



Michele Massa*

**La terza incostituzionalità «prospettata»
e la questione dell'ergastolo ostativo****

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tecnica decisoria e i suoi precedenti. – 3. Il dibattito. – 4. Quattro osservazioni conclusive (più due).

1. Premessa.

In una questione di grande rilievo sostanziale, l'ordinanza qui commentata fa applicazione di una tecnica decisoria che era stata già sperimentata in due occasioni precedenti¹ e si colloca nella stagione di particolare effervescenza processuale che si vive da alcuni anni a Palazzo della Consulta². La tecnica consiste nell'uso di un'ordinanza per rinviare di qualche tempo, a data fissa, la decisione definitiva di una questione, contestualmente anticipando, almeno in parte, i contenuti di questa decisione, tendenzialmente nel senso dell'accoglimento, e invitando il Parlamento a intervenire, entro il termine del rinvio, sulla situazione normativa in esame e sui problemi costituzionali posti da essa. Gli stessi Presidenti della Corte costituzionale ne hanno parlato come di una incostituzionalità «prospettata»³.

È davvero il segno di un cambiamento durevole nel modo di governare e decidere le questioni di legittimità costituzionale? All'apparire di questa nuova figura, c'era stato chi aveva dubitato che potesse andare al di là del primo, particolarissimo caso, in occasione del quale era stata elaborata⁴, e consolidarsi come un vero e proprio modulo suscettibile di generalizzazione o, comunque, di

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università Cattolica del Sacro Cuore.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Corte cost., ord. 24 ottobre-16 novembre 2018, n. 207, seguita da sent. 25 settembre-22 novembre 2019, n. 242; ord. 9-26 giugno 2020, n. 132, seguita da sent. 22 giugno-12 luglio 2021, n. 150. Rinuncio ad elencare in blocco gli estremi di tutti i commenti sviluppati su queste decisioni (e soprattutto sulla prima, sommersa da una coltre di note tale da costituire forse più un ostacolo che uno strumento per l'approfondimento: cfr. P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 2019, 360). Alcuni riferimenti saranno fatti in seguito, nei limiti in cui risultino funzionali al discorso (che non è quello di un saggio bibliografico), senza pretese di completezza o anche solo di rappresentazione panoramica.

² Cfr. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, sp. 24-45.

³ Da ultimo, G. CORAGGIO, *L'attività della Corte costituzionale nel 2020* (relazione del Presidente, 13 maggio 2021), 13. Come è noto, l'espressione fu inizialmente usata dal Presidente Lattanzi.

⁴ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, 531 ss.

impiego in un più ampio novero di fattispecie. Ora siamo alla terza applicazione in tre anni, ma pare ancora prematuro formulare consuntivi e, per la verità, anche prognosi. La tecnica decisoria – ammesso che se ne possa parlare in questi termini, almeno come ipotesi di lavoro – è ancora in via di assestamento. Come sempre, il suo successo, o meno, dipenderà da numerosi fattori, anche storici e istituzionali, mutevoli e non agevolmente prevedibili⁵. Nondimeno, è possibile osservare la traiettoria compiuta sino a qui e ragionare, se non proprio sulle sue future evoluzioni, almeno sui segnali da tenere d'occhio all'orizzonte.

È questa la prospettiva adottata nel presente commento. Salvo alcuni cenni indispensabili all'economia del ragionamento, si lascia da parte il pur relevantissimo tema sostanziale dell'ordinanza n. 97 del 2021, ampiamente squadernato dalla dottrina anche alla vigilia della decisione e subito all'indomani di essa⁶. Neppure si intende dare istruzioni ai giudici comuni su cosa fare in attesa della decisione definitiva della Corte costituzionale, o ragionare sugli sviluppi possibili a seconda delle reazioni del Parlamento⁷. Saranno accantonati anche temi processuali interessanti, come l'imponente dispiegamento di *amici curiae*⁸. L'attenzione si focalizzerà, invece, sulla tecnica decisoria impiegata⁹ e, da questo punto di vista, la decisione commentata sarà paragonata ai precedenti immediati e messa a confronto con alcuni temi del fitto dibattito sviluppatosi in proposito¹⁰. Dopo la prima applicazione, la tendenza della Corte è andata nel senso di allentare il reticolo di prescrizioni che accompagnano l'invito al legislatore a provvedere entro il termine fissato: un passo in direzione di una collaborazione più aperta e di un maggiore rispetto del ruolo del Parlamento. Tuttavia, ciò non risolve le ambiguità insite nel metodo prescelto: anzi, in un certo senso, può accentuarle. Del resto, esse riflettono problemi di fondo, la cui difficoltà è acuita da dinamiche esterne, seppure naturalmente collegate, agli istituti di giustizia costituzionale.

2. La tecnica decisoria e i suoi precedenti.

⁵ Parte da qui l'analisi di 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 *Riv. AIC*, 2019, 644 ss.

⁶ Per tutti, vedi G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (curr.), *Il fine e la fine della pena. Sull'ergastolo ostativo alla liberazione condizionale*, atti del seminario tenutosi a Ferrara, 25 settembre 2020, in *Forum di Quad. cost. Rass.*, 2020, n. 4. Tra i primi commenti segnalò subito, anche per ulteriori riferimenti, E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in www.sistemapenale.it (25 maggio 2021); nonché F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza n. 97 del 2021*, in www.questionegiustizia.it (27 maggio 2021).

⁷ Cfr. in argomento D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all'ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull'ergastolo ostativo*, in www.giustiziainsieme.it (20 maggio 2021).

⁸ Uno dei quali (il Centro studi giuridici europei sulla grande criminalità Macrocrimes) aveva contribuito all'organizzazione del seminario di cui alla nota 6. Su questo tema, cfr. M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 4, 122 ss. L'introduzione, mediante una modifica delle Norme integrative, di questo istituto è stata preceduta da un seminario organizzato dalla stessa Corte costituzionale, le cui relazioni principali sono edite come T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, e V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, 2019, 371 ss., 393 ss. (con una premessa di A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, ivi, 361 ss.).

⁹ Anche sulla scorta delle considerazioni che avevo sviluppato in *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 1323 ss. (anticipata nel *Forum di Quad. cost.*, 1° dicembre 2018).

¹⁰ Pure in apposite iniziative organizzate di studio: cfr. ad es. il seminario *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, organizzato da *Quaderni costituzionali* a Bologna il 27 maggio 2019 (si vedano le relazioni di E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., e C. SALAZAR, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte»*). *Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in quella *Rivista*, 2019, 531 ss. e 567 ss., nonché i numerosi interventi pubblicati in Seminario QC 2019 – Forum di Quaderni Costituzionali (forumcostituzionale.it); nonché il *forum Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018). In attesa della pronuncia che verrà*, in *Gruppo di Pisa*, 2019, 155 ss.

