

**Un rebus irrisolto (e irrisolvibile?): le flessibilizzazioni dei testi di legge per il tramite della giurisprudenza costituzionale che appaiono essere, a un tempo, necessarie e... impossibili (appunti per uno studio alla luce delle più recenti esperienze)**

di

Antonio Ruggeri\*

SOMMARIO: 1. Trasformazioni conseguenti a manipolazioni dei testi e trasformazioni operate per via di mera interpretazione: notazioni di ordine generale ed introduttivo. – 2. Esempificazioni fatte pescando a caso dalla più recente giurisprudenza. – 3. Il rilievo del “fatto” nell’opera di flessibilizzazione dei testi. – 4. Una spinosa questione: se le operazioni di flessibilizzazione dei testi risultino rispettose degli equilibri istituzionali, sul doppio fronte dei rapporti tra Corte e legislatore per un verso, Corte e giudici comuni per un altro, e le indicazioni che possono aversene per effetto del “dialogo” intergiurisprudenziale. – 5. La micidiale questione teorica relativa alla fissazione della soglia invalicabile dall’attività “creativa” dei giudici e degli interpreti in genere, oltre la quale si consumerebbe senza riparo uno snaturamento della loro natura e, dunque, la conversione degli stessi in operatori politici, e gli indici esteriori che consentono di riconoscere siffatta torsione. – 6. I riflessi della flessibilizzazione dei testi sulle vicende della normazione. – 7. E infine: per effetto delle flessibilizzazioni dei testi risulta indebolita ovvero rinvigorita la *vis* prescrittiva dei loro enunciati?

*1. Trasformazioni conseguenti a manipolazioni dei testi e trasformazioni operate per via di mera interpretazione: notazioni di ordine generale ed introduttivo*

La osservazione degli enunciati legislativi dall’angolo visuale delle più salienti esperienze cui essi vanno incontro in occasione dei giudizi di costituzionalità parrebbe mostrare una loro spiccata duttilità strutturale, a motivo delle manipolazioni – ora testuali ed ora meramente semantiche – cui vanno frequentemente soggetti. In realtà, questo è vero ma solo fino ad un certo punto. Ragionare nei termini ora succintamente indicati sarebbe, infatti, cogliere solo uno dei volti del fenomeno che però si presenta internamente assai articolato e composito e che, pertanto, al fine di aversene una rappresentazione non parziale e, per quanto possibile, organica (se non pure esaustiva), richiede di essere riguardato

da diverse prospettive. Non di rado, infatti, la duttilità in parola è rilevata dalla Corte che non potrebbe altrimenti giustificare l'uso che in concreto ne fa; si tratta, tuttavia, molte volte di una forzatura retorico-argomentativa resa palese specificamente nei casi in cui si estraggono dagli enunciati significati già a prima vista ad essi non riportabili<sup>1</sup>. Le più recenti vicende della giustizia costituzionale mostrano, poi, che se ne ha talvolta traccia anche in pronunzie manipolative dei testi un tempo giudicate impraticabili (ad es., per l'ostacolo frapposto alla loro realizzazione dalla mancanza delle "rime obbligate" di crisafulliana memoria)<sup>2</sup>. Certo, per l'aspetto giuridico-formale, solo la Corte può statuire insindacabilmente (art. 137, ult. c., Cost.) se ed in che misura la struttura di un disposto legislativo sia o no provvista della necessaria flessibilità da portare a frutto in una vicenda processuale data. Ciò non toglie, tuttavia, che dalla giurisprudenza si abbia talora il riconoscimento della mancanza della stessa o, diciamo meglio, della *originaria* mancanza, misteriosamente poi rinvenuta col tempo, come se un *deus ex machina* fosse calato dal cielo e vi avesse miracolosamente dato vita.

---

\*Emerito di Diritto costituzionale presso l'Università di Messina.

<sup>1</sup> Un ruolo di cruciale rilievo è al riguardo giocato dalla parte motiva delle pronunzie della Corte, sul cui significato e le complessive valenze non si è mancato da parte di sensibili studiosi di fermare l'attenzione (v., almeno, i contributi di AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996).

<sup>2</sup> Di particolare significato e gravida di implicazioni a largo raggio la conversione delle rime in parola in quelle "possibili" o – come pure si è detto da una sensibile studiosa – nei "versi sciolti" [v., part., quanto alle prime, S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile "invasione" di campo*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime "possibili", ma anche "parziali". Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 5/2023, 5 settembre 2023, 1 ss. La metafora dei "versi sciolti" si deve – come si sa – a D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss.].

Si pensi, ad es., ai casi in cui una o più pronunzie di rigetto, accompagnate da riconformazione per via interpretativa della sostanza normativa di un enunciato, siano quindi convertire in una decisione di accoglimento proprio per il fatto che l'*interpretatio abrogans* dapprima somministrata dalla Corte, seppur abilmente rivestita delle candide vesti di una interpretazione conforme, non abbia quindi ricevuto il suo lineare seguito nelle pratiche della giustizia comune. La qual cosa risulta avvalorata dalla circostanza per cui il medesimo disposto legislativo, malgrado sia "sanato" per via interpretativa dalla Consulta, ugualmente venga ripetutamente portato alla cognizione di quest'ultima che, dunque, si determini a porre fine a questa indesiderata "navetta" con l'accoglimento manipolativo del disposto medesimo.

E si pensi, ancora, ai casi in cui, dopo aver dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità per l'impossibilità di far luogo ad un aggiustamento del testo tanto per via interpretativa quanto a mezzo di addizioni e manipolazioni in genere dello stesso, la Corte reputi di poter rompere ogni indugio e mettere in atto queste ultime, portandosi oltre la soglia segnata dalle "rime obbligate". Come spiegare, infatti, che ciò che dapprima non era duttile lo divenga successivamente? E come spiegare che, in un breve torno di tempo (perlopiù un anno), il medesimo disposto sia astrattamente dichiarato non *immediatamente* duttile ma suscettibile di esserlo di lì a breve, per effetto della prolungata inerzia del legislatore?<sup>3</sup>

Come si vede, la tecnica decisoria della doppia pronuncia inaugurata in *Cappato* è emblematicamente espressiva del modo di essere estremamente articolato e composito della struttura degli enunciati, della loro attitudine a mostrarsi ora nella loro vera natura ed ora in quella artificiosa che traspare dalle mutevoli rappresentazioni che se ne hanno per il tramite della giurisprudenza costituzionale.

---

<sup>3</sup> In realtà, sappiamo tutti qual è la giustificazione politica addotta dalla Corte a sostegno della tecnica decisoria in parola, volta ad accordare la precedenza al legislatore in ordine alla scelta di una soluzione normativa comunque idonea a rimediare alla causa d'incostituzionalità riscontrata in un testo di legge. Qui, però, la questione non è ambientata al piano politico-istituzionale bensì a quello teorico-giuridico. Ad ogni buon conto, anche al primo piano non è senza conseguenze la circostanza per cui l'opzione in parola ha da essere fatta all'interno di una gamma precostituita dallo stesso giudice costituzionale, discrezionalmente appunto.

Non si dimentichi, poi, che il punto di osservazione che di siffatte esperienze si ha facendo capo alle vicende della giustizia costituzionale è come la punta emergente di un *iceberg*, la cui effettiva consistenza, per il solo fatto di restare sommersa, si sottrae alla vista; e qui – fuor di metafora – la montagna nascosta è data dalle innumerevoli pratiche interpretative ed applicative che prendono forma nelle sedi in cui si esercita la giurisdizione comune, nonché nelle altre in cui si hanno le pratiche dell'amministrazione e nelle altre ancora, in alcun modo intercettabili, che vengono quotidianamente a formarsi nel corpo sociale, per mano di quanti, singoli o associati, lo compongono.

