



DOMIZIANO PIERANTONI*

ERRONEO PRESUPPOSTO INTERPRETATIVO, INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE E TECNICHE DECISORIE DEL GIUDICE DELLE LEGGI: APPUNTI A MARGINE DELLA SENTENZA N. 105 DEL 2023**

Abstract [Ita]: Con la sentenza n. 105 del 2023, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi in materia di regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* della legge n. 354 del 1975, soffermandosi sulla disciplina dei colloqui visivi tra detenuti e loro familiari. Dopo una sintetica ricostruzione delle questioni di legittimità costituzionale decise con la pronuncia in commento, il presente contributo intende soffermarsi sulla tecnica decisoria impiegata dalla Corte. Da ultimo, si svilupperanno delle brevi riflessioni sul tema del diritto vivente.

Abstract [Eng]: The Constitutional Court, with its judgment no. 105/2023, again ruled on special detention regime *ex art. 41-bis*, l. no. 354/1975, focusing on the discipline of visual meetings between prisoners and their families. After a brief reconstruction of the questions of constitutional legitimacy decided by the ruling in commentary, this contribution aims to focus on the decisional technique employed by the Court. Finally, brief reflections will be developed on the topic of living law.

Parole chiave: Regime detentivo speciale, colloqui visivi, tecnica decisoria, diritto vivente.

Keywords: Special detention regime, visual meetings, decisional technique, living law.

SOMMARIO: 1. Premessa: l'erroneo presupposto interpretativo del giudice *a quo* – 2. Alle origini delle ordinanze di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto e della sentenza della Corte – 3. Sulla tecnica decisoria impiegata dalla Corte – 4. Quali prospettive?

* Dottorando in Discipline giuridiche, *curriculum* Discipline pubblicistiche – Università degli Studi «Roma Tre».

** Contributo sottoposto a *peer review*.

1. Premessa: l'erroneo presupposto interpretativo del giudice *a quo*

Con la sentenza n. 105 del 2023, la Corte costituzionale è tornata a pronunciarsi in materia di regime detentivo speciale *ex art. 41-bis* della legge n. 354 del 1975, soffermandosi sulla disciplina dei colloqui visivi tra detenuti e loro familiari.

Si tratta di un istituto particolarmente delicato: se da un lato, la possibilità di mantenere i rapporti con i propri cari rientra senza dubbio nella sfera dei diritti spettanti anche ai detenuti al *41-bis*; dall'altro lato, tali colloqui visivi finiscono per tradursi in un contatto diretto con l'esterno, costituendo quindi un momento di alto rischio per la garanzia degli obiettivi perseguiti con l'applicazione del regime differenziato¹.

Si comprende, dunque, perché il loro svolgimento sia circondato da una serie di rigorose misure. L'art. 41-*bis*, co. 2 *quater*, lett. b), tra le altre cose, prevede che essi debbano svolgersi in locali «attrezzati» in modo da impedire il passaggio di oggetti. Una circolare del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria (DAP)² definisce il contenuto della disposizione legislativa, individuando nel vetro divisorio a tutta altezza lo strumento idoneo a impedire il passaggio di oggetti e contemplando la possibilità di evitarne l'utilizzo solo per gli incontri con figli e nipoti in linea retta minori di dodici anni³.

Anche in questo caso, la Corte non ha mancato di ribadire i limiti cui è soggetta l'applicazione del regime detentivo *ex art. 41-bis*. Limiti in forza dei quali è possibile sospendere solo l'applicazione di regole e istituti dell'ordinamento penitenziario che risultino in concreto contrasto con quelle esigenze di ordine e sicurezza che impongono di impedire che il detenuto o l'internato possa continuare a intrattenere rapporti con l'organizzazione criminale di appartenenza. Non possono, pertanto, essere disposte misure che, a causa del loro contenuto, risultino palesemente inidonee o incongrue rispetto a tali

¹ Obiettivi compendati nella lettera a) del comma 2-*quater* dello stesso art. 41-*bis*, ove è stabilito che il regime detentivo differenziato prevede «l'adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazioni con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate».

² Si tratta della circolare del Ministero della Giustizia, Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, n. 3626 del 2 ottobre 2017, avente ad oggetto la «Organizzazione del circuito detentivo speciale previsto dall'art. 41-*bis* O.P.».

