

# DIRITTO E SOCIETÀ

4/2018

*Valeria Marcenò*

QUANDO IL GIUDICE DEVE (O DOVEVA?)  
“FARE DA SÉ”. INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE,  
INTERPRETAZIONE CONFORME,  
DISAPPLICAZIONE DELLA NORMA DI LEGGE

*[Estratto]*

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI 2018

ISSN 0391-7428



QUANDO IL GIUDICE DEVE (O DOVEVA?) “FARE DA SÉ”.  
INTERPRETAZIONE ADEGUATRICE,  
INTERPRETAZIONE CONFORME,  
DISAPPLICAZIONE DELLA NORMA DI LEGGE\*

SOMMARIO: 1. Il biunivoco nesso tra interpretazione e applicazione. – 2. Le esigenze cui l’interpretazione conforme a Costituzione ha cercato di rispondere. – 3. Le stagioni del canone dell’interpretazione conforme. – 3.1. La sentenza n. 356 del 1996 come *dictum* per i giudici. – 3.2. Gli automatismi legislativi come freno agli eccessi dell’interpretazione conforme. – 3.3. Il limite del testo. – 4. Il limite dell’interpretazione conforme: il suo travalicamento nella disapplicazione. – 5. Il presunto timore di una deriva verso il sindacato diffuso. – 6. L’interpretazione conforme nell’ambito sovranazionale.

1. *Il biunivoco nesso tra interpretazione e applicazione*

Un’idea che ormai può dirsi consolidata nel pensiero giuridico attuale è che l’*unità* dell’ordinamento giuridico (inteso come un sistema di disposizioni normative tendente alla completezza e alla coerenza) non è un dato bell’e pronto, ma è un risultato cui si perviene (meglio: cui si auspica di pervenire) attraverso l’interpretazione. L’interpretazione delle disposizioni da applicare; l’interpretazione delle disposizioni sulle norme sulla produzione (prima tra tutte, della Costituzione); l’interpretazione delle stesse regole in materia di interpretazione; nonché (come è ormai sempre più evidente) l’interpretazione del caso concreto che pretende di essere giuridicamente risolto. Sono queste le premesse che consentono di spiegare l’affermazione per la quale *l’interpretazione è l’anima del diritto*<sup>1</sup>. In

\* Il presente lavoro trae spunto dalla lezione dal titolo «*Quando il giudice deve “fare da sé”. Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*», tenuta, per la Scuola Superiore di Magistratura, nell’ambito del corso «Giudizi incidentali di legittimità e conflitti tra poteri: il giudice comune e la Corte costituzionale», Roma, Palazzo della Consulta, 27 marzo 2019.

<sup>1</sup> R. TONIATTI, *Deontologia giudiziaria tra principio di indipendenza e responsa-*

questo senso si parla oggi di ruolo *precettivo*, normativo dell'interprete: non solo l'interpretazione come *risultato* è precettiva – nel senso che essa non è volta alla mera conoscenza del significato intrinseco già contenuto nella disposizione, ma consente che a una disposizione siano ascritti più significati –; ma anche l'interpretazione come *attività* è precettiva – nel senso che l'interprete individua la regola da applicare al caso concreto<sup>2</sup>.

La (frequente) non univocità del contenuto delle disposizioni legislative e la necessità che le fattispecie in astratto previste siano combinate con la realtà costringono il giudice (tutti i giudici) a effettuare una scelta tra interpretazioni tutte legittimamente plausibili. L'inevitabile (e, verrebbe da dire, fisiologica) incompletezza della legge (data la mutabilità delle situazioni concrete e la pressione che esse esercitano sul diritto) pone il giudice dinanzi a situazioni non disciplinate da alcun precetto (o, almeno, non esplicitamente disciplinate dal precetto vigente). Ciò comporta che il vincolo del giudice alla legge, postulato del gius-positivismo e dello stato di diritto, sia inevitabilmente sottoposto a rimeditazione.

Che il diritto non sia più proprietà di un solo soggetto (il legislatore), ma oggetto delle cure di tanti<sup>3</sup>; che la legge sia divenuta una soltanto tra le molte espressioni positive del diritto; che l'interprete sia ben lontano da quel "giudice bocca della legge" auspicato dal primo gius-positivismo, sono considerazioni su cui la comunità scientifica mostra ormai una diffusa consapevolezza. Chi potrebbe disconoscere il ruolo dell'interpretazione nella produzione normativa? Chi potrebbe trascurare la creatività-politicità dell'interpretazione giudiziaria?<sup>4</sup> Ne-

*bilità. Una prospettiva teorica*, in L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, H. EPINEUSE, R. SABATO (a cura di), *Deontologia giudiziaria. Il codice etico alla prova dei primi 10 anni*, Napoli 2006, 86.

<sup>2</sup> Sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *La legge abrogata. Esistenza, validità, efficacia*, Torino 2013.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino 1992, 213.

<sup>4</sup> La teorizzazione dell'inscindibile connessione tra interpretazione – creatività – politica risale a H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano 1981, 229 ss. («in ogni sentenza è presente, in varia misura, un elemento decisivo, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica ma non la "vera" giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Si tratta, in sostanza, di due varianti di un solo e medesimo errore. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione

gare queste evidenze significherebbe chiudere gli occhi di fronte a “verità banali”<sup>5</sup>.

