



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. II

(ESTRATTO)

UGO ADAMO

**È (RESTERÀ) DUE SENZA TRE? SULL'“INCOSTITUZIONALITÀ
PROSPETTATA”: CRITICITÀ ULTERIORI DI UNA TECNICA DECISORIA
GIÀ DI PER SÉ PROBLEMATICÀ**

28 GIUGNO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Ugo Adamo**È (resterà) due senza tre? Sull'“incostituzionalità prospettata”:
criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica***

ABSTRACT: *The paper examines Constitutional Court's ordinance n. 122/2022, which postpones for a second time the decision on the constitutionality of life imprisonment. The “postponement of referral” opens to a series of additional critical issues of a decision-making technique that is already problematic in itself. Currently, there is still a lack of comprehensive jurisprudence able to clarify and solving some of the problems posed by the use of the “proposed unconstitutionality”, among others the definition of the time duration of the deferral to be granted (variable or standard) and the same reasons as the use or not of the deferral to a fixed date. All this makes at least unpredictable the application of the decision-making technique that the paper critically examines.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rinvio a nuova data fissa. – 3. Il «rinvio del rinvio». Il tempo riconosciuto al Parlamento da «congruo» a «contenuto». – 4. Sulla sospensione (protratta) della prescrittività della Costituzione. – 5. Per concludere. Sulla fisiologia costituzionale

1. Premessa.

Ancora una volta la Corte decide di non decidere *immediatamente*. C'era da aspettarselo? Forse sì, forse no. Il dubbio nasce sempre quando la Corte costituzionale impiega tecniche decisorie ancora in fase di rodaggio e non (finemente) normate.

Con l'ordinanza qui commentata (la [n. 122 del 2022](#))¹, è stato disposto il rinvio all'udienza pubblica dell'8 novembre 2022 della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione, prima sezione penale, sugli artt. 4-*bis*, comma 1, 58-*ter* della legge 26 luglio 1975, n. 354 *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, e 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. L'ordinanza, che consta di poche decine di righe, si segnala all'attenzione per le importantissime ripercussioni ordinamentali che può ingenerare e che (forse) non sono ancora calcolabili.

Prima, però, di soffermarci esclusivamente sui profili processuali che rilevano dal (rinnovato) impiego di una pronuncia² già di per sé gravida di criticità (una decisione di incostituzionalità accertata ma non dichiarata *con rinvio di trattazione a data fissa* per una *nuova discussione*), pare opportuno richiamare per cenni le fasi di una vicenda che stenta a concludersi.

2. Il rinvio a nuova data fissa.

Il 23 marzo 2021, la Corte ha depositato un'ordinanza, la [n. 97](#)³, con cui – pur non dichiarando l'incostituzionalità della legge sull'ergastolo ostativo – ha comunque rilevato che «[i]l carattere



¹ L'[ordinanza n. 122 del 2022](#), deliberata il 10 maggio 2022, è stata depositata il 13 maggio successivo (*G.U.* maggio 2022, n. 20).

² A differenza di altre decisioni che hanno esibito la forma decisoria dell'ordinanza pur recando la scansione di una sentenza, manca per l'[ordinanza n. 122](#) la bipartizione tra *ritenuto in fatto* e *considerato in diritto* laddove la motivazione è *succintamente* espressa (art. 18, [l. 11 marzo 1953, n. 87](#)).

³ Annotata, fra i molti, da 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, 388](#); A. PUGIOTTO, *Leggere altrimenti l'ord. n. 97 del 2021 in tema di ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Giur. cost.*, 3/2021, 1182 ss.; L. RISICATO, *L'incostituzionalità riluttante dell'ergastolo ostativo: alcune note a margine di Corte cost., ordinanza n. 97/2021*, in *Riv.*

assoluto della presunzione di attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata [impediva] alla magistratura di sorveglianza di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto ([sentenza n. 149 del 2018](#)) – l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo». E ciò «in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.». La normativa in oggetto veniva, infatti, reputata in contrasto con la finalità della pena che deve sempre tendere alla rieducazione del reo, anche se – ha puntualizzato sempre la Corte – «[u]n accoglimento immediato delle questioni proposte [avrebbe comportato] effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame». Non, dunque, una dichiarazione di illegittimità, sibbene ad una di «incostituzionalità prospettata», così come la definì, nella sua prima applicazione, il Presidente emerito della Corte Lattanzi⁴.

La Consulta ha per tal modo assegnato al Parlamento un anno di tempo per conformare la legge alla Costituzione, dal momento che un suo diretto intervento demolitorio avrebbe rischiato di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata, accompagnando, inoltre, il monito con “linee guida”⁵ al fine di indirizzare il Legislatore nella scelta da compiere.

