

# La Corte Costituzionale si pronuncia in tema di comporta e “terapie salvavita”: crisi della fattispecie e innalzamento dei criteri interpretativi dalla legalità al diritto\*

di Roberta Lombardi, Fabrizia Santini

SOMMARIO: 1. Il ruolo interpretativo del giudice nel diritto della pos-modernità. Fattualità vs. prevedibilità. – 2. Il periodo di comporta nel pubblico impiego, tra legge e contrattazione collettiva. – 3. L'intervento della Corte Costituzionale: dalla irrilevanza del principio di uguaglianza... - 4. (segue) ... all'applicazione del criterio interpretativo della ragionevolezza. Il ruolo di supplezza legislativa del giudice costituzionale. – 5. La crisi e il tramonto del modello legale: dalla legge al diritto, dal diritto ai valori.

## 1. *Il ruolo interpretativo del giudice nel diritto della pos-modernità. Fattualità vs. prevedibilità*

L'ordinanza di remissione n. 647/2019<sup>1</sup> attraverso cui Il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Siciliana sottopone alla Corte Costituzionale il controllo di legittimità dell'art. 68 del T.U. n. 3/1957 - in relazione ai fatti di cui a breve si dirà - costituisce l'occasione per cogliere, al di là del risultato interpretativo risolto in relazione al caso concreto, qualcosa di ben più profondo che ha a che fare con il modo di essere del diritto nelle società contraddistinte dalla instabilità dei processi di transizione, come sembra essere quella attuale.

La soluzione del quesito sottoposto al giudice delle leggi va ben oltre, infatti, la pur rilevante statuizione decisa per attenersi al più ampio tema della centralità del ruolo interpretativo della giurisprudenza e alla difficoltà di individuare, nel sottile equilibrio tra storicità (*rectius* fattualità) e prevedibilità (*rectius* certezza) del

---

\* Pur essendo il lavoro frutto di riflessioni comuni, i par. § 1 e 5 sono a cura di Roberta Lombardi, e i par. § 2, 3 e 4 sono a cura di Fabrizia Santini.

<sup>1</sup> Si tratta, più precisamente dell'ordinanza 16 gennaio 2019 - 3 luglio 2019, n. 647 che ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 68, co 3, T.U. 10 ottobre 1957, n. 3 in relazione agli artt. 3 e 32 Cost. nella parte in cui, per il caso di gravi patologie che richiedono terapie temporaneamente e/o parzialmente invalidanti non esclude dal computo dei consentiti 18 mesi di assenza per malattia i periodi non computabili secondo l'art. 35, co 14, c.c.n.l. 2006-2009 Comparto Università, vale a dire i «giorni di ricovero ospedaliero o di *day hospital* e quelli di assenza dovuti alle conseguenze certificate delle terapie». Per la descrizione completa dei fatti di causa cfr. *infra*, anche in relazione ai commenti delle parti di diritto della sentenza nelle quali vengono opportunamente richiamati. Dalla suddetta ordinanza è scaturita la decisione di accoglimento della Corte Costituzionale n. 28 del 10 marzo 2021, oggetto di commento, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 3, sotto il profilo della ragionevolezza l'art. 68, co 3 del d.P.R. n. 3 del 1957, nella parte e per i motivi già individuati dal giudice remittente.

diritto, quale dei due elementi far prevalere sui contrapposti piatti della bilancia della giustizia<sup>2</sup>.

Va subito anticipato che sia il giudice remittente sia la Corte Costituzionale, nella loro formulazione dei rispettivi atti giudiziari, sembrano accogliere l'idea che il diritto non è una nuvola che galleggia alta sul divenire sociale, ma «è cosa di uomini e agli uomini finalizzata, intrisa di umanità e pertanto da essa non isolabile»<sup>3</sup>, fino al punto da rendere il suo ordinamento disponibile a farsi modellare dal costante divenire della realtà.

E poiché i fatti, sempre gremiti di storicità, sono riottosi a farsi ridurre e soffocare in geometrie, si comprende – come anche la vicenda in oggetto dimostra – che il diritto, nella complessità dei contesti in cui si riverbera, deve porsi in modo plastico e al contempo “umile” di fronte al mutamento e al nuovo che questo comporta, se si vuole conseguire il risultato di un diritto autenticamente umano e non imposto, come volontà potestativa, dall'alto. Ma di questo si dirà oltre.

