

Ricordando  
**ALESSANDRO PIZZORUSSO**

**Verso una nuova “stagione”  
nei rapporti tra Corte costituzionale  
e legislatore?**

Pisa, 15 dicembre 2022

A cura di  
Elena Malfatti, Virginia Messerini, Roberto Romboli,  
Emanuele Rossi e Angioletta Sperti

# **ATTI DI CONVEGNO**

Ricordando Alessandro Pizzorusso : verso una nuova stagione nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore? : Pisa, 15 dicembre 2022 / a cura di Elena Malfatti, Virginia Masserini, Roberto Romboli, Emanuele Rossi e Angioletta Sperti. - Pisa : Pisa university press, 2023.

342.45020269

I. Malfatti, Elena <1968- > II. Messerini, Virginia III. Romboli, Roberto IV. Rossi, Emanuele V. Sperti, Angioletta VI. Pizzorusso, Alessandro 1. Corti costituzionali - Italia - Atti di congressi - Pisa - 2022 2. Diritto costituzionale - Italia - Atti di congressi - Pisa - 2022

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa

# UPI

UNIVERSITY  
PRESS ITALIANE

Membro Coordinamento  
University Press Italiane

© Copyright 2023

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail [press@unipi.it](mailto:press@unipi.it) · PEC [cidic@pec.unipi.it](mailto:cidic@pec.unipi.it)

[www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)

ISBN 978-88-3339-885-3

progetto grafico interno: Marzio Aricò

L'opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons: Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0).

Legal Code: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode.it>



L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte.

L'opera è disponibile in modalità Open Access a questo link: [www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)

# INDICE

QUALCHE CONSIDERAZIONE INTRODUTTIVA AL SEMINARIO, 'SULLE TRACCE' DELL'INSEGNAMENTO DEL PROF. ALESSANDRO PIZZORUSSO <i>Elena Malfatti</i>	9
<b>PARTE PRIMA</b>	
<b>RELAZIONI</b>	<b>19</b>
VERSO UN ASSETTO VIEPIÙ "SREGOLATO" DEI RAPPORTI TRA CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE? <i>Antonio Ruggeri</i>	21
DEL RAPPORTO FRA CORTE E LEGISLATORE ALLA LUCE DEI NUOVI INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA E "RIME OBBLIGATE" <i>Paolo Carnevale</i>	43
INTORNO A DUE TECNICHE DECISORIE CONTROVERSE: LE SENTENZE DI ACCOGLIMENTO "A RIME ADEGUATE" E LE DECISIONI DI RINVIO DELL'UDIENZA A DATA FISSA CON INCOSTITUZIONALITÀ PROSPETTATA <i>Nicolò Zanon</i>	73
SUL PANGIURIDICISMO COSTITUZIONALE E SUL LATO POLITICO DELLA COSTITUZIONE <i>Andrea Morrone</i>	103


**PARTE SECONDA**
**INTERVENTI 161**

IL PROBLEMA DELLA DISCREZIONALITÀ LEGISLATIVA  
NEL PROCESSO COSTITUZIONALE

A 70 ANNI DALLA LEGGE 11 MARZO 1953, N. 87

*Nicola D'Anza* 163

LA "DESUETUDINE" DELL'ART. 136, ULTIMO COMMA,  
DELLA COSTITUZIONE ITALIANA?  
UNA TEORIA DELL'«AIGUILLEUR» ORMAI DIMENTICATA

*Leonardo Alberto Pesci* 175

ALCUNE CONSIDERAZIONI SULLA TECNICA DECISORIA  
"IN PIÙ FASI"

*Bruno Brancati* 187

ERGASTOLO OSTATIVO:  
UNA (IN)DECISIONE IN TRE TEMPI

*Ottavia Di Capua* 199

IL GIUDIZIO SULLE LEGGI E LE RAGIONI DEL POLITICO.  
LE RIME OBBLIGATE TRA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE  
E POSITIVISMO GIURIDICO

*Pier Giuseppe Puggioni* 211

I RAPPORTI TRA CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE  
IN MATERIA PENALE:

LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI RIME OBBLIGATE  
E IL DIRITTO PROCESSUALE COSTITUZIONALE

*Stefano Rovelli* 221

DAI MONITI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE  
SUL CD. JOBS ACT, ALCUNE SUGGERZIONI SULL'ANDAMENTO  
DEI RAPPORTI TRA CORTE E LEGISLATORE