Circoscrivendo, ad ogni buon conto, qui per evidenti ragioni l'osservazione alle sole espressioni della giustizia costituzionale (con una rapida incursione nel campo coltivato dalla giurisdizione comune), la varietà degli interventi sui disposti legislativi ha – com'è noto – una immediata proiezione al piano degli effetti che – come si sa – dipendono dalla tecnica decisoria di volta in volta utilizzata; non è detto, però, che l'incisione testuale, seppur idonea a valere *erga omnes*, sia, per ciò solo, maggiormente rilevante di una non testuale ma meramente sostanziale. Tutt'altro! Forse, il più delle volte, è vero proprio l'inverso: la Corte fa infatti luogo ad una manipolazione per via interpretativa proprio perché consapevole della impraticabilità di una testuale, ostandovi limiti a suo dire – perlomeno, in forza dell'orientamento in cui la Corte stessa al momento si riconosce – insuperabili, nulla nondimeno escludendo che in seguito se ne possa avere lo spostamento in avanti, come hanno appunto confermato le esperienze maturate in relazione alle "rime" suddette. Ed è chiaro che il giudice delle leggi confida, poi, nella capacità di trascinarsi di cui le sue pronunzie sono intrinsecamente dotate a motivo dell'*auctoritas* della fonte da cui promanano. Il "diritto vivente" – come ormai si suole chiamarlo – nasce, d'altronde, non poche volte proprio così, sotto la spinta vigorosa impressa dalla Consulta, in talune circostanze particolarmente efficace grazie all'uso sapiente e raffinato delle tecniche retorico-argomentative di cui il tribunale costituzionale si avvale. È pur vero, nondimeno, che gli stessi giudici comuni possono concorrere (ed effettivamente concorrono) alla formazione ed

all'incessante rinnovo del diritto vivente costituzionale. Nel circolo ermeneutico, d'altronde, è assai arduo stabilire chi più dà e chi più riceve nel corso delle più salienti vicende processuali.

È, poi, vero che le manipolazioni meramente interpretative possiedono una intrinseca debolezza, dovuta alle incertezze riguardanti il "seguito" che può ad esse darsi nella pratica giuridica (specie giurisprudenziale), incertezze che – si badi – non mancano neppure nelle manipolazioni testuali, pur se in minor misura riscontrabili, dal momento che nulla esclude che in sede d'implementazione dei verdetti della Corte si abbiano fraintendimenti che portano i verdetti stessi a deviare dal solco entro cui sarebbero tenuti a stare.

È importante, ad ogni buon conto, non perdere di vista la circostanza per cui anche le manipolazioni testuali non si chiudono in se stesse ma, all'inverso, non di rado si aprono a successivi, imprevedibili interventi, essi pure testuali ovvero meramente interpretativi, in ragione delle peculiari e maggiormente pressanti esigenze dei casi. Si pensi, ad es., a ciò che si ha in relazione alle additive di principio, fatte oggetto di specificazione-attuazione ora ad opera del legislatore ed ora, il più delle volte, dei giudici o, magari, della stessa Corte che, tornando ad intervenire sul medesimo testo, si decida ad immettervi una o più regole, sì da renderlo anche più immediatamente e chiaramente fruibile nella pratica giuridica.

Occorre, dunque, tenere distinti i casi di flessibilizzazione che potrebbe dirsi *immediata, uno actu*, di un enunciato ad opera della giurisprudenza costituzionale da quelli di flessibilizzazione *in progress*, a mezzo di più atti. Quale che sia poi il modo con cui la stessa ha luogo, connotato ricorrente – come si vedrà a breve con esempi – appare essere ora quello della dilatazione semantica degli enunciati ed ora l'altro, opposto, della sua contrazione: in un caso e nell'altro, se ne ha un orientamento teleologico, puntandosi decisamente a riconciliare i materiali normativi sui quali la manovra è effettuata con il parametro costituzionale (e, se del caso, con altri parametri ai quali questo faccia rimando), rendendoli così ancora più saldi e radicati nell'esperienza e dotandoli dei connotati richiesti dalla pratica giuridica e dalle sue continuamente cangianti esigenze.

Il punto è di particolare rilievo e merita un supplemento di attenzione.

Laddove si faccia luogo alla caducazione, parziale o totale, di un enunciato, se essa si deve – ed è la sola evenienza interessante per lo studio che si va ora facendo – ad un intervento manipolativo, in realtà non si assiste ad un impoverimento del materiale normativo di cui il testo di legge era dapprima dotato ma, all'inverso, alla sua trasformazione (ad es., in caso di pronuncia sostitutiva) o – di più – al suo ulteriore ampliamento, conseguente alla eventuale addizione apportatavi. Ciò che, poi, al tirar delle somme conta è che la disciplina “conseguenziale” all'intervento operato dalla Corte risulti viepiù rinvigorita nella sua attitudine a radicarsi ed a farsi valere nell'esperienza. L'obiettivo del consolidamento in parola si ha, ad ogni buon conto, anche in presenza di mere manipolazioni semantiche, la cui giustificazione si rinvenga appunto nel bisogno di adattare al caso il materiale in parola, riconciliandolo – fin dove possibile – con il parametro costituzionale.

## 2. Esempificazioni fatte pescando a caso dalla più recente giurisprudenza

È utile fare riferimento ad alcuni casi per dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo, fermando specificamente l'attenzione su questioni di scottante attualità ed animatamente discusse, specie a motivo del coinvolgimento che se ne ha per i diritti della persona umana. Si tratta di casi dai quali si ha – a me pare – conferma del carattere viepiù marcato e vistoso del *trend* di cui si fa ora parola, nelle sue articolate e particolarmente significative espressioni.

Si consideri, ad es., la vicenda di cui a Corte cost. n. 88 del 2023<sup>4</sup> che si situa nell'ormai lungo filone delle pronunzie correttive degli automatismi legislativi<sup>5</sup>. La

---

<sup>4</sup> ... annotata da C. MISTRORIGO, *Costituzionalmente illegittimo l'automatico diniego del rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro in caso di condanna per fatti di lieve entità*, in *Sist. pen.* ([www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it)), 26 giugno 2023, e D. LOPRIENO, *Sulla erosione dell'automatismo espulsivo in materia di rinnovo del permesso di soggiorno. Nota a sentenza n. 88/2023 della Corte costituzionale*, in *Oss. cost.* ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 5/2023, 5 settembre 2023, 214 ss.

<sup>5</sup> In tema, per tutti, A. PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, a cura di R.

Corte prende le distanze dalla soluzione normativa che, in via generale, porta ad escludere il rinnovo del permesso di soggiorno per lavoro in caso di condanna anche per reati di lieve entità, grazie ad una raffinata e coraggiosa opera di flessibilizzazione del testo che si avvale della tecnica usuale del bilanciamento tra le ragioni che depongono per l'allontanamento dello straniero dal territorio statale e le ragioni – qui preminenti – di tutela dei diritti della persona, in ispecie di quello a non essere sradicato dal luogo in cui essa intrattiene significativi rapporti sociali, lavorativi e familiari<sup>6</sup>. Le pur varie soluzioni rimesse all'apprezzamento politico-discrezionale del legislatore vanno, dunque, sottoposte al filtro della ragionevolezza<sup>7</sup>, dovendosi tenere conto di tutti i diritti e gli interessi in campo, un vaglio questo al quale peraltro non si sottrae – dice la Corte – la stessa disciplina stabilita con riferimento alla commissione di reati di particolare gravità.

Ad ulteriore rinforzo del proprio argomentare, nella pronuncia in parola si fa a questo punto richiamo degli orientamenti della giurisprudenza europea, dai quali parimenti si hanno puntuali indicazioni che sollecitano a far luogo a verifiche di volta in volta della complessiva condizione degli individui colpiti da provvedimenti restrittivi, rifuggendo pertanto dal “meccanismo automatico delle presunzioni assolute”<sup>8</sup>. Particolare rilievo – lascia intendere la Corte – va poi assegnato all'insieme delle situazioni di fatto in cui è maturata la commissione del

---

Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 497 ss. e L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020.

<sup>6</sup> V'è qui un richiamo a Corte cost. n. 217 del 2021.