Al momento invece - per la chiarezza di pensiero di chi si accinga a vestire i panni del lettore - è opportuno riassumere brevemente il caso da cui trae origine la decisione in commento.

Al centro della vicenda si pone l'impugnazione di un provvedimento di recesso datoriale dal rapporto di lavoro assunto da un ateneo siciliano nei confronti di una docente, alla quale era stata diagnosticata una malattia oncologica che la costringeva ad assentarsi dal lavoro, per sottoporsi ad intervento chirurgico prima e alle terapie salvavita poi, oltre il periodo massimo di 18 mesi di aspettativa per motivi di salute, previsti dall'art. 87 del T.U n. 3/1957.

La questione finiva innanzi al Tar Sicilia presso il quale la docente, in qualità di ricorrente, invocava l'applicazione dell'articolo 35 comma 14 del c.c.n.l. del comparto Università per il quadriennio normativo 2006-2009, in base al quale, in caso di gravi patologie che richiedano terapie temporaneamente o parzialmente invalidanti, sono esclusi dal computo dei giorni di assenza per malattia quelli dovuti alle conseguenze certificate delle terapie.

Per i giudici amministrativi di primo grado, tuttavia, nel caso di specie non trovava applicazione la disciplina contrattuale, in quanto «il rapporto di pubblico impiego del ricercatore universitario non è privatizzato», con la conseguenza che per l'assenza per malattia bisognava necessariamente rivolgersi alla pertinente disciplina pubblicistica di cui agli articoli 68 e 70 del d.P.R. n. 3/1957, la quale prevede invece un periodo massimo cumulativo di 18 mesi, «senza escludere dal computo i periodi di assenza per grave patologia, per ricovero e intervento chirurgico e successive terapie salvavita».

---

<sup>2</sup> Il tema è magistralmente trattato da P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2018, di cui si è debitrice per le riflessioni di questo lavoro.

<sup>3</sup> P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, in *Il Mulino*, 2008, 24.

La questione veniva riproposta in appello, dove il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana riteneva invece che ciò integrasse una vera e propria «disparità di trattamento tra dipendenti pubblici in regime di impiego privatizzato, e dipendenti pubblici in regime di impiego non privatizzato, in danno di questi ultimi». Di qui la questione di costituzionalità sollevata ai sensi degli articoli 3 e 32 della Costituzione.

## 2. *Il periodo di comporto nel pubblico impiego, tra legge e contrattazione collettiva*

La privatizzazione e l'attrazione del rapporto di lavoro dei dipendenti della pubblica amministrazione nell'ambito del diritto del lavoro dell'impresa privata reca con sé l'estensione della normativa sul periodo massimo di assenza per malattia, cd. periodo di comporto.

Ispirata ad intenti protettivi, questa disciplina garantisce la conservazione del posto e del reddito, per un periodo variabile, stabilito dalla legge, dai contratti collettivi, dagli usi o secondo equità; spesso modulato nella durata in relazione alla gravità delle patologie.

A fronte del carattere derogatorio di tale disciplina rispetto alle regole civilistiche generali in materia di contratto, la giurisprudenza ne ha precisato l'ammissibilità solo per le ipotesi specificamente indicate, dalla legge o dalla contrattazione collettiva, qualificandole come tassative<sup>4</sup>.

Gli obiettivi di tutela hanno purtroppo in più occasioni condotto a mettere in discussione la portata e l'estensione delle ipotesi medesime, e su questo filone si inserisce la questione di costituzionalità sollevata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, confluita poi nel successivo pronunciamento della Corte Costituzionale n. 28/2021<sup>5</sup>.

L'operatività, nel caso di specie, degli artt. 68 e 70 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 ha pesanti ricadute in termini di tutela della dipendente, cui viene riconosciuto un periodo massimo di assenza continuata per malattia (pari a diciotto mesi) e un periodo massimo cumulato di assenza per malattia e per motivi di famiglia (pari a due anni e mezzo nel quinquennio, con possibilità di una ulteriore estensione, su domanda, per altri sei mesi), senza distinzione alcuna in relazione alla gravità delle patologie sofferte.