Oggi sembra un non-senso riproporre teoricamente l’antica questione della natura creativa della giurisprudenza<sup>6</sup>. Rimane, purtuttavia, ricca di significato quella sui limiti di tollerabilità di tale natura creativa. Detto diversamente: sui limiti che l’interpretazione può (e deve) continuare a incontrare. Allo stesso modo, è un non-senso limitarsi a discutere del nesso di inscindibilità tra interpretazione e applicazione del diritto: è evidente che nel diritto non vi può essere applicazione senza interpretazione. A ragionare diversamente il diritto risulterebbe – in contrapposizione a quel “diritto muto” di cui parla Rodolfo Sacco<sup>7</sup> – verbalizzato ma “sordo”: sordo alle esigenze (o pretese) di giuridicizzazione che la realtà impone<sup>8</sup>. Ma, ciò che oggi assume una maggiore rilevanza sul piano della riflessione giuridica è la *reciprocità* di tale nesso, ossia la constatazione che non vi può essere interpretazione senza applicazione<sup>9</sup>: l’attribuzione di significato a una disposizione (atto dell’interpretare) è finalizzata alla determinazione della norma giuridica necessaria alla risoluzione della controversia concreta (atto dell’applicare).

giudiziaria lo stesso carattere “politico” che – sia pure in misura maggiore – ha la legislazione. Il carattere politico del legislatore si differenzia, quindi, dal carattere politico della giurisdizione non dal punto di vista qualitativo ma dal punto di vista quantitativo»). Ritornano su tale connessione, A. DI GIOVINE, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. SICARDI (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, Napoli 2010, 45; e M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano 1999, 882 («come può “non fare politica” un giudice che “crea” il diritto?»).

<sup>5</sup> M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano 1984, 1.

<sup>6</sup> M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell’interpretazione*, in *Rivista AIC*, Annuario 2004 (*Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*), Padova 2008, 10, il quale parla di «contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli», quella per cui «il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo».

<sup>7</sup> R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna 2015; ma già in *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna 2007.

<sup>8</sup> Una domanda che rimane al di fuori del perimetro di questo lavoro ma che merita di essere posta è se ogni pretesa che provenga dal *contesto* sociale debba necessitare di un *testo*, debba cioè necessariamente essere disciplinato.

<sup>9</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 161 ss.

2. *Le esigenze cui l'interpretazione conforme a Costituzione ha cercato di rispondere*

Pur reputando la necessaria saldezza dei principi di legalità e di soggezione del giudice alla legge, esistono varie ragioni che esaltano il ruolo creativo della giurisprudenza:

a. il diritto posto dal legislatore è ormai *pluralista*; è il prodotto di un compromesso tra interessi diversi e spesso contrapposti;

b. l'esigenza costituzionale dell'*eguaglianza sostanziale* induce il legislatore ad avvalersi della concretizzazione operata dai giudici, dotati di poteri più flessibili e adeguati ai singoli casi di quanto non siano quelli del potere legislativo;

c. il ritardo con il quale il legislatore è in grado di provvedere alla richiesta della normazione induce i giudici a un uso obliquo della legge (attraverso l'interpretazione conforme o l'applicazione diretta della Costituzione), spesso per fini costituzionalmente rilevanti ai quali il legislatore non riesce a provvedere.

Ormai abbandonata la concezione meccanicistica dell'interpretazione propria del positivismo giuridico, è opinione largamente condivisa nella teoria contemporanea del diritto che l'interpretazione della legge non costituisce un momento accessorio o addirittura patologico nell'attività del giudice, alla quale il giudice potrebbe sottrarsi laddove l'ordinamento fosse completo e le disposizioni giuridiche non fossero vaghe o ambigue. Il diritto non si compie con la sola formulazione legislativa, ma anche nel momento in cui le disposizioni giuridiche acquistano contenuti determinati in rapporto alla fattispecie concreta da decidere, la quale ridefinisce continuamente il loro significato in rapporto all'evolversi delle domande provenienti dalla società. A garantire il rapporto indefettibile tra testi normativi e situazioni di vita è cioè proprio il momento interpretativo, la mediazione dell'interprete, a prescindere dalla quale le direttive del legislatore non potrebbero in alcun modo concretizzarsi in sede applicativa, né pretendere di regolare i comportamenti sociali: quello che è stato chiamato un «vagare qua e là» dello sguardo dell'interprete tra fattispecie astratta e qualificazione giuridica dei fatti<sup>10</sup>. Un atteggiamento che rende plasticamente l'idea che il diritto svolge una funzione eminentemente pratica: il diritto come scienza pratica e non teoretica.

<sup>10</sup> G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012, IX.

L'interpretazione del diritto è, dunque, principalmente un *metodo* che consente l'applicazione del diritto e il corretto esercizio della funzione giurisdizionale. Ma, pone una domanda, particolarmente quando, attraverso di essa, il giudice compie un'altra operazione: quella di colmare una lacuna dell'ordinamento.

In questo contesto si inserisce la riflessione sul canone dell'interpretazione conforme a Costituzione<sup>11</sup>. Formula con la quale si allude contemporaneamente: I. al fatto che la stessa Costituzione non è più oggetto di cura (nel senso della sua concretizzazione) del legislatore e (nel senso della sua tutela) della Corte costituzionale. Con la conseguenza che anche i singoli giudici sono chiamati a darne attuazione (attraverso appunto l'interpretazione conforme) o tutela (attraverso la proposizione della questione di legittimità costituzionale); II. al fatto che la disposizione da applicare deve essere interpretata con uno sguardo alla Costituzione e con uno sguardo al caso concreto, cercando la soluzione interpretativa che (tra tutte quelle plausibili) risulti adeguata sia ai parametri costituzionali, sia alle esigenze del caso.