<sup>7</sup> Tema antico, questo, come si sa, e tuttavia ricorrente, anche per effetto degli utilizzi assai variegati che della tecnica decisoria in parola si fanno in giurisprudenza e che, pertanto, sollecitano la dottrina ad un incessante lavoro di rifinitura e revisione concettuale [riferimenti in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, Giappichelli, Torino 2022, 143 ss. e 154 ss. e, più di recente, nei commenti alla discussa sent. n. 110 del 2023, tra i quali quelli di S. SCAGLIARINI, *La Corte e la tecnica legislativa*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2023, 13 settembre 2023, spec. 835 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, P.C., *Ancora un (notevole) avanzamento nella giustiziabilità del drafting legislativo (osservazioni minime a prima lettura di Corte cost. n. 110/2023)*, 2/2023, 12 giugno 2023, 461 ss.; L. DI MAJO, *Una legge «radicalmente oscura» è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 110/2023*, 13 luglio 2023, 715 ss., e M. MILANESI, *L'incostituzionalità delle «disposizioni irrimediabilmente oscure». Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 110/2023*, 17 luglio 2023, 726 ss., nonché G. DONATO - C. LOTTA, *L'irragionevolezza della «radicale oscurità» legislativa: un nuovo percorso per la Corte costituzionale? Nota a C. cost. n. 110 del 2023*, in *Rass. parl.*, 1/2023, 165 ss. In termini generali, v., poi, da ultimo, R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, in *Lo Stato*, 20/2023, 323 ss.].

<sup>8</sup> Punto 6.3.2 del *cons. in dir.*

reato, al tempo nel frattempo trascorso, al percorso rieducativo eventualmente seguito alla condanna, al processo d'integrazione dello straniero nel tessuto sociale che risulterebbe pregiudicato qualora il soggetto fosse obbligato ad interrompere il rapporto di lavoro in atto, e via dicendo. Fattori, tutti questi, che danno ancora una volta conferma dell'attitudine del "fatto" (complessivamente inteso) a farsi parametro nei giudizi di costituzionalità o, come che sia, a giocare un ruolo di primo piano nella risoluzione degli stessi<sup>9</sup>.

Di qui la conclusione per cui solo l'amministrazione può determinarsi, alla luce del contesto in cui la singola questione s'inscrive, in merito alla pericolosità del soggetto. Una conclusione – ammette la Corte – che porta a rivedere il contrario precedente di cui alla sent. n. 148 del 2008, anche alla luce della evoluzione nel frattempo registratasi in seno alla giurisprudenza costituzionale e convenzionale in tema di proporzionalità. La causa determinante l'invalidità della disciplina sottoposta a giudizio è, pertanto, data dalla mancata previsione di verifiche in concreto effettuate dall'amministrazione in ordine alla pericolosità sociale dello straniero.

La flessibilizzazione della normativa in parola si ha dunque a mezzo di un'addizione che non ha per fine – si faccia caso – l'introduzione di una previsione essa pure astratta, al pari dei disposti in cui s'innesta, bensì la trasformazione dell'intera struttura della disciplina *sub iudice* conseguente al riconoscimento del ruolo di centrale rilievo che è da assegnare al "fatto" (e, perciò pure, alla persona protagonista della singola vicenda processuale) e, di riflesso, all'amministrazione, l'unica in grado di darne il giusto, finale apprezzamento.

Uno schema analogo è adottato dalla sent. n. 177 del 2023. Sollecitata dall'autorità remittente a far luogo ad un'addizione normativa, la Corte opta per la diversa soluzione di ritagliare in via interpretativa la portata della disciplina sottoposta al suo giudizio (artt. 18 e 18-bis, l. n. 69 del 2005), escludendo la consegna in

---

<sup>9</sup> Fermano l'attenzione su ciò A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>7</sup>, cit., 87 ss.



esecuzione di un mandato di arresto europeo di un individuo che versa in gravi condizioni di salute<sup>10</sup>.

Non manca, poi, ancora una volta, il riferimento alla giurisprudenza sovranazionale, nella parte in cui si rileva la possibile incompatibilità dell'esecuzione del mandato in parola con il diritto della persona a non essere sottoposto a trattamenti disumani e degradanti, in disprezzo dell'art. 4 della Carta di Nizza-Strasburgo. La Corte dell'Unione ha, infatti, stabilito (con la sentenza del 18 aprile 2023, in causa C-699/21, *E. D.L.*) l'obbligo di sospendere l'esecuzione del mandato da parte dell'autorità nazionale competente laddove, "alla luce degli elementi oggettivi a sua disposizione", si diano "motivi seri e comprovati" che la inducano a ritenere che la consegna della persona possa comportare rischi concreti di "deterioramento rapido, significativo e irrimediabile del proprio stato di salute, e *a fortiori* di una riduzione dell'aspettativa di vita".

Al di là del caso ora evocato, la tecnica del ritaglio al fine di prevenire il conflitto con il parametro costituzionale è, ad ogni buon conto, di frequente riscontro. È messa in atto, ad es., in Corte cost. n. 159 del 2023 con riferimento alla portata di norma internazionale generalmente riconosciuta, in tal modo sottratta al raggio d'azione dei "controlimiti"<sup>11</sup>. Trattasi della vessata questione riguardante l'immunità dello Stato estero da responsabilità civile (nella specie, della Germania per i crimini commessi dai nazisti al tempo della seconda grande guerra). La Corte accortamente distingue a seconda della natura dei beni, escludendo la loro soggezione a pignoramento se riferibili ad attività *iure imperii* ed ammettendola

---

<sup>10</sup> Si fa al riguardo richiamo all'ord. n. 216 del 2021.

<sup>11</sup> Con riguardo a questi ultimi, la Corte fa, infatti, di tutto (a volte, giovandosi, come qui, della tecnica del ritaglio della portata normativa della fonte di origine esterna evocata in campo dal caso) al fine di evitarne l'utilizzo, tanto più poi laddove l'antinomia si disveli al massimo livello della normazione o, comunque, tra documenti normativi dotati di una speciale protezione, quali ad es. sono le Carte dei diritti [sulle non poche, vessate questioni di ordine teorico-pratico che si pongono in relazione ai "controlimiti", v., almeno, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, Firenze 2021, e A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo tra le Corti nel contesto europeo*, in *Federalismi* ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 1/2021, 13 gennaio 2021, 85 ss.].

invece per quelli riportabili ad attività *iure gestionis*. È in questi termini, dunque, che la norma internazionale consuetudinaria riceve ingresso nel nostro ordinamento, norma che, ad ogni buon conto, non può essere invocata – come ha messo in chiaro la giurisprudenza della Corte di cassazione (Sez. Un. Civ., n. 5044 del 2004) – laddove si sia in presenza di crimini “lesivi di valori universali come il rispetto della dignità umana e dei diritti umani”. Quest’orientamento del giudice della legittimità è stato, nondimeno, rivisto a seguito del diverso avviso nel frattempo manifestato dalla Corte internazionale di giustizia (Cass., Sez. Un. Civ., n. 1136 del 2014). Per effetto, poi, delle indicazioni date da Corte cost. n. 238 del 2014, la Cassazione ha quindi ancora una volta riconsiderato il proprio punto di vista, stabilendo (Sez. Un. Civ., n. 20442 del 2020) che l’immunità per le attività *iure imperii* non può essere fatta valere per i *delicta imperii*, ossia per i “crimini compiuti in violazione di norme internazionali di *ius cogens*, in quanto lesivi di diritti fondamentali della persona”. Particolarmente istruttiva appare quest’ultima indicazione, espressiva della tecnica di ritaglio di cui si viene dicendo, messa in atto – come si vede – anche dal giudice della legittimità.

Al tirar delle somme, il risarcimento agli eredi delle vittime dei crimini commessi dai nazisti è oggi assicurato dal c.d. Fondo “ristori”, “con un meccanismo di traslazione dell’onere economico recato dall’obbligazione risarcitoria accertata con sentenza passata in giudicato, sì da conciliare, nel bilanciamento complessivo dei principi costituzionali in gioco, la tutela giurisdizionale delle vittime dei suddetti crimini di guerra e il rispetto degli specifici accordi internazionali in materia”<sup>12</sup>.

Un ritaglio, accompagnato da una interpretazione “sanante”, si ha, poi, nel caso di cui a Corte cost. n. 183 del 2023, in relazione alla condizione dei minori adottati e dei loro rapporti con la famiglia di origine<sup>13</sup>. Il rigetto della questione è qui

---

<sup>12</sup> Punto 16 del *cons. in dir.*, con richiamo di una indicazione che è già in precedenti decisioni della stessa Corte.