La disciplina dettata dal contratto collettivo di Comparto 2006-2009, applicabile ai dipendenti contrattualizzati delle Università, diversamente riconosce, in caso di «gravi patologie», la non computabilità nel periodo massimo di assenza dei periodi di «ricovero ospedaliero, *day hospital*» e, per quanto ora più interessa, quelli «dovuti alle conseguenze certificate delle terapie».

<sup>4</sup> Cfr. Cass. 23 luglio 2008, n. 20316; Cass. 19 maggio 2003, n. 7843.

<sup>5</sup> Per ogni riferimento in relazione a tali atti cfr. *supra* nota (2).

Si profilerebbe dunque secondo il Consiglio di giustizia amministrativa, «una oggettiva disparità di trattamento tra pubblico impiego non privatizzato e privatizzato, atteso che nel primo non si escludono dal computo del periodo massimo di assenza per malattia, in caso di gravi patologie, i giorni di ricovero e cura». Con la conseguenza che la ricercatrice ha perso il proprio posto di lavoro proprio perché nel periodo di assenza per malattia è stato computato quel periodo di “cure salvavita” di tre mesi che non sarebbe stato invece calcolato ai sensi dell’art. 35, comma 14 del ccnl di comparto a carico di un dipendente contrattualizzato.

### 3. *L'intervento della Corte Costituzionale: dalla irrilevanza del principio di uguaglianza...*

Che la questione non potesse essere risolta attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 68 e 70 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 è stato pacificamente riconosciuto dallo stesso Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana; così come mediante l'applicazione diretta dell'art. 35, comma 14 del c.c.n.l.

Nel primo caso, l'interpretazione costituzionalmente orientata sarebbe preclusa dal chiaro tenore delle disposizioni coinvolte, che non lasciano spazio a diverse opzioni ermeneutiche. L'applicazione diretta del c.c.n.l. è invece esclusa in quanto il rapporto di lavoro dei docenti e dei ricercatori universitari è sottoposto ad uno statuto speciale di diritto pubblico, disciplinato dal d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382.

Di qui, la rimessione della questione alla Corte costituzionale. Che ritiene d'altro canto analogamente impraticabile la strada della violazione del principio di uguaglianza, *ex art. 3 Cost*<sup>6</sup>.

L'ampio rinvio che l'art. 2110 cod. civ. fa, nel regolare la malattia come causa di sospensione del rapporto di lavoro, per la determinazione degli aspetti quantitativi e temporali della conservazione del posto e del relativo trattamento economico, alla legge o al contratto collettivo di riferimento, prefigura la possibilità che le corrispondenti esigenze di un intervento protettivo eteronomo si manifestino con diversa intensità e talora non si manifestino affatto, fondando la legittimità costituzionale di una modulazione dell'intervento di regolamentazione declinato in relazione ai differenti caratteri che i rapporti di lavoro possono assumere nei diversi settori o nelle diverse categorie professionali<sup>7</sup>.

Differenze che nel caso di specie troverebbero, ancora, inconfutabile fondamento in ragione del diverso *status* legato al carattere privatizzato o meno del rapporto di lavoro ed alle «caratteristiche strutturali che con l'andare del tempo

<sup>6</sup> Cfr. punto § 5 e ss. della sentenza.

<sup>7</sup> P. ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel titolo III della Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, I, Bari, 1999, 542.

si sono sempre più differenziate» delle due tipologie di impiego, come è costretta ad ammettere la stessa Consulta (cfr. par. § 5.1.).

«Una legge che pareggiasse situazioni che sono oggettivamente diverse», ha ammonito tempo addietro la Consulta con la sentenza n. 53/1958, esplicitando un principio in precedenza non deducibile invero dall’art. 3 Cost., «violerebbe, del pari il principio dell’uguaglianza e contrasterebbe con le ripetute affermazioni della Corte, secondo le quali è da ritenere costituzionalmente legittimo il diverso regolamento legislativo di situazioni diverse».

Nel momento in cui dunque l’art. 68 del d. P.R. n. 3/1957 garantisce il diritto alla conservazione del posto, sotto certi aspetti addirittura in maniera più favorevole a quanto previsto da altri contratti collettivi, è considerazione condivisa l’assenza di qualsivoglia discriminazione rilevante ai sensi dell’art. 3 Cost.