³ L'art. 16 della circolare prevede, tra le altre cose, che «lo svolgimento dei colloqui visivi avviene presso locali all'uopo adibiti, muniti di vetro a tutta altezza, tale da non consentire il passaggio di oggetti di qualsiasi specie, tipo o dimensione. Il chiaro ascolto reciproco da parte dei colloquianti sarà garantito con le attuali strumentazioni all'uopo predisposte. In una prospettiva di bilanciamento di interessi di pari rilevanza costituzionale, tra tutela del diritto del detenuto/internato di mantenere rapporti affettivi con i figli e i nipoti e quello di garantire la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, il detenuto/internato potrà chiedere che i colloqui con i figli e con i nipoti in linea retta minori di anni 12, avvengano senza vetro divisorio per tutta la durata, assicurando la presenza del minore nello spazio riservato al detenuto e la contestuale presenza degli altri familiari dall'altra parte del vetro. Detto colloquio è sottoposto a videoregistrazione ed ascolto, previo provvedimento motivato dell'A.G. Il posizionamento del minore nello spazio destinato al detenuto/internato dovrà avvenire evitando forme di contatto diretto con ogni familiare adulto. In ogni caso il predetto posizionamento e la successiva riconsegna del minore ai familiari, dovrà avvenire sotto stretto controllo da parte del personale di polizia addetto alla vigilanza, con le cautele e gli accorgimenti del caso, al fine di contemperare le esigenze di sicurezza con quelle del minore e lo stato di disagio in cui lo stesso può venirsi a trovare».

obiettivi. Restrizioni di tal genere assumerebbero una portata puramente afflittiva in contrasto con il senso di umanità, al metro dell'art. 27 Cost.⁴

Ciò premesso, nucleo della decisione in commento sembra essere l'interpretazione conforme a Costituzione resa dalla Corte al fine di superare i dubbi di legittimità prospettati dal rimettente. In luogo della dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b) ord. pen. auspicata dal giudice *a quo*, la Corte ha optato per un'interpretativa di rigetto.

Non condividendo la lettura della disposizione fatta propria dal Magistrato di sorveglianza, il Giudice delle leggi ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità pervenutegli e, discostandosi dalla norma prospettata dalle ordinanze di rinvio, l'ha sostituita con una di propria elaborazione ermeneutica, esente dai vizi di costituzionalità ipotizzati.

A tal proposito, è interessante osservare come nelle ordinanze di rimessione il giudice *a quo* si sia limitato a rilevare come la disposizione appaia «decisamente tranciante in senso negativo», sembrando impedire sempre e comunque i colloqui visivi senza vetro divisorio.

Nell'ottica del giudice, la disposizione avrebbe un significato «inequivocabile»: stabilire che l'unico colloquio mensile del detenuto in regime differenziato si svolge in «locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti» non potrebbe significare altro se non che il colloquio deve avvenire in locali dotati di vetro divisorio a tutta altezza, essendo questa la sola «struttura fisica in grado di consentire ai familiari di guardarsi e parlarsi, ma al contempo di impedire il passaggio di oggetti, per come richiesto dal testo normativo».

La circolare DAP del 2 ottobre 2017 – laddove consente al detenuto in regime speciale di svolgere i colloqui in locali privi del vetro divisorio con i figli e i nipoti in linea retta minori di dodici anni – si porrebbe in contrasto con la normativa primaria che, invece, imporrebbe sempre e comunque la presenza di un vetro divisorio a tutta altezza.

Ne deriverebbe una lesione del diritto della persona detenuta a mantenere rapporti affettivi con il proprio nucleo familiare. Risulterebbe, in particolare, compromesso il diritto a non subire una «detenzione inumana», tale dovendosi considerare quella caratterizzata dall'assoluta privazione di ogni contatto fisico con i figli ed i nipoti in età più giovane. Ancora, il divieto censurato non rispetterebbe i principi enunciati dalla giurisprudenza

⁴ In tal senso, si veda anche Corte costituzionale, sent. n. 97 del 2020, ove, al punto n. 6 del *Considerato in diritto*, si legge: «Ciò che l'applicazione del regime differenziato intende soprattutto evitare è che gli esponenti dell'organizzazione in stato di detenzione, sfruttando l'ordinaria disciplina trattamentale, possano continuare (utilizzando particolarmente, in ipotesi, i colloqui con familiari o terze persone) a impartire direttive agli affiliati in stato di libertà, e così mantenere, anche dall'interno del carcere, il controllo sulle attività delittuose dell'organizzazione stessa (...). Quanto ai limiti cui soggiace l'applicazione del regime differenziato, la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che, in base all'art. 41-bis, comma 2, ordin. penit., è possibile sospendere solo l'applicazione di regole e istituti dell'ordinamento penitenziario che risultino in concreto contrasto con le richiamate esigenze di ordine e sicurezza. Correlativamente, ha affermato non potersi disporre misure che, a causa del loro contenuto, non siano riconducibili a quelle concrete esigenze, poiché si tratterebbe in tal caso di misure palesemente incongrue o inidonee rispetto alle finalità del provvedimento che assegna il detenuto al regime differenziato. Se ciò accade, non solo le misure in questione non risponderebbero più al fine in vista del quale la legge consente siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, «divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale» (sentenza n. 351 del 1996)». Analogamente, cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 186 del 2018; 143 del 2013; 351 del 1996.