La decisione capostipite del filone in esame è stata ampiamente analizzata alla luce della comparazione con le esperienze straniere di giustizia costituzionale, alle quali del resto si ispirava dichiaratamente. Riveste particolare interesse un'analisi¹¹ che ha messo in luce affinità e, soprattutto, differenze rispetto alle decisioni tedesche di incompatibilità. Queste ultime: *i*) sono decisioni di merito e hanno effetto vincolante nei confronti di tutti i poteri pubblici, compreso quello legislativo; *ii*) tuttavia, non precludono a future decisioni di illegittimità costituzionale a pieno titolo, qualora il legislatore resti inerte, né alla sostituzione o manipolazione da parte del giudice della normativa difettosa; *iii*) possono però regolarne transitoriamente l'applicazione, in attesa del necessario intervento del parlamento, precludendola o consentendola secondo i casi.

Invece, in tutte e tre le applicazioni che sinora ha ricevuto, la nuova tecnica decisoria italiana presenta i seguenti caratteri: *i*) combina la veste formale di ordinanza (collegiale e numerata) e un effetto di mero rinvio della decisione definitiva (non dissimile da quello di provvedimenti di norma assunti direttamente dal Presidente e non motivati) con la motivazione di una decisione di merito orientata all'accoglimento e la sollecitazione ad un rapido intervento politico sui delicati bilanciamenti tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti; *ii*) in mancanza di un tale intervento, prospetta il reperimento da parte della Corte stessa, in sede di decisione definitiva, di un punto di equilibrio tra quegli interessi, ferma restando la facoltà per il legislatore di rimaneggiare il tessuto normativo anche in seguito¹²; *iii*) non ha la possibilità di regolare il destino della normativa sospetta *medio tempore*, salvo contare sull'effetto di precedente autorevole in merito alla non manifesta infondatezza dei pertinenti dubbi di legittimità costituzionale.

C'è però un aspetto che distingue la vicenda dell'assistenza al suicidio, da un lato, e, dall'altro, quelle della pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa e dell'ergastolo ostativo. La differenza è almeno quantitativa, se non qualitativa, e attiene alle indicazioni impartite al legislatore in merito all'intervento correttivo da adottare.

Nel cd. caso Cappato, la motivazione dell'ordinanza di rinvio – seguendo il calco del drammatico caso concreto da cui aveva avuto occasione il giudizio principale – aveva impartito una serie nutrita di indicazioni¹³, sia pure con un grado diverso di puntualità e, forse, cogenza (in termini ora di necessità, ora di opportunità costituzionale¹⁴). Queste indicazioni sono state successivamente tradotte in un dispositivo di accoglimento manipolativo particolarmente articolato e creativo¹⁵.

¹¹ G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2018, 2493-2495.

¹² Vedi infatti da ultimo, sul tema della prima coppia di ordinanza e sentenza, il testo base adottato il 6 luglio 2021 dalle Commissioni riunite II e XII della Camera dei deputati, in materia di rifiuto di trattamenti sanitari e liceità dell'eutanasia, nel corso dell'esame di vari DDL (C. 2 d'iniziativa popolare, C. 1418 Zan, C. 1586 Ceconi, C. 1655 Rostan, C. 1875 Sarli, C. 1888 Alessandro Pagano, C. 2982 Sportiello e C. 3101 Trizzino). I dibattiti nelle Commissioni (anche nella seduta indicata) insistono sulla necessità, ma allo stesso tempo testimoniano la difficoltà, di raccogliere l'invito della Corte costituzionale a legiferare. Frattanto, nella GU 21 aprile 2021, n. 95, è stata data notizia del deposito del quesito referendario per la parziale abrogazione dell'art. 579 cod. pen.: mediante un'operazione di scucitura e ricucitura dei commi della disposizione (che diventerebbero uno solo), si propone di sopprimere il reato dell'omicidio del consenziente, per consentire esclusivamente l'applicazione delle disposizioni relative all'omicidio nei casi di cui all'attuale terzo comma (quando il fatto sia commesso contro minorenni, contro persone con infermità o deficienze psichiche, o previa estorsione o inganno per ottenere il consenso alla morte). Naturalmente, perlomeno nel suo tenore letterale, la proposta manipolazione sarebbe muta sulla manifestazione e sull'accertamento della volontà di essere uccisi, nonché sui modi di attuazione di tale volontà, né interverrebbe sull'assistenza al suicidio (art. 580 cod. pen.), la quale resterebbe vietata in un novero più ampio di situazioni (eccettuate quelle sole di cui alla sentenza n. 242 del 2019).

¹³ V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, 2019, 1226, 1228, segnala numerosi «eccessi di motivazione» nell'ordinanza di rinvio lì commentata e individua il problema di essa proprio «nei contenuti e nei vincoli che tale rinvio ha previsto».

¹⁴ Si pensi al tema della disponibilità concreta di cure palliative. Nell'ordinanza n. 207 del 2018 si enfatizza la sua natura di vero e proprio «pre-requisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente». Nella sentenza n. 242 del 2019, il discorso è ripreso in termini più sfumati: il passaggio cit. dell'ordinanza viene riproposto solo per affermare «l'esigenza di adottare opportune cautele»; al contempo, si manifesta la consapevolezza (acquisita da un

Invece, negli altri due casi, il problema costituzionale da risolvere è stato inquadrato solo nelle sue linee generali, suggerendo bensì alcuni temi, anche collaterali, da considerare, ma senza impartire istruzioni dettagliate come quelle del 2018. Così, l'ordinanza n. 132 del 2020 richiamava la necessità di circoscrivere la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa, fornendo alcuni esempi delle fattispecie per cui essa può (non deve) considerarsi comunque legittima, e al contempo elencava una serie di possibili misure sanzionatorie complementari (risarcitorie, riparatorie e deontologiche), lasciando ampio spazio alla discrezionalità del legislatore¹⁶. L'ordinanza n. 97 del 2021 è ancora più cauta: si muove sulla falsariga della sentenza n. 253 del 2019, ma si astiene dal riproporre lo stesso schema manipolativo realizzato in quella sede, sottolineando il particolare intreccio, nella situazione considerata, dei diversi interessi in gioco (ivi comprese le esigenze di prevenzione segnalate dai delitti e dalla pena in questione, rispetto alla particolare incisività del beneficio di cui si discute) e tutto un gioco di simmetrie e asimmetrie (tra ergastolani collaboranti e non, tra delitti di mafia e di altro tipo, tra liberazione condizionale e benefici intermedi quali il lavoro all'esterno e la semilibertà) che dovrebbe essere opportunamente regolato. Anche qui si dischiude al legislatore un ampio spazio da riempire con scelte politiche, che la Corte si guarda bene dal dettare analiticamente.