### 3. *Le stagioni del canone dell'interpretazione conforme*

Ogni tentativo di periodicizzazione è certamente suscettibile di essere «discutibile, come tutte le scansioni di un ciclo che affianca momenti di continuità a momenti di discontinuità/novità»<sup>12</sup>. E incontra certamente un limite intrinseco: la sua naturale propensione semplificatrice di discorsi che sono, al contrario, complessi, con il conseguente rischio di lasciare sullo sfondo alcune rilevanti peculiarità. Non può, però, trascurarsi la sua utilità: consentire, attraverso una rapida ricostruzione del tema, che siano, per le singole fasi della periodicizzazione, enfatizzate le diverse esigenze che, di volta in volta, hanno caratterizzato (e consentito di comprendere le soluzioni adottate in) ciascuna fase.

<sup>11</sup> La locuzione *interpretazione conforme* è perlopiù utilizzata quando si analizza il canone interpretativo dalla prospettiva del giudice comune. Quando tale attività interpretativa è svolta dalla Corte costituzionale, si è soliti qualificarla *interpretazione adeguatrice*. Al di là della diversa formulazione, è comunque evidente che, a seconda della prospettiva dalla quale si analizza il canone interpretativo (giudici comuni o Corte costituzionale), i problemi toccati possono essere diversi. Sulla distinzione, v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 2016, 440.

<sup>12</sup> L. ELIA, *Diritto costituzionale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano 1982, 357.

### 3.1. La sentenza n. 356 del 1996 come *dictum per i giudici*

Non si può negare che, per quanto già in precedenza fosse rinvenibile un richiamo, nelle decisioni costituzionali, all'interpretazione conforme, il *dictum* si è affermato, e da qui consolidato, con la sentenza n. 356 del 1996<sup>13</sup>, ove la Corte ha sostenuto che «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

Affermazione, quella riportata, che ha avuto ulteriori sviluppi.

A) Una questione di legittimità costituzionale sollevata in assenza (o non sufficienza) di attività interpretativa da parte del giudice rimettente è dichiarata inammissibile: la Corte invita il giudice a tentare l'interpretazione conforme e a sollevare la questione di costituzionalità *solo* quando la ricerca non abbia dato esito. Il giudice, dunque, deve scegliere, tra più interpretazioni dotate di una sufficiente consistenza logica e giuridica, quella che ritenga la sola, o la più conforme, a Costituzione. L'obbligo e il potere di sollevare la questione permangono nella sola ipotesi in cui, verificate le diverse possibilità interpretative, non possa alla disposizione attribuirsi «altro che un significato di (almeno) dubbia costituzionalità»<sup>14</sup>. Dunque, la Corte non solo abilita, ma *impone* (pena l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale).

B) Non solo il giudice rimettente è chiamato a ricercare, tra i significati possibili, quello costituzionalmente corretto, ma è legittimato dalla stessa Corte costituzionale a dar seguito all'interpretazione che reputa adeguata alla Costituzione, *pur in presenza di una (diversa) norma vivente*. Ciò ha determinato un mutamento di prospettiva nella giurisprudenza costituzionale: se prima, in presenza di diritto vivente, la stessa Corte si asteneva dall'interpretare, ora, pur nelle medesime circostanze, abilita il giudice a distaccarsi dall'orientamento giurisprudenziale consolidato reputato di dubbia costituzionalità, per ricavare dalla disposizione una norma conforme<sup>15</sup>. La norma vivente diviene *cedevole* di fronte a una qua-

<sup>13</sup> Come è stato detto, «[q]uel che era nuovo era l'evidente sforzo di fare delle affermazioni "di sistema", destinate a orientare (come puntualmente è stato) i futuri indirizzi» (M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 466).

<sup>14</sup> A. ANZON, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, 1085.

<sup>15</sup> Si legge, nelle decisioni costituzionali riconducibili a questa stagione, che al giudice non è precluso «pervenire a una lettura della norma *secundum Constitutio-*



lunque diversa interpretazione che il singolo giudice ritenga preferibile, con l’avallo della Corte costituzionale, se non sul contenuto di tale interpretazione, almeno sul potere di adottarla al posto di quella vivente<sup>16</sup>. In tale contesto si assiste all’incremento delle ordinanze di inammissibilità della questione di legittimità. Decisioni che, però, di per se stesse, per la loro struttura, non sono idonee a tradursi in suggerimento del significato conforme a Costituzione; e che sono perlopiù percepite dai giudici come un rimprovero per “insufficiente sforzo interpretativo”<sup>17</sup>.

C) Questo onere di ricerca dell’interpretazione conforme ha ricevuto risposte differenti da parte della dottrina. Alcuni commentatori hanno criticamente messo in luce che esso assumeva le sembianze di un non previsto «terzo requisito» d’ammissibilità della questione incidentale, ulteriore rispetto a quanto stabilito dall’art. 23 della l. n. 87 del 1953. Altri, invece, pur riconoscendo l’esigenza di contenere la portata espansiva del canone, ne hanno messo in evidenza il legame con il criterio sistematico e il fatto che il suo ricorso può essere considerato la logica conseguenza del diritto da interpretare come intero, cioè come ordinamento comprendente legge e Costituzione<sup>18</sup>. Non è su questa divergenza, tuttavia, che ci si deve dividere.