costituzionale in materia di regime detentivo *ex art. 41-bis*. Infine, il divieto non garantirebbe il rispetto del superiore interesse del minore a mantenere un rapporto (anche fisico) con il genitore/nonno. Interesse, questo, al quale si dovrebbe accordare netta prevalenza rispetto alle altre esigenze confliggenti.

Le questioni, come detto, sono state dichiarate non fondate dalla Corte costituzionale che non ha tardato ad osservare come il dato testuale della disposizione censurata suggerisca un esito diverso da quello proposto dal giudice, di fatto mettendo in luce l'erroneità del presupposto interpretativo da cui le ordinanze di rinvio hanno preso le mosse.

La disposizione in questione assolutamente non impone l'utilizzo del vetro divisorio a tutt'altezza. Non vi sono riferimenti espliciti a tale strumentazione né, per la verità, ad altre particolari soluzioni tecniche adottabili. Il legislatore utilizza una formula lessicale dai confini piuttosto ampi, indicando il risultato da perseguire, ossia quello di impedire il passaggio di oggetti, ma limitandosi a richiedere che i locali destinati ai colloqui siano «attrezzati» a tal fine.

La norma ricavata dal Giudice delle leggi – secondo cui, dunque, l'impiego del vetro divisorio non sarebbe affatto imposto in ogni circostanza, potendo esso apparire sproporzionato al cospetto delle peculiarità del caso singolo – sembra essere quella più prossima al significato proprio delle parole utilizzate dal legislatore. Piuttosto, è lo stesso rimettente a forzare il dato testuale della disposizione, facendole dire ciò che in realtà non dice.

2. Alle origini delle ordinanze di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto e della sentenza della Corte

L'errata interpretazione del giudice *a quo* può, forse, spiegarsi alla luce di un'osservazione che lo stesso fa nelle ordinanze di rimessione: la formula adoperata dal legislatore, secondo la quale i colloqui visivi tra detenuti al 41-*bis* e familiari si svolgono in locali «attrezzati» in modo da impedire il passaggio di oggetti, è stata univocamente interpretata, *in primis* dall'amministrazione penitenziaria, «nel senso che si deve trattare di locali dotati di vetro a tutta altezza»⁵.

Lo ricorda la stessa Corte laddove osserva come, ormai da tempo, «l'amministrazione penitenziaria, nella prassi, abbia individuato [nel vetro divisorio a tutta altezza] la soluzione tecnica per gestire i colloqui dei detenuti soggetti al regime differenziato con i propri familiari e conviventi»⁶, derogandovi soltanto per i colloqui con figli e/o nipoti *ex filio* minori di anni dodici.

Tale lettura, peraltro, sembra essere diffusamente seguita dai giudici che, chiamati a pronunciarsi sui reclami proposti dai detenuti avverso i provvedimenti dell'amministrazione

⁵ Ordinanza n. 104 del 2022 (r.o.), 48; ordinanza n. 105 del 2022 (r.o.), 56.

⁶ Corte costituzionale, sent. n. 105 del 2023, punto n. 10 del *Considerato in diritto*.

penitenziaria, hanno assunto un atteggiamento acritico, uniformandosi pedissequamente a quanto previsto dalle circolari DAP circa le modalità attuative dell'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. b)⁷.

Così stando le cose, sembra che il giudice *a quo* abbia avvertito l'esigenza di cercare l'autorevole supporto della Corte per poter interpretare il complesso normativo di riferimento in maniera più rispettosa degli interessi costituzionali coinvolti, senza correre il rischio di vedere la sua decisione infrangersi contro pronunce di segno diverso dei giudici dei gradi superiori.

D'altronde, è ragionevole ritenere che i medesimi fattori abbiano esercitato un'influenza sulla stessa Corte, andando ad incidere proprio nella scelta della tecnica decisoria impiegata. Scelta, questa, che sembra evidenziare la volontà, da un lato, di indirizzare attivamente la lettura della disposizione legislativa, contribuendo al processo di genesi del significato applicato della stessa; dall'altro lato, di suggerire il corretto modo di approcciarsi alle prescrizioni impartite dalla circolare DAP.

