

Prove tecniche di “collaborazione istituzionale”: commento all’ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *L’iter motivazionale dell’ordinanza.* – 3. *Continuità e discontinuità nella tecnica di rinvio con richiesta di intervento al legislatore. L’incerta insostituibilità del prioritario intervento legislativo.* – 4. *Le ragioni non dette. Un più persuasivo invito al dialogo nell’ottica di efficientamento della tecnica decisionale in esame.* – 5. *La tecnica del rinvio con richiesta di intervento al legislatore alla prova della prassi giurisprudenziale.* – 6. *Cenni conclusivi.*

1. Premessa

Con l’ordinanza n. 97/2021 (1) la Corte costituzionale è tornata a utilizzare la tecnica dell’incostituzionalità “prospettata”, come l’aveva definita l’allora Presidente Giorgio Lattanzi (2)

(1) I. - Il testo integrale dell’ordinanza si legge in <www.cortecostituzionale.it>.

II. - Segue la nota di nota V. Carucci, *Prove tecniche di “collaborazione istituzionale”:* commento all’ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale.

(1) Tra i primi commentatori, M. Mengozzi, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull’ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in <www.diritticomparati.it>, 20 maggio 2021; H.J. Woodcock, *Qualche considerazione sulla recente pronuncia della Corte costituzionale in materia di “ergastolo ostativo”*, in <www.questionegiustizia.it>, 26 maggio 2021; F. Gianfilippi, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all’ordinanza 97/2021*, *ivi*, 27 maggio 2021; D. Mauri, *La prevista censura dell’ergastolo ostativo non andrà in onda: al suo posto, un “invito al legislatore”*, in <www.sidiblog.org>, 27 maggio 2021; D. Gallini, *Il chiaro e lo scuro. Primo commento all’ordinanza 97/2021 della Corte costituzionale sull’ergastolo ostativo*, in <www.giustiziainsieme.it>, 20 maggio 2021.

(2) Relazione sull’attività della Corte costituzionale nell’anno 2018, in <www.cortecostituzionale.it>. In dottrina, si è parlato di pronuncia “ad incostituzionalità differita”, ovvero “ad incostituzionalità immediata e ad annullamento differito”: così, rispettivamente, M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, e

all'indomani della prima ordinanza di questo tipo, la n. 207/2018, resa in relazione alla fattispecie criminosa dell'aiuto al suicidio nel noto caso Cappato (3).

Attraverso simile tecnica “di gestione del processo” (4), la Corte costituzionale accerta l'incostituzionalità della norma di legge sottoposta a scrutinio, ma non la dichiara formalmente, rinviando a data fissa la discussione della causa, al fine di consentire al legislatore, nelle more, di adottare una nuova disciplina della materia, che tenga conto delle segnalate frizioni rispetto alla Costituzione.

Tre sono le *rationes* che la Corte ancora all'utilizzo di questo tipo di ordinanza.

In primo luogo, viene eseguito un esame della “normativa di risulta”, e si ravvisa una sorta di incostituzionalità da sbilanciamento della stessa: in altri termini, si ritiene che la dichiarazione “secca” di incostituzionalità rischi di arrecare un *vulnus* ad altri principi o valori costituzionali ugualmente meritevoli di tutela, di cui il Giudice costituzionale ritiene di doversi fare carico, quale garante dell'*unitarietà* della Costituzione, cioè della legalità costituzionale nel suo complesso.

In secondo luogo, si rileva che “il riempimento” di quel vuoto normativo conseguente alla declaratoria di incostituzionalità, pur doveroso nell'*an*, sia discrezionale nel *quomodo*, e si individua appunto nel legislativo

re il soggetto *ordinariamente* e (quanto meno) *prioritariamente* titolato a intervenire.

In ultima analisi, la natura *fondamentale* dei diritti coinvolti nella decisione conduce la Corte a trattenere la questione, piuttosto che a dichiararla inammissibile, magari formulando un monito al Parlamento.

L'occasione che ha condotto all'adozione dell'ordinanza n. 97/2021 concerne il sindacato sulla legittimità costituzionale del c.d. ergastolo ostativo, e più in particolare sulla compatibilità con gli artt. 3, 27, c. 3, e 117, c. 1, Cost., del sistema normativo che esclude l'accesso alla liberazione condizionale per il condannato all'ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia pur in assenza delle condizioni di accertata impossibilità o inesigibilità della collaborazione stessa.

Dall'adozione della c.d. ordinanza Cappato, la pronuncia in esame segue l'ordinanza n. 132/2020 (5) e costituisce quindi il terzo tentativo di interlocuzione *diretta* con il Parlamento.

Nel presente contributo si tenterà quindi di analizzare gli elementi di continuità e gli aggiustamenti che la Corte sta apportando allo strumento decisionale in esame, che costituisce un *novum* di ancora incerto collocamento sistematico nel processo costituzionale, e secondo parte della dottrina di dubbia legittimità, a legislazione, anche costituzionale, vigente. Infine, alla luce del contesto ordinamentale e dell'esperienza maturata sinora, si soppeseranno gli elementi di criticità e le potenzialità di questa tecnica decisoria, al fine di trarne un bilancio anche in prospettiva *de iure condendo*.

(5) Anch'essa conclusa con rinvio a data fissa e contestuale richiesta di intervento al legislatore. La questione incidentale ha per oggetto l'art. 595, c. 3, c.p. e l'art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa), nella parte in cui prevedono la pena della reclusione – in via alternativa o cumulativa rispetto alla multa – a carico di chi sia ritenuto responsabile del delitto di diffamazione aggravata dall'uso del mezzo della stampa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. Su tale decisione si vedano i contributi di 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 <www.osservatoriosullefonti.it>, 2020; A. Ruggeri, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost., n. 132 del 2020)*, in <www.giurcost.org>, 9 luglio 2020; R. Pinardi, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in <www.forumcostituzionale.it>, 4 agosto 2020; A. Mazzola, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il “caso Cappato”*, in <www.giurcost.org>, 6 ottobre 2020; 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 *Foro it.*, 2020, I, 2565; G. Battistella, *La nuova tecnica decisoria sul “caso Cappato” tra diritto processuale e sostanziale*, in <www.gruppodipisa.it>, 4 agosto 2020.

F.S. Marini, *L'ordinanza Cappato: la decisione di accoglimento parziale nelle forme dell'ordinanza di rinvio*, entrambi in F.S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Esi, 2019, rispettivamente 19 e 205. Parla invece di “monito rafforzato” A. Natalini, *Brevi note a margine di una storica ordinanza “trifronte”*, *ivi*, 249.

(3) Sull'ord. n. 207/2018, oltre ai contributi contenuti in F.S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., si vedano anche D'Amico, *Il “caso Cappato” e le logiche del processo costituzionale*, intervento al Seminario 2019 di Quaderni costituzionali “Dopo l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?”, Bologna, 27 maggio 2019, in <www.forumcostituzionale.it>, e, *ivi*, anche: F. Dal Canto, *Il “caso Cappato” e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*; C. Panzera, *L'ordinanza “una e trina”*; R. Romboli, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*. V. anche A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in <www.giurcost.org>, 20 novembre 2018; 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 <www.forumcostituzionale.it>, 1 dicembre 2018; N. Fiano, *Caso Cappato, “vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli”. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, *ivi*, 25 ottobre 2018; M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, *ivi*, 1 dicembre 2018.

(4) Che l'utilizzo di simile tecnica decisoria rientri nei “propri poteri di gestione del processo” è affermato dalla Corte in tutte e tre le ordinanze di rinvio con richiesta di intervento al legislatore sinora adottate.

2. L'iter motivazionale dell'ordinanza

Lo scrutinio richiesto alla Corte nel caso in esame concerne la legittimità costituzionale della presunzione assoluta di mancata rescissione dei legami con la criminalità organizzata, e quindi di insussistenza del presupposto del *sicuro ravvedimento* ai fini dell'accesso alla liberazione condizionale, per il condannato all'ergastolo per delitti "ostativi" che non abbia collaborato utilmente con la giustizia.

L'assolutezza di tale presunzione, superabile appunto esclusivamente attraverso la collaborazione stessa, collide, ad avviso della Corte, con il principio costituzionale di risocializzazione di cui all'art. 27, c. 3, Cost., e con l'art. 3 Cost.

Non è la presunzione in sé a essere ritenuta illegittima, e anzi è considerato ragionevole presumere che il condannato all'ergastolo per reati di contesto mafioso, che non collabori con la giustizia, mantenga vivi i legami con l'organizzazione criminale di appartenenza. Ciò in ragione della intrinseca natura e strutturazione dei legami criminosi di stampo mafioso, tale per cui l'appartenenza a un'associazione di questo tipo implica un'adesione stabile a un sodalizio criminoso, fortemente radicato sul territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, dotato di particolare forza intimidatrice e capace di protrarsi nel tempo.

Tuttavia, anche a motivo di questa tipica struttura del sodalizio associativo, la decisione di non collaborare con la giustizia può trovare spiegazioni diverse dalla mancata dissociazione, e dunque dall'attualità della pericolosità sociale o dall'assenza del sicuro ravvedimento: lo scambio collaborativo potrebbe infatti essere rifiutato, ad esempio, per evitare di mettere a rischio i propri cari, preservandoli dai pericoli che una collaborazione potrebbe comportare.

Dunque, l'irragionevolezza della presunzione si riscontra appunto nella sua assoluta insuperabilità con mezzi diversi dalla collaborazione stessa; insuperabilità che preclude al magistrato di sorveglianza ogni vaglio di merito sulla sussistenza dei presupposti per la concessione della liberazione condizionale, impedendogli di valutare, dopo un lungo periodo di carcerazione, che potrebbe aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del condannato, il relativo percorso carcerario, in contrasto con la funzione rieducativa della pena.

Per essere legittima, dunque, la presunzione deve divenire relativa, e cioè superabile dalla formulazione di allegazioni contrarie, le quali devono poter essere oggetto di una valutazione "specifica e individualizzante" da parte della magistratura di sorveglianza.