*nem* anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco» (ordinanza n. 2 del 2002); agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, «qualora anche essi fossero [...] univoci, non può assegnarsi un valore limitativo dell’autonomia interpretativa del giudice» (ordinanza n. 367 del 2001); «in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri del “diritto vivente”, la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice rimettente» (sentenza n. 91 del 2004); il giudice ha «solo la facoltà e non l’obbligo di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale» (sentenza n. 252 del 2005); la presenza di una pronuncia della Corte di cassazione, ancorché a sezioni unite, non è sufficiente a ritenere implausibile l’interpretazione offerta dal giudice rimettente» (sentenze n. 236 e n. 119 del 2015).

<sup>16</sup> A titolo di esempio, ordinanze n. 20 del 2001; n. 209 e n. 472 del 2002; n. 19, n. 107 e n. 109 del 2003.

<sup>17</sup> Sul tema, A. ANZON, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale*, cit., 1082; A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corriere giuridico*, 2004, 985 ss.; 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 *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 785.

<sup>18</sup> M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014. Sulla incidenza del canone dell’interpretazione conforme sul requisito della non manifesta infondatezza, sia consentito rinviare a G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., vol. II, 123ss.

### 3.2. *Gli automatismi legislativi come freno agli eccessi dell'interpretazione conforme*

Un primo arresto di questa espansione del ricorso al canone dell'interpretazione conforme – accentuata da un atteggiamento “rinunciatorio” della Corte costituzionale<sup>19</sup> che, non volendo fare, finiva per lasciar fare – può cogliersi, nell’ottica di una periodicizzazione, in quelle decisioni costituzionali aventi quali oggetto delle questioni di legittimità costituzionale i c.d. “automatismi legislativi”<sup>20</sup>. In particolare, in quella successione di decisioni (costituzionali e di legittimità) in tema di graduabilità delle misure cautelari nel processo penale. Nella sentenza n. 265 del 2010, la Corte costituzionale, in relazione a misure nei confronti di soggetti sottoposti a processo per determinati reati contro la libertà sessuale, dichiara l’incostituzionalità della custodia in carcere, in quanto prevista come conseguenza automatica, indipendentemente dalle ordinarie concrete esigenze di natura cautelare, demandando al giudice, caso per caso, la valutazione dell’adeguatezza della misura in riferimento ai

<sup>19</sup> S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente (2012)*, Lezione al «Seminario Tosi», Firenze, 15 maggio 2012, che denuncia l’uso eccessivo delle pronunce d’inammissibilità le quali finiscono necessariamente per alimentare l’attivismo dei giudici comuni, al posto dell’attività della Corte.

<sup>20</sup> Gli automatismi della legge sono quelli che, al verificarsi d’una fattispecie concreta descritta con precisione dalla norma generale e astratta, fanno seguire la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente definita dalla norma: se è *a*, deve essere *b*, senza spazi per la modulazione delle conseguenze alla stregua di elementi di fatto socialmente rilevanti. Utilizzando le parole della Corte costituzionale, ricadono nella definizione di automatismo legislativo quelle «presunzioni legali assolute che comportano l’applicazione di determinare misure o pene sulla base di un titolo di reato, con l’effetto di impedire al giudice di tenere conto delle situazioni concrete o delle condizioni personali del destinatario della misura o della pena» (sentenza n. 17 del 2017). Ne è un recente esempio, in materia di detenzione speciale domiciliare per madri e padri di figli minori, la sentenza n. 76 del 2017, ove si legge: «Se il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, nega in radice l’accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena e, così, impedisce al giudice di valutare la sussistenza in concreto, nelle singole situazioni, delle [...] esigenze di difesa sociale, non si è più in presenza di un bilanciamento tra principi, che si traduce nella determinazione di una ragionevole regola legale: si è al cospetto dell’introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale sacrificio dell’interesse del minore. Questa Corte, tuttavia, ha già chiarito che, affinché il preminente interesse del minore possa non restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni».

singoli casi<sup>21</sup>. A seguito di questa decisione costituzionale<sup>22</sup>, la Corte di cassazione (Sez. III pen., 20 gennaio 2012, n. 4377) stabilisce che «l'unica interpretazione compatibile coi principi fissati dalla sentenza n. 265 del 2010 è quella che estende la possibilità per il giudice di applicare misure diverse dalla custodia carceraria anche agli indagati sottoposti a misura cautelare per il reato previsto all'art. 609-*octies* c.p. [violenza sessuale di gruppo]». Il giudice di legittimità ritiene, dunque, di poter trarre dal precedente costituzionale un'interpretazione analogica, così estendendo la norma posta dalla decisione costituzionale ad altre ipotesi, in presenza della medesima *ratio*. Secondo la Corte di cassazione, pur non avendo il giudice delle leggi preso in considerazione il reato della violenza sessuale di gruppo, «non vi è dubbio che i principi affermati dalla Corte costi-

<sup>21</sup> «Tratto saliente complessivo del regime ora ricordato [quello relativo alle misure cautelari restrittive della libertà personale] – conforme al quadro costituzionale di riferimento – è quello di non prevedere automatismi né presunzioni. Esso esige, invece, che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei ricordati principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena “individualizzazione” della coercizione cautelare. [...] Al fine di attingere, quanto meno ad un livello minimo e tenuto conto dei limiti delle questioni devolute allo scrutinio di questa Corte, la compatibilità costituzionale della norma censurata non è peraltro necessario rimuovere integralmente la presunzione di cui discute. Ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”, anche quando sussistano [...] specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere». Sul tema degli automatismi legislativi e del controllo sulla “eccessiva rigidità della legge”, v. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., vol. I, 180 ss. (ma già nella edizione del 2012, 209 ss.); E. CRIVELLI, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in D. BUTTURINI, M. NICOLINI (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Napoli 2014, 85 ss.; G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 7 gennaio 2014; L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2014; S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2018; G. SOBRINO, *Il divieto di porto d'armi a seguito di condanna penale tra interpretazione conforme, rinvio alla Corte Costituzionale ed intervento del legislatore: un altro «automatismo legislativo» “in caduta”*, in *Osservatorio AIC*, n. 3/2018.