Il Giudice, in effetti, non manca di sottolineare che le soluzioni per assicurare il fine previsto dal legislatore (impedire il passaggio di oggetti durante i colloqui visivi) devono essere «necessariamente adeguate alla situazione concreta che l'amministrazione si trovi ad affrontare»⁸.

Negli ultimi passaggi della decisione in commento, la Corte sembra porre l'accento sulla «efficacia orientativa, per ciò solo derogabile, della soluzione contenuta nella circolare»⁹. Sembrerebbe essersi fatta sentire l'esigenza di far presente, all'amministrazione penitenziaria come ai giudici, l'importanza di valutare e valorizzare le specificità dei singoli casi concreti, senza adagiarsi supinamente a quanto previsto dalla circolare DAP del 2017.

Che questo sia un aspetto centrale nella decisione è dimostrato dal fatto che la Corte non manca di far presente l'importanza di evitare scelte rigide che «potrebbero risultare non adeguate, per eccesso o per difetto, al cospetto delle specifiche esigenze evidenziate dal caso singolo»¹⁰ anche laddove, rivolgendosi al legislatore, considera un eventuale intervento volto a disciplinare in fonte primaria le modalità dei colloqui tra detenuti in regime di 41-*bis* e loro familiari.

Tramite l'interpretativa di rigetto, dunque, il Giudice delle leggi ha potuto immettere e destinare – anzitutto proprio all'amministrazione penitenziaria, in secondo luogo ai giudici – una serie di importanti sollecitazioni. Piuttosto che colpire un vizio dell'ordinanza di rimessione, ossia l'erroneo presupposto interpretativo da cui il giudice *a quo* ha preso le

⁷ Nelle ordinanze di rimessione viene menzionata la sentenza n. 46719 del 2021 della Cassazione che, pronunciandosi su una questione largamente sovrapponibile a quelle da cui è originata la vicenda in commento, ha rigettato il reclamo proposto – avverso le contrarie pronunce del Magistrato di sorveglianza, prima, e del Tribunale di sorveglianza, poi – dall'interessato che voleva continuare a fruire dei colloqui senza vetro divisorio con i figli ormai ultradodicesenni. Per la S.C. la misura restrittiva prevista dalla circolare DAP del 2017, in virtù della quale gli incontri tra detenuti al 41-*bis* e familiari si svolgono in locali muniti di vetro divisorio a tutta altezza eccetto che per i colloqui con i figli e/o nipoti *ex filio* minori di anni dodici, deve leggersi quale «scelta organizzativa non irragionevole» adottata «nell'ambito della discrezionalità che si afferma riconosciuta all'amministrazione».

⁸ Corte costituzionale, sent. n. 105 del 2023, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

⁹ Ivi, punto n. 12 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Ivi, punto n. 11 del *Considerato in diritto*.

mosse, si è preferito fare un uso “strategico” della decisione che, oltre a chiarire l’effettiva portata della disposizione di legge, sembra suggerire ai giudici comuni la via della disapplicazione della circolare amministrativa laddove questa non consenta di valorizzare le specificità dei singoli casi.

Un’ordinanza di inammissibilità, in quanto provvedimento solo succintamente motivato, sarebbe risultata vana a tale fine. Sarebbe stata una freccia spuntata, inidonea a veicolare simili indicazioni.

In altre parole, sembrerebbe essere prevalsa una logica “prospettica” a discapito di un atteggiamento più propriamente “sanzionatorio”¹¹.

3. Sulla tecnica decisoria impiegata dalla Corte

Al netto di tali considerazioni, la scelta della tecnica decisoria impiegata dalla Corte suscita qualche perplessità.

In effetti, si è dell’idea che l’erroneo presupposto interpretativo del giudice *a quo*, fondato su uno scorretto utilizzo degli ordinari poteri di interpretazione della legge, avrebbe dovuto portare ad una decisione di inammissibilità.

A ben vedere, peraltro, le questioni di legittimità costituzionale si interessano degli effetti prodotti non tanto dalla legge, quanto dalla circolare DAP del 2017. Ne consegue che l’errore commesso nella lettura della disposizione si riverbera irrimediabilmente sulla questione prospettata che, tecnicamente, risulta sollevata con riferimento ad una norma di legge non esistente¹².

Non si condivide, pertanto, la soluzione adottata dalla Corte che – di fatto finendo per occuparsi di norme ricavabili solo da una lettura combinata della legge e della circolare, quasi a considerarle un tutt’uno inscindibile – ha ritenuto di poter sopperire all’errore del giudice fornendo un’interpretazione costituzionalmente orientata¹³.