*Cristina Luzzi* 233

---

I POTERI ISTRUTTORI NELLA STAGIONE DEL RI-ACCENTRAMENTO: NUOVE PROSPETTIVE, ANCHE ALLA LUCE DELL'INTRODUZIONE DEGLI ESPERTI DI CHIARA FAMA? <i>Rachele Bizzari</i>	245
I RIFLESSI INTERNI DELL'EVOLUZIONE DEL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE <i>Giacomo Canale</i>	257
LE FUNZIONI "EXTRA-GIUDIZIALI" DELLE CORTI COSTITUZIONALI. RIPENSANDO LA DICOTOMIA CORTI-LEGISLATORI <i>Angioletta Sperti</i>	269
IL "POTERE NEUTRO" DEL GIUDICE DELLE LEGGI... SEI ANNI DOPO <i>Giuliano Serges</i>	287
<b>PARTE TERZA</b>	
<b>OSSERVAZIONI CONCLUSIVE</b>	<b>299</b>
CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE: IL BILANCIAMENTO TRA LA GARANZIA DEI DIRITTI ED IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DEI POTERI <i>Roberto Romboli</i>	301
ELENCO DEGLI AUTORI	335



# Alcune considerazioni sulla tecnica decisoria “in più fasi”

*Bruno Brancati*

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. La presenza nell’ordinamento di un trattamento di maggior tutela nei confronti di soggetti che sono destinatari di pene a causa di discipline incostituzionali. - 3. Il carattere controverso della tecnica decisoria in più fasi.

## 1. Introduzione

Tra i vari aspetti problematici che la tecnica decisoria “in più fasi”<sup>1</sup> presenta, figura la mancanza di chiarezza circa il particolare criterio che guida la Corte nell’individuare i casi in cui adottare tale tecnica, e non un’altra. Com’è noto,

---

1. Della tecnica sono state evidenziate principalmente due fasi (ad esempio, cfr. E. FURNO, *Il “caso Cappato” ovvero dell’attivismo giudiziale*, in «Osservatorio costituzionale», 1, 2020, 308). Tuttavia, se si ritiene che ad ogni rinvio della Corte possa corrispondere una fase, e si considera che nel terzo caso di impiego della tecnica la Corte ha disposto più di un rinvio, si potrebbe parlare di tecnica “in più fasi” (come accennato da E. MALFATTI nella sua Introduzione al Seminario, in questo vol.; per osservazioni critiche sul secondo rinvio (ord. n. 122/2022) nello stesso giudizio riguardante l’ergastolo ostativo, cfr. N. ZANON, *Intorno a due tecniche decisorie controverse: le sentenze di accoglimento “a rime adeguate” e le decisioni di rinvio dell’udienza a data fissa con incostituzionalità prospettata*, parr. 6 e 7, in questo vol.; per la formula “tecnica in più fasi”, cfr., volendo, B. BRANCATI, *La Corte non annulla la disciplina sui licenziamenti illegittimi dei piccoli datori di lavoro, ma minaccia di farlo in un futuro giudizio (nota alla sent. n. 183/2022 della Corte costituzionale)*, in «Labor. Il lavoro nel diritto», 6, 2022, 760). La formula “tecnica decisoria in più fasi” pare preferibile alla formula “incostituzionalità prospettata” – autorevolmente impiegata dal Presidente Lattanzi (relazione annuale del 21 marzo 2019, disponibile in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_annuali/lattanzi2019/Relazione\\_del\\_Presidente\\_Giorgio\\_Lattanzi\\_sull\\_attivita\\_svolta\\_nell\\_anno\\_2018.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf), p. 12) e ripresa dal Presidente Coraggio (relazione annuale del 13 maggio 2021, disponibile in [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi\\_relazioni/1042\\_P/relazione\\_presidente\\_corag-](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_relazioni/1042_P/relazione_presidente_corag-)