<sup>22</sup> Per due letture contrapposte degli effetti conseguenti alla sentenza in esame v. M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario*, in *Rivista AIC*, 1/2012; e M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in L. CAPPUCCIO, E. LAMARQUE (a cura di), *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella Constitutional Courts Democratic Values*, Napoli 2013, 3 ss.

tuzionale [...] appaiono potenzialmente riferibili anche alla disposizione di legge contestata agli odierni ricorrenti e che il giudice è chiamato ad affrontare il tema di quali siano le conseguenze che l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale ha sul caso in esame». Senza, dunque, sollevare una nuova questione, si è ritenuta autorizzata ad applicare il principio di diritto (l'incostituzionalità dell'«automatismo legislativo») in relazione ad altro delitto, che non era venuto in considerazione nella decisione costituzionale ponendosi così, essa stessa, come giudice facente funzione della Corte costituzionale. Sollevata da altro giudice analoga questione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 110 del 2012, reagisce a tale pretesa. Pur accogliendo la questione anche in relazione a tale ipotesi di reato (aderendo alla sostanza della pronuncia della Corte di cassazione), ammonisce le autorità giudiziarie che «fanno da sé». Bene ha fatto – sembra dire la Corte costituzionale – il giudice *a quo* che, invece di seguire la via indicata dalla Corte di cassazione, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, «poiché le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata, aventi per esclusivo riferimento i reati oggetto delle precedenti pronunce di questa Corte, non si possono estendere alle altre fattispecie criminose ivi disciplinate». «La lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre». Ecco, dunque, comparire «la lettera» come limite anche all'interpretazione conforme; la lettera nel senso dell'impossibilità di estensione: cioè la «lettera interpretata»<sup>23</sup>.

Ai giudici, dunque, non spetta il potere di disapplicare la legge e solo una sentenza d'incostituzionalità, ottenuta attraverso la proposizione della questione alla Corte, esonera i giudici dalla soggezione alla legge che vale finché essa è in vigore. L'obbligo di tentare l'interpretazione conforme, previamente alla proposizione della questione d'incostituzionalità, incontra quel limite oltre il quale il giudice si sostituirebbe alla Corte costituzionale.

<sup>23</sup> Ritiene (ormai da tempo) che la lettera della disposizione *non* possa costituire un limite all'interpretazione conforme, F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2014 (secondo il quale fra i limiti dell'interpretazione conforme non può «essere invocato il limite della c.d. interpretazione letterale o testuale, proprio perché quest'ultima, se è (e deve essere) interpretazione *prima facie*, non esaurisce le possibilità interpretative: interpretazione tutto considerato; e in questo «tutto» ovviamente è ricompresa la norma (o il principio) costituzionale»).

### 3.3. Il limite del testo

L'avviato processo di ridimensionamento del canone dell'interpretazione conforme trova conferma in tempi più recenti, quando la Corte in diverse occasioni considera il tenore testuale della disposizione un limite dinanzi al quale l'interpretazione del giudice deve arrestarsi, e quando riformula il *dictum* della sentenza n. 356 del 1996, in certa misura ammorbidendolo.

Tra i numerosi esempi<sup>24</sup> può menzionarsi la sentenza n. 268 del 2017, in tema di vaccinazione, ove la Corte costituzionale, nel reputare la questione ammissibile, sembra riprendere il percorso argomentativo intrapreso con la sentenza n. 110 del 2012, mostrando di apprezzare un giudice che ritenga “di non poter fare da sé”. Il giudice rimettente – pur in presenza del precedente costituzionale (sentenza n. 107 del 2012) con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione censurata (art. 1, comma 1, della legge n. 210 del 1992), nella parte in cui non prevedeva il diritto all'indennizzo a seguito di menomazione permanente derivante da vaccinazione contro morbillo, parotite e rosolia – esclude la possibilità di orientarsi verso un'interpretazione costituzionalmente conforme: rivolgendosi al contenuto normativo inequivocabilmente alle ipotesi di menomazione causate da vaccinazioni obbligatorie, e trattando il caso di specie di menomazioni causate da vaccinazione facoltativa, l'eventuale estensione del principio affermato nella precedente decisione costituzionale avrebbe assunto le sembianze di una «sostanziale disapplicazione della disposizione censurata». Tale modo di procedere, afferma il giudice delle leggi, è corretto. Anzi, la Corte aggiunge che: «quando il rimettente si prospetta la via dell'interpretazione conforme ma esclude che essa sia percorribile, la questione di legittimità costituzionale che ne deriva non può ritenersi inammissibile. Al contrario, laddove l'univoco tenore letterale della disposizione precluda un'interpretazione conforme, s'impone il sindacato di legittimità costituzionale».

Una chiara riformulazione del *dictum* della sentenza n. 356 del 1996 può leggersi nella decisione n. 42 del 2017<sup>25</sup>, ove la Corte precisa che «se

<sup>24</sup> Oltre alla sentenza citata nel testo, v. sentenze n. 83 e n. 82 del 2017, n. 241 e n. 219 del 2016.