Nel caso dell'ergastolo ostativo, questa impostazione ha destato perplessità in una parte della dottrina¹⁷. Si è rilevato una sorta di passo indietro rispetto alla sentenza n. 253 del 2019, in cui la Corte era parsa spingersi al di là sia della formula tradizionale delle rime obbligate, sia forse anche del recente aggiornamento di essa argutamente qualificato in termini di «versi liberi»¹⁸. Inoltre, pure nel caso in commento si sarebbero potuti rinvenire nell'ordinamento criteri normativi per differenziare la

parere del Comitato nazionale per la bioetica) degli ostacoli a una diffusione adeguata e omogenea di queste terapie; ma poi si demanda al giudice dell'eventuale caso concreto nient'altro che l'accertamento dell'informazione del paziente «in ordine alle possibili soluzioni alternative, segnatamente con riguardo all'accesso alle cure palliative». Orbene, evidentemente, un conto è verificare che il paziente sia stato informato; un altro che le terapie siano effettivamente disponibili, con tempestività e qualità adeguate alla gravità dei principi in gioco, in ciascun contesto. Chi scrive continua a pensare che, se non altro dinanzi a questo aspetto, sarebbe stato preferibile dichiarare la questione inammissibile per attendere che, dai referti periodici al Parlamento attualmente previsti, risultasse il tendenziale superamento delle presenti difficoltà di assistenza.

¹⁵ Mi limito qui a sottolineare il riferimento, nella sentenza n. 242 del 2019, al «previo parere del comitato etico territorialmente competente». Questi organi si sono visti così piovare addosso una competenza almeno in parte nuova e sicuramente delicata (salvo il generico aggancio alla clausola, di cui all'art. 1, comma 2, del d.m. 8 febbraio 2003, la quale prevede residualmente «funzioni consultive in relazione a questioni etiche connesse con le attività scientifiche e assistenziali, allo scopo di proteggere e promuovere i valori della persona»). In proposito, indicazioni interessanti si ricavano da E. LAMARQUE (cur.), *Aiuto al suicidio e profili giuridici del fine vita dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2019* (Corte costituzionale, Servizio studi, STU 317, febbraio 2021), in www.cortecostituzionale.it: non risultava reperibile (a oltre un anno di distanza dalla sentenza citata) alcuna documentazione formale sulla prassi applicativa (ivi, 7), il che si potrebbe considerare, appunto, un segno di difficoltà applicativa; sia un documento della Regione Toscana (ivi, 139), sia uno della Società italiana cure palliative e della Federazione cure palliative (ivi, 146) segnalavano l'elevata problematicità del nuovo ruolo dei comitati bioetici. Ciò a ennesima conferma di quanto sia arduo, per il giudice delle leggi, congegnare regole organizzative e procedurali idonee ad attuare quelle stesse garanzie sostanziali che pure esso ritenga costituzionalmente necessarie.

¹⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più canto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consulta online*, 2020, 406 ss.; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2020, 135. La successiva sent. n. 150 del 2021 ha potuto limitarsi ad annullare la normativa speciale che imponeva l'irrogazione della pena detentiva, solo perché così tornava ad applicarsi quella generale, che prevedeva questa pena in termini alternativi a quella pecuniaria. Peraltro, anche qui è stato necessario fare un passo in più: precisare che, nella scelta di irrogazione delle pene, il giudice deve decidere anche alla luce dei pertinenti principi costituzionali ed europei. Peraltro, M. CUNIBERTI, *op. ult. cit.*, 132, 137 s. (diversamente da A. RUGGERI, *op. ult. cit.*), sembrava scettico sulla possibilità che la Corte, invece di caducare in modo definitivo e integrale la pena detentiva, cercasse di salvaguardarne l'applicazione in casi eccezionali, non ancorati a precisi parametri legislativi.

¹⁷ E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021*, cit., §§ 5-7 e 9.

¹⁸ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 38 nota 32 (dove si spiega il senso della formula e se ne ricordano altre simili) e 101 ss. Vedi ora anche F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, sp. 77 ss., 278 ss., 306 ss.

posizione degli ergastolani a seconda che collaborino o meno con la giustizia¹⁹. Comunque, la questione della collaborazione nemmeno si porrebbe per i delitti, puniti con l'ergastolo ostativo, non connessi a contesti di criminalità organizzata²⁰. In altre decisioni costituzionali – e proprio nella sentenza n. 253 del 2019 – le asimmetrie risultanti dall'accoglimento – nel caso, rispetto ai benefici non toccati dalla sentenza – non sono state ritenute decisive nel senso di precludere interventi manipolativi²¹.

A quest'ultimo proposito, però, si potrebbe replicare che la sentenza del 2019 si riferiva al permesso premio, e cioè al primo e più ridotto beneficio, nella sequenza tipica del trattamento penitenziario; ciò diminuisce di per sé il rilievo dell'asimmetria rispetto ai benefici maggiori, all'inverso di quanto accadrebbe se si allentassero le regole di accesso al beneficio massimo (liberazione condizionale) lasciando inalterate quelle relative ai benefici intermedi. Nondimeno, resta vero che, in altre occasioni, il problema delle asimmetrie è stato superato con maggiore scioltezza. È accaduto, ad esempio, quando è stata annullata la preclusione, prima dell'espiazione di 26 anni di pena, all'accesso ai benefici penitenziari per gli ergastolani rei di sequestro di persona con morte della vittima²². «Questa Corte è consapevole» – fu scritto allora – «che la presente pronuncia potrebbe a sua volta creare disparità di trattamento rispetto alla disciplina – non sottoposta in questa sede a scrutinio di legittimità – dettata [...] in relazione ai condannati a pena detentiva temporanea per [gli stessi delitti]. Tuttavia, tale consapevolezza non può costituire ostacolo alla dichiarazione di illegittimità della disciplina qui esaminata», perché, anche se «[q]ualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici», la Corte «non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale» (è citata qui la sentenza n. 317 del 2009), mentre è compito del legislatore «individuare gli opportuni rimedi alle eventuali disparità di trattamento che si dovessero produrre» per effetto della sentenza di accoglimento.

Prima di procedere oltre, occorre ricordare un altro dato di contesto giurisprudenziale. Accanto alle ordinanze di rinvio, ai versi liberi e ad alcune manipolazioni ardite (legittimate anche sulla base delle prime due *doctrines*), ha continuato ad avere un certo corso anche la tradizionale dichiarazione di inammissibilità, per i casi in cui è (ritenuta) univoca l'inadeguatezza della situazione normativa in esame, ma non altrettanto la soluzione per correggerne i difetti.