<sup>13</sup> Rammento, poi, in tema Corte cost. n. 79 del 2022, ampiamente annotata, che ha caducato l’art. 55 della legge n. 184 del 1983 nella parte in cui, mediante rinvio all’art. 300, secondo comma, del codice civile, prevedeva che l’adozione in casi particolari non induce alcun rapporto civile tra l’adottato e i parenti dell’adottante; e qui pure, al pari del caso evocato nel testo, centralità di posto è assegnato al preminente interesse del minore, in particolare al diritto alla salvaguardia della sua identità.

motivato facendo luogo alla distinzione tra vincoli legali con la famiglia suddetta, recisi per effetto dell'adozione, e legami affettivi con persone appartenenti a quest'ultima che, nel superiore interesse del minore, sono giudicati meritevoli di essere preservati.

Il riferimento fatto dall'autorità remittente alla Carta di Nizza-Strasburgo, il cui art. 24 risulterebbe nella circostanza violato, è dalla Corte valutato come improprio, non essendo la fattispecie oggetto di disciplina anche da parte dell'Unione. Si fa quindi notare che le sollecitazioni venute dalla Corte EDU, come pure dallo stesso giudice costituzionale e dal diritto vivente, unitamente alla evoluzione della coscienza sociale hanno portato ad una complessiva riconsiderazione dell'istituto dell'adozione, sì da non doversi pervenire in ogni caso all'esito di una "radicale cancellazione del passato"<sup>14</sup>. È in questo quadro, d'altronde – rammenta la Corte –, che si è riconosciuto il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche (sent. n. 278 del 2013); ed è sempre in questo nuovo contesto che è maturata la riforma di cui alla legge n. 173 del 2015, volta a preservare il diritto dei minori in affidamento alla continuità dei legami affettivi con i propri familiari. Non a caso, peraltro, si tiene conto dei legami in parola nella scelta degli affidatari.

Ancora una volta, poi, a rinforzo degli argomenti fin qui adottati, si fa richiamo di alcune decisioni della Corte EDU, specificamente nella parte in cui è considerata residuale, "estrema", la soluzione della interruzione dei rapporti familiari. La stessa Corte sollecita, dunque, a verificare in concreto se sia nell'interesse del minore seguitare ad intrattenere rapporti con i familiari di origine e, se sì, con quali di essi. Non fanno inoltre difetto taluni opportuni riferimenti al "diritto vivente" di produzione interna, con specifico riguardo all'adozione c.d. "aperta", nell'intento appunto di conciliare l'adozione piena, conseguente allo stato di abbandono del minore, con il bisogno di preservare le relazioni affettive instaurate con taluni componenti il nucleo familiare di origine, peraltro espressamente tutelate – come si sa – con riguardo ai fratelli. La stessa Corte accenna alla condizione dei nonni che, per ragioni di età o di salute, potrebbero non potersi fare carico dell'assistenza dei

---

<sup>14</sup> Punto 8.2 del *cons. in dir.*

minori ma che non di rado costituiscono un “importante punto di riferimento affettivo, soprattutto in situazioni nelle quali l’adottato deve superare traumi particolarmente gravi”<sup>15</sup>. Si mette, inoltre, in rilievo che la salvaguardia della identità del minore “non è compatibile con modelli rigidamente astratti e con presunzioni assolute, del tutto insensibili alla complessità delle situazioni personali”<sup>16</sup>.

La conclusione è, dunque, piana, dovendosi distinguere – come si diceva – tra il piano giuridico-formale, al quale i rapporti tra il minore e la famiglia di origine vengono di necessità a cessare, e il piano sostanziale, dei rapporti di natura socio-affettiva, in relazione ai quali la disciplina in vigore racchiude in sé “una presunzione solo *iuris tantum* che il distacco di fatto dalla famiglia d’origine realizzi l’interesse del minore”<sup>17</sup>. Spetta quindi al giudice far luogo alle necessarie verifiche al riguardo.

### 3. Il rilievo del “fatto” nell’opera di flessibilizzazione dei testi

Lo *standard* – come si vede dagli esempi fatti – è, dunque, chiaramente definito nei suoi tratti essenziali e qualificanti. La manipolazione della struttura normativa non di rado si avvale del supporto offertole dalla giurisprudenza europea (a seconda dei casi, ora di questa ed ora di quella Corte) e porta quindi all’effetto di demandare agli organi della *legis executio* (amministrazione o giurisdizione) il compito di far luogo ad operazioni di bilanciamento in concreto, le sole che possano dar modo alla disciplina normativa di conformarsi ai parametri di volta in volta evocati in campo dai casi (costituzionali e non).

---

<sup>15</sup> Punto 13.3.2 del *cons. in dir.* Il riferimento ai rapporti tra nonno e nipote ed alla natura affettiva che li anima e sorregge è più volte presente in giurisprudenza: ad es., in Corte cost. n. 88 del 2022, laddove proprio ad essi si salda la dichiarazione d’invalidità della disciplina di cui all’art. 38, D.P.R. n. 818 del 1957, nella parte in cui non include tra i destinatari diretti ed immediati della pensione di reversibilità i nipoti maggiorenni orfani riconosciuti inabili al lavoro e viventi a carico degli ascendenti assicurati.

<sup>16</sup> Punto 13.2 del *cons. in dir.* Il richiamo alla identità della persona è di cruciale rilievo in un numero ragguardevole di casi (ad es., di recente, nella nota vicenda relativa all’acquisto di cognome al momento della nascita, di cui a Corte cost. n. 131 del 2022).

<sup>17</sup> Punto 14 del *cons. in dir.*

In questo quadro, un ruolo di cruciale rilievo – come si accennava poc'anzi – è assegnato al “fatto”, nella sua complessiva connotazione, comprensivo cioè di varie e non di rado reciprocamente confliggenti esigenze bisognose di essere composte ad unità, avuto pur sempre riguardo ai primari, indisponibili bisogni della persona umana.

Questo schema si ripete, pur se con talune non secondarie varianti, in molte decisioni, al di là poi della tecnica decisoria di volta in volta adottata. Ad es., mentre la sent. n. 177, sopra richiamata, è di rigetto della questione di costituzionalità. nella pronunzia immediatamente successiva, la n. 178, la questione è accolta, stabilendosi che la disciplina sindacata [ancora l'art. 18-bis, c. 1, lett. c), l. n. 69 del 2005] è illegittima “nella parte in cui non prevede che la corte d'appello possa rifiutare la consegna di una persona ricercata cittadina di uno Stato terzo, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano e sia sufficientemente integrata in Italia, nei sensi precisati in motivazione, sempre che la corte d'appello disponga che la pena o la misura di sicurezza sia eseguita in Italia”.

Da ultimo, poi, pronunziandosi sul noto, dolorosissimo caso Regeni, a seguito di un raffinato ragionamento, la Corte ha fatto luogo ad un coraggioso bilanciamento tra le esigenze della giustizia e quelle di difesa dichiarando (sent. n. 192 del 2023) “l'illegittimità costituzionale dell'art. 420-bis, comma 3, cod. proc. pen., per violazione degli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione alla Convenzione di New York contro la tortura, nella parte in cui non prevede che il giudice procede in assenza per i delitti commessi mediante gli atti di tortura definiti dall'art. 1, comma 1, della Convenzione medesima, quando, a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza dell'imputato, è impossibile avere la prova che quest'ultimo, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pendenza del processo, fatto salvo il diritto dell'imputato stesso a un nuovo processo in presenza per il riesame del merito della causa”.

Non fanno, ad ogni buon conto, difetto i casi in cui l'opera di flessibilizzazione è demandata allo stesso legislatore, in ispecie in relazione a questioni penalmente

rilevanti, non potendosene fare carico né la stessa Corte né altri operatori. Così, ad es., secondo la sent. n. 146 del 2023, con riferimento all'allargamento dell'area di applicazione della messa alla prova con sospensione del procedimento penale per reati gravi, conseguente alla mancata rilevanza data ad attenuanti ad effetto speciale.

La legge va, tuttavia, incontro ad un limite intrinseco, insuperabile, in siffatta opera, non potendo che disporre in astratto, pur laddove la fattispecie dalla stessa riguardata risulti definita nei suoi tratti costitutivi. Di qui, dunque, la "delega" fatta agli organi dell'amministrazione e della giurisdizione per la valutazione dei connotati peculiari dei singoli casi e il conseguente trattamento da essi richiesto.

Non di rado, poi, si rende indispensabile l'apporto di esperti, specie laddove si tratti di questioni sensibili agli sviluppi della scienza e della tecnologia, come ad es. si è di recente avuto in occasione della pandemia sanitaria da covid-19.