A tal proposito, peraltro, si intende proporre una duplice riflessione.

La prima: si tratta veramente di interpretazione costituzionalmente orientata?

Se si tiene conto del fatto che la ricostruzione operata dalla Corte del significato corretto della disposizione risulta pur sempre finalizzata al sindacato di costituzionalità, si comprende come sia tutt’altro che semplice tracciare una linea di demarcazione tra “interpretazione correttiva” e “interpretazione costituzionalmente orientata”¹⁴. Tuttavia, a

¹¹ Cfr. G. SORRENTI, *La Costituzione “sottintesa”*, relazione presentata al Seminario dal titolo “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, reperibile sul sito www.cortecostituzionale.it, 17.

¹² Cfr. G. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 773; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione giustizia*, 22 ottobre 2018; C. STORACE, *Erroneità del presupposto interpretativo e tecniche decisorie della Corte costituzionale, a margine di una pronuncia in tema di fine vita e amministrazione di sostegno*, in *Giur. cost.*, 2019, 1643 ss.

¹³ Corte costituzionale, sent. n. 105 del 2023, punto n. 9 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Cfr. A. ANZON, *Interpretazione «corretta» e interpretazione «conforme a Costituzione» del regime delle rogatorie internazionali*, in *Giur. cost.*, 2002, 2427-2428 ove si evidenzia come, a ben vedere, nelle sentenze cc.dd. “correttive” la reinterpretazione

meno che la Corte non abbia voluto superare la distinzione tra le due tipologie di “erronee interpretazioni”, nella sentenza in commento sembra essere stata proposta un’interpretazione della disposizione indubbiata «sul solo terreno della legge ordinaria»¹⁵.

In effetti, sembra che la Corte abbia ricavato la norma definita “costituzionalmente orientata”, facendo un corretto utilizzo degli ordinari criteri logico-sistematici di interpretazione della legge. Niente di più e niente di diverso da quanto previsto dal primo periodo dell’art. 12 delle cc.dd. preleggi, in virtù del quale «nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». A ben vedere, il Giudice si rifà al dato testuale della disposizione ricavandone, come si è già osservato, la norma più prossima al significato proprio delle parole impiegate. Avvalora, poi, la propria soluzione interpretativa rifacendosi alla volontà del legislatore, osservando come «non è senza significato che il legislatore, nel codificare le prescrizioni già contenute nelle precedenti circolari amministrative, abbia semplicemente indicato il risultato vietato (...) senza affatto specificare, in dettaglio, le pertinenti soluzioni tecniche, limitandosi a richiedere che i colloqui siano «attrezzati» in modo da impedire tale passaggio»¹⁶.

In definitiva, considerando la (pur labile) linea di demarcazione tra l’una e l’altra specie interpretativa, la scelta ermeneutica privilegiata nella sentenza non sembra originare da una lettura “alla luce” della Costituzione quanto, piuttosto, da un’interpretazione correttiva.

La seconda osservazione: anche ammettendo si tratti effettivamente di interpretazione costituzionalmente conforme, il richiamo a tale canone interpretativo finisce, indirettamente, per mettere in luce l’omesso (o quanto meno inadeguato) sforzo ermeneutico orientato che il giudice *a quo* avrebbe dovuto svolgere prima di sollevare questione di legittimità costituzionale. Nelle ordinanze di rinvio del Magistrato di sorveglianza di Spoleto, in effetti, non si rinviene alcun esplicito riferimento ad asseriti tentativi di interpretazione conforme della disposizione censurata. Il giudice *a quo*, si è già osservato, si limita a rilevare come la disposizione normativa in questione appaia «decisamente tranciante in senso negativo», sembrando impedire sempre e comunque i colloqui visivi senza vetro divisorio.

Così stando le cose, ancora una volta non sembra condivisibile la scelta della Corte di scendere nel merito della questione.

È noto come, a partire dalla sentenza n. 221 del 2015, la Corte costituzionale abbia significativamente integrato la propria giurisprudenza in materia di interpretazione

della disposizione impugnata operata dalla Corte è pur sempre «finalizzata al sindacato di costituzionalità e non a semplice intento nomofilattico cosicché l’interpretazione “corretta” recepita sul piano della legislazione ordinaria è di regola anche quella “costituzionalmente conforme” su cui si basa la valutazione di non fondatezza»; analogamente A. BONOMI, *Alcuni spunti sulle “tipologie” decisorie adottate dalla Corte costituzionale a seguito dell’accertamento dell’erroneità del presupposto interpretativo fatto proprio dal giudice a quo*, in *Forumcostituzionale.it*, 2013; più di recente anche C. STORACE, *op. ult. cit.*, 1645.