La Corte è consapevole che, nel passato, simile questione era stata già decisa, e ritenuta non fondata, dalla sentenza n. 135/2003 (6), ma si fa carico di ope-

(6) In quell'occasione, la Corte aveva ritenuto non assoluta la presunzione in discussione, sul presupposto per cui «la disciplina censurata non impedisce in maniera assoluta e definitiva l'ammissione alla liberazione condizionale, ma ancora il

rare una interpretazione evolutiva e attualizzata (caso, come noto, non unico, anche in materia penale), facendo leva sia sulla propria giurisprudenza che su quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Sotto il primo profilo, la decisione ricostruisce la giurisprudenza costituzionale che, esprimendosi sulla compatibilità tra la pena dell'ergastolo di cui all'art. 22 c.p. e il principio costituzionale di risocializzazione, ha plasmato la legislazione di volta in volta oggetto di scrutinio nel senso di rendere *riducibile* la pena senza fine (7), giurisprudenza che conterrebbe appunto «*le premesse per una risposta diversa*».

Con particolare riferimento alla presunzione qui in discussione, viene menzionata la pronuncia n. 306/1993, là dove la Corte – pur dichiarando non fondata la questione (8) – aveva evidenziato come la col-

divieto alla perdurante scelta del soggetto di non collaborare con la giustizia; scelta che è assunta dal legislatore a "criterio legale di valutazione di un comportamento che deve necessariamente concorrere ai fini di accertare il 'sicuro ravvedimento' del condannato"».

(7) Il riferimento è alle sentenze nn. 204 e 264/1974, n. 274/1983, n. 168/1994, n. 161/1997.

(8) Il giudizio aveva per oggetto l'art. 4-bis, c. 1, lett. a), prima e seconda parte, ordin. penit., come modificato dall'art. 15, c. 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), gli artt. da 1 a 10 e 15, c. 2, d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla l. 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui richiede la collaborazione con la giustizia ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari per una determinata categoria di condannati. In quell'occasione – va ricordato che la pronuncia è di poco successiva alle tragiche stragi di mafia dei primi anni '90 – la Corte aveva sottolineato che «*tra le finalità che la Costituzione assegna alla pena – da un lato, quella di prevenzione generale e difesa sociale, con i connessi caratteri di afflittività e retributività, e, dall'altro, quelle di prevenzione speciale e di rieducazione, che tendenzialmente comportano una certa flessibilità della pena in funzione dell'obiettivo di risocializzazione del reo – non può stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione (cfr. sentenza n. 282 del 1989). Il legislatore può cioè – nei limiti della ragionevolezza – far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata. [...] In questo quadro appare certamente rispondente alla esigenza di contrastare una criminalità organizzata aggressiva e diffusa, la scelta del legislatore di privilegiare finalità di prevenzione generale e di sicurezza della collettività, attribuendo determinati vantaggi ai detenuti che collaborano con la giustizia*». Pur concludendo in questi termini, già allora la Corte aveva però aggiunto: «*Non si può tuttavia non rilevare come la soluzione adottata, di inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Inoltre, non può non destare serie perplessità, pur in una strategia di incentivazione della collaborazione, la vanificazione dei programmi e percorsi rieducativi (in atto magari da lungo tempo) che sarebbe conseguita alla drastica impostazione del decreto-legge,*

laborazione con la giustizia, di per sé sola, potrebbe non costituire sintomo credibile di ravvedimento, e specularmente come l'omessa collaborazione potrebbe trovare giustificazioni diverse dall'assenza di recisione dei legami con l'organizzazione di appartenenza.

Sotto il secondo e pregnante versante, l'ordinanza fa leva sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e in particolare sulla recente sentenza *Viola c. Italia* del 23 giugno 2019 (9), che – peraltro facendo ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana – ha riconosciuto l'incompatibilità con l'art. 3 della Convenzione (recante il divieto di pene o trattamenti inumani e degradanti) dell'ergastolo ostativo ai fini dell'accesso alla liberazione condizionale, incompatibilità appunto ravvisata nell'opposizione, da parte della legislazione statale, di una insuperabile equivalenza tra la mancata collaborazione e la pericolosità sociale del detenuto, ai fini dell'ammissione a tale beneficio (10).

particolarmente nei confronti di soggetti la cui collaborazione sia incolpevolmente impossibile o priva di risultati utili e, comunque, per i soggetti per i quali la rottura con le organizzazioni criminali sia adeguatamente dimostrata».

(9) Corte Edu 23 giugno 2019 (ricorso n. 77633/16). Lo Stato italiano aveva formulato istanza di rinvio di tale decisione alla Grande Camera, ai sensi dell'art. 43 Cedu, ma il collegio di cinque giudici deputato al vaglio preliminare dell'istanza, ha ritenuto insussistenti i presupposti per un riesame decisionale dell'8 ottobre 2019.

(10) Si legge, in particolare ai par. 116 ss. della sentenza della Corte Edu: «Ora, se è vero che il regime interno offre al condannato la scelta di collaborare o meno con la giustizia, la Corte dubita della libertà di questa scelta, come dell'opportunità di stabilire un'equivalenza tra la mancanza di collaborazione e la pericolosità sociale del condannato. [...] [L]a mancanza di collaborazione potrebbe essere non sempre legata ad una scelta libera e volontaria, né giustificata unicamente dalla persistenza dell'adesione ai "valori criminali" e dal mantenimento di legami con il gruppo di appartenenza. [...] Constata che, se altre circostanze o altre considerazioni possono spingere il condannato a rifiutare di collaborare, o se la collaborazione può eventualmente essere proposta con uno scopo puramente opportunistico, l'immediata equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale finisce per non corrispondere al reale percorso rieducativo del ricorrente. Osserva, in effetti, che, considerando la collaborazione con le autorità come la sola dimostrazione possibile della "dissociazione" del condannato e del suo cambiamento, non si è tenuto conto degli altri elementi che permettono di valutare i progressi compiuti dal detenuto. In effetti, non è escluso che la "dissociazione" con l'ambiente mafioso possa esprimersi in modo diverso dalla collaborazione con la giustizia. [...] In questo caso, la Corte ritiene che l'assenza della "collaborazione con la giustizia" determini una presunzione assoluta di pericolosità, che ha per effetto quello di privare il ricorrente di ogni prospettiva realistica di liberazione (si veda, tra altre, Harakchiev e Tolumov, citata, § 264, e Matiošaitis e altri, citata, § 177). Il ricorrente rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, la sua punizione rimane immutabile, insuscettibile di controllo e rischia anche di appesantirsi con il tempo (Vinter, citata, § 112). [...] La Corte sottolinea che, in effetti, il ricorrente si trova nella impossibilità di dimostrare che non vi è più alcun motivo legittimo di ordine penologico a giustificazione del suo mante-

In ultima analisi, la Corte si sofferma sulla recente pronuncia n. 253/2019, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 4-bis, c. 1, ordin. penit., nella parte in cui esclude che il condannato per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di permessi premio.

Anche in quel caso, precisamente, la presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato non collaborante era stata ritenuta, per ragioni analoghe a quelle esposte nell'ordinanza in commento, incompatibile con il principio di risocializzazione, e illegittima per violazione degli artt. 3 e 27, c. 3, Cost. La soluzione adottata dalla pronuncia era stata quella di "convertire" tale presunzione da assoluta in relativa, consentendo al magistrato di sorveglianza l'acquisizione di stringenti informazioni in merito all'eventuale attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, e all'assenza di pericolo di un loro eventuale ripristino. Soluzione questa, ad avviso della Corte, non solo già rinvenibile nell'ordinamento (e cioè nello stesso art. 4-bis ordin. penit., per le ipotesi in cui la collaborazione risulti inesigibile, impossibile, ovvero oggettivamente irrilevante), ma ritenuta "criterio costituzionalmente necessario (sentenza n. 242 del 2019) per sostituire in parte qua la presunzione assoluta caducata" (11).

Con la medesima decisione la Corte costituzionale aveva altresì dichiarato l'illegittimità costituzionale in via consequenziale anche del divieto assoluto, in caso di mancata collaborazione, della concessione di permessi premio previsto dalla norma sottoposta a scrutinio in relazione agli altri reati in essa contemplati, e diversi da quelli oggetto del giudizio a quo e dell'ordinanza di rimessione; ciò sul presupposto per cui, agendo altrimenti, «la mancata estensione a tutti i reati previsti dal primo comma dell'art. 4-bis ordin. penit. dell'intervento compiuto dalla presente sentenza sui reati di associazione mafiosa e di "contesto mafioso" finirebbe per compromettere la stessa coerenza intrinseca dell'intera disciplina» (12).

Pur ritenendo che le *rationes decidendi* poste a fondamento della richiamata pronuncia n. 253/2019 valgano anche in relazione all'accesso alla liberazione

nimento in detenzione e che, pertanto, ciò è contrario all'articolo 3 della Convenzione (ibidem, § 129), dato che, disponendo l'equivalenza tra l'assenza di collaborazione e la presunzione assoluta di pericolosità sociale (paragrafi 116 e 120, qui sopra), il regime in vigore collega in realtà la pericolosità dell'interessato al momento in cui i delitti sono stati commessi, invece di tener conto del percorso di reinserimento e degli eventuali progressi compiuti dalla condanna».

(11) Corte cost. n. 253/2019, par. 9 del considerato in diritto. Si noti il riferimento alla sent. n. 242/2019, resa in materia di aiuto al suicidio a seguito dell'infruttuoso tentativo di interazione con il Parlamento di cui all'ord. n. 207/2018.

(12) Corte cost. n. 253/2019, par. 12 del considerato in diritto.

condizionale del condannato per delitti c.d. ostativi non collaborante, nei par. 8 e seguenti dell'ordinanza in discussione la Corte individua i motivi che, diversamente da quella fattispecie, osterebbero, almeno nell'attualità, all'adozione di una pronuncia di incostituzionalità *ex art.* 136 Cost.