Si ha qui conferma della varietà dei casi e dei modi parimenti vari con i quali essi possono lasciare un segno sulle vicende processuali in occasione delle quali si ha riscontro della validità delle leggi e, laddove necessario, si fa luogo all'aggiustamento della loro struttura.

Si consideri, ad es., quanto è stato di recente stabilito da Corte cost. n. 186 del 2023. Si faceva questione della legittimità costituzionale della disciplina, di cui all'art. 4-ter, commi 1, lett. c), e 2, d.l. n. 44 del 2021, convertito e successivamente modificato, che ha prescritto l'obbligo generalizzato di vaccinazione per il personale che svolge a qualsiasi titolo la propria attività lavorativa nelle strutture sanitarie. Investita della questione per iniziativa di una dipendente che esercitava la propria attività lavorativa in una sede diversa da quella in cui è ubicato l'ospedale e che era stata sospesa dal servizio perché non vaccinata, la Corte non accede alla sollecitazione del giudice *a quo* volta alla flessibilizzazione della disciplina oggetto del giudizio, giudicando dunque non irragionevole la prescrizione dell'obbligo generalizzato di vaccinazione. E ciò, per il fatto che esso è frutto – come già si è avuto modo di chiarire in anteriori pronunzie – di un adeguato "bilanciamento operato dal legislatore tra la dimensione individuale e

quella collettiva del diritto alla salute, alla luce della situazione sanitaria dell'epoca e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili"<sup>18</sup>, nonché in considerazione della "proporzionalità della misura imposta in ragione della sua strutturale temporaneità"<sup>19</sup>. Si mette quindi in evidenza che il personale sanitario ha costituito la prima categoria di persone destinataria dell'obbligo vaccinale, al fine di far fronte ad un'emergenza dagli imprevedibili sviluppi<sup>20</sup>.

Ora, in questo contesto, la verifica caso per caso delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa di ciascun operatore sanitario avrebbe comportato un monitoraggio ed un controllo giudicati – non irragionevolmente – dal legislatore insostenibili per ragioni di tempo, di costi e di utilizzo del personale che sarebbe stato allo scopo richiesto. La determinazione per categorie, di contro, avrebbe potuto consentire di rimettere agli ordini professionali ed ai datori di lavoro il riscontro in parola, risultando in tal modo sgravate dell'onere di farvi luogo le aziende sanitarie locali, le regioni e le province autonome, dapprima coinvolte.

La Corte (e il punto è di particolare interesse) non censura la scelta in un primo tempo fatta di rapportare l'obbligo vaccinale all'attività lavorativa in concreto svolta. In seguito però – rammenta la Corte –, con l'aggravarsi della pandemia, il legislatore ha ritenuto di dover far luogo ad una soluzione normativa radicale, nel senso appunto della prescrizione generalizzata dell'obbligo in parola.

Il mutamento della situazione di fatto – come si vede – colora diversamente il parametro costituzionale e determina, pertanto, esiti, essi pure diversi, della qualificazione di volta in volta adottata in ordine alla validità della norma. Ancora prima, però, come si è tentato di mostrare, è la stessa enucleazione della norma, frutto di frequenti operazioni di ritaglio interno alla disciplina giudicata, a risentire del modo complessivo di essere del "fatto" e delle esigenze che ad esso fanno capo. È agevole intendere la ragione che induce la Corte, in non pochi casi, a non accedere alle sollecitazioni delle autorità remittenti volte a far luogo a

---

<sup>18</sup> Punto 4.1 del *cons. in dir.*

<sup>19</sup> Punto 4.1 del *cons. in dir.*, con richiamo di Corte cost. nn. 14 e 15 del 2023.

<sup>20</sup> Su *La ratio dell'obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale*, v., con questo titolo, il recente contributo di C. IANNELLO, in *Dir. fond.* ([www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it)), 2/2023, 17 maggio 2023, 43 ss.

manipolazioni dei testi, segnatamente nel senso di aggiungervi statuizioni illegittimamente mancanti. Di addizione in addizione il rischio è infatti quello di un'abnorme dilatazione degli enunciati. Preferibile appare, dunque, perlomeno in talune circostanze, caricarli di significati continuamente cangianti, in ragione dei mutamenti di contesto e delle complessive esigenze dei casi. L'esito della flessibilizzazione si ha comunque, per quanto assai diversi – come si rammentava poc'anzi – siano pur sempre gli effetti prodotti dalle decisioni, a seconda del tipo (o sottotipo) cui appartengono.

*4. Una spinosa questione: se le operazioni di flessibilizzazione dei testi risultino rispettose degli equilibri istituzionali, sul doppio fronte dei rapporti tra Corte e legislatore per un verso, Corte e giudici comuni per un altro, e le indicazioni che possono aversene per effetto del "dialogo" intergiurisprudenziale*

Stando le cose così come sono qui viste, tre interrogativi si pongono in modo pressante: *a)* se le frequenti e pressoché quotidiane operazioni di flessibilizzazione operate dalla Consulta ora sui testi ed ora per via interpretativa appaiano rispettose degli equilibri istituzionali complessivi fissati nella Carta, in ispecie sul duplice fronte dei rapporti tra Corte e legislatore per un verso, Corte e giudici comuni per un altro; *b)* quali riflessi esse abbiano sulle vicende della normazione; infine, *c)* se risulti indebolita ovvero rinvigorita la *vis* prescrittiva degli enunciati legislativi, in conseguenza dei frequenti slittamenti semantici cui essi vanno soggetti in ragione dei casi.

Passo, dunque, a svolgere alcune succinte notazioni a riguardo di ciascuno di essi.

Quanto al primo, va preliminarmente rammentato che la questione degli equilibri di ordine istituzionale, segnatamente per ciò che attiene ai rapporti tra Corte e legislatore, è antica e ricorrente. Innumerevoli sono le decisioni della prima delle quali può dirsi che sono improntate ora ad eccessiva cautela ed ora, di contro, a parimenti eccessiva invadenza dell'area rimessa agli apprezzamenti politico-discrezionali del secondo. Non è, ad ogni buon conto, senza significato il fatto che



con il tempo l'intraprendenza del giudice costituzionale si sia fatta viepiù incisiva e vistosa, non a caso accompagnata dall'affinamento di antiche tecniche decisorie e – ciò che, forse, ancora di più importa – dalla invenzione di nuove, delle quali la punta maggiormente avanzata si è con ogni probabilità registrata in occasione della già richiamata vicenda *Cappato*. Il superamento delle “rime obbligate”, cui pure si è già fatto cenno e del quale hanno reso eloquente testimonianza la vicenda in parola e non poche altre ancora, dà conferma *per tabulas* della tendenza, di cui la Corte vuol farsi interprete e garante, a spostare viepiù in avanti la linea di confine del campo entro il quale essa intende esercitare il proprio *munus, costi quel che costi*. E si tratta, appunto, di un costo assai elevato, se è vero – com'è vero – che ne risultano complessivamente alterati i lineamenti della giustizia costituzionale nel nostro Paese rispetto ad una tradizione ancora fino a non molto tempo addietro rispettata, seppur con qualche non rimossa oscillazione e, a dirla tutta, anche vistosa contraddizione<sup>21</sup>. Discutibile appare, infatti, essere l'uso in talune circostanze fattosi del limite delle rime in parola; qui, nondimeno, non deve prestarsi attenzione a singole vicende ma guardare all'indirizzo giurisprudenziale nel suo complesso. Un indirizzo che – come si sa – si presenta ora profondamente modificato per effetto del passaggio a quelle “rime possibili” cui si è già fatto cenno; e proprio la tecnica della “doppia pronunzia”, inaugurata in *Cappato*, ne dà una eloquente, particolarmente attendibile testimonianza.