Al proposito, però, almeno per chi scrive, sarebbero potute valere due principali considerazioni, legate l'una all'altra inscindibilmente: la Corte costituzionale non avrebbe dovuto avere dubbi nel procedere subito con una sentenza di incostituzionalità, non solo perché al cospetto di una legge incostituzionale (come rilevato, del resto, dalla stessa Corte), ma anche perché appariva più che probabile che il Parlamento non avrebbe rispettato i termini fissati dalla Corte⁶.

E infatti, così è stato. Il Parlamento ha operato, ma non fino al punto di abrogare e riscrivere la disciplina sull'ergastolo ostativo. È riuscito solo a licenziare un testo alla Camera dei deputati, tanto che il disegno di legge è attualmente ancora in discussione nella Commissione Giustizia del Senato⁷.

Tornando, però, alla (innovativa e opinabile) tecnica decisoria della Corte, ricordiamo che, ad essa, si era già fatto ricorso altre due volte: nel 2018 ([ordinanza n. 207](#))⁸ per l'aiuto al suicidio e nel 2020 per i delitti a mezzo stampa ([ordinanza n. 132](#))⁹. In entrambi i casi, il Parlamento non è intervenuto,

it. dir. proc. pen., 2/2021, 653 ss.; M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in [Osservatorio AIC](#), n. 6 del 2021.

⁴ Cfr. la [Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018](#) del 21 marzo 2019, 13. L'espressione è stata ripresa anche dal Presidente Coraggio nella sua [Relazione](#) presentata il 13 maggio 2021 e pubblicata sullo stesso sito internet, 13.

⁵ Quasi «linee generali»: rispetto al primo caso d'impiego dell'«incostituzionalità prospettata», nei successivi (compreso quello sull'ergastolo ostativo), la Corte si è limitata a *suggerire* alcuni temi, «anche collaterali, da considerare, ma senza impartire istruzioni dettagliate come quelle del 2018»: M. MASSA, *La terza incostituzionalità “prospettata” e la questione dell'ergastolo ostativo*, in [Nomos](#), n. 2 del 2021, 4.

⁶ Ciò non solo perché – per come si sta per dire nel testo – nei precedenti impieghi del rinvio della causa a data fissa il Parlamento era rimasto sostanzialmente inerte, ma anche perché nella materia *de qua* il Parlamento era già silente nel seguito della sentenza 13 giugno 2019, *Viola contro Italia* (definitiva dal 7 ottobre 2019) della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

⁷ Giugno 2022: la Camera dei deputati ha approvato il 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* – che è stato trasmesso al Senato della Repubblica in data 1° aprile 2022 (A.S. n. 2574).

⁸ Corte cost., [ordinanza n. 207 del 2018](#), p.to 11 *cons. in dir.* Ad attestare la rilevanza, per i suoi profili processuali e di merito, di tale decisione interlocutoria v'è il numero considerevole di annotatori: ci si limita qui a rinviare alle opere collettanee di E. Malfatti (cur.), *Il Forum – sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), n. 1 del 2019; F.S. Marini e C. Cupelli (curr.), *Il Caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, 2019; M. Ronco (cur.) *Il “diritto” di essere uccisi: verso la morte del diritto?* Torino, 2019. Anche la rivista [Forum di Quaderni costituzionali](#) ha ospitato i numerosi interventi tenuti in un seminario organizzato dalla rivista *Quaderni costituzionali* sul n. 6 del 2019.

⁹ V., almeno, N. FIANO, *L'ord. n. 132 del 2020 e il consolidando “modello Cappato” tra “preoccupazioni” della Corte costituzionale e delicati bilanciamenti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2020, 1559 ss.; P. VERONESI, *Un'altra incostituzionalità “prospettata” ma non (ancora) dichiarata: la diffamazione a mezzo stampa nell'ord. n. 132 del 2020*, in *Studium Iuris*, 11/2020, 1355 ss.

con la conseguenza che la Corte, riappropriandosi della *quaestio*, ha dichiarato incostituzionale entrambe le leggi, ma con un ritardo di (quasi) un anno rispetto a quando avrebbe potuto farlo (rispettivamente, [sentenze nn. 242 del 2019](#) e [150 del 2021](#)).