¹⁵ A. ANZON, *op. ult. cit.*, 2002, 2428.

¹⁶ Corte costituzionale, sent. n. 105 del 2023, punto n. 10 del *Considerato in diritto*.

conforme al dettato fondamentale¹⁷. Se prima la possibilità di ravvisare un'interpretazione conforme a Costituzione non fatta propria dal rimettente avrebbe inevitabilmente condotto ad una pronuncia processuale di inammissibilità, ad oggi la medesima situazione «non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità»¹⁸.

Laddove, insomma, il giudice *a quo* motivi in modo plausibile la scelta di non seguire un'interpretazione conforme a Costituzione, ad esempio perché ritenuta non praticabile a causa del tenore letterale della disposizione o del diritto vivente formatosi su di essa, la risposta della Corte non potrà essere l'inammissibilità della questione, ma al limite il rigetto interpretativo, ove la stessa ritenga che la soluzione ermeneutica scartata dal giudice sia invece possibile, ancorché difficile¹⁹.

È evidente come ne sia risultato attenuato il vincolo motivazionale della questione di costituzionalità e, per così dire, “depotenziato”²⁰ l'onere d'interpretazione conforme del giudice *a quo*, tanto da poterlo considerare ora ridotto a mero “obbligo di diligenza”²¹. Tuttavia, come è stato osservato²², ciò non significa che si è inteso inibire l'esercizio di quei poteri ermeneutici che consentono al giudice di far sì che la Costituzione pervada l'ordinamento in modo molecolare. Non significa che il giudice è esonerato dal dover preliminarmente ricercare una lettura della disposizione che risolva l'antinomia con la Costituzione, bensì che ove esso abbia motivato in ordine alle ragioni che lo inducono a non pervenire, direttamente, a un esito ermeneutico conforme a Costituzione, ciò basta affinché la sua “domanda” meriti dalla Corte una “risposta” nel merito.

Se ne ricava che l'omesso o del tutto inadeguato tentativo di interpretazione conforme dovrebbe ancora essere sanzionato con una pronuncia di inammissibilità. Il che non necessariamente si traduce in un “un male”²³, almeno nella misura in cui ciò induca i giudici – prima di sospendere inutilmente il giudizio *a quo* (fattore, questo, impossibile da trascurare in un Paese ove i tempi della giustizia costituiscono un problema serio) e impegnare

¹⁷ Cfr. E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2021, 357. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di interpretazione conforme a Costituzione, cfr. V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES – V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 49 ss.

¹⁸ Corte costituzionale, sent. n. 221 del 2015, punto n. 3.3 del *Considerato in diritto*. Con la sent. n. 42 del 2017 la Corte esplicita ancora meglio questa nuova rotta riformulando il criterio enunciato nella sent. n. 356 del 1996: «se, dunque, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne) (...) ciò non significa che, ove sia improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela (...) necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile», punto n. 2.2 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ Sulle ragioni di questo mutamento di prospettiva della giurisprudenza costituzionale, cfr. G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *Federalismi*, n. 3/2021, 161 ss.

²⁰ Cfr. C. TOMBA, *Il “depotenziamento” dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un “nuovo” riflesso sulle tecniche decisorie (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. cost.* 2015, 2063 ss.

²¹ Cfr. M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *www.gruppodipisa.it*, n. 3/2019, 42.

²² *Ibid.*, 38.

²³ Cfr. M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *www.gruppodipisa.it*, 2009, 4.

inopportunosamente la giurisdizione della Corte costituzionale²⁴ – ad un’indagine attenta e completa sul possibile significato della legge “alla luce” della Costituzione.

Ci si chiede se, ragionando diversamente, non si arrivi a depotenziare ulteriormente, fino a svuotare del tutto, l’onere di interpretazione costituzionalmente orientata cui sono chiamati i giudici. Ne deriverebbe una loro totale deresponsabilizzazione rispetto alla possibilità di armonizzare la legge al dettato fondamentale attraverso uno sforzo ermeneutico che, ovviamente entro il perimetro del dato testuale, deve pur esserci²⁵.

4. Quali prospettive?

Da ultimo, occorre chiedersi cosa possa accadere laddove l’*input* della Corte non trovi terreno fertile.