La Corte sottolinea che nell'odierna fattispecie a venire in questione non è l'accesso al permesso premio, ma alla liberazione condizionale; sicché *“rispetto al caso precedente, la posta in gioco è ancora più radicale, giacché, in termini ordinamentali, sono in questione le condizioni alle quali la pena perpetua può dirsi compatibile con la Costituzione; mentre, dal punto di vista del condannato, è in discussione la sua stessa possibilità di sperare nella fine della pena”* (13).

La soluzione dell'incidente di costituzionalità riguarda insomma *«aspetti centrali e, per così dire, “apicali” della normativa apprestata per il contrasto alle organizzazioni criminali: sia quanto alle fattispecie di reato (delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-bis cod. pen., ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste), sia con riferimento all’entità della pena inflitta (ergastolo), sia in relazione al beneficio avuto di mira, la liberazione condizionale, che dischiude l’accesso alla definitiva estinzione della pena»* (14).

In questo contesto, prosegue la Corte, un tipico intervento demolitorio potrebbe risultare inappagante per il complessivo equilibrio della disciplina in esame, e per le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva tramite essa perseguite.

In particolare, potrebbe risultare incongrua l'equiparazione tra ergastolani collaboranti e non collaboranti. Ancora, alla luce della sicura giustificabilità di una presunzione, sia pur relativa, di pericolosità specifica per il condannato non collaborante, spetta *“alla discrezionalità legislativa, e non già a questa Corte, decidere quali ulteriori scelte risultino opportune per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella di altri ergastolani, a integrazione della valutazione del suo sicuro ravvedimento ex art. 176 cod. pen.”*; condizioni che, seppure la Corte individua a titolo esemplificativo (15), vengono riconosciute come *“tipiche scelte di politica criminale, destinate a fronteggiare la perdu-*

rante presunzione di pericolosità ma non costituzionalmente vincolate nei contenuti, e che eccedono perciò i poteri di questa Corte” (16).

La Corte fa poi riferimento alle proposte di riforma della disciplina censurata già maturate in Parlamento dopo la sentenza *Viola c. Italia*, che aveva appunto accertato un vizio strutturale della normativa italiana, da risolversi preferibilmente per via legislativa (17).

Sotto un ultimo aspetto, la decisione sottolinea che, in base all'ordinanza di rimessione, lo scrutinio di costituzionalità risulta limitato alla disciplina inerente ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, mentre analogo trattamento è riservato dall'art. 4-bis, c. 1, ordin. penit., anche ad altre fattispecie delittuose; in generale, inoltre, rispetto a tutti questi delitti la non collaborazione per i condannati all'ergastolo preclude l'accesso anche agli altri benefici penitenziari (salva la liberazione anticipata e, dopo la sentenza n. 253/2019, il permesso premio).

L'accoglimento della questione, giacché limitato alla disciplina oggetto dell'atto di promovimento, comporterebbe dunque effetti disarmonici sul sistema penitenziario “di risulta”.

Pertanto, facendo leva su *“esigenze di collaborazione istituzionale”* e sui *“propri poteri di gestione del processo costituzionale”*, la Corte ha rinviato la discussione della causa alla successiva udienza del 10 maggio 2022, dando al legislatore, depositario, quanto meno *“in prima battuta”*, del compito di *“ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata”*, un congruo tempo per affrontare la materia, *“mentre compito di questa Corte sarà quello di verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte”* (18).

3. *Continuità e discontinuità nella tecnica di rinvio con richiesta di intervento al legislatore. L'incerta insostituibilità del prioritario intervento legislativo*

Come si accennava, l'ordinanza n. 97/2021 costituisce il terzo tentativo, da parte della Corte costituzionale, di avviare un *dialogo* con il Parlamento in

(13) Corte cost. ord. n. 97/2021, par. 8 del considerato in diritto.

(14) *Ivi*, par. 9 del considerato in diritto.

(15) Quali l'emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione, par. 9 del considerato in diritto. L'individuazione di linee di indirizzo per l'adozione della futura disciplina costituisce un tratto comune a tutte e tre le ordinanze di rinvio con richiesta di intervento al legislatore adottate sinora. Sul merito di questi suggerimenti si sono espressi criticamente diversi commentatori: cfr. M. Mengozzi, *op. cit.*; H.J. Woodcock, *op. cit.*; D. Gallini, *op. cit.*

(16) Corte cost. ord. n. 97/2021, par. 9 del considerato in diritto.

(17) La Corte fa riferimento alla *“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”*, rassegnata il 20 maggio 2020 dalla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere (istituita con l. n. 99/2018), nonché alla proposta di legge A.C. n. 1951, come pure alle informazioni rese dal Governo al Consiglio d'Europa quanto ai seguiti ordinamentali della sentenza *Viola c. Italia*.

(18) Corte cost. ord. n. 97/2021, par. 11 del considerato in diritto.

pendenza dell'incidente di costituzionalità, e di elevare questo meccanismo di dialogo a tecnica processuale.

Sebbene non siamo di fronte a grandi numeri, sembra potersi ritenere che, diversamente da quanto preannunciato, se non persino auspicato (19), da una parte della dottrina, la Corte abbia intenzione di includere stabilmente questa tipologia decisoria nel proprio armamentario processuale, pur non essendo essa espressamente codificata (20).

La lettura della decisione fa anche presumere che la Corte stia sperimentando vari accorgimenti e aggiustamenti nell'utilizzo di questo genere di pronuncia; del resto, essa si connota per alcuni aspetti di diversità rispetto alle due ordinanze che l'hanno preceduta.

A livello formale l'ordinanza è strutturata, al pari delle precedenti, nella forma *tipica* delle sentenze (epigrafe, *ritenuto in fatto, considerato in diritto*, conclusioni), ed è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale. Non mancano quindi, anche in questo caso, gli elementi che già in precedenza avevano indotto acuta dottrina (21) a riconoscere in questo genere di decisioni la sostanza di sentenza (22) o, meglio, i connotati fondamentali delle fonti del diritto. Proprio alla luce di tali elementi, peraltro, si è argomentata la chiarezza del *volutum* dell'atto, nel senso sia di riconoscere l'incostituzionalità della previsione oggetto di scrutinio, sia di rendere certa, e non controvertibile, l'adozione di una sentenza di illegittimità costituzionale, in caso di mancato intervento del legislatore entro il termine del rinvio di udienza.

Se, anche in questo caso, l'incostituzionalità del sistema normativo oggetto della decisione risulta argomentata in maniera solida, alcuni indici di natura più sostanziale rendono invece meno scontata la decisione di incostituzionalità in caso di inerzia del legislatore (23).

(19) In questo senso v. 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. Di contrario avviso, tra gli altri, M. D'Amico, *Il "caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, cit.

(20) In questo senso, già a seguito dell'ord. n. 132/2020, ma criticamente, R. Pinardi, *op. cit.*, 106, che parla dell'ordinanza Cappato come della "*prima epifania di una nuova tecnica di decisione con la quale il Collegio cerca di instaurare un dialogo più proficuo con gli organi legislativi*".

(21) F.S. Marini, *op. cit.*, 211 ss., secondo cui, a seguito dell'adozione dell'ord. n. 207/2018, la Corte sarebbe stata "*ormai vincolata giuridicamente dall'accertamento*".

(22) Tra gli altri, U. Adamo, *op. cit.*, 1, secondo cui "*si scrive ordinanza, ma si legge sentenza*". In questo senso, anche con riferimento alla successiva ord. n. 132/2020, v. R. Pinardi, *op. cit.*, 105.

(23) Di diverso avviso D. Gallini, *op. cit.*, secondo cui, alla luce dell'iter argomentativo dell'ordinanza, "[l]a Corte quindi accerta l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo. Consideriamola una pietra inamovibile, anzi diciamo così: se il Parlamento nulla farà entro il 10 maggio 2022, l'ergastolo ostativo sarà dichiarato incostituzionale, con una sentenza di accogli-

A differenza del precedente di cui all'ordinanza n. 207/2018, infatti, nella decisione in commento la natura sussidiaria, ma pur sempre imprescindibile, dell'intervento del Giudice costituzionale, in caso di mancato riscontro del legislatore, si lascia apprezzare in maniera più sfumata.

Se è vero che, anche in questo caso, si rinvencono espressioni del tipo che spetta al legislatore intervenire "*in prima battuta*" sul tema, molto più articolati sono i passaggi in cui la Corte sembra escludere la possibilità di caducare la norma esaminata, in assenza dell'iniziativa legislativa.

Emblematica è l'argomentazione con cui la Corte riconduce l'individuazione delle possibili ulteriori misure per valutare il presupposto del sicuro ravvedimento *ex art. 176 c.p.* a scelte di politica criminale non costituzionalmente vincolate nei contenuti, aggiungendo la seguente consequenziale: "*e che eccedono perciò i poteri di questa Corte*". Incisivo è pure il successivo passaggio in cui si sottolinea che, in assenza di queste valutazioni legislative, l'immediata dichiarazione di illegittimità costituzionale "*potrebbe determinare disarmonie e contraddizioni nella complessiva disciplina di contrasto alla criminalità organizzata, nonché minare il rilievo che la collaborazione con la giustizia continua ad assumere nell'attuale sistema*".

Simili considerazioni appaiono più perentorie di quelle contenute nei due precedenti (24), rendendo meno prevedibile un eventuale intervento demolitorio in caso di inerzia del Parlamento.

Questa conclusione va però soppesata tenendo conto dell'effettività del *potenziale decisivo* della Corte. È il caso di chiedersi, in altri termini, se – sia in ragione dei poteri espressamente riconosciuti dall'ordinamento positivo, sia in ragione di quel margine di flessibilità che le regole del processo costituzionale necessariamente richiedono, e alla luce del quale è ormai nutrita la tipologia di pronunce che si discostano dalla *mera incostituzionalità* – l'argomentata insufficienza dei mezzi di intervento del Giudice delle leggi sussista; e simile esame va condotto non in assoluto, ma con riferimento all'ipotesi oggetto dello scrutinio di costituzionalità richiesto nella fattispecie qui in esame.

mento manipolativo". L'A. dubita però che la Corte utilizzerà l'illegittimità consequenziale in relazione agli altri delitti di cui all'art. 4, c. 1-bis, ordin. penit.