Sempre in punto di premessa, sembra utile sottolineare come già l'impiego del *rinvio* abbia, nella specie, creato criticità ulteriori rispetto ai precedenti impieghi dell'"incostituzionalità prospettata" attraverso uno schema di decisione «in due tempi»¹⁰. Se, infatti, nel "caso Cappato" l'attesa di undici mesi ha mantenuto in bilico la posizione processuale di chi era imputato per il reato di aiuto al suicidio (dichiarato in parte, poi, incostituzionale), nel caso *de quo*¹¹, chi oggi sta attendendo è già da tempo recluso ed è da oltre un anno in attesa che gli venga riconosciuto il diritto ad accedere a misure di libertà condizionale. Del resto, dovrebbe essere ormai acquisito come, nel nostro ordinamento costituzionale, la pena debba essere finalizzata alla rieducazione del reo, alla sua risocializzazione nella comunità di cui fa parte, tanto che sul medesimo ordinamento costituzionale ricade il dovere di farsi carico (anche) dei detenuti non collaborativi. Pertanto, l'automatismo previsto dalla legislazione in vigore appare *prima facie* irragionevolmente sbilanciato a favore delle esigenze di politica criminale a scapito della funzione rieducativa della pena, pregiudicando in tal modo la dignità di ciascun detenuto¹².

Come diffusamente osservato, poi, la mancanza di collaborazione con la giustizia da parte del condannato, che rende l'ergastolo "ostativo", non potrebbe sempre essere collegata ad una scelta libera e volontaria (ma potrebbe risiedere nella paura dell'ergastolano di mettere in pericolo la propria vita o quella della propria famiglia), così come, per converso, l'eventuale collaborazione non è detto riflettere sempre un vero cambiamento o un'effettiva dissociazione dall'ambiente criminale, ma magari il risultato di una valutazione d'interesse fatta per beneficiare dei vantaggi che la legge prevede (scopo meramente opportunistico), senza essere un segno di un avvenuto ravvedimento. E perché ancora escludere legalmente che il condannato decida di non collaborare perché ciò si scontra con la sua intima convinzione di essere innocente?

A prescindere, comunque, da tali considerazioni di fatto, sembra indiscutibile come l'assenza di collaborazione con la giustizia comporti in oggi una presunzione legale assoluta di pericolosità sociale, tale da privare il detenuto di qualsiasi prospettiva di liberazione, in diretta violazione con la funzione di risocializzazione della pena; laddove, invece, come affermato in precedenza dalla Corte, solo l'inveramento di questo principio costituzionale consente all'individuo di rivedere criticamente il suo percorso criminale e di ricostruire la sua personalità in modo dignitoso.

3. Il «rinvio del rinvio»¹³. Il tempo riconosciuto al Parlamento da «congruo» a «contenuto».

Venendo ai profili prettamente processuali, la questione s'incentra soprattutto sul rapporto che vi è e che deve esservi tra Corte e Legislatore. Tale rapporto in alcune esperienze di giustizia costituzionale è stato affrontato con la possibilità della modulazione nel tempo degli effetti delle pronunce (di accoglimento) della Corte e ciò al fine di definire questioni che, pur richiedendo

¹⁰ R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle "rime obbligate": la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali*, in *Il Foro italiano*, 9/2020, 2566.

¹¹ Qui – per come dichiarato nell'intento di questo nostro intervento – non ci occuperemo di stretto merito, per cui si rinvia alla dottrina che ampiamente si è occupata della questione: tra gli altri, E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle corti. Ergastolo ostativo e articolo 41-bis*, Torino, 2020; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 4 del 2020; A. PUGIOTTO, *Criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, in C. MUSUMECI e A. PUGIOTTO *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016; A. LOLLO, *L'ergastolo "ostativo" alla luce dell'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale*, in *Critica del diritto*, 2/2021, 23 ss.

¹² M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014; G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. Manconi-S. Anastasia-V. Calderone-F. Resta (curr.), *Abolire il carcere*, Milano, 2022, 159 ss.

¹³ Espressione impiegata da A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo, la Consulta rinvia a novembre la decisione*, in *Il Riformista* del 10 maggio 2022.

un'ampia discrezionalità del Legislatore, tendono a non flessibilizzare eccessivamente la legalità costituzionale. Ecco, la Corte costituzionale italiana – pur non pronunciando, formalmente, alcuna decisione di fondatezza modulandone gli effetti – cerca di evitare il rischio che un suo eventuale monito cada nel vuoto, stante anche la “lentezza” con cui il nostro Legislatore procede di fronte a questioni definite “sensibili”, come può essere quella della lotta alla criminalità organizzata. La Corte, pertanto, dispiega – in alcuni casi¹⁴ – la sua decisione in “due tempi”, adottando un’ordinanza di rinvio ad una data fissa della decisione definitiva di una questione sulla quale, per altro, già preannuncia un accoglimento, ma concedendo al Parlamento il tempo (fino alla data fissata) per intervenire sulla legislazione dubbiata e sui problemi costituzionali da essa posti.

Le osservazioni appresso proposte si muoveranno su due linee parallele: si cercherà, da un lato, di mettere in luce la particolarità, che rende la decisione diversa dai suoi precedenti, e ci si domanderà, dall’altro, che cosa potrebbe fare il Legislatore e che cosa la Corte quando dovrà (perché dovrà nuovamente) rioccuparsene.