4. *(segue) ... all’applicazione del criterio interpretativo della ragionevolezza. Il ruolo di supplenza legislativa del giudice costituzionale.*

Sebbene la norma «garantisca adeguatamente il diritto alla conservazione del posto di lavoro rispetto alle assenze per malattia», precisa però la Corte, «non tiene conto delle situazioni derivanti dalle moderne terapie salvavita, caratterizzate dalla obiettiva impossibilità di adempiere ai doveri di ufficio», così violando l’art. 3 Cost. sotto il diverso profilo della ragionevolezza.

A valle di un *iter* argomentativo improntato ad un attento *self-restraint*, la Corte intraprende, più o meno scientemente, quel percorso “creativo”, in chiara supplenza legislativa, che con sempre maggior frequenza impronta le sue pronunce.

Collocandosi nell’alveo del diritto vivente, opera una manipolazione della norma proprio in forza di tale presupposto, che risulta assunto ad elemento di *ratio* del nuovo testo normativo<sup>8</sup>.

Nell’ottica di corroborare in altre parole la normativa con la verifica della sua rispondenza al sentire comune, i giudici rompono ogni paradigma di segno formalistico e deduttivo, improntando l’attività gius-dicente più che all’analisi dei testi, a quella del contesto.

La capacità di regolare le azioni umane del diritto è garantita e controllata all’interno del contesto nel quale il diritto viene elaborato e vissuto, statuendo uno stretto rapporto tra il diritto e gli accadimenti concreti che caratterizzano la vita di una comunità; ed è «entro il denso e vischioso magma dell’interazione sociale che il discorso giuridico prende forma, viene letto, usato, produce i suoi

---

<sup>8</sup> P. TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 252.

effetti»<sup>9</sup>. Di tal che, la Corte con la sua attività punta alla realizzazione di un assetto più razionale, o conveniente, degli interessi in gioco, manipolando quelle norme in cui quelle scelte tempo per tempo si traducono.

Invocando allora una diversa responsabilità, che è quella del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo<sup>10</sup>, i giudici superano il proprio ruolo di meri interpreti/conservatori-trasmittitori di regole già date per divenire creatori di regole trasformatrici.

Si tratta con evidenza di operazioni sempre in bilico «tra il diritto che è e il diritto che si vorrebbe»<sup>11</sup>. Non si può negare infatti la matrice politica dell'attività giurisdicante, che non è altro che «attuazione-integrazione critica del diritto, ossia appunto 'politica del diritto'»<sup>12</sup>; laddove apparentemente 'apolitica' l'operazione interpretativa rischia di non essere niente altro che «politica in modo conforme all'ordinamento in quel momento prevalente»<sup>13</sup>.

L'eguaglianza/ragionevolezza costituisce il «canone generale di controllo sull'esercizio della funzione legislativa» che consente alla Corte di valutare la «normativa nelle sue relazioni logiche con il sistema normativo (coerenza), quanto nella sua interna congruenza, proporzionalità e giustizia»<sup>14</sup>, con l'obiettivo di «sanzionare le oggettive irrazionalità dell'ordinamento»<sup>15</sup>.

Come si è spiegato, non si tratta del mero accertamento di una adeguata *ratio* giustificatrice della norma, della sua «conform[ità] alla Costituzione»; si tratta di una valutazione volta a stabilire se «la legge sia giusta, equa, opportuna, completa, tecnicamente ben fatta ecc. ».

Ed è proprio sotto il profilo della adeguatezza/razionalità che la Corte ritiene censurabile l'art. 68 del d.p.r. 3/57, disposizione «non più adeguata al contesto attuale, caratterizzato dalla profonda evoluzione delle terapie», così come risulta dal confronto con la disciplina dettata della contrattazione collettiva. «La cncl, con la sua naturale dinamicità è stata in grado di tener conto del progressivo sviluppo dei protocolli di cura per le gravi patologie, ed in particolare delle cosiddette terapie salvavita con i loro pesanti effetti invalidanti», contrariamente a quanto ha potuto, o voluto, fare il legislatore, come ci spiega appunto la Corte.

In altre parole, la Corte disgiunge l'esame dell'adeguatezza, logicità e coe-

<sup>9</sup> P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. Pubb.*, 1995, 32.

<sup>10</sup> S. COTTA, *La sfida tecnologica*, IV<sup>a</sup> ed., Bologna, 1971, 182.