(24) L'ammorbidimento, per vero, si nota già nell'ord. n. 132/2020, e in proposito si è parlato di "*non secondari adattamenti*" e dell'utilizzo di "*un linguaggio più paludato*", "*si da rendersi disponibile, in occasione della definizione del caso, ad ogni possibile esito in ragione del comportamento che nel frattempo terrà il legislatore*"; in questo senso v. A. Ruggeri, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato*, cit.; della stessa opinione A. Mazzola, *op. cit.*, 546 ss., la quale osserva che "[c]on la pronuncia che si commenta, forse ancor più che nel caso Cappato, la Consulta insiste sull'imprescindibile ruolo del legislatore", *ivi*, 548.

Questa analisi si ritiene opportuna in quanto, se dovesse escludersi *in concreto* la dedotta insufficienza dei poteri di intervento della Corte costituzionale, allora le giustificazioni di questa argomentazione andrebbero cercate altrove, e cioè, lo si anticipa, nel tentativo di individuare modalità più *persuasive* di comunicazione con il legislatore.

Al contempo, in questa ipotesi l'eventuale decisione di accoglimento a fronte dell'inerzia legislativa apparirebbe meno contestabile a livello ordinamentale.

Ebbene, sotto l'aspetto motivazionale in esame l'ordinanza mostra segni di debolezza, se non altro perché interviene a meno di un anno dalla sentenza n. 253/2019, che aveva diversamente risolto molte di quelle criticità che, nel caso qui in discussione, hanno invece indotto la Corte ad avvalersi della tecnica del rinvio con richiesta di intervento al legislatore. Sentenza che, peraltro, aveva affrontato lo stesso tema di fondo vale a dire la compatibilità costituzionale della presunzione assoluta di pericolosità sociale del condannato per reati c.d. ostativi, non collaborante con la giustizia, ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari (25).

Ad esempio, sebbene la Corte confermi, tanto per il permesso premio (oggetto della richiamata pronuncia n. 253/2019), quanto per la liberazione condizionale (oggetto dell'ordinanza in commento), l'illegittimità della suddetta presunzione assoluta, nel caso della liberazione condizionale la stessa Corte ritiene mancanti, e disciplinabili solo attraverso scelte discrezionali nel *quomodo*, le modalità con cui il magistrato di sorveglianza è chiamato a valutare la *superabilità* della presunzione relativa. Di qui la dedotta impossibilità di sopperire con una pronuncia demolitoria al doveroso intervento legislativo.

Al contrario, nella precedente sentenza n. 253/2019 la Corte aveva rinvenuto simili modalità di valutazione nell'ordinamento positivo, e in particolare nello stesso art. 4-bis, c. 1-bis, ordin. penit., là dove richiede, per i detenuti la cui collaborazione risulti inesigibile o impossibile, che la concessione dei benefici penitenziari sia subordinata all'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ritenuto parametro probatorio particolarmente elevato. Per di più, simile criterio è stato definito "*costituzionalmente necessario (sentenza n. 242 del 2019) per sostituire in parte qua la presunzione assoluta caduca*".

Non sembra irrilevante, in proposito, il riferimento alla sentenza n. 242/2019, resa nel più volte citato caso Cappato a seguito dell'infruttuoso tentativo di in-

terlocuzione con il legislatore (26): anche in quella occasione la Corte aveva dichiarato *comunque* l'incostituzionalità della disposizione scrutinata, affermando che, qualora «*i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischiano di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (susceptibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin*

(26) Su cui v. A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in <www.giustiziainsieme.it>, 27 novembre 2019; C. Cupelli, *Il Parlamento decide di non decidere e la Corte costituzionale risponde a se stessa. La sentenza n. 242 del 2019 e il caso Cappato*, in <www.sistemapenale.it>, 4 dicembre 2019; M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in <www.osservatorioaic.it>, 23 dicembre 2019; G. Battistella, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento "costituzionalmente obbligato" del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, *ivi*, 17 dicembre 2019; R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, *ivi*, 23 dicembre 2019; R. Di Maria, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"*, *The final cut*, in <www.giurcost.org>, 7 gennaio 2020; C. Masciotta, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirimenti implicazioni*, *ivi*, 13 gennaio 2020; L. Poli, *La sentenza n. 242 del 2019 della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza di Strasburgo*, in <www.osservatorioaic.it>, n. 14 gennaio 2020; E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, *ivi*, 28 gennaio 2020; P. Caretti, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in <www.osservatoriosullefonti.it>, 2020; S. Catalano, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza "rime obbligate"*, in <www.osservatorioaic.it>, 7 aprile 2020; F. Politi, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in <www.dirittifondamentali.it>, 6 marzo 2020; F. Laus, *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel Jobs Act*, in <www.rivistaaic.it>, 10 aprile 2020; F. Meola, *Discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità ragionando sul tema alla luce del c.d. caso Cappato*, in <www.serena.unina.it>, 2020; F. Paterniti, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte*, in <www.federalismi.it>, 16 dicembre 2020; A. Patané, *Sentenza Cappato-Antoniani e diritto alla vita: un "testamento costituzionale" al legislatore che non ha ancora trovato un esecutore*, *ivi*, 30 dicembre 2020.

(25) In questo senso M. Mengozzi, *op. cit.*, 3, sottolinea come "*l'uso di questa tecnica decisoria" "risulta qui particolarmente stonato proprio in considerazione della incoerenza rispetto al diretto e più vicino precedente"*.

tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento» (27).

Diversamente da quel precedente, nella pronuncia n. 253/2019 la Corte aveva agito immediatamente, non ravvisando nella potenziale eterogeneità delle scelte legislative in ordine agli strumenti rimessi al magistrato di sorveglianza ai fini della concessione del beneficio del permesso premio, un ostacolo insormontabile alla decisione di incostituzionalità.

Il fatto che, con l'ordinanza in commento, la Corte abbia invece raggiunto una diversa conclusione non può che destare l'attenzione dell'interprete.

È vero che, nel caso della liberazione condizionale, l'argomentazione della Corte è ancorata alla natura "apicale" di simile beneficio penitenziario, idoneo a restituire definitivamente il condannato alla libertà, nonché all'entità della condanna; ma se, come era stato affermato poco prima, una modalità per riempire il vuoto normativo attraverso "le coordinate del sistema vigente" esiste, ed è rinvenibile nella stessa norma oggetto di scrutinio, simile modalità di riempimento, da un lato, dovrebbe poter valere anche per il beneficio in discussione, e dall'altro, comunque, non sembra poter giustificare *funditus* la preclusione assoluta a un intervento della Corte in materia, nei termini in cui è stata invece argomentata – come detto in modo particolarmente stringente e perentorio – nella pronuncia in esame (28).

Considerazioni non dissimili investono l'ulteriore argomentazione utilizzata per escludere l'opportunità di un intervento demolitorio, vale a dire il possibile sbilanciamento da disparità di trattamento conseguente all'accoglimento della questione nei limiti prospettati dall'ordinanza di remissione. La Corte fa leva, in particolare, sulla nutrita tipologia dei delitti che compongono il catalogo di cui all'art. 4-bis ordin. penit., in relazione ai quali si esclude, per il condannato all'ergastolo non collaborante, l'accesso a tutti i benefici penitenziari; un intervento limitato ai soli delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art.

(27) Corte cost. n. 242/2019, par. 4 del considerato in diritto.

(28) La debolezza dell'argomentazione viene argomentata sotto un'altra prospettiva da F. Gianfilippi, *op. cit.*: "Non può però non ricordarsi, con lo sguardo e la prospettiva di un magistrato di sorveglianza, che l'istituto del permesso premio, sciolto dal meccanismo preclusivo assoluto con la sent. 253/2019, pur con le stringenti allegazioni sui collegamenti, cui si è fatto cenno, costituisce la vera e propria chiave di volta nel percorso trattamentale intramurario del condannato e la valutazione sulla sua concessione è quella in cui il magistrato di sorveglianza è chiamato a vagliarne i progressi ed a confrontarsi, di fatto, una volta per tutte se l'esito è favorevole all'interessato, con la sussistenza di profili di pericolosità sociale ancora attuali. È in sostanza in quel momento che occorre effettuare il vaglio più rigoroso, nel caso dei condannati per reati di mafia, in relazione ai collegamenti con il gruppo criminale organizzato. Ed è infatti in relazione a quel beneficio che la Corte ha fornito importanti chiarimenti all'a.g. su come procedere al serio esame che risulta necessario".

416-bis c.p., ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni in esso previste, e limitato alla sola liberazione condizionale, produrrebbe una disciplina di risulta di incerta coerenza.

La stessa problematica, tuttavia, nella precedente pronuncia n. 253/2019 aveva indotto la Corte costituzionale a dichiarare, in via consequenziale, l'incostituzionalità del divieto assoluto di accedere ai permessi premio per i detenuti non collaboranti, anche in relazione a tutte le ulteriori fattispecie delittuose di cui al richiamato art. 4-bis ordin. penit., non limitandosi a quella oggetto dell'ordinanza di remissione (condannati per delitti di associazione mafiosa o di "contesto" mafioso). L'utilizzo di questa tecnica decisionale, come noto espressamente prevista nell'ordinamento positivo (29), è stato ritenuto necessario proprio per evitare di "compromettere la stessa coerenza intrinseca dell'intera disciplina di risulta" (30).

Anche nel caso in commento, quindi, potevano ritenersi sussistenti adeguati margini per l'adozione di una pronuncia "classica" di illegittimità costituzionale (31).

Ad ogni modo, quegli stessi margini dovrebbero consentire alla Corte di intervenire in caso di inerzia legislativa (32), seppure, per quanto detto, un simile esito non risulti scontato.

(29) Art. 27 l. n. 87/1953.

(30) Corte cost. n. 253/2019, par. 12 del considerato in diritto.

(31) Osserva criticamente M. Mengozzi, *op. cit.*, 3, come "il Giudice costituzionale, giunto sin qui, ad un tratto, fa un passo indietro e spezza la linea di continuità rispetto alla decisione n. 253/2019, optando per il già ricordato rinvio, accompagnando dall'invito al legislatore ad intervenire".