Venendo al primo punto, è appena il caso di ricordare come la Corte, l’11 maggio del 2021 abbia accertato l’incostituzionalità della normativa dell’ergastolo ostativo senza però dichiararla formalmente perché – sempre a dire del giudice delle leggi – un accoglimento immediato delle questioni proposte avrebbe comportato «effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»¹⁵. Non declinando però del tutto il suo potere decisorio, con una decisione di inammissibilità, – facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale – ha rinviato di un anno la sua statuizione per «esigenze di collaborazione istituzionale» dando al Parlamento un «congruo tempo» per affrontare la materia.

Quel «congruo tempo» concesso, si è esaurito senza che il Parlamento abbia definito il punto di bilanciamento tra i vari interessi rilevati (su tutti la risocializzazione della pena e la sicurezza collettiva); la Corte però non ha dato séguito – come ci si sarebbe aspettato – alla sua stessa giurisprudenza¹⁶ e, in modo forse troppo disinvolto, ha riconosciuto altro tempo (non concedendo, come per l’innanzi, un altro anno, ma solo (?) 6 mesi.) non più definito «congruo», ma questa volta «contenuto», palesando in tal modo che un tempo congruo non è di per sé un tempo proporzionato, rispondente a determinate esigenze, diremmo opportuno al fine di collaborare in modo reale ed effettivo, ma – a stare ai precedenti, nei quali rientra la stessa prima ordinanza di rinvio sull’ergastolo ostativo – equivale (più o meno) a un anno, con la conseguenza che «contenuto» significa inferiore rispetto a quello che era stato ritenuto «congruo».

In un precedente commento – annotando criticamente l’apparizione della nuova tecnica decisionale – si era comunque riconosciuta una qualche ragionevolezza alla quantità di tempo concesso e si era ricostruita la *ratio* del termine di undici mesi giudicando quel tempo come il massimo a disposizione di una Corte che fisiologicamente non avrebbe cambiato la sua composizione¹⁷. Non potendo, peraltro, determinare e controllare lo scadenziario dei lavori del Legislativo, non sembra implausibile che il termine sia stato valutato «congruo» rispetto ai lavori della Corte medesima. Al di là degli undici mesi concessi, la Corte avrebbe *per certo* mutato la propria composizione – rispetto a quando si era pronunciata interlocutoriamente per la prima volta – per la cessazione dalla carica del Presidente del collegio e la sua sostituzione, che sarebbe poi avvenuta solo due mesi più tardi dal deposito della sentenza n. [242 del 2019](#).

Se è senz’altro vero che la Corte ha inventato una tecnica decisionale molto problematica, nella misura in cui dice tanto (l’ordinanza del primo rinvio ha la sostanza di una sentenza ed è ampiamente motivata), ma vincola poco (motivo per cui non se ne parla come di una incostituzionalità differita)¹⁸

¹⁴ Si veda, più avanti nel testo, a proposito di un impiego poco prevedibile della tecnica decisoria in questione.

¹⁵ Corte cost., [ordinanza n. 97 del 2021](#), p.to 10 *cons. in dir.*

¹⁶ Corte cost., [sentenze nn. 242 del 2019](#) e [150 del 2021](#).

¹⁷ Sia consentito il rinvio a U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’ ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale»*. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 23 novembre 2018.

¹⁸ Se ne è parlato come di una «incostituzionalità differita» (M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, in [Questione Giustizia](#), § 1, 19 novembre 2018) ovvero di una «ordinanza

nella misura in cui può non essere “seguita” dai giudici, dal Parlamento e, paradossalmente, dalla Corte stessa¹⁹, il “rinvio del rinvio” in commento mette *definitivamente*²⁰ da parte la (eventuale) *ratio* (lo si ripete, mai palesata e solamente ricostruita) dell’immutabilità del collegio e sdogana (una volta per tutte) l’ipotesi che a giudicare la “nuova” causa sia un collegio in parte mutato e (anche) con un nuovo Presidente²¹ (il cui voto, come è noto, in caso di parità “vale doppio”). E come escludere in mancanza del *dissent*, che proprio il nuovo Presidente, da giudice in camera di consiglio, sia stato portatore di un dispositivo *potenzialmente* diverso da quello che si legge tra le righe del primo rinvio? È, ancora una volta, senz’altro vero che durante l’anno (e ora di più) uno stesso giudice possa mutare orientamento o che la composizione della Corte vari per la cessazione anticipata di un giudice per dimissioni, per morte o (in ipotesi, in quanto ciò non si è mai verificato) per decadenza, ma il cambio di giudizio all’interno del collegio è sicuramente meno probabile rispetto a una Corte non mutata²².