Ora, nel momento in cui la Corte ammette che possano darsi più soluzioni normative idonee a riconciliare un testo di legge portato alla sua cognizione con la Costituzione, si da demandarsi al legislatore di far luogo alla scelta entro un ventaglio di soluzioni ora più ed ora meno ampio, è di tutta evidenza – a me pare –

---

<sup>21</sup> Ho rappresentato i tratti maggiormente espressivi di questa vicenda, ad oggi in corso e dagli imprevedibili e francamente inquietanti sviluppi, in più studi portati di recente a termine [da ultimo, in *La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata, ovvero sia le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2023, 2 ottobre 2023, 871 ss., e riferimenti *ivi*. Cfr. al mio punto di vista quello ora rappresentato da A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, relaz. al conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, Brescia 27-28 ottobre 2023, in *Ass. Cost.* ([www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it))].

che l'innovazione introdotta dalla stessa Corte e già anticipata nella prima decisione sulla questione è espressione pura e semplice di volontà politica e, perciò, al di là di ogni edulcorata rappresentazione datane da alcuni benevoli commentatori, essa comporta un'alterazione marcata della natura del giudice costituzionale, ormai non più distinguibile da quella propria dei decisori politici.

Né le cose mutano nella sostanza per il fatto che l'operazione portata ad effetto si giustifica con il bisogno pressante di dare un qualche ristoro a diritti fondamentali della persona che resterebbero altrimenti inappagati o, come che sia, insufficientemente appagati. Ciò che infatti conta è qui il fatto in sé, l'innaturale "supplenza" posta in essere dal giudice costituzionale che, per peculiare che sia, è (e sempre dev'essere) appunto un... *giudice*<sup>22</sup>, senza dunque indossare i panni di un operatore politico.

Per ciò che, insomma, attiene alle manipolazioni testuali, quali appunto sono quelle messe in atto con l'ingranaggio della doppia pronunzia, non mi pare che possa darsi "copertura" ad esiti processuali che dichiaratamente comportano scelte politico-discrezionali o, diciamo pure, politiche *tout court*.

La questione, invece, si complica non poco in relazione alle manipolazioni della sostanza normativa racchiusa negli enunciati legislativi e, più ancora, a quelle che investono gli enunciati costituzionali. E ciò, per il fatto che darne la dimostrazione è impresa assai ardua, in non pochi casi di pressoché impossibile realizzazione. La qual cosa, nondimeno, non esclude che si diano alcuni indici esteriori che consentano ugualmente di averne riscontro: ad es., laddove una originale soluzione interpretativa si contrapponga frontalmente non soltanto ad anteriori indirizzi dello stesso giudice costituzionale – ciò che è, di per sé, una spia pur se incerta di una alterazione semantica in atto – ma anche ad un consolidato "diritto vivente" praticato nelle aule in cui si amministra la giustizia comune. Non si tralasci, poi, di considerare che, a volte, con specifico riguardo agli enunciati costituzionali relativi a diritti fondamentali, la distanza può risultare marcata altresì rispetto ad

---

<sup>22</sup> ... secondo quanto, a tacer d'altro, è avvalorato dalle forme delle sue decisioni e i nomi che esse portano (ma v., ora, quanto ne dice A. MORRONE, *op. ult. cit.*, spec. § 12).

orientamenti delle Corti europee concernenti i medesimi diritti per come riconosciuti dalle Carte di cui esse sono istituzionalmente garanti. E, se è vero che anche identici enunciati iscritti in contesti normativi diversi si prestano ad esprimere significati parimenti diversi, non è meno vero che, per effetto del “dialogo” tra le Corti, vengono non poche volte a realizzarsi convergenze interpretative di non secondario rilievo, in taluni casi persino esiti ricognitivi di senso in buona sostanza coincidenti. Non si dimentichi, d'altronde, l'indicazione metodico-teorica offerta dalla famosa sent. n. 388 del 1999 (e, dopo di questa, da altre ancora<sup>23</sup>), secondo cui la Costituzione e le altre Carte dei diritti “si integrano reciprocamente nella interpretazione”.

Il “dialogo” tra le Corti è, insomma, il “luogo” elettivo in cui far luogo ai riscontri dei quali si fa qui parola. Assai frequente è, poi, come si sa, il “dialogo” che la Corte intrattiene con... *se stessa*, giovandosi della tecnica dell'autocitazione di cui sa fare alla bisogna un uso raffinato e – si faccia caso – talvolta esso stesso... *manipolativo*, come laddove un mero *obiter dictum* viene presentato quale precedente sul quale erigere un nuovo indirizzo giurisprudenziale che, per vero, non è in grado di reggersi su una indicazione data *incidenter tantum*<sup>24</sup>.

5. *La micidiale questione teorica relativa alla fissazione della soglia invalicabile dall'attività “creativa” dei giudici e degli interpreti in genere, oltre la quale si consumerebbe senza riparo uno snaturamento della loro natura e, dunque, la conversione degli stessi in operatori politici, e gli indici esteriori che consentono di riconoscere siffatta torsione*

Le manipolazioni per via d'interpretazione, ad ogni buon conto, possono rinvenirsi (ed effettivamente si rinvencono) ovunque: anche, dunque, nei verdetti emessi dai giudici comuni. E, poiché è risaputo che l'immagine del giudice e dell'interprete in genere quale mera *bouche de la loi* costituisce una rappresentazione irenica ma

---

<sup>23</sup> Ad es., da Corte cost. nn. 84 del 2021, 54, 145 e 198 del 2022.

<sup>24</sup> Su questa ed altre tecniche decisorie rese palesi dalla motivazione delle decisioni della Corte, per tutti v. A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit.

ingenua e, a conti fatti, distorsiva della realtà, non dandosi alcuna interpretazione che non sia ora più ed ora meno “creativa”<sup>25</sup>, si rende necessario chiedersi fino a che punto possa spingersi la creatività dell’interprete senza trasmodare in una sostanziale riscrittura dei testi normativi, quale sia insomma la soglia invalicabile al di là della quale viene fatalmente a consumarsi una trasformazione dell’attività posta in essere dall’operatore e, per ciò stesso, della natura di quest’ultimo.

Ora, soccorre solo fino ad un certo punto fare al riguardo appello a taluni indici esteriori, quale quello che fa capo alla lettera degli enunciati, tanto più che la stessa esibisce a volte una strutturale apertura ed elasticità che la rende agevolmente malleabile anche da parte di operatori non particolarmente smalzati. Giova, piuttosto, a parer mio, fare affidamento su talune risorse apprestate dagli stessi meccanismi riguardanti l’esercizio della giurisdizione e, in ultima istanza, sull’impatto che gli atti che ne sono manifestazione hanno in seno al corpo sociale nel quale essi s’immettono e radicano.

Per il primo aspetto, quanto alle manipolazioni operate dai giudici comuni, soccorrono i rimedi apprestati dal sistema dei gravami. Non essendo, tuttavia, questi ultimi praticabili per alcune Corti (e, segnatamente, per quella

---

<sup>25</sup> Il punto può considerarsi ormai saldamente fissato, per quanto la “creatività” in parola sia intesa in forme e gradi sensibilmente diversi [*ex plurimis*, v., almeno, in prospettiva giurifilosofica e teorico-generale, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018, ed E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Modena 2022; tra i costituzionalisti, R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l’entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislature e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss., e *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Riv. AIC* ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; R. BIN, *Il giudice tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 441 ss.; tra i civilisti, per tutti, G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in *Quest. giust.* ([www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)), 1/2020. Volendo, può infine vedersi anche il mio *Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali)*, in *Consulta OnLine* ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)), 3/2020, 9 novembre 2020, 606 ss.].

costituzionale, nonché per la Corte di Cassazione, le cui pronunzie nondimeno sono – come si sa – soggette, al verificarsi di certe condizioni, a revisione), occorre puntare lo sguardo sul “seguito” dato alle pronunzie delle Corti in parola. La circostanza per cui a volte si hanno manifestazioni, ora più ed ora meno scoperte, di “resistenza” nei riguardi delle stesse è un indice alquanto attendibile del fatto che le manipolazioni da queste effettuate non hanno rinvenuto terreno fertile nei luoghi in cui si amministra la giustizia comune. Insomma, si assiste talora – potrebbe dirsi – a *manipolazioni (da parte dei giudici comuni) di anteriori manipolazioni...*<sup>26</sup>.