(32) Non si tratterebbe, del resto, di un precedente isolato. Come è stato opportunamente osservato in dottrina, infatti, esigenze di garanzia della legalità costituzionale e di tutela dei diritti fondamentali hanno recentemente indotto la Corte, proprio in materia penale, ad ammorbidire la logica delle "rime obbligate" di crisafulliana memoria, in caso di mancato riscontro ai moniti da parte del legislatore (V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhicupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, il Mulino, 1978, 84; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, t. 2, *La Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, 5^a ed., 497). Si tratta di casi in cui la Corte, dopo aver "ammonito" il legislatore, in una o anche più pronunce, della illegittimità di una norma, affermando di non poter intervenire in ragione dell'inesistenza di rime obbligate, ne dichiara finalmente l'incostituzionalità, una volta reinvestita della questione. In questi casi, il rispetto della funzione legislativa viene preservato attraverso l'individuazione, nel sistema legislativo in cui si inserisce la norma censurata, di regole, ancorché non costituzionalmente obbligate, che consentano di "riconduurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico". Sul tema cfr. approfonditamente 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 <www.rivistaaic.it>, 26 giugno 2019. L'A. cita l'esempio delle pronunce Corte cost. n. 222/2018 e n. 40/2019. La prima ha

4. *Le ragioni non dette. Un più persuasivo invito al dialogo nell’ottica di efficientamento della tecnica decisionale in esame*

La disamina che precede non intende sindacare la decisione della Corte di avvalersi, nell’ipotesi qui in discussione, della tecnica decisoria del rinvio dell’udienza con richiesta di intervento al legislatore;

dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 216, u. c., della legge fallimentare, nella parte in cui dispone che: “*la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa per la durata di dieci anni l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa*”, anziché: “*la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l’inabilitazione all’esercizio di una impresa commerciale e l’incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni*”. La ragione della incostituzionalità è ravvisata nella fissità della pena accessoria. Questione analoga era stata dichiarata inammissibile con la precedente sent. n. 134/2012, per assenza di “rime obbligate”, ritenendosi necessario l’intervento del legislatore, cui la Corte rivolgeva il monito a “*porre mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l’art. 27, terzo comma, Cost.*”. Superando il monito precedente, non riscontrato dal legislatore, la Corte afferma a questo punto la propria prerogativa di decidere nel merito di questioni che attengono alla commisurazione della pena, proprio in ragione dell’intollerabile protrarsi dell’inerzia legislativa, «*in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l’intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima*». Con la seconda (sent. n. 40/2019) la Corte ha adottato una sentenza sostitutiva, dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 73, c. 1, d.p.r. n. 309/1990 (t.u. in materia di stupefacenti), “*nella parte in cui in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni anziché di sei anni*”. La pena minima edittale per i reati non lievi in materia di stupefacenti è considerata illegittima anche alla luce della considerazione del massimo della pena stabilito per i reati di “lieve entità” (quattro anni) e il riferimento ai sei anni viene tratto dalla previsione sanzionatoria riguardante i fatti “di confine”, posti al margine delle due categorie di reati. Nel “sostituirsi” al legislatore, la Corte attribuisce un rilievo particolare al mancato seguito del monito contenuto in una precedente pronuncia, la sent. n. 179/2017, nella quale la Corte, chiamata a pronunciarsi su analoga questione, aveva deciso nel senso della inammissibilità proprio in ragione del rispetto della discrezionalità del legislatore, cui rivolgeva un pressante invito affinché procedesse “*rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell’art. 73 del d.p.r. n. 309 del 1990*”, anche in considerazione “*dell’elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti*”. Riproposta la questione ed essendo il monito rimasto “inascoltato”, la Corte evidenzia come il suo intervento si mostri “*non [...] ulteriormente differibile*”, tanto più che si verte in materia di “*diritti fondamentali, che non tollerano ulteriori compromissioni*”, riconoscendo comunque il potere del legislatore, nel rispetto del principio di proporzionalità, di prevedere una diversa misura sanzionatoria, non essendo quella “introdotta” dalla Corte “*opzione costituzionalmente obbligata*”.

piuttosto, come anticipato, si intende ricercare, nelle pieghe dell’iter motivazionale e nelle stesse incongruenze che esso può celare, elementi di discontinuità rispetto ai due precedenti episodi di utilizzo di questa tecnica, che attestino la ricerca di differenti modalità di comunicazione col decisore politico.

E, in effetti, si crede che la maggiore *morbidezza* con cui la Corte sostiene il proprio potere di intervento nell’ipotesi di inerzia legislativa, e, al contempo, l’insistenza sulla *sfera di attribuzioni* del legislatore in materia, e sulla indispensabilità di un intervento discrezionale nel *quomodo*, trovino giustificazione non tanto nell’effettiva impossibilità di adottare direttamente una sentenza di incostituzionalità, quanto nella volontà di *persuadere* con più insistenza il Parlamento.

Del resto, gli altri due tentativi di utilizzo dell’ordinanza di rinvio con richiesta di intervento legislativo non hanno dato i frutti sperati dalla Corte, non avendo il legislatore adottato alcuna normativa in materia (33) (salvo si voglia accedere all’opinione di chi ha intravisto nell’adozione di ordinanze di questo tipo la mera precostituzione di un alibi per poter poi agire con sentenze manipolative in materia penale (34)).

Ora, il fatto che la Corte – pur potendo disporre, come visto, degli strumenti per risolvere autonomamente la questione di legittimità costituzionale sottoposta a scrutinio – abbia fatto leva sulla pregnanza dell’intervento del legislatore e – in un certo senso – sulla sua *insostituibilità*, lascia intendere una rinnovata volontà di ottenere una risposta dal Parlamento, insistendo sulla valenza apicale delle decisioni da assumere.

Ciò mi sembra confermare, d’altra parte, che la Corte stessa creda fortemente, e stia continuando a in-

(33) Nel caso Cappato, l’intervento legislativo richiesto con l’ord. n. 207/2018 non vi è stato, e la causa è stata decisa con la sent. n. 242/2019, fortemente manipolativa, che ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 590 c.p. in ipotesi pressoché perfettamente calibrata sul caso oggetto del giudizio *a quo* (corrispondente segnatamente ai casi in cui l’aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda oggetto del giudizio *a quo* – in una persona “(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli”). A oggi, peraltro, nessuna legge sul suicidio assistito risulta approvata, e anzi il tema è ancora oggetto di un forte dibattito. L’ord. n. 132/2020 ha rinviato al 9 giugno 2021 la discussione sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 595, c. 3, c.p. e dell’art. 13 l. 8 febbraio 1948, n. 47 (Disposizioni sulla stampa), nella parte in cui prevedono la pena della reclusione – in via alternativa o cumulativa rispetto alla multa – a carico di chi sia ritenuto responsabile del delitto di diffamazione aggravata dall’uso del mezzo della stampa consistente nell’attribuzione di un fatto determinato. Anche in questo caso, a pochi giorni dalla data di udienza, nessuna legge sul tema risulta approvata.

(34) Questa mi sembra l’opinione espressa da R. Pinardi, *op. cit., passim*.

vestire, sull'utilizzo della tecnica decisionale in esame, pur senza averne sinora sperimentato la naturale evoluzione, e cioè l'intervento legislativo. E mi risulta difficile pensare che l'intento sia quello di *auto-legittimarsi* una successiva sentenza dai contenuti manipolativi, confidando nell'inerzia dell'interlocutore.

Anzi, è con l'utilizzo della tecnica decisionale in discussione che il Giudice costituzionale si è assunto un consistente rischio in termini di legittimazione.

Non ci si riferisce alle puntuali osservazioni di autorevole dottrina circa le criticità inerenti all'adozione di questo strumento processuale, che sono del tutto lecite e anzi utili per le stesse valutazioni della Corte costituzionale, quanto alla sovraesposizione mediatica e istituzionale cui l'organo consapevolmente si espone quando, esercitando le proprie prerogative, attribuisce un ruolo attivo al legislatore nello stesso processo costituzionale (35).

Tanto più che i casi in cui si è avvalsa di questo strumento concernono temi eticamente e socialmente sensibili, spesso oggetto di un pluralismo di idee non composto né facilmente componibile; di tal che l'inevitabile dibattito che tali decisioni alimentano, dentro e fuori dal Parlamento, si ripercuote sulla stessa immagine del Giudice costituzionale, che finisce per essere accusato di invadere indebitamente la sfera di altri organi, o, più semplicemente detto, di fare politica.

L'inerzia del legislatore, in altri termini, risulta maggiormente tollerata – forse per triste abitudine – da parte dell'opinione pubblica, rispetto all'“attivismo” della Corte costituzionale, che invece è tacciata di “invasione di campo”.

La prevedibilità di una simile reazione non può certo essere stata ignorata dalla Corte, al pari della possibile mancata risposta parlamentare all'invito rivolto con ordinanze di questo tipo; il segnale di avvertimento più chiaro è rappresentato dalla storia (e dal fallimento) delle pronunce monitorie (36).

(35) Ricorda del resto F. Gianfilippi, *op. cit.*, come l'ord. n. 97/2021 sia stata “[p]receduta ed accompagnata da una campagna stampa dai toni allarmati rispetto alle possibili decisioni assunte, spiegata mediante due comunicati stampa della stessa Corte costituzionale ed ulteriormente chiosata dal Presidente della Corte Giancarlo Coraggio nel corso di una conferenza stampa relativa a molti altri temi il 13 maggio”.