Se la previsione di un anno per il tempo riconosciuto al Parlamento in tutte e tre le “incostituzionalità prospettate” ad oggi non ha un significato chiaro (semplicemente perché mai espresso), il tempo accordato col “rinvio del rinvio” è di sei mesi ed è definito «contenuto». Lo si rimarca: dalla lettura dell’ordinanza si intuisce solo che tale lasso di tempo è più ristretto rispetto al primo («congruo») e nulla più; non già, per esempio, che sei mesi possano costituire un tempo ragionevole per addivenire a una riforma legislativa. D’altronde, si presume che la Corte non abbia potuto fornire una motivazione “soddisfacente” anche solo perché – come stiamo per sottolineare – la possibilità che il Parlamento non risponda positivamente rimane elevata.

4. Sulla sospensione (protratta) della prescrittività della Costituzione.

Come già accennato, a differenza di quanto accaduto all’indomani delle prime due “incostituzionalità prospettate”, la (sola) Camera dei deputati ha dato séguito all’invito della Corte, approvando una normativa sulla revisione della disciplina attinente ai benefici penitenziari per i reati ostativi. Tuttavia, pur non potendosi ragionare di totale inerzia legislativa, all’art. 4-*bis* ord. penit., rimasto immutato, avrebbe dovuto far seguito l’attesa dichiarazione (questa volta formale) d’incostituzionalità.

Rileviamo due dati fattuali: il termine indicato dalla Corte è stato interpretato, da essa stessa, come ordinatorio e non già come perentorio, per la chiara ragione che la Corte non ha poteri di determinazione sui tempi della decisione parlamentare²³ e la tecnica del rinvio a data fissa si basa sul principio di leale collaborazione. Tutto ciò deve aver fatto apparire quasi “naturale” concedere altro

anticipatrice di incostituzionalità» (G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un’ordinanza anticipatrice di incostituzionalità. Nota a Corte cost., ord. n. 207 del 2018*, in *Giur. cost.*, 6/2018, 2493 ss.) ovvero di una «ordinanza di accoglimento» (C. B. CEFFA, *Il diritto di morire con dignità: il “caso Cappato” davanti ai giudici della Corte costituzionale*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2018, 704). Anche se si è d’accordo con il verso dell’ordinanza di rinvio a data fissa, bisogna (ancora una volta) precisare che la Corte con essa non dichiara alcuna incostituzionalità (G. SORRENTI, *Etwas Neues unter die Sonne: un’ordinanza sospensiva dell’annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore (in margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3/2018, 711 ss.; L. BUSATTA, *Il caso Cappato e la Corte costituzionale: un’incostituzionalità accertata ma non dichiarata?* in *Riv. it. cur. pall.*, 4/2018, 233; L. RISICATO, *L’incostituzionalità “differita” dell’aiuto al suicidio nell’era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato*, in [disCrimen](#), 11 marzo 2019, 1 ss.; C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e ‘nuovi diritti’: i chiaroscuri dell’ordinanza n. 207/2018 della Corte*, in [federalismi.it](#), n. 6 del 2019, 4), anzi, è proprio la mancanza di una decisione di accoglimento che non fa rientrare la pronuncia in oggetto nell’ampia categoria delle decisioni che differiscono nel tempo i propri effetti.

¹⁹ Fermi restando i problemi di legittimazione nel sistema M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit. § 1.

²⁰ Si veda, infatti, l’ordinanza riportata *infra* nella nota 26.

²¹ La qual cosa varrebbe, evidentemente, per qualsiasi magistrato.

²² Non può, quindi, che suscitare una qualche attenzione l’affermazione riportata nell’intervista del Presidente della Corte costituzionale Giuliano Amato rilasciata a Giovanni Bianconi (*La Consulta è obbligata a rispettare il Parlamento. Sulla mafia è legittimo avere leggi più severe*, in [Corriere della sera](#), 22 maggio 2022) per la quale «[q]uando a novembre la Corte si troverà a decidere, non più in mia presenza, valuterà la situazione [...]», corsivi nostri.

²³ M. MASSA, *La terza incostituzionalità “prospettata”*, cit., 8.

tempo dopo le richieste di un'ulteriore dilazione avanzate dal Governo²⁴ e dal Senato²⁵, quest'ultimo al fine di «consentire la prosecuzione e la conclusione dei lavori di Commissione» e dare séguito alla *motivata* sollecitazione a legiferare avanzata dalla Corte nella sua *prima* ordinanza interlocutoria.