con riguardo ai casi nei quali la Corte ritiene che al contrasto tra i principi costituzionali e la disciplina legislativa dovrebbe apportare rimedio innanzitutto il legislatore, era stata forgiata, prima della tecnica decisoria in più fasi, un'altra tecnica – ancora usata – che si avvale di una pronuncia di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”<sup>2</sup> con monito, e di una eventuale successiva pronuncia di accoglimento, che definisce un distinto giudizio<sup>3</sup>. In relazione a entrambe le tecniche, è possibile obiettare alla Corte un'invasione della sfera di discrezionalità del legislatore, peraltro dopo che, in un primo momento<sup>4</sup>, la stessa Corte ha ravvisato in tale discrezionalità un ostacolo all'accoglimento (prestando così il fianco a una possibile accusa di incoerenza<sup>5</sup>). Le due tecniche, però, non sono equivalenti quanto a tutela apprestata. Infatti, mentre nel caso delle decisioni di “incostituzionalità accertata ma non dichiarata”, il diritto costituzionale leso della parte del giudizio *a quo* non trova tutela a seguito della pronuncia che definisce il primo giudizio di costituzionalità, perché questa non è una pronuncia di accoglimento, nel caso della tecnica in più fasi il diritto costituzionale leso della parte del giudizio *a quo* potrà ricevere tutela con la definizione del giudizio costituzionale, a seguito dell'ordinanza interlocutoria e della constatata mancanza di un adeguato intervento del legislatore.

Finora la Corte non ha fornito una spiegazione soddisfacente delle ragioni che la inducono a utilizzare ora l'una, ora l'altra, limitandosi all'affermazione generica per cui la nuova tecnica è stata adottata a causa della «rilevanza dei valori [...] coinvolti»<sup>6</sup>: si è evidenziato che anche in casi in cui

---

[gio\\_definitiva\\_20210514153620.pdf](#), p. 13) – in quanto la prima distingue più chiaramente tale tecnica da quella più risalente dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata, nella quale pure la Corte prospettava un'incostituzionalità.

2. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 80 ss.

3. Cfr., ad esempio, G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in «[www.questionegiustizia.it](#)», 13 novembre 2020, 9.

4. Costituito, nel caso della tecnica in più fasi, dall'ordinanza interlocutoria che ravvisa l'incostituzionalità, e, nel caso dell'altra più risalente tecnica, dalla pronuncia di inammissibilità (o rigetto) che definisce il primo giudizio di costituzionalità.

5. Cfr., ad esempio, con riferimento alla tecnica in più fasi, A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in «[Dirittifondamentali.it](#)», 3, 2022, 412.

6. Corte cost., ord. n. 207/2018. In tale ordinanza, la stessa Corte afferma che «in situazioni analoghe a quella in esame», fino a quel momento, aveva dichiarato l'inammissibilità con mo-



la Corte ha continuato a usare la tecnica più risalente erano coinvolti valori rilevanti<sup>7</sup>. Sulla scorta di un’osservazione dei tre casi in cui è stata adottata, è stata già avanzata l’ipotesi che la nuova tecnica possa essere volta a impedire l’applicazione nei giudizi *a quibus* di discipline incostituzionali, più severe, in termini di responsabilità penale, trattamento sanzionatorio penale ed esecuzione della pena, rispetto a discipline conformi alla Costituzione<sup>8</sup>. Infatti, se la Corte non avesse adottato la nuova tecnica, si sarebbero verificate le seguenti conseguenze: nel primo caso (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019) il fatto contestato all’imputato sarebbe stato qualificato come reato; nel secondo caso (ord. n. 132/2020 e sent. n. 150/2021), il trattamento sanzionatorio penale da applicare sarebbe stato più severo; nel terzo caso (ordd. nn. 97/2021, 122/2022 e 227/2022<sup>9</sup>), sarebbe rimasta preclusa per il condannato la stessa possibilità di accesso alla liberazione condizionale nell’ambito dell’esecuzione penale<sup>10</sup>.

In questo contributo, si evidenzierà in primo luogo il fondamento ordinamentale dell’ipotesi avanzata. Se si presupponesse la compatibilità della tecnica decisoria in più fasi con l’assetto costituzionale – e si deve ritenere che secondo la Corte costituzionale vi sia compatibilità – il criterio ipotizzato si potrebbe prestare ad essere adottato per selezionare i casi in cui impiegare la nuova tecnica, in ragione del suo collegamento con dati di diritto positivo. Successivamente, però, ci si interrogherà proprio sulla solidità del presupposto, ovvero sulla riconducibilità della tecnica in più fasi al novero degli strumenti legittimi di cui si potrebbe avvalere il giudice costituzionale, mettendo in luce fattori che generano perplessità.

---

nito al legislatore, pronunciando eventualmente l’accoglimento in un altro giudizio (lo osserva N. ZANON, *op. cit.*, par. 6).

7. Cfr. R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 42, 1, 2022, 50-55.

8. Cfr. B. BRANCATI, *op. cit.*, 762-763. Il legame tra nuovi moduli decisori nella giurisprudenza costituzionale e materia penale è stato evidenziato da O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, Palermo University Press, 2022, 6-7, 61-62.