(36) Come noto, i moniti possono essere resi in decisioni di inammissibilità, in pronunce di rigetto, finanche in decisioni di accoglimento. La funzione prevalente di queste pronunce consiste nel rendere edotto il legislatore della criticità di una certa normativa, rispetto alla quale la Corte ritiene di non poter intervenire senza esondare nell'area della discrezionalità legislativa; il legislatore viene quindi allertato della necessità di sanare, nel modo ritenuto più opportuno, le illegittimità denunciate. Nei casi in cui il sindacato della Corte in ordine ai vizi della norma si fa più stringente, si parla di pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, che possono ritenersi “la punta più estrema” dei moniti. Anche rispetto a queste ipotesi si riscontra, notoriamente, una sostanziale sordità dell'interlocutore legislativo. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla indifferenza

La decisione di correre comunque il rischio, anche a costo di perdere la scommessa e di auto-delegittimarsi (37), trova allora la sua giustificazione nella realistica impensabilità, anche nel nostro contesto ordinamentale, di un sindacato di legittimità costituzionale ridotto a semplice legislazione negativa, e quindi nel tentativo di sperimentare strumenti decisori, anche di raccordo, volti a implementare il duplice ruolo cui i tribunali costituzionali assolvono negli ordinamenti costituzionali contemporanei: quello di garanti della legalità astratta dell'ordinamento e della sua coerenza intrinseca, e quello di tutela dei diritti fondamentali, entrambi necessari, in ultima analisi, ad assicurare il principio di supremazia della Costituzione.

D'altra parte, qualora si tratti di questioni di legittimità costituzionale “a duplice valenza” (38), neppure sembra appagante la rigida e coerente soluzione “a ciascuno il suo”: quella, cioè, per cui la Corte si limita a dichiarare l'incostituzionalità della norma illegittima, lasciando alla discrezionalità del legislatore “riempire” il vuoto determinato dall'eliminazione della stessa (39). Anche le esigenze di certezza del diritto e di continuità dell'ordinamento, come pure la necessità di non privare di garanzia altri valori costituzionali, che potrebbero essere compromessi da una declaratoria secca di incostituzionalità, infatti, assumono un indubbio rilievo a livello costituzionale.

La tecnica decisoria in questione costituisce dunque il tentativo di ricerca di una nuova forma di equilibrio e coordinamento tra eliminazione e produzione di norme, o, altrimenti detto, “tra l'esigenza

del legislatore nei confronti delle criticità della legge per l'elezione dei membri delle Camere, in più occasioni evidenziate dalla Corte costituzionale, prima che la sent. n. 1/2014 ne dichiarasse – attraverso una discussa decisione – l'incostituzionalità. Per un quadro giurisprudenziale, cfr. M. Bellocci, T. Giovannetti (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale* (Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale dell'Ungheria. Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010), in <www.cortecostituzionale.it>.

(37) In questi termini, per l'ipotesi in cui, in caso di mancato intervento del legislatore, la Corte dovesse rigettare la questione, v., con riferimento all'ord. n. 132/2020, A. Mazzola, *op. cit.*, 550.

(38) G. Zagrebelski, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 306: vale a dire di annullamento della legge illegittima e di produzione legislativa di una nuova norma al posto di quella.

(39) Del resto, che la “semplice” dichiarazione di incostituzionalità, in numerose ipotesi, “non chiude il problema costituzionale ma lo apre”, rappresentando un “primo passo che ne deve indurre altri, che hanno da essere compiuti dai soggetti ai quali spetta interpretare e porre le leggi”, è stato da tempo sottolineato autorevolmente da G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 261. Più recentemente, sullo stesso tema, G. Zagrebelski, V. Mercenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2018, 238 ss.; anche M. Bignami, *op. cit.*, 25, dà atto di quelle “pur numerose ipotesi in cui lo sviluppo dei principi costituzionali muove dal sindacato demolitorio di costituzionalità, ma non può rinunciare alla fase costruttiva propria della legislazione”.

dell'eliminazione delle leggi incostituzionali, da un lato, e la necessità di preservare il diritto dalle discontinuità che ne metterebbero in forse il carattere di ordinamento giuridico, dall'altro" (40).

Si tratta di un'esigenza avvertita in diversi sistemi di giustizia costituzionale a noi vicini, i quali vi rispondono attribuendo al Tribunale costituzionale il potere di differire nel tempo, ovvero di modulare, gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità (41). Così, nell'ordinamento austriaco, si consente all'organo di giustizia costituzionale di differire, fino a 18 mesi, gli effetti dell'accertata incostituzionalità della norma (42). Nell'ordinamento tedesco, è stato coniato in via pretoria e successivamente positivizzato lo strumento delle pronunce di "incompatibilità" (*Unvereinbarkeit*) (43): nella forma "pura" dell'incompatibilità, la norma accertata incostituzionale non viene dichiarata nulla, ma solo "incompatibile" con la Costituzione, e viene contemporaneamente incaricato il legislatore di emendare la disposizione, correggendola dai vizi di incostituzionalità riscontrati, tenendo sospeso, fino all'intervento legislativo, il giudizio *a quo* e gli altri giudizi pendenti (c.d. blocco di applicazione: *Anwendungssperre*) (44).

(40) Così G. Zagrebelski, *La giustizia costituzionale*, cit., 307.

(41) Sul profilo comparatistico v. in particolare N. Fiano, *op. cit.*, 1 ss.; M. Massa, *op. cit.*, 8 ss.

(42) La Costituzione austriaca prevede all'art. 140, par. 5, terzo periodo: "L'annullamento ha effetti dal giorno della pubblicazione, a meno che la Corte costituzionale non stabilisca un termine; questo termine non può superare i diciotto mesi".

(43) Su cui v. almeno J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungsnichtigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden Baden, Nomos, 1980; K. Hein, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, Nomos, 1988; C. Pestalozza, *Verfassungsprozessrechts*, München, Beck, 1991; i contributi di R. Romboli e E. Denninger in Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'articolo n. 81 u.c. della Costituzione* (Atti del seminario, Roma, 8-9 novembre 1991), Milano, Giuffrè, 1993, 195 ss. e 240 ss.; H. Lechner, R. Zuck, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, München, Beck, 1996; J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale. La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, Torino, Giappichelli, 2000; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, Giappichelli, 2002; J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band XII: *Normativität und Schutz der Verfassung*, Heidelberg, Müller, 2014; K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2018; nonché P. Passaglia (a cura di), *Problematiche finanziarie nella modulazione degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, in <www.cortecostituzionale.it>, dicembre 2014, 27 ss.; M.T. Rörig (a cura di), *Le pronunce d'incostituzionalità e di incompatibilità costituzionale nella giurisprudenza costituzionale tedesca e austriaca*, *ivi*, ottobre 2018.

(44) In Germania, invero, l'effetto delle pronunce di incompatibilità pura è quello di determinare uno "stato giuridico sospeso", che impedisce l'applicazione della norma illegittima non solo dagli organi giurisdizionali ma anche dall'amministrazione. Le sentenze di incompatibilità sono infatti, a tutti gli effetti, sentenze di accoglimento, e, come tali,

Nel nostro sistema di giustizia costituzionale, come noto, alla Corte non è consentito disporre degli effetti della pronuncia di incostituzionalità: in forza dell'art. 136 della Costituzione, alla dichiarazione di incostituzionalità consegue, automaticamente, la cessazione di efficacia della norma illegittima, e l'impossibilità di darvi applicazione in tutte le situazioni ancora giustiziabili e quindi "non esaurite" (a ciò conseguendo il c.d. effetto retroattivo delle pronunce che dichiarano l'incostituzionalità della legge).

Peraltro, mentre in Germania sono rarissimi i casi di mancato seguito delle sentenze di *Unvereinbarkeit* da parte del decisore politico, in Italia le cose stanno diversamente, come insegna l'esperienza delle pronunce monitorie.

Le ordinanze di rinvio con richiesta di intervento al legislatore, che non chiudono l'incidente di costituzionalità ma ne implementano le potenzialità, rimettendo comunque alla Corte la decisione finale in caso di inerzia legislativa, costituiscono dunque, in questo quadro ordinamentale, uno strumento per temperare, in un'ottica "relazionale" (45), le molteplici e concorrenti esigenze in gioco: l'assolvimento del compito di accertare le antinomie tra legislazione ordinaria e Costituzione, la necessità di evitare un vuoto normativo costituzionalmente problematico, conseguente all'accertamento "secco" di tali antinomie; la necessità che sia il legislatore a farsi carico di riempire quel vuoto attraverso le proprie scelte, discrezionali nel *quomodo*, ma non nell'*an*.

Peraltro, non sembra casuale che, diversamente dall'ordinanza n. 207/2018, in questo caso (e similmente all'ordinanza n. 132/2020), la Corte faccia espresso riferimento, al fine di avvalorare l'opportunità di rinviare la trattazione della questione di legittimità costituzionale, all'esistenza di progetti di legge già in esame in relazione alla materia considerata.

Si potrebbe trattare, anche in questo caso, di un aggiustamento della tecnica decisionale in discussione, funzionale a sfruttarne al meglio le potenzialità, diminuendo il rischio dell'inerzia legislativa.

5. La tecnica del rinvio con richiesta di intervento al legislatore alla prova della prassi giurisprudenziale

esse hanno forza di legge ai sensi del GG, e vincolano dunque anche l'autorità amministrativa. Ravvisano la vicinanza tra le pronunce tedesche di incompatibilità e la tecnica decisoria utilizzata dalla Corte, in particolare, M. Bignami, *op. cit.*, 27 ss.; F.S. Marini, *op. cit.*, 212; A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale*, cit.; U. Adamo, *op. cit.*, 571 ss.; N. Fiano, *op. cit.*, 568 ss.

(45) Del resto, anche attraverso l'implementazione delle proprie tecniche decisorie, da tempo la Corte costituzionale ha tentato di sviluppare un diritto costituzionale "relazionale", improntato al dialogo con i suoi interlocutori "privilegiati": legislatore, giudici, e oggi anche le Corti sovranazionali (in particolare la Corte di giustizia Ue e la Corte di Strasburgo): cfr. V. Barsotti *et al.*, *Italian constitutional justice in global context*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 231 ss.

Questo tipo di pronuncia sconta però, e l'ordinanza in commento lo dimostra, un "vizio genetico", che discende presumibilmente dalla sua elaborazione in via pretoria, e cioè la sostanziale *imprevedibilità* del relativo utilizzo da parte del Giudice costituzionale.