Ad esempio, in materia di contributi all'editoria, pur ritenendo «evidente» la «grave lacuna di fondo» di una normativa che prevede tali contributi ma al contempo non garantisce certezza e chiarezza nella loro distribuzione, con ripercussioni su un diritto fondamentale qual è la libertà di manifestazione del pensiero, la Corte non va oltre una decisione di inammissibilità con monito, in quanto «l'adozione di una disciplina che risponda ai canoni ricordati, quanto all'esigenza di armonizzazione del sistema, non impone una soluzione costituzionalmente obbligata»²³. Ancora, quando è stata censurata la mancata possibilità di revocare il (decreto di ammissione al) patrocinio a

¹⁹ Cfr. in merito E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021*, cit., § 6; D. GALLIANI, *Il chiaro e lo scuro*, cit., § 8; F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit., § 3.

²⁰ In realtà, la questione era stata sollevata con specifico ed esclusivo riferimento al «condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis del codice penale, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia». Il che dovrebbe rappresentare un limite processuale alle possibilità di intervento della Corte costituzionale. Vedi però quanto si osserva alla nota seguente.

²¹ In questa sentenza, il problema riguardava almeno due ordini di simmetrie: tra l'associazione mafiosa e i relativi delitti di contesto, da un lato, e, dall'altro, tutti gli altri delitti; tra i permessi premio e gli altri benefici. Sul primo punto, la Corte è intervenuta con un'incisiva estensione dell'accoglimento in via di illegittimità consequenziale. Sul secondo punto, vedi subito oltre nel testo.

²² Sent. 21 giugno-11 luglio 2018, n. 149. Si riporta ora a questa massima anche F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit., § 4.

²³ Corte cost., sent. 4 giugno-25 luglio 2019, n. 206. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019* (relazione della Presidente, 28 aprile 2020), 14, indica questa decisione come esempio dei casi «in cui la mera caducazione della disposizione impugnata non è praticabile, ma allo stesso tempo l'ordinamento non presenta una risposta normativa preconstituita che permetta alla Corte di offrire una soluzione transitoria in attesa dell'intervento del legislatore».

spese dello Stato per la persona offesa che avesse calunniato un innocente, si è ammesso che in una situazione del genere l'attribuzione del beneficio è ingiustificata; ma si è addivenuti comunque a una conclusione di inammissibilità, in ossequio all'ampia discrezionalità del legislatore processuale, in particolare perché «introdurre una nuova ipotesi di revoca del decreto di ammissione [...] implica anche una scelta comunque distonica rispetto a quella effettuata dal legislatore di non operare alcuna distinzione tra i soggetti del processo penale»²⁴. Infine, con riguardo all'interesse dei minori nati attraverso la cd. maternità surrogata a vedere acclarato il rapporto di filiazione con il cd. genitore d'intenzione, la Corte – con una motivazione altamente discutibile, per ragioni sostanziali che qui non possono essere adeguatamente espone – da un lato ha ritenuto «non del tutto adeguata al metro dei principi costituzionali e sovranazionali» la possibilità di adozione in casi particolari (ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera *d*), della legge n. 184 del 1983), la quale risulterebbe «assai distante» dalle «peculiarità della situazione in esame»; ed ha affermato la necessità indifferibile di «adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata». Dall'altro lato, però, pur in presenza di tale asserita urgenza, ha lasciato il compito di intervenire «in prima battuta» al legislatore, «[d]i fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica»; e si è arrestata a una dichiarazione di inammissibilità, pur dando mostra di essere disponibile, in futuro, a pronunce più incisive²⁵.

Beninteso, al di là della tecnica processuale, è fin troppo facile trovare differenze che distinguano queste fattispecie tra loro e nei confronti delle altre passate in rassegna sopra: quanto al loro oggetto; di conseguenza, ai principi coinvolti, al loro rilievo (non certo capitale, ad es., nel caso del patrocinio a spese dello Stato) e all'urgenza di intensificarne la tutela (meno cogente, in presenza di misure comunque in grado di soddisfarli almeno in parte); alla delicatezza dei bilanciamenti da compiere in relazione ai principi antagonisti; infine, quanto al grado di creatività necessario per raggiungere un bilanciamento costituzionalmente accettabile, tenendo conto del tessuto normativo esistente e dei possibili punti di riferimento alternativi. Resta qualche difficoltà nel mettere in relazione in modo organico questi (ed eventuali altri) caratteri delle questioni con i diversi esiti possibili (dall'immediato accoglimento, più o meno manipolativo, all'ordinanza di rinvio, sino all'inammissibilità con moniti più o meno imperiosi). Sul punto si tornerà nelle conclusioni.

3. *Il dibattito.*

Le ordinanze del tipo oggi in esame sono state oggetto di una analisi scientifica serrata, che ha visto il contrapporsi di posizioni e argomenti di segno opposto. Una parte dei rilievi era strettamente legata al cd. caso Cappato: ad es., che si trattava di un caso critico, in cui l'impiego della tradizionale declaratoria di inammissibilità in prima battuta, sia pure per aprire la strada a un'eventuale seconda pronuncia di accoglimento, avrebbe rischiato di produrre esiti paradossali²⁶; oppure, in senso opposto, che la Corte non avrebbe dovuto forzare la mano del Parlamento che appena due anni prima si era occupato (anche) della dignità del malato terminale mediante la legge 219 del 2017²⁷.

Limitando ora l'attenzione agli argomenti suscettibili di generalizzazione, la più importante ragione a favore fa leva sul compito di assicurare la tutela dei diritti e dei principi non adeguatamente

²⁴ Corte cost., sent. 12 febbraio-11 marzo 2020, n. 47.

²⁵ Corte cost., sent. 28 gennaio-9 marzo 2021, n. 33. Vedi anche la sent. 32, in pari data.

²⁶ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa*, cit., 541-542: l'imputato avrebbe potuto essere condannato nel momento stesso in cui veniva riconosciuto il fondamento costituzionale della sua condotta di assistenza al suicidio.

²⁷ Rinvio ancora al mio *Un'ordinanza interlocutoria*, cit., 1339.

valorizzati dalla disciplina in esame: in una parola, sul rendere giustizia costituzionale²⁸. Rispetto a tale obiettivo, sarebbe ormai evidente il fallimento della funzione monitoria²⁹, la quale non assicura la certezza dei tempi di adeguamento della legge, né il controllo su di essi da parte del giudice costituzionale. Non sono considerazioni di scarso spessore, soprattutto se si conviene che le regole della giustizia costituzionale sono strumentali al diritto costituzionale sostanziale³⁰ e, perciò, devono essere fisiologicamente adattate a esso anche mediante interpretazioni evolutive³¹ e applicazioni innovative degli istituti noti (ivi compreso il potere di rinvio).