<sup>11</sup> P. TOSI, *Recensione a: Stefano Giubboni, Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Torino, 2020, in *Lav. Dir. En.*, 2021, 2, 9.

<sup>12</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto. Linee di una metodologia filosofico-giuridica*, Firenze, 1974, 11.

<sup>13</sup> E. SPAGNA MUSSO, *Note per una discussione organica sulla utilizzazione politica del diritto*, in *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma - Bari, 1973, 50.

<sup>14</sup> G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, 2000, 49.

<sup>15</sup> G. SCACCIA, *Gli "strumenti"*, cit.

renza, pertinenza rispetto al fine della disposizione dalla “ragionevolezza” della funzione legislativa, intraprendendo un percorso che induce a «valutazioni di natura politica, o quantomeno, [ad] un sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento»<sup>16</sup>.

Al termine, ci restituisce una norma che è diversa, il cui dispositivo è diverso.

Pur senza sviamento alcuno dalla *ratio* della norma, «attraverso l’operazione di taglio sulle parole» e successiva manipolazione con a mente l’ordinamento intersindacale, si perviene «ad introdurre una nuova statuizione ... del tutto estranea al contesto normativo».

Seppure non applicabile direttamente al caso di specie, in quanto «espressione di delicati punti di equilibrio, che sono legati alle specificità del relativo rapporto, e che pertanto non sono suscettibili di un confronto diretto», l’art. 35, comma 14, del contratto di comparto diviene parametro prima della valutazione di ragionevolezza della norma e poi disposto integrativo<sup>17</sup>. Con il che sembra pacificamente superata la manipolazione adeguatrice della norma verso la manipolazione giudicante<sup>18</sup>, sebbene la classificazione in categorie rappresenti oggi una mera suggestione.

##### 5. *La crisi e il tramonto del modello legale: dalla legge al diritto, dal diritto ai valori.*

A chiusura di commento sia consentito riprendere alcune suggestioni (solo tratteggiate nell’*incipit* di questa breve riflessione.

In particolare, l’operazione ermeneutica effettuata dalla Corte e contraddistinta dal passaggio dell’analisi delle norme all’analisi del contesto null’altro rappresenta che il segno distintivo della crisi e del tramonto del modello legale, in cui «le norme non bastano più a sé stesse, ma sono giustificate e sorrette da qualcos’altro, che in certo modo può servirsene ed utilizzarle»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Che alla Corte Costituzionale purtuttavia non spett [erebbe] esercitare”, secondo Corte Cost. 26 gennaio 1957, n. 28; in quanto “campo questo riservato all’esclusivo apprezzamento del legislatore, che ne assume piena ed intera la responsabilità politica” per Corte cost. 15 luglio 1959, n. 46.

<sup>17</sup> La previsione della contrattazione collettiva di comparto risulta ad oggi diffusa, seppure non generalizzata. Cfr. il Ccnl Dirigenza Presidenza Consiglio dei Ministri, 2002 – 2005, art. 23; ccnl Sanità – Dirigenti 2016 - 2018, art. 42; Ccnl Sanità 2016 - 2018, art. 43; Ccnl Istruzione e ricerca 2016-2018, Dirigenti, art. 22; diversamente il Ccnl Funzioni centrali - Dirigenti 2016-2018, il cui art. 19 prevede la possibilità su richiesta di aggiungere ulteriori 18 mesi di assenza per malattia in casi particolarmente gravi; il Ccnl Funzioni centrali 2016-2018, art. 35, che disciplina l’ipotesi di terapie comportanti incapacità al lavoro in relazione alla certificazione che deve redigerne il medico curante.

<sup>18</sup> Spigolature di dottrina sulla sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e sul suo “dopo”, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, 641.

<sup>19</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (trad. it.), 1959, 428

Del resto, è proprio alla complessità giuridica degli scenari fluidi del post-moderno Stato sociale di diritto (in virtù del quale le politiche pubbliche svolgono la peculiare missione di operare per il conseguimento di risultati parametrati sulle esigenze della persona, in vista della tutela di beni della vita cui i soggetti fondamentali di un ordinamento fortemente umanizzato aspirano) che si deve la crisi e il tramonto del modello legale dell'ordinamento giuridico.

Astrattezza, generalità, rigidità, quali segni distintivi e virtuosi della legge, un tempo, appaiono oggi, proprio gli elementi capaci di decretarne il declino.

