/Dj Fabo e quello concernente il cd. “carcere per i giornalisti”)¹ è un'accorata denuncia pubblica dei “limitati strumenti” di cui dispone il giudice delle leggi per svolgere la sua funzione *in linea* con la Costituzione scritta, con un parallelo appello al legislatore.

Il problema è sintetizzabile nelle ultime due righe di questa [ordinanza-sentenza](#): “Spetta in primo luogo al legislatore, infatti, ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata; mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte”. La decisione, in altre parole, manifesta la palese criticità di un compito di custodia che, con le norme positive vigenti, non può essere svolto, se non a costo di un definitivo scambio di vesti tra la Corte e il legislatore, in linea con il *suprematismo giudiziario* che connota la giurisprudenza degli ultimi trent'anni².

2. In tutto il testo della motivazione in diritto il tono è, sorprendentemente, molto sobrio ed equilibrato. La Corte non afferma mai apertamente l'incostituzionalità della disposizione oggetto per violazione dell'art. 27 Cost., almeno non come aveva fatto il roboante comunicato stampa preventivo, poi corretto in quello contestuale³. E questo aspetto non è casuale. La *mitezza* che muove la penna del redattore è evidente in più passaggi e, financo, nelle singole parole utilizzate.

Ricostruendo l'orizzonte dei precedenti in cui la vicenda è collocata, infatti, il giudice delle leggi trae un *non univoco indirizzo* in materia di ergastolo ostativo, riconoscendo come, in passato, l'istituto era stato ritenuto compatibile con la Costituzione⁴. Ciò nonostante, si dice che, in altri precedenti⁵ si traggono le “premesse per una risposta diversa”. Questa, tuttavia, poggia su “argomenti”, piuttosto che su certezze adamantine, che possono portare a “negare la compatibilità con la Costituzione se ed in quanto essa risulti l'unica strada”. Il periodo ipotetico non è causale ma sintomatico. La presunzione sottesa alla disciplina positiva, del resto, “non è di per sé in tensione con i parametri” invocati: dato che “tale tensione” vi sarebbe, ancora una volta, “laddove sia stabilito che la

* Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 12, del regolamento della Rivista.

¹ Cfr. Corte cost. [ord. n. 207/2018](#) e [sent. n. 242/2019](#).

² Ho ripreso il tema del suprematismo della Corte costituzionale in un mio recente saggio: cfr. A MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [Federalismi.it](#), n. 12/2021, 170 ss.

³ “Ergastolo ostativo incompatibile con la costituzione” (15 aprile 2021); mentre nel comunicato contestuale al deposito della pronuncia scompare nel titolo qualsiasi riferimento all'incompatibilità, declassata, nel testo, in linea con la motivazione finalmente scritta, a “tensione” con il principio di rieducazione (11 maggio 2021). Siamo di fronte, ancora una volta, a un uso scorretto della comunicazione politica.

⁴ Cfr. [sent. n. 135 del 2003](#).

⁵ A partire dalla [sent. n. 306 del 1993](#) e, soprattutto, nella [sent. n. 253 del 2019](#).

collaborazione sia l'unica strada". Si parla di "tensione": parola utilizzata con molta consapevolezza, se viene ripetuta più volte, in luogo di concetti più consoni a un giudizio in cui è in gioco la legittimità di una disposizione legale.

Anche il carattere assoluto della presunzione viene addolcito senza essere colpito dallo stigma di un'incostituzionalità dichiarata apertamente. Nel caso di specie, se da un lato "la posta in gioco è ancora più radicale" e "la presunzione deve poter essere superata anche in base a fattori diversi", da altro lato, "tuttavia, tale presunzione permane", perché "le ragioni della generalizzazione" – ben note anche a Palazzo della Consulta – "sono di notevolissima importanza", "e non si sono affatto affievolite" nel corso del tempo. Da queste premesse, da cui si desume la non irragionevolezza delle scelte di politica criminale contro il fenomeno mafioso, e che lasciano in dubbio quale debba essere la sorte della disposizione censurata derivano, poi, un'ulteriore serie di cautele pratiche. Queste, in particolare, dovrebbero guidare le valutazioni del magistrato di sorveglianza di fronte a una presunzione che, solo in un passaggio secondario, viene detta "non più assoluta". Valutazioni da condurre sulla base di "criteri di particolare rigore", perché l'accesso alla libertà condizionale del condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso non potrebbe basarsi solo sulla "regolare condotta carceraria", o considerando la "mera partecipazione al percorso rieducativo, e nemmeno in ragione di una soltanto dichiarata dissociazione". E, infatti, servono ben "altri, congrui e specifici elementi tali da escludere, sia l'attualità di suoi collegamenti con la criminalità organizzata, sia il rischio del loro futuro ripristino". Del resto, sono "sospettati di illegittimità costituzionale" quelli che il giudice delle leggi qualifica come "aspetti centrali (...) apicali" della disciplina positiva, riconosciuta come un baluardo non rinunciabile per la lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso.