Più articolato il panorama degli argomenti contro la nuova forma di ordinanza interlocutoria³²: l'assenza di una chiara base normativa, anche nelle Norme integrative, e specificamente di una regolazione positiva dei criteri per l'esercizio del potere di rinvio, a maggior ragione se lo si deve considerare utilizzabile secondo queste originali e più incisive modalità; l'intrinseca ambiguità di una tecnica che impiega un'ampia motivazione di merito per produrre, nell'immediato, un effetto puramente processuale; di conseguenza, la limitatezza degli effetti dell'ordinanza nei confronti del legislatore, dei giudici comuni (che non possono essere obbligati a sollevare questioni analoghe o comunque a sospendere i giudizi cui presiedono) e della stessa Corte costituzionale (che resta libera di decidere in qualunque senso); il prolungamento dei tempi dei giudizi incidentali e, naturalmente, anche di quelli *a quibus*.

Per la verità, nessuno di questi argomenti è totalmente persuasivo. Il potere di gestione del calendario e, quindi, anche di rinvio è previsto dalla legge n. 87 del 1953 (art. 26) e dalle Norme integrative (artt. 7-8) e, in passato, è stato esercitato anche mediante ordinanze collegiali. Una certa ambiguità non è certo estranea alla tradizionale tecnica della doppia pronuncia³³: anzi, quest'ultima lascia intatta per un tempo ancora più lungo – attraverso l'iniziale rigetto – la situazione di illegittimità sul cui merito, poi, comunque la Corte può trovarsi a intervenire. Per quanto riguarda i giudici comuni, essi hanno il dovere di sollevare le questioni di legittimità costituzionale che non siano manifestamente infondate e, comunque, di non dare applicazione alla normativa sospetta; tale dovere va esercitato alla luce dei precedenti, comprese le ordinanze interlocutorie come quelle qui in esame; a presidio di ciò, stanno i normali mezzi di reazione contro le interpretazioni errate del diritto. Infine, tenuto conto anche dei problemi sul tappeto, un certo prolungamento dei tempi del processo

²⁸ Cfr. infatti G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 4, 24 ss., sp. 31-33. Vale la pena ricordare anche ID., *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 6, il quale si conclude ricordando con evidente insoddisfazione l'esito della nota questione costituzionale sul sovraffollamento carcerario (sent. 9 ottobre-22 novembre 2013, n. 279, decisa da un collegio di cui l'autore era Presidente).

²⁹ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie*, cit., 648. Le relative difficoltà sono ammesse dalla stessa Corte: cfr. M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 17, e G. CORAGGIO, *L'attività della Corte costituzionale nel 2020*, cit., 14.

³⁰ M. RUOTOLO, op. loc. ult. cit.; P. CARNEVALE, *Incappare in... Cappato*, cit., 365.

³¹ Peraltro, anche la linea di pensiero che, diversamente da quella richiamata nel testo, più insiste sul valore intrinseco delle regole processuali, ha ritenuto accettabili talune interpretazioni evolutive molto discusse, come la svalutazione del canone dell'incidentalità nella nota vicenda del giudizio civile di accertamento autonomo quale canale di accesso al sindacato sulle leggi per l'elezione del Parlamento (R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Riv. AIC*, 2017, n. 3, 13 ss.).

³² Sui quali cfr., oltre a E. GROSSO, op. cit., anche A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, 2019, 108-112; R. PINARDI, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, 2470 ss.

³³ Questa tecnica trova ora una definizione quasi ufficiale in M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 16: «in un primo momento la Corte indica al Parlamento i punti problematici che richiederebbero una modifica legislativa nell'ambito di una sentenza di inammissibilità o di rigetto. Se il problema non trova risposta da parte del legislatore e continua ad essere portato all'esame della Corte, questa rompe gli indugi e pone essa stessa rimedio, utilizzando gli strumenti normativi a propria disposizione».

potrebbe non ritenersi di per sé irragionevole³⁴ e, comunque, risulta governato dagli stessi poteri esercitati dalla Corte.

Altri argomenti critici sembrano più consistenti. La nuova tecnica è apparsa piuttosto esigente nei confronti del Parlamento, le cui dinamiche e i cui tempi di decisione sono difficili da controllare (soprattutto) dall'esterno: in fin dei conti, anch'essi rientrano nella sfera di discrezionalità politica tipica dell'assemblea³⁵; specialmente laddove si tratti di temi delicati, sui quali le mediazioni sono difficili da trovare, sicché la loro ricerca può fisiologicamente slittare in avanti. La somma complessità dei problemi, la quale abbia dissuaso dall'assumere subito una decisione di merito, difficilmente può sciogliersi nel giro dell'anno, più o meno, di rinvio concesso dalla Corte nei tre casi in esame³⁶. In realtà, la stessa scelta di un simile lasso temporale sinora non è stata motivata e appare difficile da comprendere appieno³⁷: certamente non basta la pura e semplice vicinanza alla durata del rinvio disposto nel primo caso, se non altro per la diversità delle materie oggetto delle questioni successive.

Rispetto a tali problemi, le ordinanze n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021 non presentano novità di rilievo, pur manifestando in linea generale un approccio più rispettoso nei confronti del Parlamento per la già rilevata maggiore parsimonia nel dettare indicazioni in merito alle correzioni legislative da apportare. È ormai storia che il tema della pena detentiva per i giornalisti non sia stato risolto nell'arco di tempo assegnato, rivelatosi una volta di più insufficiente. Quanto poi all'accesso degli ergastolani non collaboranti alla liberazione condizionale, salvo errore, al momento in cui si scrive

³⁴ Critica, sul punto, C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 6, 13 (nonché 14, con riferimento alla possibilità che agli eventuali nuovi impieghi della tecnica in esame faccia seguito l'approvazione di leggi non conformi alle indicazioni della Corte). Tuttavia (a prescindere dal fatto che l'eventualità da ultimo richiamata non solo è teorica, ma dipenderebbe dall'intervento di un organo diverso dalla Corte e darebbe adito a un nuovo procedimento giudiziario dinanzi a quest'ultima), persino la Corte EDU – pur dalla sua caratteristica prospettiva monofocale – ha bensì affermato che il principio della ragionevole durata vale anche per i procedimenti e i giudici costituzionali, ma ha pure ammesso che, in questi casi, il principio non può essere interpretato allo stesso modo che per i giudici comuni. Il ruolo di custode della costituzione, che spetta a un tribunale costituzionale, può imporgli di tenere conto di aspetti diversi da quelli meramente cronologici nella gestione di un caso, come la natura di quest'ultimo e la sua importanza in termini sociali e politici (Corte EDU, GC, *Süssman c. Germania*, 16 settembre 1996, § 41, in una fattispecie in cui un giudizio del Tribunale costituzionale federale era stato ritardato di tre anni rispetto alla sua introduzione). Naturalmente, anche per questo margine di elasticità esistono dei limiti: ad esempio, sono state ritenute eccessive durate dei procedimenti costituzionali di quattro o sette anni (cfr. rispettivamente Corte EDU, GC, *Oršuš e altri c. Croazia*, 16 marzo 2010, § 109; Corte EDU, *Voggenreiter c. Germania*, 8 gennaio 2004, § 52). Il risalente *Giancarlo Lombardo c. Italia* (26 novembre 1992, §§ 17-23) ravvisa una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU in un caso in cui il procedimento principale e quelli incidentale erano durati, insieme, otto anni e quattro mesi. Nella fattispecie oggetto dell'ordinanza qui commentata, l'ordinanza del Tribunale di sorveglianza era del 17 settembre 2019, quella di rimessione della Cassazione del 18 giugno 2020.