<sup>25</sup> M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018, secondo il quale «[a]lcune significative affermazioni lasciavano intravedere l'esito al quale si è pervenuti. Mi riferisco alla sent. n. 235 del 2014, ove la Corte

“le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è impossibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)” (sentenza n. 356 del 1996), 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».

Di nuovo un’inversione di prospettiva. Il tenore letterale della disposizione censurata può precludere il ricorso all’interpretazione conforme; e quando ciò si verifica, l’unico strumento per il ripristino della conformità costituzionale è il sindacato di legittimità costituzionale<sup>26</sup>. L’aver il

sottolinea che la non condivisione della possibile soluzione ermeneutica conforme a Costituzione, in quanto sufficientemente argomentata, «non rileva più in termini di inammissibilità – ma solo, in tesi, di eventuale non fondatezza – della questione in esame». Ancora, con la sent. n. 51 del 2015, la Corte afferma che «per aversi una questione di legittimità validamente posta, è sufficiente che il giudice *a quo* fornisca un’interpretazione non implausibile della disposizione contestata» e poi, nella sent. n. 221 del 2015, che «la possibilità di un’ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, 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». È il preludio alle pronunce successive (sentt. n. 221 e 262 del 2015; n. 36, 45, 95, 111, 173, 204, 219 del 2016; n. 53, 69, 180, 194, 208, 213, 218, 254 del 2017).

<sup>26</sup> Un’esplicita conferma della fase attualmente vissuta dal canone dell’interpretazione conforme può trarsi dalla *Relazione sull’attività della Corte svolta nell’anno 2018* letta dal Presidente Giorgio Lattanzi lo scorso 21 marzo 2019 (reperibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale): «Il potere interpretativo dei giudici [...] non può spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l’ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire. Appartiene del resto alla logica stessa della separazione dei poteri che il giudizio di conformità o di difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione compete alla Corte, anziché ai giudici comuni, salvo le ipotesi in cui il contrasto è di mera apparenza, in quanto ricomponibile attraverso l’interpretazione. La natura della Corte, fin dai suoi equilibrati criteri di composizione; le peculiarità del giudizio costituzionale, ove si realizza, con la più ampia collegialità, un confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici; la pubblicità e l’efficacia *erga omnes* delle pronunce, sono solo alcuni dei fattori che rendono il sindacato accentrato l’architrate, non surrogabile, del controllo di costituzionalità. Ciò deve indurre all’adozione, quando è possibile, di criteri che favoriscano l’accesso alla giustizia costituzionale e permettano lo scrutinio del merito della questione incidentale che viene proposta. [...] il dovere del giudice comune di sperimentare un’interpretazione costituzionalmente conforme delle leggi si assolve anche attraverso

giudice rimettente scartato la possibilità di un’interpretazione conforme non è più, di per se stesso, motivo di inammissibilità della questione<sup>27</sup> (il che, però, si badi, non esime il giudice dall’illustrare le ragioni per le quali ritiene non praticabile l’interpretazione conforme<sup>28</sup>). Il fatto che il giudice abbia enunciato «argomenti testuali, logici, sistematici e storici denota che è stato esperito in concreto un tentativo di utilizzare tutti gli strumenti interpretativi per saggiare la possibilità di esegesi alternative, eventualmente conformi a Costituzione» (sentenza n. 69 del 2017). Tanto basta per ritenere ammissibile la questione sottoposta al suo sindacato, e consentire alla Corte di esaminarne il merito, non ultimo valutando la possibilità di intraprendere essa stessa la via scartata dal rimettente (così riaprendo le porte, che con le ordinanze di inammissibilità per insuffi-

una motivazione che dia conto delle ragioni per le quali, a parere di quel giudice, la lettera o il contesto normativo non consentono di procedere in tal senso, mentre attiene poi al merito della questione, di competenza della Corte, verificare se davvero tale interpretazione sia o no praticabile».

<sup>27</sup> Ad es. ordd. n. 36 e 177 del 2016, n. 97 e del 2017; sentt. n. 17, 77 e 91 del 2018.

<sup>28</sup> Non qualunque ipotesi normativa è idonea a fornire materia del giudizio della Corte. Affinché le norme ricavate dalle disposizioni possano diventare oggetto del giudizio costituzionale, esse devono essere dotate di *sufficiente consistenza*. Qualora una norma sia del tutto implausibile, puramente ipotetica o frutto di artificio argomentativo (se non di vero e proprio errore interpretativo), la Corte non può pronunciarsi sulla sua costituzionalità. Se la questione di costituzionalità è sollevata su una legge in una sua «interpretazione impossibile», essa non si configura che come pseudo-questione e dovrà essere respinta dalla Corte costituzionale con una decisione non di “merito costituzionale”. La Corte dovrebbe fermarsi prima, perché le si chiede di pronunciarsi su una norma che non esiste nel mondo del diritto (G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., vol. II, Bologna 2018, 204 ss.). In tale contesto risulta puntuale l’osservazione di Marco Ruotolo sulla confusione, ancora presente nella giurisprudenza costituzionale, tra erroneo presupposto interpretativo e possibilità di pervenire a un esito conforme a Costituzione. Una confusione «logica, oltre che terminologica»: «[l]’erroneo presupposto interpretativo dovrebbe equivalere ad un errato impiego da parte del giudice dei suoi ordinari poteri di interpretazione, in grado di riverberarsi [...] sulle sue valutazioni in termini di rilevanza e non manifesta infondatezza della questione (ad esempio: la ricostruzione del quadro normativo non è corretta, ergo l’interpretazione del testo è “sbagliata”). Se invece il giudice ha praticato un’interpretazione non implausibile della disposizione censurata, non gli si può addebitare un errore nella prospettazione della questione, che ovviamente ben potrà essere rigettata ove la Corte ritenga che sia possibile un’altra interpretazione dello stesso testo conforme a Costituzione. Se ricorre questa ultima condizione non si può affermare, propriamente, che la questione si fondi su un “erroneo presupposto interpretativo”, ma che la soluzione (non il presupposto) alla quale il giudice è pervenuto non è l’unica possibile, essendovene almeno un’altra plausibile che sia in grado di evitare l’insorgenza dell’antinomia con il parametro costituzionale» (M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, cit., 11).