Insomma, da queste pacate e misurate premesse deriva la manifesta volontà di escludere un "intervento meramente demolitorio" che avrebbe come conseguenza quella di "mettere a rischio il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e, soprattutto, le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva che essa persegue per contrastare il pervasivo e radicato fenomeno della criminalità mafiosa". Ecco perché *la via maestra* non può che essere quella *legislativa*: la Corte con i suoi "limitati strumenti" finirebbe per compiere "tipiche scelte di politica criminale". Del resto, una "immediata dichiarazione di incostituzionalità" creerebbe disarmonie, come quelle che conseguirebbero all'ipotesi tracciata dal giudice *a quo*, che pensava possibile un intervento di ritaglio costruito sulla singola fattispecie. Come se, chiarisce la Corte costituzionale, una simile soluzione non avesse ricadute di sistema sull'art. 4-bis, creando un "disequilibrio" tra le ipotesi normative, che essa stessa non potrebbe perciò sciogliere da sola, con i poteri di cui dispone per legge.

3. Il rinvio dell'udienza di discussione, in un dispositivo diventato ormai rituale, lascia aperti molti interrogativi. Non è chiaro, anzitutto, se la presunzione assoluta sia illegittima in sé e per sé o in relazione a quegli stessi "argomenti" che, invero, paiono decisivi ma in senso contrario. Le aspettative sono andate deluse, del resto, proprio dal tenore della motivazione e dalle cautele che circondano questa materia di "notevolissima importanza". La Corte costituzionale dimostra, come non accadeva da tempo, di avere ben presente il *lato politico* della Costituzione: una decisione di accoglimento – qualunque forma assuma, poco importa – rappresenta uno scivolamento nelle scelte di politica criminale del Paese, un'incursione non consentita nella lotta contro le mafie, che richiede unità nazionale, inflessibilità d'azione e, soprattutto, la responsabilità di una decisione legislativa. Certo, vi sono le ragioni dell'art. 27 Cost. e gli algidi argomenti provenienti da Strasburgo, valorizzati proprio laddove rilevano un "problema strutturale" che richiede modifiche "di preferenza per iniziativa legislativa". Le vie della rieducazione, tuttavia, sono così ampie che pare davvero difficile possano essere tracciate mediante una decisione puntuale del giudice delle leggi. Tuttavia, ormai, al punto in cui è arrivata la creatività giurisprudenziale, siamo abituati anche ai più evidenti sconfinamenti nella politica criminale e nella costruzione per sentenza di fattispecie normative in materia penale. Per cui – ahinoi – non conviene farsi troppe illusioni. Decorsa inutilmente anche

questa ennesima messa in mora, la decisione di accoglimento potrebbe anche seguire, nonostante gli accorgimenti di questa pronuncia interlocutoria. Il problema sarà, come sempre, comprendere come il giudice delle leggi vorrà *cucire* una disciplina che oggi ritiene impossibile trascrivere “a rime obbligate” secondo la Costituzione scritta.

Dicevo in apertura che c'è da augurarsi che il legislatore non resti sordo a questo ennesimo appello alla collaborazione istituzionale⁶ per la risoluzione di almeno due problemi costituzionali non rinviabili e strettamente collegati. Il primo riguarda l'ergastolo ostativo per i reati di contesto mafioso. Nei confronti del legislatore, la decisione interlocutoria, per come è scritta e motivata, non sembra avere alcun valore normativo. Non solo non c'è un'illegitimità dichiarata *in qualche modo*; ma, anche se fosse, essa non potrebbe vincolare il principale destinatario. L'ordinanza esprime un auspicio, che la Corte rivolge al legislatore, che non ha nessun effetto prescrittivo sia nell'*an*, sia nel *quando*, sia nel *quomodo*, a meno di voler ammettere che il legislatore democratico possa farsi dettare l'agenda e i suoi contenuti da parte della Corte costituzionale. Il termine poi è del tutto casuale. Che cosa accadrebbe se il 10 maggio 2022 una legge di riforma non fosse stata ancora approvata ma, in ipotesi, soltanto calendarizzata o deliberata da uno dei due rami del parlamento? Comunque, da quella “tensione” con la Costituzione, circondata com'è stata di tutte le precauzioni riportate, non credo possa desumersi una incostituzionalità sicura nella forma e negli effetti. Quelli della Corte sono, appunto, *argomenti*, che, come tali, sono suscettibili di essere discussi, rivisti, smontati da chiunque e, *absit iniuria verbis*, anche da un legislatore. Anzi, leggendo l'ordinanza potrebbe trarsi la conclusione che, nel pesare i diversi argomenti, la Corte costituzionale abbia riconosciuto prevalenti proprio quelli che conducono, come in effetti è avvenuto, a salvare (sia pure *medio tempore*) la disposizione censurata. Argomenti contro argomenti, nulla di più.