³⁵ Cfr. Corte cost., ord. 18 maggio-16 giugno 2016, n. 149, sia pure sulla diversa materia del conflitto di attribuzioni in merito alla gestione dei tempi del procedimento legislativo in base del regolamento del Senato: l'autonomia delle Camere nell'esercizio delle loro funzioni primarie «si estrinseca non solo nella determinazione di cosa approvare, ma anche nella determinazione di quando approvare».

³⁶ Icastico il giudizio di R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, in *Forum di Quad. cost.* (23 giugno 2019), 5: «[i]l trascorrere di undici mesi non può costituire una ragione giuridicamente rilevante per rendere possibile quello che non lo era undici mesi prima [...], né può essere d'aiuto l'aver utilizzato espressioni come "almeno alla stato", "in linea di principio" e simili».

³⁷ Probabilmente, ha qualche rilievo la necessità di assicurare che almeno 11 dei giudici che hanno deciso il rinvio siano ancora in carica al momento della nuova discussione, della decisione e della lettura della (possibile) sentenza. Però non può essere questo l'unico fattore. Si prescinda pure dalle considerazioni di stretto diritto che si potrebbero fare in merito alla continuità dell'organo, la quale non è in discussione, e all'attitudine dello stesso potere di rinvio a risolvere eventuali problemi di composizione del collegio. Di fatto, nel caso dell'ordinanza n. 132 del 2020 il rinvio è stato al 22 giugno 2021: una data che non ha impedito il mutamento del collegio (con l'uscita di Cartabia, Carosi e Morelli e l'ingresso di Buscema, Navarretta e San Giorgio) ma è stata comunque anteriore alla cessazione dalla carica dell'ultimo giudice necessario al *quorum* di 11 (Coraggio, in scadenza nel gennaio 2022). Nel caso oggi in commento, salvo imprevisti, dei 15 membri del collegio decidente solo il Presidente dovrebbe essere cessato dalla carica alla data del rinvio (10 maggio 2022; il successivo sarà Amato, nel settembre 2022).

(fine luglio 2021) risultano due proposte legislative, per le quali non è ancora iniziato l'esame parlamentare³⁸. Sono passati più di tre mesi dall'ordinanza di rinvio (più di due dal suo deposito), mentre ne mancano meno di dieci alla data prevista per la nuova discussione. Al momento, Governo e Parlamento sembrano assorbiti da altri temi di politica e organizzazione giudiziaria e, in linea di massima, saranno impegnati nei prossimi mesi a adottare le misure previste nel Piano nazionale di ripresa e resilienza presentato il 30 aprile 2021 alla Commissione europea e approvato, previa proposta di quest'ultima, dal Consiglio il successivo 13 luglio³⁹.

4. *Quattro osservazioni conclusive (più due).*

È giunto il momento di formulare quattro osservazioni finali sulla tecnica, o tattica, decisoria del rinvio come figura generale. Ad esse si intrecceranno due rilievi sulla specifica applicazione di questa tecnica al tema dell'ergastolo ostativo nell'ordinanza in commento.

In primo luogo, se la tecnica del rinvio è davvero ispirata alla leale collaborazione con il Parlamento e al rispetto dei suoi spazi di scelta (e responsabilità) politica, il suo impiego dovrebbe avvenire più con le modalità seguite negli ultimi due casi, che nel primo.

Quando si è trattato della dignità della persona alla fine della vita, l'estrema difficoltà della materia, la breve distanza di tempo da una legge organica come la n. 219 del 2017, l'analiticità e il costruttivismo delle indicazioni recate dall'ordinanza n. 207 del 2018 potevano fare sospettare che alla Corte interessasse più preconstituirsì un puntello supplementare per una sentenza fortemente creativa e manipolativa, come è stata la n. 242 del 2019, che sollecitare sinceramente una riflessione adeguata ed un eventuale intervento da parte del Parlamento⁴⁰. Negli ultimi due casi, invece, il finale di partita è stato prospettato in termini più aperti. Il che, come si diceva, è indice di maggiore deferenza nei confronti del Parlamento, anche se non è a propria volta senza controindicazioni: quanto più si insiste sulla molteplicità e delicatezza dei bilanciamenti possibili, tanto meno si capisce come possa d'un tratto la Corte, a breve distanza di tempo e nell'inerzia del legislatore, sostituirsi a quest'ultimo. A ben vedere, l'ambiguità è intrinseca alla tecnica di decisione previo rinvio, quanto e più che alla doppia pronuncia, la quale almeno ha luogo in due giudizi formalmente distinti e ad una distanza di tempo tendenzialmente maggiore.

C'è poi il problema della durata temporale del rinvio: non si comprende perché debba sempre aggirarsi attorno a un anno⁴¹, che si è già dimostrato in due occasioni insufficiente, tanto più se viene a cadere in una fase di crisi che mette a dura prova il sistema istituzionale repubblicano e ne fa emergere i punti di debolezza strutturali⁴². A maggior ragione in una simile contingenza, se la

³⁸ La stessa ordinanza n. 97 del 2021 menziona la proposta C. 1951, Bossio, presentata il 2 luglio 2019, sulla scia di Corte EDU, sent. Marcello Viola c. Italia, 13 giugno 2019, ricorso n. 77633/16 (ma vedi già, nella XVII Legislatura, C. 3091, Bossio e altri, presentata il 4 maggio 2015). In seguito, sono state presentate l'11 maggio 2021 la proposta C. 3106, Ferraresi e altri, e il 30 giugno 2021 la proposta C.3184, Delmastro e altri.

³⁹ Per un quadro di sintesi delle scadenze anche parlamentari cfr. SERVIZI STUDI DELLA CAMERA DEI DEPUTATI E DEL SENATO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Schede di lettura* (Documentazione di finanza pubblica n. 28/1; agg. 15 luglio 2021), 31-48.

⁴⁰ *Contra* R. PINARDI, *Il caso Cappato*, cit., 2475, secondo il quale la Corte avrebbe scommesso effettivamente sull'intervento del Parlamento. Nella maggioranza dei commenti, sembrava prevalere lo scetticismo sulla probabilità in concreto di questo intervento, o quantomeno un'attentissima considerazione degli scenari connessi all'eventualità del suo mancato sopraggiungere (vedi lo stesso R. PINARDI, op. cit., 2474).