9. Quest’ultima pronuncia dispone la restituzione degli atti al giudice *a quo*, in considerazione dell’intervento del legislatore.

10. Cfr. B. BRANCATI, *op. cit.*, 762-763.

## 2. La presenza nell'ordinamento di un trattamento di maggior tutela nei confronti di soggetti che sono destinatari di pene a causa di discipline incostituzionali

L'ipotizzato criterio di selezione potrebbe essere considerato come espressione di una *ratio* già operante nel diritto positivo, in particolare nella disciplina del giudicato, che risulta recessivo al cospetto di «sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato»<sup>11</sup>. In particolare, l'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, ponendo un trattamento differenziato, stabilisce che della sentenza irrevocabile di condanna, pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale, «cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali», mentre gli altri tipi di giudicato resistono al dispiegamento degli effetti dell'accoglimento della Corte. La *ratio* di tale disciplina consiste nella valutazione di categorica intollerabilità di una condanna penale pronunciata in applicazione di una norma incostituzionale, in considerazione della peculiarità della materia penale e del *favor libertatis*<sup>12</sup>. Mentre la l. n. 87/1953 fa prevalere la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici, in relazione a tutti gli altri tipi di giudicato, nel caso della sentenza irrevocabile di condanna considera recessiva la certezza del diritto rispetto all'esigenza di impedire che un soggetto venga punito in virtù di previsioni legislative incostituzionali<sup>13</sup>. Altrimenti, si ammetterebbe un grave cortocircuito ordinamentale, consistente nel tollerare che un soggetto continui a subire non un qualsiasi effetto, ma addirittura la sanzione più grave che l'ordinamento conosca, a causa di una legge incompatibile con la Costituzione. Ciò comporterebbe quantomeno una lesione del principio personalista, del diritto alla libertà personale e del principio rieducativo, dal momento che la certezza del diritto non parrebbe fornire una motivazione sufficiente a giustificare il sacrificio dei primi. Peraltro,

---

11. Corte cost., sent. n. 210/2013.

12. Cfr. Corte cost., sent. n. 68/2021.

13. Si è osservato che l'assetto normativo che disciplina la recessività del giudicato penale rispetto alla declaratoria d'incostituzionalità (e opera una differenziazione, con riguardo al diverso fenomeno della successione temporale di leggi penali) va inquadrato nell'ottica del «bilanciamento tra interessi confliggenti» (S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto*, in «Diritto penale contemporaneo», 1, 2015, 35).

con la sent. n. 68/2021<sup>14</sup> la Corte costituzionale ha ampliato l'ambito di estensione dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, affermando che esso si applichi pure alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ex art. 222, comma 2, d.lgs. n. 285/1992 (e dichiarando incostituzionale il suddetto comma 4 in quanto interpretato in senso contrario).

Su questo tema, la Corte di cassazione ha fornito indicazioni significative. La sentenza delle sezioni unite, 24 ottobre 2013, n. 18821<sup>15</sup> afferma che «la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, art. 25, comma 2) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall'art. 27, comma terzo, Cost.», risultando inaccettabile «che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi [...] alla Carta fondamentale». Ciò implica che, nel bilanciamento tra l'esigenza, sottesa al giudicato, di tutelare la certezza del diritto, e i diritti del condannato (oltre ad altri principi costituzionali), devono prevalere questi ultimi, come la stessa sentenza esplicita<sup>16</sup>. Preme sottolineare come l'ordinamento, allorquando richiede in maniera indefettibile che le restrizioni della libertà personale del condannato abbiano luogo in applicazione di leggi conformi alla Costituzione, durante tutta la loro durata, quindi per tutto il tempo dell'esecuzione penale, predisponga una tutela rafforzata, che

---

14. Su cui, *ex multis*, cfr. V. Marcenò, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in «Nomos. Le attualità nel diritto», 2, 2021, 1-10. Sulla giurisprudenza costituzionale concernente la l. n. 87/1953 (inclusa la sent. n. 68/2021), si rinvia alla relazione tenuta, al convegno del Gruppo di Pisa "I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale", Como, 26-27 maggio 2023, da G.L. CONTI, *La l. n. 87 del 1953 nel sistema delle fonti*, in particolare par. 8, il cui testo provvisorio è disponibile in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

15. Cass. pen., SS.UU., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, in «Cassazione penale», 1, 2015, 28 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *Norme incostituzionali e giudicato penale: quando la bilancia pende tutta da una parte*.