Si è detto di come l’amministrazione penitenziaria abbia costantemente fatto ricorso ai vetri divisori a tutta altezza. Si è detto anche di come la giurisprudenza, di merito e di legittimità, abbia mostrato un atteggiamento teso ad uniformarsi a quanto previsto dalle circolari DAP. Ebbene, cosa nell’ipotesi in cui né l’una né l’altra recepiscano le indicazioni della Corte, continuando ad ignorare le specificità dei singoli casi concreti?

Non si può escludere che, in un caso simile, il complesso normativo *de quo* possa essere nuovamente interessato da un giudizio di legittimità costituzionale. Ci si chiede allora se, a fronte di un ipotetico immutato atteggiarsi dell’orientamento amministrativo e giurisprudenziale, possa dirsi formata una norma vivente²⁶.

A tal proposito, in verità, l’atteggiamento della Corte non è molto chiaro²⁷. Nei confronti della prassi e/o delle circolari amministrative non esistono quelle affermazioni di principio esplicite circa il loro particolare valore più o meno condizionante le scelte interpretative della Corte, più volte pronunziate, invece, a proposito dell’interpretazione giudiziaria. Inoltre, nella pratica l’influenza esplicita dalle concrete applicazioni della legge da parte della p.a. è stata molto mutevole e comunque di rado realmente determinante ai fini della scelta della norma oggetto della decisione²⁸.

²⁴ Cfr. C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della «manifesta infondatezza»*, 1955, ora in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 578.

²⁵ Cfr. A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1084: l’A. osserva come la natura immediatamente precettiva della Costituzione comporta che i precetti della Carta devono essere considerati parte integrante dell’ordinamento. Essi, quindi, devono essere utilizzati nella doverosa interpretazione sistematica di ogni singola disposizione legislativa, Anche il singolo giudice, nei limiti dei suoi poteri e fin dove possibile, deve farsi parte attiva del processo di attuazione del dettato fondamentale.

²⁶ Cfr. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*, Milano, 1994, 3. Si veda anche M. CAVINO, *Diritto vivente [aggiornamento]*, voce in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 2010, 134 ss.

²⁷ Cfr. A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 285 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La dottrina*, cit., 1154-1155.

²⁸ La ragione del diverso trattamento che la Corte riserva all’interpretazione amministrativa si spiega «richiamando i caratteri peculiari dell’interpretazione giudiziaria: la quale si sovrappone, in ultima istanza, a quella dell’Amministrazione, stabilendo in ogni caso controverso, con la autorità del giudicato, l’esatto significato della norma; mentre, quando abbia determinato una giurisprudenza costante, finisce il più delle volte con l’esercitare, in pratica,

Eppure, si tratterebbe di uno sviluppo concettuale coerente con la *ratio* di fondo della “dottrina del diritto vivente”²⁹. Essa si declina in una politica di *self-restraint* da parte del Giudice delle leggi, le cui libertà ermeneutiche si arrestano alla presenza di una norma vivente, vale a dire del significato applicato di una determinata disposizione legislativa³⁰. Dinnanzi ad esso, il giudice costituzionale non può indicare soluzioni interpretative alternative «se è vero, come è vero, che le norme sono non quali appaiono in astratto»³¹, ma quali risultano dalla quotidiana applicazione che le rende concrete ed efficaci.

Se la Corte costituzionale giudica il diritto applicato, fatto storico cui l’interpretazione vivente è il presupposto, sembra inevitabile quanto meno domandarsi perché non debba essere valorizzato il contributo di tutti gli operatori giuridici – ivi compreso l’apparato amministrativo – nell’attività di determinazione del contenuto normativo di una disposizione di legge. Ovviamente laddove, come nel caso che ci riguarda, si tratti di un’interpretazione costante, diffusa³² – in grado, cioè, di dare la misura del significato concreto assunto dalla disposizione legislativa impugnata – e finalizzata direttamente all’applicazione.

Ricorrendo uno scenario simile a quello ipotizzato in precedenza, dunque, si potrebbe immaginare un giudizio di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio la norma vivente invalsa nella applicazione amministrativa e giurisprudenziale. Norma vivente che – lo si ricava dalla sentenza che si commenta – risulterebbe irragionevole e sproporzionata nella misura in cui non consentisse di tener conto delle peculiarità dei singoli casi concreti.

Il giudice *a quo*, peraltro, sarebbe svincolato dall’onere di ricercare un’interpretazione conforme a Costituzione³³ – a meno di non considerarlo costretto a seguire

un’influenza anche preventiva, sulla stessa prassi amministrativa», V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l’interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 931.

²⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1148 ss.