⁴¹ Il punto non è affatto motivato, come nei due casi precedenti: cfr. ancora R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quad. cost. – Rassegna*, 2020, n. 3, 105.

⁴² Mi permetto di rinviare al mio *A General and Constitutional Outline of Italy's Efforts against COVID-19*, in E. HONDIUS E AA. (curr.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge, 2021, 45 ss.

collaborazione deve essere leale e reale, occorre prendere in attenta considerazione la possibilità, peraltro prefigurata sin dall'inizio⁴³, di eventuali rinvii ulteriori della scadenza inizialmente fissata.

In secondo luogo, conviene tornare a considerare la nuova tecnica insieme agli altri attrezzi decisori, vecchi e nuovi, che la Corte trova oggi nella propria cassetta. Ricapitolando, nei limiti della presente trattazione: la classica sentenza di inammissibilità, con o senza monito, con o senza prefigurazioni di eventuali esiti differenti nell'eventualità che i problemi esaminati persistano e siano nuovamente denunciati; sempre nel senso dell'inammissibilità, la sottolineatura dei rischi di asimmetrie come effetto dell'eventuale accoglimento, o in senso opposto (a sostegno di una decisione di merito) una svalutazione degli stessi rischi in nome dell'esigenza di rendere giustizia costituzionale, o addirittura una loro correzione diretta con la medicina dell'interpretazione o la chirurgia dell'illegittimità consequenziale; naturalmente, l'accoglimento variamente manipolativo, quando sussistano le rime obbligate o anche solo la possibilità di agganciarsi, sia pure a versi sciolti, alla metrica di qualche punto di riferimento preesistente e non troppo distante; la tecnica, o tattica, del rinvio qui più specificamente analizzata; infine, la manipolazione degli effetti temporali, anche nel senso di un loro differimento al futuro per consentire un adeguamento del sistema⁴⁴.

Orbene, è certamente un serio demerito dell'ordinamento italiano non avere mai aggiornato adeguatamente la legge n. 87 del 1953 e avere, così, lasciato in mano alla Corte formule, per così dire, primordiali, congegnate quando l'esperienza, non solo italiana ma europea, di giustizia costituzionale era ancora agli albori. Inoltre, da sempre quello delle tecniche decisorie è un laboratorio effervescente, in cui il giudice delle leggi è stato in qualche modo forzato a dare prova di creatività anche combinatoria⁴⁵. Del resto, la legittimazione, di cui la Corte è sempre alla ricerca in ciascuno dei contesti in opera di volta in volta, può avere molte fonti⁴⁶: la fedeltà ai precedenti e l'applicazione rigorosa delle regole processuali; ma anche la capacità di accrescere l'effettività dei principi costituzionali e, quando essi spingono in direzioni differenti, di verificare che trovino un contemperamento che non ne annulli, o sacrifichi ingiustificatamente, alcuno⁴⁷. È a questa legittimazione orientata al risultato che, evidentemente, tendono le tecniche decisorie passate in rassegna poco sopra.

Nondimeno, oggi l'impressione è che, in questo strumentario, la flessibilità stia prendendo il sopravvento sulla prevedibilità. Vale a dire, che la moltiplicazione e comunque la pluralità delle opzioni possa compromettere la prevedibilità della loro applicazione e, dunque, un profilo anch'esso

⁴³ Anche da parte di uno dei primi commentatori dell'ordinanza n. 207 del 2018, della quale è stato anche vicino osservatore (assistente di studio del Presidente della Corte al momento della decisione) e pugnace sostenitore: M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in www.questionegiustizia.it (19 novembre 2018), § 5 (ma si noti anche, al § 4: «la Corte stessa potrà calibrare il termine di rinvio (che è poi un termine di adempimento assegnato al legislatore) a seconda delle circostanze, restringendolo quando appaiano forti esigenze di certezza del diritto»).

⁴⁴ Cfr. ad es. Corte cost., sent. 25 gennaio-17 marzo 2021, n. 41, in merito ai giudici ausiliari d'appello. La sentenza si muove sulla scorta sia dei noti precedenti relativi alla giurisdizione militare e tributaria, sia di forme più recenti e discusse di manipolazione degli effetti nel tempo. Il problema è quello di mitigare l'«innegabile impatto complessivo che la decisione di illegittimità costituzionale è destinata ad avere sull'ordinamento giurisdizionale e sul funzionamento della giustizia nelle corti d'appello». La soluzione è trovata «inserendo nella normativa censurata un termine finale entro (e non oltre) il quale il legislatore è chiamato a intervenire». Nel caso, il termine è agganciato alla «riforma *in progress* della magistratura onoraria (d.lgs. n. 116 del 2017), la cui completa entrata in vigore è già differita per vari aspetti al 31 ottobre 2025 (art. 32 di tale decreto legislativo) e che è attualmente oggetto di iniziative di ulteriore riforma, all'esame del Parlamento».

⁴⁵ Cfr. C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013. Le tesi generali ivi enunciate sono applicate al tema specifico ora in esame in ID., *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quad. cost.* (7 giugno 2019).

⁴⁶ Mi riporto ancora al quadro teorico delineato da D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 84 ss.

⁴⁷ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), rist. Napoli, 2015, 128, sulla doppia legittimazione in base ai valori e ai risultati.

rilevante la credibilità del metodo giurisdizionale della Corte. Se non proprio una potatura, urge quantomeno una messa a punto e riordino. Altrimenti, il rischio è che non si capisca perché, ad esempio, a volte la Corte dichiara l'inammissibilità; altre volte accoglie con effetti rimandati al futuro, più o meno prossimo; altre volte ancora rinvia a data fissa, senza che siano chiare le ragioni dei tempi scelti, e/o interviene in modo diretto e immediato. Simili difficoltà di comprensione possono ingenerare il sospetto che la scelta sia, in ultima analisi, libera e politica. Per dissipare questo sospetto, occorre anzitutto che la Corte metta a punto gradualmente un certo metodo e autodisciplina nella selezione e nella motivazione delle decisioni; e che, dal canto proprio, la dottrina continui a verificare, analizzare e, per quanto possibile, sistematizzare le varie figure.