ciente sforzo interpretativo era state socchiuse, alle sentenze interpretative di rigetto<sup>29</sup>).

#### 4. *Il limite dell'interpretazione conforme: il suo travalicamento nella di-applicazione*

L'interpretazione conforme è sì un aspetto dell'uso giudiziario della Costituzione, cioè della concezione della Costituzione come norma di applicazione giudiziaria. E ciò ha permesso che si radicassero nella pratica le decisioni interpretative e che il «dialogo» interpretativo tra Corte costituzionale e giudici si facesse serrato<sup>30</sup> e, qualche volta, anche polemico<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Sul ridotto ambito di intervento delle sentenze interpretative di rigetto a seguito dell'incremento delle decisioni di inammissibilità per mancato tentativo dell'interpretazione conforme, sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per «insufficiente sforzo interpretativo»*, cit., 804. V. ora M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 473, secondo il quale «[o]ccorrerebbe meditare [...] sul recupero della tipologia decisoria delle sentenze interpretative di rigetto, la cui convivenza con le declaratorie di inammissibilità per difetto di interpretazione conforme è problematica, ma forse non impossibile, almeno se il dovere di interpretazione conforme si fa valere solo quando l'esito interpretativo armonico è "a portata di mano del giudice"» (qui richiamando G. SORRENTI, *La Costituzione "sottintesa"*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano 2010, 30 ss.).

<sup>30</sup> Giudizio prevalentemente positivo sul «dialogo» interpretativo tra Corte costituzionale e giudici comuni (Corte di cassazione in testa), in V. ONIDA, *Gli utenti della giustizia costituzionale in Italia*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *La giustizia costituzionale e i suoi utenti*, Milano 2006, 177 ss.; E. LAMARQUE, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, 761 e *passim*, e ID., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in Aa.Vv., *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano 2012, 37 ss. Giudizio opposto in S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit.

<sup>31</sup> Si pensi, sempre a titolo di esempio, alla ordinanza n. 184 del 2017, ove la Corte si pronuncia sulla questione di legittimità sollevata dalla Corte di Cassazione, sez. VI pen., sull'art. 73, primo comma, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (*Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*), per contrasto con gli artt. 25 e 27 Cost., nella parte in cui prevede – a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale – la pena minima edittale di otto anni in luogo di quella di sei anni (introdotta quest'ultima con l'art. 4-bis del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni con la legge 21 febbraio 2006, n. 49). Una pluralità di ragioni attinenti alla motivazione sulla rilevanza (quest'ultima ritenuta assente dalla Corte costituzionale), alla «intima contraddittorietà della motivazione», alla pretesa introduzione di effetti in *malam partem* a seguito della sentenza n. 32 del 2014 in violazione del principio della riserva di legge in



L'essersi ampliato il novero dei soggetti abilitati a “prendersi cura” della Costituzione non significa, però, che quelle cure siano caos generale. La creatività della giurisprudenza è subordinata e strumentale a un fine specifico: l'armonizzazione della legislazione ai principi costituzionali. Il canone dell'interpretazione conforme vale non come strumento di libera creazione, ma come strumento per la realizzazione del fine pre-definito. La questione è per natura controversa: quello che per uno è interpretazione conforme, per un altro è arbitrio. L'interpretazione è sempre, e forse per sempre, terreno di contrasto. Il rischio in cui è però possibile incorrere (e che va scansato) è che, dietro lo schermo della interpretazione conforme come potere-dovere della giurisprudenza, si celi l'arbitrio interpretativo che sovverte il principio della soggezione del giudice alla legge (art. 101, comma 2, Cost.).

Si può ricordare la vicenda del Tribunale di Palermo che, in sede cautelare, accoglieva il ricorso della donna lavoratrice che, partorito prematuramente una bambina e sottoposta quest'ultima a un immediato ricovero ospedaliero, chiedeva che il congedo di maternità obbligatorio decorresse non dalla data effettiva del parto (come stabilito dall'art. 16 del d.lgs. n. 151 del 2001), bensì dalla data presunta o dalla data in cui la bambina, terminate le cure, fosse rientrata nella casa familiare (offrendo contestualmente al datore di lavoro di prestare la propria attività lavorativa sino a una di queste due date). Riteneva, il giudice cautelare, la necessità di così decidere in ottemperanza al canone della interpretazione conforme. Il giudice di merito, tuttavia, pur concordando con la sostanza della decisione assunta, escludeva il ricorso all'interpretazione conforme alla luce del tenore letterale della disposizione censurata, che prevedeva l'esplicito divieto per il datore di lavoro, pena l'incorrere in sanzioni (fino all'arresto di sei mesi), di adibire la donna al lavoro durante i tre mesi successivi al parto, e sollevava la questione di legittimità costituzionale alla Corte, che decideva – così confermando l'impossibilità di una interpretazione conforme – con una sentenza di accoglimento (sentenza n. 116 del 2011)<sup>32</sup>.

materia penale, all'improprio tentativo di impugnazione della citata sentenza n. 32 del 2014, inducono la Corte a propendere per una decisione di manifesta inammissibilità.