*Mutatis mutandis*, la stessa cosa può dirsi anche per ciò che attiene all'accoglienza (che, però, talvolta è essa pure espressiva di “resistenza”) ricevuta dalle decisioni sia del giudice costituzionale che di altri giudici da parte del corpo sociale, laddove a conti fatti si ha la finale verifica del loro modo complessivo di essere e di operare<sup>27</sup>. È vero, infatti, che anche pronunzie in sé non manipolative possono poi andare soggette a manipolazioni da parte dei loro destinatari (in ultima istanza, appunto, dal corpo sociale); la presunzione, però, gioca nel verso opposto e induce a ritenere che non poche volte le reazioni a finalità manipolativa – se così vogliamo

---

<sup>26</sup> Un solo esempio per tutti: la vicenda della c.d. *robin tax*, di cui a Corte cost. n. 15 del 2015, conclusasi con una palese manifestazione d’“insubordinazione” da parte di molti giudici comuni.

<sup>27</sup> Il versante del “seguito” delle decisioni della Consulta e di quelle giudiziarie in genere, al di là di alcuni studi pur pregevoli ma isolati venuti in passato alla luce [quali quelli di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (Un’indagine sul “seguito” delle pronunce costituzionali)*, in *Giur. cost.*, 1/2000, 685 ss., e *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 200 ss.], non è stato fatto oggetto di adeguato monitoraggio da parte degli studiosi. Solo di recente i riflettori parrebbero essersi accesi su di esso (v., part., G. NAGLIERI, *Giudicare e ottemperare. Uno studio comparato su soggetti, forme e modelli dell’esecuzione costituzionale*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2023). E, mentre si dispone – già da molti anni [v., ad es., con specifico riguardo ai rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, L. PEGORARO, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Cedam, Padova 1987, e il mio *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Giuffrè, Milano 1988] – di studi di carattere teorico, seguitano purtroppo a fare difetto le ricerche sul campo, anche a motivo delle difficoltà cui si accenna nel testo. Di particolare interesse si presenta, dunque, il convegno organizzato dal Dipartimento di diritto pubblico italiano e sovranazionale dell’Università di Milano su *L’attuazione dei provvedimenti giurisdizionali*, che avrà luogo il 23 novembre 2023.

chiamarle – si debbano proprio ad un originario eccesso di creatività riscontrato nella pronunzia di questo o quel giudice.

È pur vero, poi, che non sempre si dispone di indici sicuri che consentano di fare gli opportuni riscontri al riguardo. Su alcuni casi che hanno fatto molto discutere, quale quello sulla *robin tax* da ultimo ricordato, si sono accesi i riflettori e, dunque, si è reso possibile avere dati attendibili ai quali fare riferimento. Si dà, però, una montagna sommersa che si sottrae naturalmente alla vista, non consentendo di far luogo neppure ad una prima, approssimativa valutazione. D'altro canto, l'esercizio della giurisdizione è – come si sa – parcellizzato, distribuendosi in numerose sedi in cui viene simultaneamente alla luce; ed è anche questo un ostacolo non da poco al fine di un'adeguata effettuazione delle verifiche in parola.

Di agevole monitoraggio è, di contro, il versante dei rapporti tra Corte e legislatore. Talune manipolazioni operate dalla prima si ritorcono a volte contro la stessa Corte, come laddove si assista ora alla riproduzione di un testo di legge dapprima caducato (in modo "secco" ovvero appunto con modifiche) ed ora ad una interpretazione autentica di un testo che si presenti innovativa rispetto a quella somministrata dalla Consulta (ad es., in una decisione di rigetto). Ogni medaglia ha, comunque, il suo rovescio; e talvolta l'interpretazione in parola è effettuata proprio al fine di "razionalizzare" positivamente un orientamento interpretativo in sé innovativo provvisto dell'*auctoritas* che gli viene per il fatto di essere espresso dalla Consulta ovvero di risultare ormai consolidato nel "diritto vivente". Non infrequenti, però, sono per vero i casi d'inerzia del legislatore, giudicandosi quest'ultimo appagato dall'opera di normazione – chè di questo, a conti fatti, si tratta – posta in essere *ope juris prudentiae*.

Ad ogni buon conto, il vantaggio che si ha sul versante dei rapporti con il legislatore è che le reazioni di quest'ultimo, anche quelle in forma omissiva<sup>28</sup>, si hanno alla luce del sole, diversamente dal "sommerso" che è proprio delle decisioni dei giudici; non è, pertanto, disagevole stabilire in che rapporto esse si

---

<sup>28</sup> Certo, è qui da stabilire quale sia il tempo ragionevole di attesa prima di poter rilevare, con sia pur relativa sicurezza, il comportamento acquiescente del legislatore. È chiaro, però, che trascorso un congruo lasso di tempo è possibile trarne attendibili valutazioni.

pongano nei riguardi delle decisioni della Corte, se – come, per vero, il più delle volte si ha – nel segno di una sostanziale acquiescenza ovvero nell'altro, opposto, di una ora più ed ora meno vistosa contestazione.

Disagevole è invece – come si viene dicendo – verificare come stanno le cose sul versante dei rapporti tra Corte e giudici, per quanto anche qui in taluni casi il riscontro non risulti impossibile, come laddove pronunzie di rigetto (manipolativo e non) della prima non abbiano favorevole accoglienza da parte dei secondi che seguitino ad investire della medesima questione la Corte stessa. Della qual cosa si ha conferma pur laddove dalla Consulta vengano indicazioni puntuali circa il modo con cui far luogo ad una interpretazione conforme dei testi di legge, che poi – a chiamare le cose con il loro giusto nome – talvolta presenta carattere anche marcatamente innovativo o, diciamo pure, “sanante”; cionondimeno, essa risulta talora non condivisa dai giudici comuni che – come si rammentava poc'anzi – tornino ripetutamente ad investire il giudice costituzionale di questioni riguardanti i testi stessi, al punto che quest'ultimo talora si determina – come si diceva – a convertire una precedente decisione di rigetto in una di accoglimento. Ed è interessante notare che il passaggio da una sponda all'altra si avvale non di rado di un'operazione manipolativa, per effetto della quale viene abbandonata l'originaria interpretazione e sostituita con un'altra, in linea appunto con le indicazioni offerte dal “diritto vivente” veicolato dai giudici comuni. La centralità di posto di questi ultimi è, ad ogni buon conto, fuori discussione, sol che si pensi, per un verso, al ruolo da essi giocato in sede di apertura del giudizio di costituzionalità e, per un altro verso, per ciò che è qui di specifico interesse, a ciò che essi fanno in sede di implementazione dei verdetti emessi dalla Consulta, specie di quelli provvisti della maggiore apertura strutturale, quale ad es. si ha nelle additive di principio.

Non è un caso, d'altronde, che le pronunzie dapprima espressamente richiamate si riferiscano tutte a casi in cui i giudici sollecitavano la Corte a far luogo a pronunzie manipolative (e, segnatamente, additive): indice eloquente, questo, di una intraprendenza crescente degli operatori di giustizia che, per vero, si alimenta di una sensibilità costituzionale parimenti accresciuta, in ispecie di una

preoccupazione per le sorti dei diritti inappagati, sicuramente encomiabile, ma che, allo stesso tempo, appare indicativa di una tendenza ad occupare spazi dapprima considerati riservati al solo legislatore. In un certo senso, può dirsi che Corte e giudici comuni si diano manforte a vicenda nell'opera di aggiustamento dei testi normativi, anche se la prima preferisce – come si è veduto – in casi non rari la soluzione della manipolazione per via interpretativa all'altra del rifacimento testuale.

#### *6. I riflessi della flessibilizzazione dei testi sulle vicende della normazione*

Le cose fin qui dette agevolano le risposte ai due interrogativi restanti la cui esposizione non richiede dunque un lungo ed articolato discorso.

Le manipolazioni della struttura degli enunciati, quale che sia il modo o la tecnica con cui prendono forma, portano pur sempre al medesimo effetto, che è di rendere viepiù puntuale e concreto il dettato normativo, grazie appunto alle specificazioni concettuali e positive contenute nelle pronunzie della Corte. Per questo verso, non importa, dunque, che esse si abbiano in conseguenza di manipolazioni dei testi ovvero per via meramente interpretativa. Ciò che conta è che, grazie appunto all'intervento della Corte, il dettato in parola si pieghi sempre di più sui casi, conformandosi agli stessi e da essi prendendo forma, esattamente come un vestito fatto su misura si adegua al corpo di chi deve indossarlo.