Dal “rinvio del rinvio”, però, derivano altre criticità – che si vanno ad aggiungere a quelle già scaturenti da una tecnica decisoria che è problematica – nella misura in cui si flessibilizza ancor di più l'art. 136 Cost. in quanto si continua a non dichiarare alcuna incostituzionalità e si accetta il ritardo del Parlamento che *per definitionem* non è (e rimane) (in)calcolabile. La Corte è così pronta ad accettare il rischio che il Parlamento, anche se non inerte, non riesca (per qualsiasi ragione interna od esterna) a concludere l'*iter* di approvazione di una riforma “richiesta”. Detto altrimenti, la Corte accetta (per una seconda volta) di non risolvere la *quaestio*, di incrinare sempre più l'incidentalità del giudizio e di anteporre la (infruttuosa?) ricerca della leale collaborazione alla salvaguardia della legalità costituzionale. Si potrebbe dire, in modo tranciante, che la Corte non fa propria la massima per cui ognuno debba fare il proprio.

Il rinvio di altri sei mesi – tralasciando il riferimento all'immutabilità del collegio²⁶ – comporta quello scarto sempre più insistente tra accertamento sostanziale dell'illegittimità costituzionale della legge portata alla cognizione del suo giudice naturale e la dichiarazione di incostituzionalità che *ex art. 136 Cost.* si impone alla stessa Corte quando essa accerta l'illegittimità della legge²⁷.

La Corte, col nuovo rinvio, non solo non rileva il mancato pieno rispetto del principio di collaborazione, percepito come un obbligo non particolarmente stringente²⁸ (si è dovuto attendere per avere un testo base il 17 novembre 2021, dopo ben 6 mesi dal deposito dell'[ordinanza n. 97](#)), ma soprattutto giunge a prendere in considerazione ciò che non dovrebbe (perché non ne ha e non ne può avere la cognizione) ossia ciò che il Parlamento farà (potrà o vorrà fare).

Insomma, la Consulta si pone in una posizione di attesa senza certezza alcuna, aumentando vieppiù lo *stress* a cui è sottoposto il giudizio in via incidentale. E infatti, la posticipazione della pronuncia per ulteriore rinvio della decisione tarda a risolvere la questione posta dal giudice *a quo* il quale, in attesa della sentenza del massimo organo della giustizia costituzionale, non può decidere sul caso concreto che continuerà a rimanere sospeso (di fatto) *sine die*.

Sarà superata l'attesa di più di un anno da parte di chi è già in carcere da un tempo anche lunghissimo²⁹, in attesa della ripresa del processo *a quo* e in modo particolare della sua conclusione. Tutto ciò senza sottolineare che il tempo ulteriormente riconosciuto non assicurerà in alcun modo la conclusione del processo legislativo entro la nuova scadenza fissata³⁰. Tanto più che un'eventuale

²⁴ Che ha sottolineato che «l'*iter* approvativo del disegno di legge all'uopo presentato si è completato soltanto presso la Camera dei Deputati, mentre il Senato della Repubblica non ha ancora terminato i propri lavori», in quanto «la fase di discussione è ancora in corso».

²⁵ Corte cost., [ordinanza n. 122 del 2022](#): «come risulta dal resoconto stenografico della seduta del 4 maggio 2022, il Presidente della [II Commissione permanente (Giustizia)] ha auspicato un nuovo rinvio dell'odierna udienza».

²⁶ Perché riaccade non solo ciò che è avvenuto dopo il rinvio disposto con l'[ordinanza n. 132 del 2020](#) – dove cessarono dalla carica e furono sostituiti ben 3 giudici – ma anche quanto si è verificato proprio con la recente [ordinanza n. 122](#), che è stata decisa con una composizione mutata rispetto al tempo dell'[ordinanza n. 97](#), dal momento che è scaduto il Presidente Coraggio ed è quindi subentrato un nuovo giudice.

²⁷ A. PUGIOTTO, *Ergastolo, il nuovo rinvio è un infarto della Costituzione*, in *Il Riformista* del 10 giugno 2022.

²⁸ «Al netto delle critiche di merito, ciò che impressiona è la postura sbagliata assunta in Parlamento, dove l'[ordinanza n. 97 del 2021](#) è stata vissuta come il problema da risolvere e non l'incentivo (e la cassetta degli attrezzi) per superare una pena perpetua incostituzionale», così A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo*, cit.

²⁹ Lo mette ben in rilievo la [Relazione al Parlamento 2022 del Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale](#), 45. Cfr. anche G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), n. 4 del 2020.