In proposito – venendo così al primo rilievo specificamente relativo all'ordinanza qui commentata – questa ha un grande merito: nel momento in cui spiega perché, diversamente dalla sentenza n. 253 del 2019, non addivene subito a un accoglimento, mette in primo piano il carattere apicale e centrale degli aspetti della normativa apprestata per il contrasto delle organizzazioni criminali oggetto della questione. Si tratta di un argomento sostanziale e assiologico, non tecnico-giuridico e nomologico come quello – menzionato, credo non per caso, in posizione secondaria – delle asimmetrie. Viene così (non certo scoperto per la prima volta, ma) confermato un dato essenziale: la dinamica delle tecniche decisorie è condizionata anche da fattori sostanziali e valutativi, oltre che da argomenti processuali (siano essi di sistema, come il problema delle zone franche, oppure più specifici) o dalla pura e semplice coerenza con i precedenti. Il che è uno spunto sul quale si può lavorare per la sistematizzazione di cui si diceva, anche se probabilmente accresce la difficoltà della ricostruzione e rende i suoi eventuali risultati ancora più instabili.

Tornando sul piano generale e guardando al contesto giurisprudenziale descritto, in terzo luogo, non sembra alle viste (dati i precedenti anche recenti) il completo abbandono della vecchia tecnica della doppia pronuncia. Nemmeno ciò sarebbe auspicabile, del resto. Le virtù del giudice possono anche essere passive, secondo la nota espressione di Alexander Bickel. In alcuni casi, il differimento della decisione di merito al momento di un eventuale nuovo incidente di legittimità può rappresentare una strategia minimalista fondata su numerosi precedenti e non priva di vantaggi di sistema⁴⁸.

Quanto si è appena detto vale in linea di principio. Nella specifica questione oggi in esame, ad avviso di chi scrive, le cose sono in parte differenti. Non sarebbe affatto implausibile la restituzione degli atti al giudice rimettente, ove sopraggiungessero gli auspicati interventi legislativi, né ulteriori rinvii, ove tali interventi risultassero concretamente avviati ma non ultimati alla data del 10 maggio 2022. Come si è detto e ripetuto, il termine più o meno annuale non può affatto considerarsi scolpito nel marmo. Invece, è da escludere recisamente un esito di inammissibilità, quand'anche lo si volesse accompagnare con eventuali moniti e prefigurazioni di “seconde pronunce”. Anzitutto, ovviamente, perché l'ordinanza commentata ha impegnato fortemente la credibilità della Corte. Inoltre, per due ulteriori ordini di ragioni: per il modo in cui la questione e la decisione interlocutoria hanno preso forma; per le caratteristiche del settore che esse concernono e le disfunzioni manifestate, al riguardo, dalla legislazione degli ultimi anni.

Deve essersi trattato di una decisione sofferta. Oltre al dispositivo, lo suggeriscono i tempi della camera di consiglio, i due comunicati stampa e le chiose nella conferenza annuale del Presidente della Corte costituzionale, anche in relazione a una eco mediatica vasta e allarmata⁴⁹. Ma non si è trattato di una decisione inattesa. Anzi, è il punto di arrivo di un lungo cammino, ricordato nella stessa ordinanza e nelle analisi scientifiche che l'hanno preceduta e accompagnata. Lo stesso Parlamento ancora molto di recente aveva mostrato piena cognizione del fatto che la questione era imminente.

⁴⁸ Mi permetto di rinviare ai miei *Corte costituzionale e minimalismo*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 4, 53 ss., e *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in C. BERGONZINI e aa. (curr.), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, 524 ss.

⁴⁹ Lo ricorda ancora F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo*, cit., § 1.

La relazione della Commissione antimafia sull'art. 4-*bis* ord. penit., menzionata anch'essa nell'ordinanza n. 97 del 2021, prevedeva con chiarezza che questa disposizione sarebbe andata incontro a ulteriori vagli di legittimità, in vista dei quali si riteneva opportuna una riscrittura complessiva⁵⁰. Dunque, non ci troviamo né all'indomani di interventi organici ancora da mettere alla prova dell'applicazione concreta, dato che tali interventi sono sinora mancati, pur essendo pacificamente doverosi; né alla prima emersione di un problema ordinamentale, alla cui elaborazione si attagliano i tempi più distesi e la pur blanda funzione di stimolo della doppia pronuncia.

Infine – quarta e ultima osservazione di ordine generale – anche le più strutturate disamine del minimalismo nell'esercizio delle funzioni di giustizia costituzionale si guardano bene dal consigliare questo atteggiamento in ogni caso. Esso calza, in particolare, alle decisioni di elevata complessità fattuale o etica e capaci di produrre un disaccordo da gestire mediante un processo deliberativo democratico; ma non ai settori e alle situazioni in cui i processi politici si rivelano intrinsecamente disfunzionali e difettosi⁵¹.

Orbene, la storia recente mostra un'evidente crisi della legge e della legalità penale, segnata da una normazione stratificata, frammentaria, scoordinata e sovente impulsiva, quando non proprio populista⁵². Fin tanto che la situazione rimarrà questa, l'attivismo giudiziario non dovrebbe destare troppa meraviglia e – in questo settore e soprattutto nelle sue aree più critiche – il minimalismo potrebbe non addirsi al sistema di giustizia costituzionale. Dopotutto, come ha osservato una dottrina più volte citata, «[è] la debolezza della politica a evocare la forza del giudice, non il contrario», e il modo migliore per ridimensionare l'azione della Corte costituzionale è che siano ripristinate «le condizioni che mettano in grado il legislatore di esercitare pienamente le sue funzioni»⁵³.

⁵⁰ COMMISSIONE PARLAMENTARE DI INCHIESTA SUL FENOMENO DELLE MAFIE E SULLE ALTRE ASSOCIAZIONI CRIMINALI, ANCHE STRANIERE, *Relazione sull'istituto di cui all'articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975 in materia di ordinamento penitenziario e sulle conseguenze derivanti dalla sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale* (doc. XXIII, n. 3, 20 maggio 2020), 12: «[i] recenti interventi della Corte EDU e della Corte costituzionale [...] hanno indotto questa Commissione ad incentrare specificamente la propria attenzione sul citato disposto normativo e sulle possibili rifluenze di tali pronunce sul diritto interno e sul regime penitenziario dei soggetti condannati per i reati ivi contemplati. Ciò anche in vista di un *nuovo testo normativo* che, senza retrocedere nel contrasto alla criminalità, sia in grado di resistere al *futuro vaglio* della Corte costituzionale e della Corte EDU» (corsivi aggiunti). Ciò veniva detto ancor prima che fosse decisa l'ordinanza di rimessione (3 giugno 2020) da cui è scaturita l'ordinanza n. 97 del 2021.

⁵¹ C.R. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge (Mass.), 1999, 46, 59, 258, ma *passim*. Vedi in argomento N. DEVINS, *The Democracy-Forcing Constitution*, in *Michigan Law Review*, vol. 97 (1998-1999), 1971 ss.

⁵² Cfr. ancora D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., sp. 105 ss.

⁵³ EAD., *La Corte nel contesto*, in *Quest. giust.*, 2020, n. 4, 52.