È vero che qualunque enunciato positivo, frutto della invenzione del legislatore come pure della Corte, non perde comunque – come si diceva – il tratto dell'astrattezza che gli è proprio, potendosi riferire non soltanto al caso che ne origina la venuta alla luce ma ad ogni altro che dovesse in seguito verificarsi. Il carattere della ripetibilità temporale che, secondo una magistrale ricostruzione teorica<sup>29</sup>, è attribuito proprio di ogni norma giuridica è, pertanto, fatto salvo e dà

---

<sup>29</sup> Il riferimento – com'è chiaro – è ad una nota indicazione di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, Le fonti normative*<sup>5</sup>, V ed. aggiornata a cura di F. Crisafulli, Cedam, Padova 1993, 19 ss.



modo a quest'ultima di consegnarsi nelle mani di ogni operatore, esso pure ovviamente impersonalmente considerato, che si trovi a doverne fare utilizzo.

È parimenti vero, tuttavia, che le specificazioni concettuali messe in atto dalla Consulta connotano altresì come *tendenzialmente concreto* ogni enunciato che veda la luce a seguito delle manipolazioni di cui qui si discorre. È il segno questo di una trasformazione della normazione che, peraltro, si situa in un solco lungo il quale si avviano anche altre esperienze, da tempo – come si sa – diffuse e radicate nella pratica giuridica, non infrequenti essendo i casi di leggi tagliate in un certo modo, che si dotino cioè di contenuti particolari sì da adeguarsi a peculiari (e a volte contingenti) situazioni giudicate meritevoli di positiva regolazione.

Sta di fatto che, per effetto della varietà dei casi, le leggi soggiacciono a mai finita riconformazione della loro struttura; e – come si diceva – non poche volte si tratta di una sorta di *work in progress* che si avvale dell'opera ricostruttiva degli operatori chiamati a perfezionare un prodotto uscito comunque grezzo dalle mani del giudice costituzionale.

Certo si è (ed il punto è di cruciale rilievo) che, per l'uno o per l'altro verso, viene a trovarsi in uno stato di palese sofferenza il principio della separazione dei poteri<sup>30</sup>: vuoi a causa delle manipolazioni apportate ai testi di legge dalla Corte (e, a seguire, dai giudici comuni, in sede di implementazione dei verdetti della prima) e vuoi a motivo della crescente concretezza di cui gli stessi vengono ad essere dotati. Il *vulnus* è, dunque, duplice o, se si preferisce altrimenti dire, può essere colto da due angoli visuali diversi: da un canto, per il fatto che Corte e giudici comuni a volte si commutano, pur nella peculiarità dei ruoli loro propri, in decisori politici; da un altro canto, per il fatto che la legge si fa sempre di più concreta, spogliandosi vistosamente del connotato dell'astrattezza un tempo giudicato suo proprio ed indisponibile<sup>31</sup>. È chiaro, infatti, che il fenomeno può essere riguardato da più punti

---

<sup>30</sup> Dello stato di *stress* in cui lo stesso viene a trovarsi nelle più recenti e salienti esperienze si discorre nel mio *La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata*, cit.

<sup>31</sup> Era, nondimeno, questa una ricostruzione teorica frequentemente contraddetta da plurime e reciprocamente differenziate esperienze, comunque convergenti verso l'esito di privare la legge degli attributi della generalità ed astrattezza che una lunga tradizione, risalente già ad Aristotele e che ha avuto la sua massima affermazione durante la stagione liberale,

di vista, e segnatamente da quello che si ha laddove si confezionano gli enunciati e dall'altro in cui se ne fa utilizzo per le esigenze della pratica giuridica (in ispecie, nelle aule dei tribunali).

Della trasformazione delle pubbliche funzioni e delle vicende del principio suddetto non può – com'è chiaro – discorrersi qui con la dovuta estensione e l'approfondimento che pure sarebbe allo scopo richiesto. È sufficiente ai fini di questo studio meramente introduttivo ad un'analisi che dovrà farsi in altro e più adeguato luogo mettere in evidenza che le vicende degli atti legislativi in occasione dei giudizi di costituzionalità sono solo la spia di un fenomeno che avvolge – se così può dirsi – l'intero ordinamento, segnandone ed accompagnandone le più salienti movenze ed esperienze.

*7. E infine: per effetto delle flessibilizzazioni dei testi risulta indebolita ovvero rinvigorita la vis prescrittiva dei loro enunciati?*

Solo talune, scarse notazioni a riguardo dell'ultimo interrogativo che, nondimeno, evoca in campo, per taluni aspetti, anche i restanti.

Gli interventi operati dalla Consulta sui testi di legge rendono testimonianza della strutturale debolezza dagli stessi esibita, per il mero fatto appunto di trovarsi comunque soggetti a trasformazioni. E non è inutile, ancora una volta, rammentare in chiusura, che, pur laddove la Corte dichiara di non poter far luogo a manipolazioni testuali, ugualmente i testi stessi non si sottraggono al raggio d'azione, dalla portata potenzialmente formidabile, dei rifacimenti per via d'interpretazione.

Ora, il bicchiere – come suol dirsi – può essere visto come mezzo pieno ovvero mezzo vuoto. Il monitoraggio costante che vado da anni facendo delle esperienze della giustizia costituzionale mi porta a dire che l'*animus* che sta a base delle

---

portava a considerare suoi propri, per quanto non mancassero già al tempo riserve e critiche penetranti avverso siffatto modo di intendere la struttura degli atti di normazione per antonomasia (riferimenti nell'uno e nell'altro senso possono, volendo, aversi dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 26 ss. e 41 ss.).

operazioni poste in essere dalla Consulta è *sempre* cooperativo, ispirato cioè ad un autentico canone metodico d'azione che porta naturalmente la Corte a far salvi – *perlomeno fin dove possibile* – i testi di legge, pur se col costo, a volte per vero assai elevato, del rifacimento della loro sostanza normativa.

La conclusione è che le leggi sono deboli e forti allo stesso tempo.

Sono l'una cosa, per il mero fatto oggettivo che le manipolazioni si hanno – come si è veduto – assai di frequente, risultando a conti fatti di quotidiano riscontro. Sono, però, anche l'altra cosa, perché grazie alle stesse le leggi hanno modo di radicarsi viepiù nel terreno dell'ordinamento, rendendosi variamente spendibili per le esigenze della pratica giuridica. L'alternativa, infatti, se ci si pensa, sarebbe quella della loro ricorrente caducazione per eccesso di rigidità e complessiva inadeguatezza rispetto ai casi, alla loro incontenibile varietà ed al carattere viepiù pressante che è proprio dei bisogni che ad essi fanno capo. Un esito, questo, tuttavia inaccettabile, dal momento che verrebbero a crearsi di continuo vuoti di normazione intollerabili per gli effetti pregiudizievoli che se ne avrebbero a carico dei diritti della persona e, in genere, di interessi costituzionalmente protetti, effetti a volte maggiori di quelli che pure discendono da una disciplina positiva imperfetta o, diciamo pure, malfatta, tenuta in piedi alla meno peggio, comunque con la stampella offertale dalla Consulta.

Lo scenario che, però, viene in tal modo a delinarsi si presenta a tinte fosche ed appare gravato da una contraddizione forse insanabile. Una normazione lasciata integra nella sua strutturale rigidità appare essere, infatti, irragionevole, siccome comunque discosta dalle peculiari esigenze dei casi. Allo stesso tempo, una normazione resa flessibile *ope juris prudentiae* rende manifesto – in circostanze non sporadiche – lo snaturamento dell'attività dei giudici e degli interpreti in genere, specificamente laddove si abbiano innovazioni testuali che veicolano opzioni politiche ovvero non testuali e, però, a volte, come si è veduto, ancora più incisive di quelle che comportano il sostanziale rifacimento degli enunciati.

Insomma, non v'è – a quanto pare – via d'uscita dal *tunnel*: una normazione tendenzialmente concreta appare, infatti, essere a un tempo *necessaria* e...

*impossibile*, quanto meno a voler tenere fermo il principio della separazione dei poteri e ciò che esso ha rappresentato (e rappresenta) per lo Stato costituzionale. Una conclusione – come si vede – che, dal punto di vista particolarmente qualificante ed espressivo, della teoria della Costituzione lascia l’amaro in bocca e, a dirla tutta, sconforta ed inquieta.

dirittifondamentali.it