³⁰ Ciò perché, ancora una volta, non solo non si può determinare a priori la conclusione di un procedimento che non può essere in alcun modo prestabilita temporalmente, ma anche perché, se in un anno, si è approvato un testo in un solo ramo del Parlamento è poco probabile che (al netto della volontà politica) si riesca a discutere nell'altro ramo delle Camere permettendo, come Costituzione consente, che pure il Senato possa deliberare determinandosi anche diversamente tanto da far continuare il procedimento secondo *navette*.

diversa determinazione rispetto a quanto presente nel d.d.l. presentato al Senato³¹ non sarebbe da stigmatizzare nella misura in cui molte delle proposte di riforma pervenute dalla Camera dei deputati non appaiono in linea con quanto la Corte (forse) si aspetterebbe³².

Sicché, se allo scadere della proroga, non si fosse ancora concluso il procedimento, anche solo per la votazione finale (e quindi per la firma del Presidente della Repubblica che peraltro potrebbe anche rinviare la deliberazione alle Camere) ovvero per un aggravio dell'*iter* dei lavori (per il procedimento della *navette*), alla luce del “rinvio del rinvio”, niente può escludere un ulteriore rinvio da parte della Corte, per le stesse ragioni (seppur vaghe) che nell’ordinanza in commento sono addotte (esigenze di collaborazione istituzionale di fronte a un attivismo parlamentare onde evitare la produzione di effetti disarmonici).

Si dovrebbe comprendere con una certa linearità che con il “rinvio del rinvio” viene meno la *ratio* sottostante all’impiego della stessa tecnica decisoria che è quella di garantire certezza alla legalità costituzionale senza rimettere i tempi alla sola politica e/o all’attivismo giudiziario. Queste due variabili altamente indeterminate, infatti, sono alla base di un (parziale) superamento della tecnica decisoria della “doppia pronuncia” classica (inammissibilità prima, accoglimento poi); infatti, se la Corte costituzionale decidesse per il monito attraverso una ordinanza di inammissibilità e questo rimanesse senza riscontro, la tecnica della c.d. “doppia pronuncia” le permetterebbe di accogliere una questione simile se nel futuro dovesse essere nuovamente sollevata, ma la conseguenza sarebbe quella di lasciare nell’ordinamento una normativa non conforme a Costituzione per un tempo non precisato, anche dinanzi a una *quaestio* dalle peculiari caratteristiche e dalla indubbia rilevanza dei valori coinvolti (la qual cosa, del resto, sta comunque accadendo ora per una qualche eterogenesi dei fini).

Considerando, adesso, l’ipotesi in cui il Parlamento concluda, invece, i lavori e che il Capo dello Stato promulghi la legge: saremmo in presenza di una riforma sull’ergastolo ostativo (sostanzialmente o meno ora non riguarda) innovativa della normativa vigente. La scelta “obbligata” sarebbe per la Corte la restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*: dinanzi a un mutamento normativo sopravvenuto, la Corte deve infatti chiedere al giudice rimettente di valutare nuovamente la questione alla luce, per l’appunto, dello *ius superveniens*³³. Al di là dell’ipotesi³⁴ per cui una eventuale introduzione di norme più severe non produrrebbe alcuna ripercussione sul giudizio *a quo*, la Corte non sarà comunque in grado di decidere fra sei mesi, ma solo dopo che il giudice *a quo* decidesse di risollevare la questione immettendo nuovamente la Corte in una fase decisoria.

L’obbligo di rendere giustizia costituzionale pare già ampiamente disatteso.

Come si è visto, le ricadute di questa decisione sono plurime. Tra l’altro, si è dato il via a un procedimento che potrà rappresentare un precedente: l’anno di tempo che d’ora in avanti la Corte intenderà concedere al Parlamento su questioni “rilevanti” al fine di stimolarne l’intervento, sarà (potrà essere) inteso non come un obbligo a intervenire entro il termine fissato ma solo (ma questo è un dubbio interpretativo che l’ordinanza non scioglie) come un onere di inizio dei lavori o di stato avanzato degli stessi. Detto in altri termini, il “rinvio del rinvio” comporterà che non si guardi più al primo rinvio come a un *ultimatum*, ma come a un mero (debole) monito che potrà essere soddisfatto con la sola attivazione dell’*iter* parlamentare (proprio perché non è chiaro il *quantum* di procedimento richiesto per fare apparire come veritiera la “dichiarazione di intenti” orientata alla collaborazione).

Come si vede, le variabili sono talmente varie e imprevedibili che forse la Corte, assicurando sia la sua funzione di garanzia costituzionale, sia il rispetto della discrezionalità legislativa, avrebbe

³¹ Assegnati in sede referente alla Commissione giustizia vi sono sia il ddl. n. 2574, già approvato dalla Camera dei deputati, sia l’Atto Senato n. 2465, di iniziativa del senatore Grasso.

³² Si v. per tutti/e A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo*, cit.; ID., *Ergastolo, il nuovo rinvio*, cit.; M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile “seguito” dell’ord. n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in [Sistema Penale](#), 28 febbraio 2022; [Garante Nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale](#), cit., 47.