Certo non si può negare che la Corte giochi col tempo: si parla di una decisione di accoglimento non “immediata”, quasi a lasciar intravedere l'esito del giudizio decorso inutilmente l'anno di tregua concesso al legislatore. La sfida, alla scadenza, sarà come scrivere la decisione. Qui, a differenza del [caso Cappato/Dj Fabo](#), non c'è – almeno non così chiaramente – l'annuncio di una decisione futura. Nella stessa pronuncia definitiva del [caso Cappato/Dj Fabo](#) la sentenza ha integrato l'incostituzionalità con una serie di *caveat*⁷, previsti per fronteggiare le conseguenze derivanti da una riscrittura non sorvegliata della fattispecie in luogo del legislatore, specie nei confronti dei cd. vulnerabili⁸. Qui, dunque, non sembra esserci il preannuncio della norma che potrebbe essere scritta dalla Corte costituzionale in caso di inerzia del legislatore. È probabile che ciò derivi dalla particolare situazione; oppure dalla cautela usata dal relatore nella scrittura della motivazione; o ancora dall'oggettiva difficoltà di prefigurare una soluzione chiara e sicura già oggi; oppure perché a Palazzo della Consulta si crede realmente che il legislatore alla fine interverrà per cui non conviene pregiudicarne il terreno di elezione. Di tutto ciò, comunque, discuteremo a tempo debito.

4. Piuttosto, la *speranza* di un intervento del legislatore va apprezzata proprio nella parte in cui la Corte costituzionale grida a tutta voce l'insufficienza degli strumenti di cui dispone. Non si tratta del solito argomentare per stereotipi. È qui che l'invito alla collaborazione esprime il suo vero obiettivo. A differenza di altri ordinamenti, nei quali l'immane creatività giurisprudenziale è stata normalmente accompagnata da novelle legislative sul processo e sugli strumenti giudiziari disponibili, per coprire sul piano della legalità gli sconfinamenti del custode della costituzione, il

⁶ Ma come si sa questi appelli sono spesso rimasti lettera morta, come ha dimostrato il precedente più rilevante relativo al [caso Cappato/Dj Fabo](#). Per R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, cit., 107, “se il nuovo tipo di decisione tendeva ad instaurare un dialogo con il legislatore, dobbiamo prendere atto che la finalità non è stata raggiunta”.

⁷ Come la collocazione dell'aiuto nel contesto del Servizio sanitario nazionale e, comunque, previo parere del Comitato di bioetica locale.

⁸ Oltre a quelli necessari a rendere applicabile il dispositivo anche al caso concreto nel quale la regola positiva prescritta dalla Corte costituzione non avrebbe potuto trovare applicazione.

nostro diritto positivo è ancora quello delle origini. La legge n. 87 del 1953 – approvata addirittura prima della effettiva istituzione della Corte costituzionale – ha fotografato una situazione che, semmai fosse esistita, oggi non c'è più nella giurisprudenza costituzionale vivente. Quella legge risente di concezioni formalistiche che avevano alimentato il dibattito costituente, tributarie in larga misura della visione kelseniana di un giudice delle leggi piuttosto che di un giudice dell'esperienza costituzionale⁹. Quella legge n. 87 – è questo un aspetto importante – ha conosciuto una fortuna particolare: è stata celebrata, da parte della dottrina, quasi si trattasse di una sorta di appendice della Costituzione. Nel cristallizzarne i contenuti, questo atteggiamento protettivo l'ha resa impermeabile a qualsiasi ipotesi di revisione legale, consentendone una sopravvivenza *in senso formale* che stride, e non si giustifica più, di fronte alle riscritture materiali della giurisprudenza punto per punto¹⁰. Insomma, la legge n. 87 del 1953, che la dottrina ha difeso strenuamente di fronte ai tentativi (talora maldestri) del legislatore di aggiornarla, ha conosciuto – nel silenzio o nella timidezza critica di quella stessa letteratura intransigente – un processo di progressivo anacronismo normativo, al cospetto del diritto vivente giurisprudenziale. Ciò vale, per quello che qui interessa, soprattutto in ragione della complessità di un giudizio costituzionale che, in concreto, non ha (mai) avuto le caratteristiche dilemmatiche di una mera scelta tra l'accoglimento o il rigetto. I manuali di giustizia costituzionale dedicano la parte preponderante alla tipologia delle decisioni, considerando la modulazione degli effetti nello spazio, nel tempo: e questo si deve agli artifici inesauribili del giudice costituzionale. Non è un caso: vi sono intere biblioteche che dimostrano come l'applicazione della ragionevolezza e dei suoi epigoni (proporzionalità, bilanciamento, ecc.) dilatano le possibilità di controllo e richiedono strumenti decisori congruenti e adeguati. La giurisprudenza, in definitiva, ha riscritto la legge che dovrebbe costituirne il presupposto e il limite, e lo fa continuamente, senza che questo fatto desti particolare scalpore. L'ultima invenzione del diritto – che fa impallidire lo schema delle decisioni *in tandem* inaugurate nel caso Cappato¹¹ – è stata la pronuncia che ha ritenuto “incompatibili con la costituzione i magistrati onorari, *ma a partire dal 31 ottobre 2025*”!¹²