16. Gambardella non ha dubbi sul fatto che le esigenze connesse alla libertà personale del condannato dovrebbero prevalere sulla certezza del diritto connessa al giudicato, anche quando viene in rilievo una declaratoria d'incostituzionalità di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice (cfr. M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, 66-68, 87). Tuttavia, secondo l'autore, la suddetta prevalenza non sarebbe consentita dal tenore letterale dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, nel caso di norma penale diversa dalla norma incriminatrice (*ivi*, 82-87).

si differenzia da quella rivolta alla generalità degli altri diritti: infatti, mentre i diritti del condannato, lesi da condanne penali pronunciate in ragione di norme dichiarate incostituzionali, trovano tutela anche dopo la formazione del giudicato, gli altri diritti lesi da norme incostituzionali vengono tutelati solo se la dichiarazione d'incostituzionalità interviene prima della formazione del giudicato (o dell'esaurimento del rapporto per altra via).

Peraltro, sempre secondo la richiamata sentenza, l'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 avrebbe un ambito più esteso rispetto all'art. 673 c.p.p., quanto alla dichiarazione d'incostituzionalità<sup>17</sup>. Infatti, mentre quest'ultimo prevede la revoca, da parte del giudice dell'esecuzione, della sentenza di condanna o del decreto penale nel caso di dichiarazione d'incostituzionalità della «sola «norma incriminatrice» in senso stretto, costitutiva cioè di un autonomo titolo di reato», il riferimento dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 alla «norma dichiarata incostituzionale», in applicazione della quale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, sarebbe più generale e idoneo a evocare «qualsiasi tipologia di norma penale – comprese quindi quelle che incidono sul quantum sanzionatorio»<sup>18</sup>. Dunque, la disciplina recata dalla l. n. 87/1953 impedirebbe che una sanzione penale «venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale», sia nel caso di incostituzionalità della fattispecie incriminatrice, sia nel caso di incostituzionalità di altre componenti della disciplina penale, come il trattamento sanzionatorio. Sul solco della suddetta decisione si pone la sentenza delle sezioni unite, 29 maggio 2014, n. 42858<sup>19</sup>, la quale statuisce che il giudice dell'esecuzione debba rideterminare la pena, ancora non interamente espiata, allorquando sia intervenuta, dopo una sentenza

---

17. L'art. 673 c.p.p., infatti, non disciplina solo il caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, ma anche quello di abrogazione, di cui non ci si occupa in questa sede.

18. In dottrina è stato sostenuto che il riferimento alla dichiarazione d'incostituzionalità della norma incriminatrice, operato dall'art. 673 c.p.p., costituisce solo una particolare manifestazione di un principio – ricavabile dagli artt. 136 Cost. e 30, commi 3-4, l. n. 87/1953 – che copre un ambito più ampio (cfr. S. RUGGERI, *op. cit.*, 34). Lo stesso autore ha anche affermato che, in virtù della funzione rieducativa della pena, sarebbe plausibile sostenere che, agli effetti dell'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953, la «norma dichiarata incostituzionale» possa essere pure una norma di diritto processuale, e non solo sostanziale (*ivi*, 36). Come si è visto, però, non si tratta dell'unica tesi ravvisabile nel panorama dottrinale.

19. Cass. pen., SS.UU., 29 maggio 2014 (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, in «Cassazione penale», 1, 2015, 41 ss., con nota di M. GAMBARDILLA, *op. cit.*

irrevocabile di condanna, una dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale, pur se diversa dalla norma incriminatrice<sup>20</sup>. In particolare, in quest'ultima decisione veniva in rilievo la sent. n. 251/2012 della Corte costituzionale, che dichiarava incostituzionale un divieto di valutare come prevalente una circostanza attenuante<sup>21</sup>. Richiamando le due citate decisioni delle sezioni unite, un'ulteriore sentenza delle stesse<sup>22</sup> ha distinto tra il “giudicato sull'accertamento”, che rimarrebbe intangibile, e il “giudicato sulla pena”, suscettibile di modifiche *in bonam partem* al trattamento sanzionatorio, data la prevalenza, sulla certezza dei rapporti giuridici, di altri «principi costituzionali e convenzionali, quali la libertà personale, la legalità della pena, la finalità rieducativa, il principio di eguaglianza».