³³ Se la novazione fosse meramente formale la Corte dovrebbe trasferire la questione sulla nuova normativa.

³⁴ A. PUGIOTTO, *Ergastolo ostativo*, cit.

potuto intervenire, lasciando al Parlamento di modificare comunque la normativa dichiarata incostituzionale (risultato che sarebbe risultata ovvio)³⁵.

Questa, forse, sarebbe stata la strada da seguire per questa difficile, anzi difficilissima questione.

Strada comunque non lineare, per non avere da subito pronunciato una dichiarazione di accoglimento: una Corte divisa su come procedere ha trovato la quadra per superare il suo *impasse* con l'impiego della tecnica del rinvio, ma se il Parlamento non interverrà allora dovrà spiegare, *in primis* a se stessa, come sarà possibile che il solo trascorrere di un anno e mezzo (al momento) permetterà ciò che non le è stato possibile un anno e mezzo prima, quando ha scritto che «[u]n accoglimento immediato delle questioni proposte, in definitiva, comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»³⁶.

5. Per concludere. Sulla fisiologia costituzionale.

Al di là della conclusione che troverà la *quaestio* sollevata sull'art. 4-*bis* ord. penit., la Corte, prima o poi, dovrà (anche con una ordinanza “chiarificatrice”) necessariamente produrre se non proprio una autonormazione almeno una giurisprudenza prevedibile, in grado di chiarire e portare a soluzione alcuni dei problemi che fino a qui ci hanno intrattenuto, soprattutto la definizione della durata temporale del rinvio da concedere (variabile³⁷ rispetto alla *quaestio* o *standard*³⁸), i motivi che reggono l'*an* (che a oggi appaiono troppo elastici per non dire discrezionali col rischio di scadere da tecnica a «tattica»³⁹ processuale). Tale opera di definizione è servente rispetto alla prevedibilità dell'applicazione della tecnica decisoria allo scopo di ridurre «per quanto possibile la discrezionalità della Corte [in quanto ciò] costituisce il più solido connotato del carattere giurisdizionale delle [...] funzioni [della Corte stessa ed è ...] in tale carattere che risiede il miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità»⁴⁰.

A conclusione di queste note⁴¹, sia lecito l'auspicio che il nostro sistema sia (ritorni a essere) compiutamente improntato al principio per cui il Legislatore esercita la propria funzione, che potrà, poi e sempre, essere sindacata dalla Corte costituzionale, organo alla (continua) ricerca del giusto equilibrio tra le sue due anime, politica e giurisdizionale. La ribadita incostituzionalità accertata ma non dichiarata *con nuovo rinvio di trattazione* per una *nuova discussione* (con nomina di un nuovo

³⁵ Corte cost., [sentenza n. 113 del 2011](#), p.to 3 *cons. dir.*: «[p]osta di fronte a un *vulnus* costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. Né, per risalente rilievo di questa Corte ([sentenza n. 59 del 1958](#)), può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione».

³⁶ Cfr. *retro* la nota 18.

³⁷ Come sollecitato già dai primi commentatori: M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit. §4.

³⁸ Così come lo ha definito – alla luce dell'impiego concreto – autorevolissima dottrina: A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato](#), in questa [Rivista](#), [2021/II](#), 406.

³⁹ M. MASSA, *La terza incostituzionalità “prospettata”*, cit., 9.

⁴⁰ A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 149. Il rispetto delle regole processuali viene richiamato, per l'appunto, anche per la “prevedibilità”, «per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte», così R. ROMBOLI, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in Id. (cur.), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 161 e ss.

⁴¹ E consci dei sempre possibili rischi di “sfiducia” verso il massimo organo di garanzia costituzionale italiano in special modo quando innova le tecniche decisorie: cfr. A. RUGGERI, [Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora ... \(a margine di un comunicato sul caso Cappato\)](#), in questa [Rivista](#), [2018/III](#), 570.

relatore), su cui si è qui portata un'attenzione critica, sembra, infatti, aver prodotto un'oscillazione di non poco conto del pendolo della Corte⁴² verso l'anima politica, non essendo dato di comprendere appieno perché si sia deciso di addivenire ad una decisione “in due tempi” e non già ad una di inammissibilità o (fin dal primo momento) ad una di accoglimento, e, particolarmente, se sarà l'ultima volta che si rinvia.

Alla scadenza del lasso di tempo concesso, si saprà almeno se (non) ci sarà un “due senza tre”.

⁴² R. Romboli (cur.), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, Torino, 2017; R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), n. 3 del 2020, 107. *Contra* M. PICCHI, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), n. 3 del 2020, 1420.