³⁰ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1699. Si veda anche A. ANZON, *La Corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 315.

³¹ Corte costituzionale, sent. n. 3 del 1956, punto n. 6 del *Considerato in diritto*. Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, cit., ove l’A. ha modo di osservare come il ricorso al diritto vivente faccia sì che la legge «non [venga] più condannata o assolta per quel che potrebbe valere, ma per quel che effettivamente vale. Una conclusione (...) conforme alla natura *a posteriori* e concreta del controllo di costituzionalità», 1150.

³² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, cit., 1152: «La dottrina del diritto vivente implica l’uniformità delle applicazioni. In presenza di divergenze applicative, non vi sarà un diritto vivente, ma tanti tentativi di diritto vivente».

³³ Ci si riferisce a quell’impostazione teorica secondo la quale in presenza di un diritto vivente contrario a Costituzione il giudice comune non sarebbe tenuto ad esperire il tentativo d’interpretazione conforme. In tal senso cfr. A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell’interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, cit., 1087; cfr. anche L. MENGONI, *Il «diritto vivente» come categoria ermeneutica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 154, secondo il quale «nei confronti del giudice che promuove il giudizio il diritto vivente è rilevante nel senso di esonerarlo dal vincolo dell’interpretazione conforme. Egli può proporre validamente la questione di legittimità costituzionale del significato attribuito dalla giurisprudenza dominante alla disposizione applicabile nel giudizio principale, anche se mostra di non dividerlo e di ritenere possibile un’altra interpretazione conforme alla Costituzione». Analogamente, M. CAVINO, *Il diritto vivente*, cit., 142. Tale conclusione è suggerita anche da ragioni di opportunità: come osservato da V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giur. cost.*, 2005, 798, dinnanzi ad un orientamento ermeneutico consolidato, la deviazione del singolo giudice risulta perlopiù inefficace: la sua interpretazione, per quanto conforme a Costituzione non è idonea a costituire un nuovo diritto vivente, essendo soggetta a impugnazione e possibile riforma da parte dell’autorità giudiziaria di grado successivo. Analogamente, M. RUOTOLO, *Quando il giudice “deve fare da sé”*, cit., ove l’A. osserva come «non si può negare, dal lato del giudice comune,

un'interpretazione probabilmente “suicida” in quanto destinata ad essere annullata dai giudici dei gradi superiori³⁴.

Quanto, invece, alla Corte: è noto come, ormai da tempo, la giurisprudenza costituzionale privilegi su tutte le altre strategie argomentative – diritto vivente compreso – il ricorso al criterio dell'interpretazione conforme³⁵. Ciò comporta che il vincolo del Giudice rispetto al diritto vivente risulta decisamente attenuato³⁶, tanto che, nel rapporto con l'interpretazione conforme, la giurisprudenza costituzionale mostra di dare la prevalenza a quest'ultima, il diritto vivente venendo ad assumere natura di criterio meramente residuale³⁷.

Tuttavia, a fronte di una prima pronuncia interpretativa di rigetto e di un *input* collaborativo non colto, spazio per continuare a privilegiare il canone dell'interpretazione conforme probabilmente non ce ne sarebbe più.

che “costringerlo” a percorrere una soluzione ermeneutica diversa da quella “dominante”, specie se espressa dal giudice di legittimità, significherebbe indurlo a un'interpretazione probabilmente «suicida» («in quanto quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici dei gradi superiori»).

³⁴ Cfr. R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in (a cura di) P. CARNEVALE – C. COLAPIETRO, *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, 2008, 111.

³⁵ A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. giur.*, 2004, 986.

³⁶ G. SORRENTI, *Corte costituzione, giudici e interpretazione ovvero... l'insostenibile leggerezza della legge*, in (a cura di) A. RUGGERI, *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 491, ove si osserva come la priorità dell'interpretazione conforme sia stata fatta derivare dal suo asserito carattere di valore sostanziale, relativo alla supremazia gerarchica ed assiologica della Costituzione, che la differenzerebbe dal diritto vivente, cui si riconosce viceversa una mera valenza processuale, attinente al coordinamento tra due sfere di competenza, della giurisdizione comune, da un lato e di quella costituzionale, dall'altro. (V. ONIDA, *Il problema dell'interpretazione nei rapporti tra il giudizio costituzionale ed i giudizi ordinari*, in Aa.Vv., *Riforme della Costituzione e cultura giuridica*, a cura di A. PIZZORUSSO, Pisa, 1998, 20 ss.).

³⁷ A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, cit., 987; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico*, cit., 109 ss.