Sta qui, allora, il nodo che l'ordinanza sull'ergastolo ostativo vorrebbe venisse sciolto. Siamo arrivati al punto di massima espansione della forza normativa della giurisprudenza. La Corte costituzionale ha avvertito di essere ad un *turning point*; cerca, perciò, di correre ai ripari, mandando un segnale forte che, però, non riguarda tanto la vicenda di specie; o, meglio, che proprio per il peso specifico che una decisione di accoglimento potrebbe avere (e, alla fine, finirà per avere) sulle scelte di politica criminale che essa pone, ritiene non più rinviabile da parte del legislatore stesso un intervento positivo per adeguare le regole sul processo costituzionale alla realtà e alle esigenze attuali della giustizia costituzionale.

Questo è dunque il messaggio *politico* di questa ordinanza costituzionale. Il giudice delle leggi non pare più disposto a svolgere un ruolo di supplenza che la Costituzione – stiracchiata per ogni dove da parte di una giurisprudenza di merito e di legittimità militante, che si avvale di ogni strumento per scardinare l'ordinamento positivo mediante interventi normativi del giudice delle leggi – finisce per riservarle, in un contesto nel quale il legislatore, per motivi diversi, non è più in grado di svolgere la sua funzione.

La Corte costituzionale ci pone di fronte ad un'alternativa secca: o accettare un duplice livello della legalità (quella democratica del legislatore e quella aristocratica del custode della Costituzione)

⁹ Ne ho discusso in A. MORRONE, *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, in *Quad. cost.*, 2021, 115 ss.

¹⁰ È recente, tuttavia, anche un intervento manipolativo sul fondamentale art. 30, comma, 4, l. n. 87 del 1953 operato dalla [sent. n. 68 del 2021](#) dichiarato illegittimo nella parte in cui non si applica alle sentenze irrevocabili comminatorie della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente!

¹¹ Così ho definito la decisione risultante dalla coppia [ord. n. 207/2018](#) e [sent. n. 242/2019](#): cfr. A. MORRONE, *Il caso e la sua legge. Note sul caso Cappato/Dj Fabo*, in *Famiglia e diritto*, 2020, 244 ss.

¹² Cfr. [sent. n. 41 del 2021](#). La citazione (il cui corsivo non è testuale) è tratta dall'efficacissimo comunicato stampa (17 marzo 2021). Una decisione unica nel suo genere, il cui effetto additivo (di norma transitoria) è differito a distanza di quasi cinque anni dal deposito, secondo un termine letteralmente inventato dalla Corte costituzionale.

in concorrenza tra loro ma da ritenersi parimenti *legittimi*, o modificare il quadro normativo che sta alla base del processo costituzionale, alla ricerca di soluzioni positive che permettano di mantenere l'equilibrio tra i poteri e la differenza tra creare diritto e applicarlo. Difficile dire se l'occasione sarà colta. Certo il contesto politico emergenziale, nel quale sta operando un governo di tregua politica, potrebbe favorire quello che in altri momenti, più connotati dal punto di vista della lotta partitocratica, è stato impossibile fare. Vale la pena di tentare, allora. Non è più rinviabile un serio contributo di riforma della legislazione vigente, al fine di stabilire i confini del potere normativo della Corte costituzionale, specie nelle situazioni in cui le ragioni della Costituzione esigono temperamenti che non possono essere lasciati al caso, ma che meritano un quadro legale certo, rispettoso della divisione dei poteri, in grado di rendere concreto il metodo della collaborazione istituzionale tra legislatore e Corte costituzionale.