Il criterio ipotizzato, quindi, sarebbe ispirato da una *ratio* che già trova espressione nella disciplina positiva del giudicato penale. Per impedire che all'interno dell'ordinamento alcuni soggetti (in modo particolare, le parti dei giudizi *a quibus*) subiscano sanzioni penali a causa di norme incostituzionali (cosa ritenuta intollerabile), la Corte deciderebbe – se adottasse tale criterio – di definire il giudizio di costituzionalità non con un dispositivo di inammissibilità o di rigetto giustificato dall'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore, bensì con un dispositivo di accoglimento, a meno che il legislatore non intervenga adeguatamente entro il termine fissato dalla Corte stessa. Intendendo la *ratio* in termini più ampi, la tecnica decisoria in più fasi sarebbe in grado di estendersi anche a casi di norme incostituzionali che disciplinano l'esecuzione penale, come avvenuto nella vicenda relativa all'ergastolo ostativo. Del resto, se, come affermato dalla Corte di cassazione,

---

20. In dottrina non è stata unanimemente accolta la tesi che si possa estrarre dal diritto positivo vigente una norma che stabilisce la recessività del giudicato anche a fronte di una declaratoria d'incostituzionalità di una norma penale diversa dalla norma incriminatrice. Come si è segnalato, non ha accolto questa tesi Gambardella, che critica per questo aspetto la sentenza delle sezioni unite appena citata, affermando che, in mancanza di un intervento del legislatore, solo la Corte costituzionale potrebbe porre rimedio all'irragionevolezza della disciplina positiva (cfr. M. GAMBARDELLA, *op. cit.*, 82-87).

21. Secondo la Cassazione, per effetto della suddetta decisione della Corte costituzionale il giudice dell'esecuzione ha la possibilità di affermare la prevalenza della circostanza attenuante.

22. Cass. pen., SS.UU., 26 febbraio 2015 (dep. 15 settembre 2015), n. 37107, in «Cassazione penale», 3, 2016, pp. 1195 ss., con nota di A. CONZ, *La volontà negoziale dell'imputato nel comporre la pena e la peculiare natura della sentenza irrevocabile di patteggiamento: confutazioni al principio espresso dalle Sezioni Unite*.

«la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione [...] e deve assolvere la funzione rieducativa»<sup>23</sup>, non è tollerabile nemmeno che a un condannato si continui ad applicare una disciplina dell'esecuzione penale incostituzionale, che restringe più duramente la libertà personale.

Ci si deve domandare se tale impostazione resista all'obiezione seguente. L'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 impedisce, secondo le richiamate decisioni delle sezioni unite della Cassazione, che un soggetto scontando una pena risultante da una disciplina oggetto di declaratoria d'incostituzionalità, ma, nel caso in cui la Corte costituzionale definisse un giudizio col tipo di decisione più risalente (incostituzionalità accertata non dichiarata), non sussisterebbe l'esigenza di impedire che un soggetto subisca una pena, o un regime esecutivo, a causa di leggi dichiarate incostituzionali, per il semplice fatto che la dichiarazione d'incostituzionalità non c'è (eventualmente potrebbe essere pronunciata con la definizione di un diverso giudizio); si potrebbe obiettare, dunque, sulla base di tale osservazione, che non vi sarebbe motivo di forgiare la nuova tecnica decisoria.

In base ad una più approfondita valutazione, l'obiezione non pare efficace: sebbene l'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953 faccia riferimento alla dichiarazione d'incostituzionalità, il disvalore intollerabile pare risiedere nell'applicazione, nella particolare materia individuata, di una disciplina sfavorevole riconosciuta *contra Constitutionem*; proprio per evitare che ciò avvenga, la Corte deciderebbe (se adottasse il criterio ipotizzato) di adottare la nuova tecnica.

Va osservato, infine, che, se la Corte si ispirasse alla *ratio* indicata, il novero dei casi in cui adottare la suddetta tecnica potrebbe essere ulteriormente ampliato, anche tenendo conto della giurisprudenza costituzionale sull'art. 30, comma 4, l. n. 87/1953. Si pensi, ad esempio, alla già richiamata sent. n. 68/2021, che ne ha esteso la portata, nel senso indicato *supra*.