Il nuovo volto del diritto è intriso di valori diversi rispetto a quelli di prevedibilità e certezza, baluardi giuridici della modernità giuridica del Novecento<sup>20</sup>. Nuove sembianze pongono in primo piano i fatti – strutturali, economici, culturali – come presenza condizionante in grado di incidere in modo significativo sugli assetti giuridici tradizionali. Il “sociale” è componente del nuovo paesaggio giuridico come presenza ineliminabile e condizionante.

A ciò si affianca la perdita di centralità del legislatore nazionale, che non detiene più il monopolio normativo, dal momento che le fonti non solo si moltiplicano ma anche si de-tipicizzano<sup>21</sup>. Lo Stato abdica alla sua funzione primaria di regolazione del divenire storico, incapace di tenere dietro al mutamento di straordinaria rapidità e intensità degli eventi della seconda modernità<sup>22</sup>. E se come, in fondo, anche la Corte dimostra, il diritto è «frutto di *inventione*, allora il canone della storicità del diritto quale approccio indiscutibilmente congeniale alla dimensione giuridica rappresenta la bussola orientativa (...) per la comunità di giuristi/interpreti, nonché il salvataggio di un diritto che è sempre e soltanto esperienza, cioè dimensione della vita»<sup>23</sup>. Come a dire: l'asse portante del sistema giuridico si sposta dal legislatore agli interpreti, calati nell'esperienza quotidiana e chiamati - proprio come si diceva poc'anzi - ad una supplenza di creazione interpretativa del diritto.

In questa prospettiva non si stenta a comprendere le difficoltà di un ordinamento che, fin dall'affermazione della sua scienza (giuridica), ha preteso di prescindere dall'osservazione della realtà e dalla sua traduzione in dati quantitativi (a differenza ad esempio dell'economia e della sociologia che adottano metodi di analisi basati su raccolte di termini numerici e indagini statistiche), formando le proprie categorie a priori e qualificando gli accadimenti del reale per farli rientrare nei predicati normativi previsti (*id est fattispecie*), prima del loro effettivo realizzarsi.

<sup>20</sup> In tal senso P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, cit.

<sup>21</sup> Il riferimento non è solo alla contrattazione collettiva ma altresì alla florida produzione delle fonti della cd. *soft regulation*,

<sup>22</sup> Sul tema sia consentito il rinvio a R. LOMBARDI, *Spunti di riflessione (di una amministrativista) per una considerazione sulla scienza giuridica e il suo insegnamento*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2021, in corso di pubblicazione.

<sup>23</sup> P. GROSSI, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, cit., 4.



Come ci ricorda Natalino Irti «il diritto ha la pretesa di dominare l'imprevedibile, di attribuire significato agli eventi futuri (...) il diritto non vuol salvare il passato ma conquistare il futuro»<sup>24</sup>. Ma se il diritto vuole impadronirsi dell'evento e farne un caso della propria applicazione è verosimile pensare che questa operazione sussuntiva sia ammissibile solo se il “caso” soddisfa il calcolo delle probabilità, entrando nella volontà normativa e ricevendo un predicato giuridico<sup>25</sup>.

La decisione in commento riesce a dimostrare che il modello della fattispecie è un concetto morente, in via di superamento, perché il diritto delle società instabili tende a privarsi di strumenti di precisione, vecchi utensili cari per educazione mentale e tradizione di studi, ormai troppo rigidi per convertire i fatti in casi di applicazione normativa.

Il concetto di fattispecie si addice a società stabili, a un mondo disciplinato da modelli dove la tipicità è un luogo sicuro in cui trovano rifugio tutte le manifestazioni giuridiche, ma è inadatto ai tormentati, mutevoli e precari scenari dei nostri giorni, nei quali la “logica monistica della fattispecie”<sup>26</sup> non riesce a catturare le sfaccettature incalcolabili dei fatti di vita che dominano la storia e proiettano nuove e inaspettate domande di tutela sulla società.

L'indebolimento degli strumenti logici porta a scovare sentieri diversi e nuovi dell'interpretazione giuridica, spostando i criteri di decisione giudiziaria al di sopra della legge, nelle norme costituzionali o nei valori “positivizzati” quali principi elementari dell'ordinamento. In linea di massima “norme senza fattispecie” che «assegnano diritti incondizionati, enunciano principi e regole di convivenza, tutelano interessi e beni collettivi».