Finora la Corte si è avvalsa tre volte di questo strumento, sempre in materia penale, in fattispecie relative alla tutela di diritti fondamentali, e sempre in ipotesi di possibile chiusura del giudizio di legittimità costituzionale con una pronuncia di inammissibilità per merito legislativo (nella forma della incostituzionalità accertata ma non dichiarata).

Ma, al di là di questo minimo comun denominatore, non appaiono chiari i presupposti al cui ricorrere la Corte decide di adottare questo tipo di decisione, piuttosto che il semplice, seppure stringente, monito.

Perplexità che risultano avvalorate dal diverso atteggiamento tenuto dal Giudice costituzionale in alcune recenti pronunce.

Ad esempio, con la sentenza n. 32/2021 (46) – in materia di riconoscimento del legame di filiazione del nato a seguito del ricorso a tecniche di p.m.a. eterologa, da parte del genitore intenzionale dello stesso sesso – la Corte, pur ritenendo la disciplina oggetto di scrutinio lesiva del doveroso interesse del minore, ha accolto l'eccezione di inammissibilità formulata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, motivata sulla discrezionalità legislativa necessaria per integrare la disciplina vigente a seguito della pronuncia di incostituzionalità. È però interessante notare come, pure in quel caso, la Corte affermi che il compito di comporre i diversi interessi in discussione spetti al legislatore solo "*in prima battuta*", e che l'arresto nella decisione, al fine di "*cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di insufficiente tutela degli interessi del minore*", debba intendersi deliberato solo "*allo stato*". Tuttavia, diversamente dall'ordinanza qui in discussione, l'incidente di costituzionalità è stato chiuso, senza disporre il rinvio ai fini dell'adozione di una disciplina pur ritenuta "*indifferibile*".

Anche la successiva sentenza n. 33/2021 – in materia di stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata, vietata nell'ordinamento italiano dall'art. 12, c. 6, l. n. 40/2004 – ha dichiarato inammissibile, per discrezionalità legislativa, la que-

(46) Con cui è stata decisa, nel senso dell'inammissibilità, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 8 e 9 della l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita) e 250 cc., in quanto, sistematicamente interpretati, non consentirebbero al nato nell'ambito di un progetto di procreazione medicalmente assistita eterologa, praticata da una coppia dello stesso sesso, l'attribuzione dello *status* di figlio riconosciuto anche dalla madre intenzionale che abbia prestato il consenso alla pratica fecondativa, ove non vi siano le condizioni per procedere all'adozione nei casi particolari e sia accertato giudizialmente l'interesse del minore.

stione sottoposta a scrutinio (47), pur accertandosi un vuoto di tutela dell'interesse del minore, "*che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali*". In questo caso, però, il fatto che "[u]n intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato" ha fatto da sponda alla dichiarazione di inammissibilità – non scevra, peraltro, di puntuali e specifiche *linee di indirizzo* dettate al legislatore per la futura disciplina della materia – piuttosto che all'adozione di un'ordinanza di rinvio con richiesta di intervento legislativo. Decisione peculiare, sol che si consideri il passaggio finale della pronuncia: "*Nel dichiarare l'inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall'affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell'inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia*".

Insomma, pur facendo leva sulla natura fondamentale dei diritti in discussione, come pure sulla improcrastinabilità di un intervento normativo, e nonostante tale intervento legislativo venga espressamente riconosciuto come prioritario, ma non esclusivo – e quindi colmabile, in caso di inerzia, dall'intervento del Giudice costituzionale – la Corte, in queste specifiche occasioni, ha adottato una soluzione "tradizionale" di inammissibilità con monito.

Ebbene, è forse proprio in questa *instabilità* dell'utilizzo della tecnica dell'ordinanza di rinvio con richiesta di intervento al legislatore che si può scorgere il punto di vulnerabilità più marcato di questa tecnica decisoria.

Non è infatti insuperabile il diverso rilievo secondo cui essa forzerebbe le regole processuali, esorbitando dai poteri a essa riconosciuti a livello positivo (48). In

(47) Relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 12, c. 6, l. 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), dell'art. 64, c. 1, lett. g), l. 31 maggio 1995, n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) e dell'art. 18 del d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127), «*nella parte in cui non consentono, secondo l'interpretazione attuale del diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestione per altri (altrimenti detta "maternità surrogata") del c.d. genitore d'intenzione non biologico*».

(48) In questo senso, con riferimento all'ord. n. 207/2018, v. A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircoerco costituzionale*, cit.; R. Bartoli, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in F.S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato*, cit., 14 ss., il quale ritiene che sarebbe stata più opportuna l'adozione di una sentenza interpretativa costituzionalmente orientata. C. Giunta, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire*

una stagione in cui, da una parte, i canali di produzione legislativa risultano messi in crisi da vari fattori, non ultimo dal dirompere di fonti sovranazionali di normazione, e dall'altra la Corte costituzionale viene spesso additata di eccesso di attivismo, anche politico, la soluzione di dialogo in pendenza dell'incidente di costituzionalità appare capace di instaurare (se non altro in via potenziale) un circolo virtuoso tra i due organi costituzionali (49), favorendo il recupero della "centralità" del Parlamento, peraltro in materie eticamente sensibili e politicamente esposte (50). Del resto, in un contesto come quello attuale, in cui le "molteplici e contraddittorie istanze che non trovano un momento di mediazione politica finiscono con l'indirizzarsi disordinatamente verso organi imparziali", la necessità di disporre di "strumenti flessibili" per

dall'ordinanza Cappato, *ivi*, 163; con riferimento all'ord. n. 132/2020, v. R. Pinardi, *op. cit.*, ordinanza che secondo l'A. costituirebbe conferma del recente modo "disinvolto" della Corte "di applicare le regole che presiedono al processo costituzionale, quasi che le stesse rappresentassero un elemento interno del bilanciamento di cui la Corte si serve per giungere alla propria decisione".

(49) V. anche la Relazione sull'attività giudiziaria dell'anno 2019, resa dall'allora presidente Marta Cartabia, in <www.cortecostituzionale.it>, dove si sottolinea come "separazione e cooperazione tra poteri sono due pilastri coesenziali che reggono l'architettura costituzionale repubblicana. L'indipendenza reciproca tra i poteri non contraddice la necessaria interdipendenza fra gli stessi, specie in società ad alto tasso di complessità, come sono quelle contemporanee" (p. 7).

(50) Sull'effetto virtuoso del rinvio al legislatore si esprime anche R. Bartoli, *op. cit.*, 3. L'A. sottolinea inoltre un mutamento in atto nei rapporti tra Corte costituzionale, giudici comuni e Parlamento, evidenziando come la prima sembri recentemente scegliere non più i giudici, ma il legislatore quale interlocutore principale. Tra le ragioni di questo intensificato dialogo, l'A. individua anche "la progressiva espansione del sindacato di ragionevolezza che non solo ha ampliato i margini per individuare vulnera ai principi e quindi discipline che risultano costituzionalmente illegittime, ma che ha indotto la Corte anche a un confronto sempre più serrato col legislatore, perché se da un lato si compie sempre di più un sindacato sulle scelte di criminalizzazione, dall'altro lato si pone sempre di più il problema del rispetto della discrezionalità del legislatore". In una diversa e interessante prospettiva, relativa a un virtuosismo nell'adeguamento legislativo alle sentenze della Corte Edu che attestano una incompatibilità strutturale della legislazione statale, v. D. Mauri, *op. cit.*, che sottolinea: "A me pare che tale modus operandi della Corte costituzionale sia allora perfettamente legittimo, quantomeno sul piano convenzionale: esso dà infatti, a ben vedere, attuazione diretta al principio di sussidiarietà che, prima e dopo l'adozione del Protocollo n. 15, ispira i rapporti tra Convenzione e ordinamenti interni degli Stati parte. Se spetta in primissima battuta agli Stati garantire il rispetto dei diritti sanciti nella Cedu (leggi: se spetta agli Stati assicurare che il difetto strutturale dell'ordinamento, così come rilevato in una sentenza della Corte, non sia sorgente di nuove violazioni su un piano generale), e fermo restando il margine di apprezzamento di cui essi (Stati) dispongono per adempiere a tali obblighi, non vi è nulla che impedisca – anzi, il risultato è... incoraggiato – ai vari organi costituzionali (e quindi al Giudice delle leggi) di operare per assicurare il pieno rispetto dei diritti fondamentali".

far fronte a simili esigenze può spingere la Corte a individuare soluzioni inedite (51).

Se quindi la mancanza di una previsione positiva non sembra costituire un ostacolo insormontabile all'utilizzo di simile tecnica decisoria (52), al tempo la relativa stabilizzazione attraverso la legge (53) consentirebbe di attribuire alla Corte una maggiore serenità e continuità nel relativo utilizzo, riducendo quell'alea di incertezza nel ricorso a detto strumento, al cospetto di condizioni similari.

È anche realistico sottolineare, però, che nessuno dei (peraltro limitati) progetti di revisione costituzionale e legislativa delle norme relative alla giustizia costituzionale, che sono stati presentati negli anni, sia stato mai portato a compimento (54).

(51) Scriveva già alla fine degli anni Settanta C. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in G. Amato et al., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 1979, 170 s., che la Corte costituzionale, quale mediatrice dei conflitti, "ha bisogno di strumenti flessibili, di discrezionalità larghe, di poteri di intervento diversificabili e non condizionati alla logica rigorosa del precedente". V. anche le riflessioni di M. Ruotolo, *op. cit.*, 664. L'A. ritiene che l'esigenza di assicurare la conformità a Costituzione del sistema normativo legittimi «non solo letture evolutive delle regole del processo costituzionale, come senz'altro accaduto nel recente periodo, ma anche l'ideazione di tecniche decisorie più efficaci al fine di assicurare all'esito del giudizio della Corte "situazioni normative" conformi a Costituzioni o almeno di evitare che si creino situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quelle che si vanno a rimuovere».