### 3. Il carattere controverso della tecnica decisoria in più fasi

Il criterio ipotizzato, in quanto espressione di una *ratio* già ravvisabile nel diritto positivo, potrebbe prestarsi ad essere adottato dalla Corte per selezionare i casi in cui utilizzare la nuova tecnica, sul presupposto che

---

23. Cass. pen., SS.UU., 24 ottobre 2013 (dep. 7 maggio 2014), n. 18821, cit.

quest'ultima sia costituzionalmente compatibile. Proprio tale presupposto, però, non è affatto scontato, e a ciò si dedicheranno queste battute finali. Per considerare tale aspetto occorre osservare la tecnica in termini complessivi, tenendo in conto non solo il risultato che con essa si raggiunge, ma anche ciò che la Corte deve fare per raggiungerlo<sup>24</sup>.

Allorquando utilizza la tecnica decisoria in più fasi (come pure quella più risalente del monito, con possibile accoglimento in un secondo giudizio di costituzionalità), la Corte pretende di essere legittimata a occupare il campo della discrezionalità del legislatore<sup>25</sup>. Si pone, allora, una questione cruciale<sup>26</sup>, ovvero se tale pretesa si possa ritenere giustificata in considerazione del fine perseguito dalla Corte, consistente nella salvaguardia di valori e principi costituzionali di grande rilievo<sup>27</sup>. Alla questione sono state date risposte autorevoli in sensi diversi.

---

24. Non ci si può soffermare, in questa sede, su tutti gli aspetti critici della tecnica in questione, tra cui rientra il fatto che essa non è contemplata nella disciplina positiva della giustizia costituzionale (parla di “invenzione” della tecnica A. RUGGERI, *op. cit.*, 412). Come è stato autorevolmente evidenziato, il rispetto delle regole processuali costituisce un fattore fondamentale per la tenuta della legittimazione della Corte costituzionale quale giudice (ad esempio, cfr. R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale* ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti, in «[www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)», 6 aprile 2015, 4).

25. Occorre precisare che l'intersezione con la sfera della discrezionalità del legislatore è asserita dalla stessa Corte come caratteristica della tecnica in più fasi, ma si è dubitato del fatto che l'interferenza con tale sfera si sia verificata effettivamente in tutti i casi in cui la tecnica è stata utilizzata. Ad esempio, ha sollevato dubbi sulla sussistenza di un'invasione della discrezionalità legislativa nel secondo caso di uso della tecnica (ord. n. 132/2020 e sent. n. 150/2021) e, quindi, ha ritenuto «difficilmente comprensibile» il ricorso a siffatta tecnica nel caso richiamato O. SPATARO, *op. cit.*, 113-114.

26. Già con riferimento alla più risalente tecnica che si avvaleva del monito e della doppia pronuncia era stato evidenziato il profilo critico riguardante la discrezionalità legislativa (G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), Bologna, il Mulino, 1982, 141).

27. Dato che l'apparato giustificatorio della tecnica è strettamente collegato all'esigenza di salvaguardare norme costituzionali lese, si riscontrerebbe un elemento di debolezza nell'impiego della tecnica qualora, nell'ordinanza interlocutoria di rinvio, la Corte non esplicitasse con nettezza la sussistenza di una violazione dei principi costituzionali. Con riferimento al terzo caso di uso della tecnica, si è affermato che potrebbe ritenersi mancante «una vera e propria prospettazione di incostituzionalità», anche perché l'ord. n. 97/2021 parla più volte di “tensione”, con riguardo ai principi costituzionali (O. SPATARO, *op. cit.*, 114, 116-117). La scelta lessicale appare in effetti un po' ambigua, perché la “tensione” potrebbe non equivalere al “conflitto” o alla “contrapposizione”. In verità, però, sembra di doversi sostenere che, sebbene non faccia ricorso ad espressioni particolarmente forti, anche nell'ord. n. 97/2021 la Corte stia affermando

Da un lato, evidenziando che non sarebbe giuridicamente legittimo non dare attuazione alla Costituzione, si è affermato che, se il legislatore fosse l'esclusivo titolare del compito di attuare le norme costituzionali di principio, queste ultime sarebbero "di fatto decostituzionalizzate"<sup>28</sup>; alla luce di ciò, l'operato della Corte nel "caso Cappato" è stato apprezzato, in quanto ritenuto conforme al dovere di rendere giustizia costituzionale, obbedendo «all'imperativo giuridico e morale di far cessare un'ingiustizia»<sup>29</sup>. Dall'altro, affermando che i fini non possono giustificare i mezzi, si è mossa una critica alla tendenza della Corte a valicare il perimetro del corretto esercizio del suo compito, convertendosi, contrariamente a quanto stabilito dall'assetto costituzionale dei poteri, da massimo garante a massimo decisore politico<sup>30</sup>. In dottrina si è anche sostenuto che la tecnica decisoria in più fasi può essere considerata accettabile solo a certe rigorose condizioni, tra cui rientra l'impiego «solo in situazioni eccezionali» della decisione che supera le "rime obbligate"<sup>31</sup>.