E questo è solo il primo gradino, che porta all'innalzamento dei criteri di decisione giudiziaria oltre la legge, ai “piani nobili del diritto”, ma sempre ligi al metodo positivo: le norme costituzionali appartengono al diritto positivo, il quale tuttavia «mostra nella sua cima più alta, di indebolire o abbandonare il concetto di fattispecie», se - come è avvenuto anche in questo caso - le norme costituzionali vengono applicate senza la mediazione di leggi ordinarie, senza «quel riconoscersi del tipo nel fatto». Ma vi è poi un passo ulteriore, al quale non sembra sottrarsi neanche la Corte Costituzionale, dal momento che è proprio salendo questo secondo gradino che risolve la questione di costituzionalità rimessa alla sua attenzione.

E l'ulteriore gradino sta nel salire dal diritto ai valori (*id est* la ragionevolezza), insediati fuori dalla storia, dati da sempre e per sempre, «oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento, acquistano natura giuridica e

<sup>24</sup> N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 26.

<sup>25</sup> N. IRTI, *La crisi*, cit, p. 29.

<sup>26</sup> U. BRECCIA, *Il pensiero di Salvatore Romano*, in G. FURGUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, 2015, 5 ss.

con essi, un nuovo modo di validità, senza perdere il loro *status originario*<sup>27</sup>. I valori esprimono totalità di senso, valgono in sé e per sé, non hanno bisogno di altre norme, si appoggiano soltanto su sé stessi e perciò permettono di dominare l'imprevedibile, ignorano spazi vuoti, danno risposte a tutte le domande.

Non si esclude che la Corte avrebbe potuto arrivare alla soluzione decisa percorrendo strade dell'interpretazione più ferme e più sicure, ma la scelta di spogliarsi di contenuti formali e di sequenze sillogistiche, esprimendo un giudizio di valore, ossia di consenso o di dissenso rispetto ad una situazione di vita, oltrepassa l'orrore del vuoto, supera la crisi della fattispecie, consente di archiviare il passato e di proseguire nel cammino (interpretativo) di un nuovo orizzonte.

---

<sup>27</sup>L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 85 ss.

### Abstract

La decisione n. 28/2012 con cui la Corte Costituzionale risolve una importante questione di legittimità dell'art. 68 del T.U. n. 3/1957 legata al tema del comporto e delle terapie salvavita con riferimento ai docenti universitari, costituisce l'occasione per riflettere sul ruolo interpretativo della giurisprudenza e alla difficoltà di individuare, nel sottile equilibrio tra storicità (*rectius* fattualità) e prevedibilità (*rectius* certezza) del diritto, quale dei due elementi far prevalere sui contrapposti piatti della bilancia della giustizia. Sia il giudice remittente sia la Corte Costituzionale, nella loro formulazione dei rispettivi atti giudiziari, sembrano accogliere l'idea che il diritto non è una nuvola che galleggia alta sul divenire sociale, ma nella complessità dei contesti in cui si riverbera, deve porsi in modo plastico e al contempo “umile” di fronte al mutamento e al nuovo che questo comporta. Condizione necessaria per conseguire il risultato di un diritto autenticamente umano e non imposto, come volontà potestativa, dall'alto.

The Constitutional Court judges on leave of absence and “life-saving” therapies: crisis of the case and improvement of the interpretative criteria from legality to law

by Roberta Lombardi, Fabrizia Santini

The 28/2012 decision with which the Constitutional Court solves the important question of legitimacy of the article 68 of the T.U. (one text) number 3/1957 that focuses on the issue of sick leave and intensive care for the University academic staff, provides the opportunity to reflect on the interpretative role of the jurisprudence and the difficulty of ascertain, within the fine equilibrium between historicity (factual *rectius*) and predictability (certain *rectius*) of the law, which of the two elements should prevail on the opposite plates of the scale of justice. Both the referring judge and the Constitutional Court, when they formulate their respective judicial acts, seem to accept the idea that the law is not a cloud that floats high above the social becoming. It should, instead, within the complexity of the issues in which it reverberates, be flexible and, at the same time ‘humble’ in the face of change and of the novelty that change entails. This is a necessary condition to achieve a law that is truly humane and not imposed, as a potestative will, from above.