(52) V. anche le riflessioni di C. Panzera, *op. cit.*, ove l'A. si sofferma sull'opportunità di distinguere «i limiti di azione del Giudice costituzionale a seconda che derivino da carenza di potere (in assoluto) o da carenza di specifici strumenti processuali rispetto a poteri astrattamente esercitabili (in relativo). Mentre i primi sono sempre invalicabili, i secondi, forse potrebbero essere talvolta aggirati in virtù della natura "ambigua del processo costituzionale e della elasticità con cui la Corte utilizza da tempo gli istituti a sua disposizione (massimamente, le tipologie decisorie, ma si pensi anche alle "maglie" della rilevanza), sempre che l'adattamento non sia finalizzato ad esercitare un potere che la Costituzione in realtà non assegna»; l'ordinanza di rinvio con richiesta di intervento al legislatore viene appunto ricondotta alla seconda tipologia di ipotesi, concludendo per la relativa ammissibilità.

(53) A livello di fonti, l'introduzione di una disciplina di questo tipo, incidendo *latu sensu* sulla "forma" del giudizio di legittimità costituzionale incidentale, nonché sulla previsione dell'art. 136 Cost., che sembra escludere la possibilità di distinguere il momento dell'accertamento dell'antinomia da quello dell'annullamento, potrebbe ritenersi coperta dalla riserva di legge costituzionale di cui all'art. 137 Cost., e quindi richiedere la modifica della l. cost. n. 1/1948.

(54) Per rimanere a quelli che sono sfociati in una proposta legislativa, il primo riferimento è il d.d.l. cost. n. 2870, presentato alla Camera dei deputati nel 1965 (iniziativa on. Cossiga e altri), che prevedeva l'introduzione di un ricorso diretto contro le sentenze e le decisioni delle supreme magistrature, ordinaria e amministrativa, per violazione o falsa applicazione di norme costituzionali. Nel 1976 il progetto di l. cost. n. 646, presentato alla Camera dei deputati (iniziativa on. Ballardini e altri), introduceva il ricorso diretto alla Corte da parte di un quinto dei membri di ciascuna Camera, senza alcun tipo di eliminazione.

Si potrebbe allora approfittare di questa stagione legislativa di riforme, anche relative alla giustizia, e del patrimonio di esperienza e competenza dell'attuale Ministro della giustizia, per confidare in un auspicio approfondimento della materia.

6. Cenni conclusivi

Volendo rassegnare alcune conclusioni, l'ordinanza n. 97/2021 sembra confermare l'ingresso, in modo stabile, di questo tipo di pronunce nel bagaglio processuale della Corte costituzionale.

Alcuni aggiustamenti rispetto agli esigui precedenti lasciano immaginare la volontà di un maggior coinvolgimento del legislatore, perseguito anche attraverso un iter motivazionale incentrato sull'apicalità e sull'indispensabilità del relativo intervento.

Al contempo, l'ordinanza non manca di individuare con assoluta precisione gli elementi di incompatibilità della disciplina vigente rispetto ai principi costituzionali in discussione, nonché di prefigurare, seppure a titolo esemplificativo, quali potrebbero essere i "riempimenti normativi" necessari per consegnare a sistema un complesso normativo legittimo.

Pertanto, sebbene diversi accorgimenti rendano non del tutto certa l'adozione di una sentenza di incostituzionalità a contenuto manipolativo nel caso di mancato intervento legislativo, non mancano comunque elementi altrettanto validi per giustificare, a livello ordinamentale e sistematico, una simile eventualità.

Pur dando atto dell'incertezza e della discontinuità nell'utilizzo della tecnica decisionale in discussione, che rende meno solida la scelta di avvalersene, non sembra che, con simili decisioni, la Corte abbia dirottato impropriamente il pendolo del proprio sindacato

Terzo riferimento è un progetto di l. cost. n. 4168, presentato alla Camera dei deputati il 3 agosto 1989 (iniziativa on. Andò e altri), mirante a introdurre il ricorso diretto del singolo contro le leggi, gli atti aventi forza di legge, le sentenze e gli atti della pubblica amministrazione lesivi di un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione, dopo aver esaurito i vari gradi di giudizio previsti per la tutela giurisdizionale ordinaria o amministrativa. Nel 1997 la Commissione bicamerale elaborò un progetto di revisione costituzionale, che riguardava l'intera seconda parte della Costituzione: quanto alla giustizia costituzionale, il progetto prevedeva la competenza della Corte costituzionale sui ricorsi in materia di elezione dei parlamentari, nonché l'introduzione di un ricorso "per la tutela, nei confronti dei pubblici poteri, dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, secondo condizioni, forme e termini di proponibilità stabiliti con legge costituzionale", e di un ricorso da promuovere da parte di un quinto dei componenti di una Camera, sempre per violazione dei diritti fondamentali e secondo quanto specificato con legge costituzionale. Nel 2014, il progetto di riforma costituzionale n. 26132-D presentato alla Camera dei deputati (iniziativa governativa Renzi-Boschi) aveva previsto l'introduzione di un inedito controllo preventivo sulle leggi elettorali delle Camere. Ancora, nel 2015 il d.d.l. n. 1952 (propon. sen. Lanzillotta), aveva proposto la modifica dell'art. 30 della l. n. 87/1953, prevedendo la possibilità che la Corte disponga, in luogo dell'incostituzionalità con effetti *ex tunc*, una "diversa modulazione dell'efficacia nel tempo della stessa decisione, a tutela di altri principi costituzionali".

verso l'anima politica piuttosto che verso quella giurisdizionale (55).

Se è vero che "dettare l'agenda" al legislatore può essere pericoloso in termini di legittimazione (56), è anche incontestabile che cedere il passo al Parlamento attesta un riconoscimento del suo ruolo nell'attuazione dei valori costituzionali (che è anche e necessariamente un divenire), piuttosto che celare un distorto meccanismo per surrogarsi a esso; tanto più che, nel caso qui in esame, il recente precedente di cui alla sentenza n. 253/2019 lasciava margini alla Corte per decidere immediatamente la questione, anche avvalendosi dell'illegittimità consequenziale.

Deve escludersi, poi, la sindacabilità nell'immediato della disciplina eventualmente adottata a seguito dell'ordinanza di rinvio.

Sebbene nella pronuncia in commento si affermi che "*compito di questa Corte sarà quello di verificare ex post la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte (ordinanze n. 132 del 2020 e n. 207 del 2018)*", il riferimento alla precedente ordinanza n. 132/2020 consente di perimetrare l'argomentazione, dal momento che in quella occasione si era espressamente precisato che "*compito naturale di questa Corte*" è quello di operare simile verifica *ex post*, "*su sollecitazione dei giudici comuni*" (57).

(55) Opinione sostenuta, a seguito dell'adozione dell'ord. n. 132/2020, ad esempio da R. Pinardi, *op. cit.*, 107, che la collega peraltro, in modo "*tutt'altro che casuale*" a "*una crisi del sistema rappresentativo che non ha precedenti*"; in questa prospettiva, v. anche le osservazioni di R. Romboli, "*Caso Cappato: una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata"*", con qualche riflessione sul futuro della vicenda, in *Foro it.*, 2019, I, 1892 ss.

(56) Scriveva già più di trent'anni addietro C. Mezzanotte, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in Aa.Vv., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento ad esperienze straniere* (Atti del seminario, Roma, 23-24 novembre 1988), Milano, Giuffrè, 1989, spec. 425: "*Coinvolgere la Corte nella determinazione degli ordini del giorno politico-parlamentari può significare collocarla nel punto cruciale della contesa politica con esiti fatalmente delegittimanti*".

(57) Corte cost. ord. n. 132/2020, par. 8 del considerato in diritto. Sembra quindi corretto ritenere che, per quanto riguarda l'impatto sul giudizio *a quo* di un'eventuale normativa adottata dal legislatore, la Corte dovrebbe restituire gli atti al giudice remittente, come avviene usualmente nelle ipotesi di *ius superveniens*, al fine di una nuova valutazione sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione. Per quanto riguarda invece la costituzionalità della nuova disciplina per le sue applicazioni *pro futuro*, è parimenti da escludersi in radice la possibilità di un sindacato alla ripresa del processo costituzionale rinviato. Una diversa interpretazione finirebbe infatti per scardinare il nostro modello di giustizia costituzionale, secondo il quale la Corte costituzionale non agisce d'ufficio, ma solo su impulso dei soggetti legittimati ad attivarne il sindacato. Si tratta di una regola che trova i propri corollari anche nella mancata previsione di strumenti di controllo preventivo di costituzionalità delle leggi, ormai da quasi due decenni abbandonato anche per quanto riguarda il giudizio in via principale sulle leggi regionali (che, comunque, era rimesso all'iniziativa statale), rego-

Anche sotto questo aspetto, quindi, si può concludere per la sostanziale ammissibilità di questa tecnica decisoria nella cornice costituzionale vigente, ed escludere che costituisca un tentativo di ingerenza nell'attività del decisore politico, oltre i confini segnati da tale cornice.

In prospettiva *de iure condendo*, sarebbe certo auspicabile la stabilizzazione di questo strumento attraverso una previsione legislativa, la quale, peraltro, potrebbe opportunamente farsi carico di disciplinare le conseguenze del disposto rinvio interlocutorio, nelle more della definizione del giudizio costituzionale, tanto nei riguardi dei giudizi pendenti diversi da quello *a quo*, quanto con riferimento all'amministrazione.

Nel frattempo, una soluzione per ridurre l'incertezza applicativa dello strumento in discussione resta, ovviamente, il riscontro del legislatore agli inviti che con esso gli vengono rivolti.

VALENTINA CARUCCI

* * *

la che ha fondamento nel principio del primato della legge e della legislazione. Se si ammettesse il potere della Corte di valutare in via diretta la costituzionalità dell'intervento legislativo "emendativo" richiesto con l'ordinanza di incostituzionalità prospettata, specie quanto alla sua applicazione *pro futuro*, la tecnica decisoria in esame si rivelerebbe strumento di rottura dell'equilibrio fra discrezionalità legislativa e sindacato di costituzionalità delle leggi, trasformando il sindacato accentrato in un *aliud* contrario al sistema di giustizia costituzionale italiano. In questa prospettiva, con riferimento all'ord. n. 207/2018, anche F.S. Marini, *op. cit.*, 214.