Non sono certo esauribili e risolvibili in questo contributo le problematiche sollevate dalla tecnica decisoria in esame (e non solo da questa), problematiche che appaiono imponenti ed epocali, anche tenendo conto della difficile individuazione, o addirittura della crisi, dei confini tra concetti che per molto tempo sono stati decisivi strumenti di orientamento e discernimento (come attuazione e applicazione della Costituzione<sup>32</sup>, merito e legittimità).

---

l'esistenza di un profilo d'incostituzionalità. In particolare, paiono univoche in questo senso le frasi nelle quali la Corte: nega la compatibilità con la Costituzione di una previsione della collaborazione come «unica possibile strada, a disposizione del condannato all'ergastolo, per accedere alla liberazione condizionale»; afferma che la presunzione assoluta sia «in contrasto» con l'art. 27, terzo comma, Cost.; parla, in generale, di «ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata».

28. G. SILVESTRI, *op. cit.*, 6-7.

29. *Ivi*, 11.

30. Cfr. A. RUGGERI, *op. cit.*, 412-416. Per una riflessione sui confini della legittimazione della Corte costituzionale, si rinvia a A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 39, 2, 2019, 251-290, e ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in «federalismi.it», 12, 2021, 170-212.

31. A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in «Rivista AIC», 2, 2023, 131.

32. Luciani evidenzia il carattere elastico e mobile dei confini tra attuazione e applicazione della Costituzione, pur affermando che la loro distinzione deve essere preservata (M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisprudizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in «Rivista AIC», 3, 2012, 10-11).



timità<sup>33</sup>, ecc.). In questa sede, ci si limita a ricordare che la giurisdizione in genere apporta, all'interno di ordinamenti democratici, una componente aristocratica, il cui innesto è vitale e fisiologico, a condizione che il suo spazio non diventi esorbitante<sup>34</sup>. Ritenere che la Corte costituzionale sia legittimata ad attuare la Costituzione e a compiere scelte rientranti nella sfera di discrezionalità del legislatore, in caso di inerzia dello stesso, equivale ad accettare che l'intervento di quest'ultimo, almeno a certe condizioni, non abbia carattere infungibile; da ciò, tuttavia, potrebbero derivare implicazioni pericolose. Piuttosto, dovrebbe risultare pacifico che «i giudici, anche quelli costituzionali, non possono sostituirsi del tutto e sempre agli organi di indirizzo politico»<sup>35</sup>; altrimenti, si verificherebbe una inammissibile sostituzione, operante addirittura al livello della forma di stato<sup>36</sup>: ad una forma di stato democratica si sostituirebbe – nel caso in cui questa non riesca a conseguire quanto ci si attende – una forma di stato “di riserva”, in cui dominerebbe la componente aristocratica della giurisdizione costituzionale. Pertanto, sarà necessario continuare a confrontarsi con l'interrogativo se sia effettivamente possibile individuare canoni sufficientemente affidabili in grado – in modo coerente, convincente e costituzionalmente compatibile – di circoscrivere gli interventi della Corte nella sfera di discrezionalità legislativa, oppure se siffatti interventi debbano considerarsi inderogabilmente preclusi. A chi scrive pare, quantomeno, che il criterio consistente nell'impedire l'applicazione in senso sfavorevole di fattispecie incriminatrici, sanzioni penali o discipline di esecuzione penale incostituzionali non risulti sufficiente (almeno non da solo) a dare un fondamento legittimante alla tecnica.

---

33. Sul confine sempre più labile tra merito e legittimità nel controllo di costituzionalità, cfr. A. SPADARO, *op. cit.*, 132-137.

34. Si è detto che tale componente non debba occupare il “centro dell'edificio istituzionale” (cfr. M. LUCIANI, *op. cit.*, 6).

35. A. SPADARO, *op. cit.*, 136.

36. Si osserva che la relazione tra Corte e Parlamento chiami in causa la stessa forma di Stato *ivi*, 105.

Finito di stampare nel mese di novembre 2023  
da Tipografia Monteserra S.r.l. - Vicopisano (PI)  
per conto di Pisa University Press - Polo Editoriale CIDIC - Università di Pisa