<sup>32</sup> Indicazioni in M. LOSANA, *La tutela, in sede cautelare, dei diritti costituzionali disconosciuti da una legge ordinaria: la sottile (ma pur sempre praticabile) distinzione tra interpretazione conforme e disapplicazione della legge*, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2011, c. 1993.

Altro esempio<sup>33</sup> può essere tratto dalla decisione del Tribunale di Salerno (9 gennaio 2010) con la quale il diritto alla procreazione col ricorso a tecniche medicalmente assistite veniva esteso a una coppia non infertile o non sterile, che però rischiava, in concreto, di generare figli affetti da gravi malattie a causa di patologie trasmissibili geneticamente. La l. n. 40 del 2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*) espressamente prevedeva il ricorso alla procreazione medicalmente assistita per le sole coppie sterili o infertili. L'argomento su cui si basava l'estensione era l'irragionevolezza del limite ostativo per le coppie fertili ma ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche, le quali, prima della legge n. 40, sceglievano la via della fecondazione artificiale e della diagnosi pre-impianto degli embrioni creati in vitro al fine di impiantare nell'utero materno solo quelli sani. In entrambe le situazioni, i giudici (di legittimità, nel primo caso; di merito, nel secondo), valutata l'irrazionalità (nel primo caso) e l'irragionevolezza (nel secondo) della disposizione legislativa, ritenevano di poter (e dover) direttamente armonizzare la legge alla Costituzione, senza coinvolgere la Corte costituzionale attraverso la questione di costituzionalità.

Qual è la natura delle decisioni ora riportate? Possono ritenersi il prodotto di attività interpretativa (più precisamente, di attività interpretativa conforme) o sono piuttosto il prodotto di prevaricazioni mascherate da interpretazioni conformi?

##### 5. *Il presunto timore di una deriva verso il sindacato diffuso*

Il ricorso, nei termini descritti, all'interpretazione conforme è stato inteso come sintomo di un passaggio dal giudizio accentrato al giudizio diffuso di costituzionalità delle leggi<sup>34</sup>, con la conseguente messa a rischio – in ciò l'avvertito timore da parte di alcuna dottrina – del ruolo della Corte costituzionale e, forse, della sua stessa esistenza<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Indicazioni in C. TRIPODINA, *Incertezza generata da giudici che disconoscono i vincoli della testualità*, in M. DOGLIANI (a cura di), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Torino 2012, 134.

<sup>34</sup> A. ANZON, *Il giudice «a quo» e la Corte costituzionale*, cit., 1085; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2005, 19 ss.

<sup>35</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Napoli 2009, 418 ss.

Merita, però, di essere riportata la precisazione di recente offerta da Massimo Luciani che ridimensiona il presunto timore: «[...] quando si parla di una torsione del sindacato di costituzionalità verso la sua diffusione non si allude alla semplice penetrazione della Costituzione al livello della giurisdizione comune, che è altra cosa, ma al fatto che al testo della legge si fa dire quel che non permetterebbe di dire, così determinandosi l'esercizio da parte dei giudici comuni del potere di ripristinare la legalità costituzionale violata, che non posseggono»<sup>36</sup>.

Il coinvolgimento costituzionale dei giudici è fuori discussione<sup>37</sup>. Un coinvolgimento che però – ed è questo il limite – non può essere esteso fino al punto in cui, per applicare la Costituzione, si disapplica la legge. Qui deve entrare in campo la Corte costituzionale per mezzo della questione di costituzionalità. Questo è il punto d'equilibrio che deve essere salvaguardato. Se e in quanto lo sia, non si può parlare di «sindacato diffuso» e di travalicamento del potere giudiziario in quelli riservati alla Corte costituzionale. L'interpretazione conforme dei giudici è di per sé uno strumento non conflittuale ma cooperativo con i poteri della Corte nell'assicurare la circolazione dei principi e dei valori costituzionali nelle vene dell'ordinamento giuridico.

## 6. *L'interpretazione conforme nell'ambito sovranazionale*

Data l'odierna integrazione del diritto nazionale nel diritto sovranazionale (non v'è, ormai, questione di legittimità costituzionale che non invochi, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., norme della Convenzione, o di un suo Protocollo, come interpretate dalla Corte di Strasburgo; e non v'è decisione costituzionale che non contenga riferimenti alla giurisprudenza della Corte Edu o a quella della Corte di Giustizia), il ricorso all'interpretazione conforme alla Costituzione (nella evoluzione descritta nei paragrafi che precedono) non esaurisce i compiti che il giudice *a quo* è chiamato ad assolvere prima di proporre questione di legittimità: su di lui grava, altresì, il dovere, in caso di dubbio, di valutare la possibilità che dalla disposizione censurata possa essere tratta una

<sup>36</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 472-473.

<sup>37</sup> R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione*, relazione al Convegno annuale AIC, *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa*, tenutosi a Roma, 27-28 ottobre 2006, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic2006/bin](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic2006/bin).

norma conforme al diritto europeo e internazionale, particolarmente dal punto di vista della garanzia dei diritti fondamentali. È interessante osservare che la Corte costituzionale ha, nella sua giurisprudenza, “esportato” il già collaudato modello elaborato sul versante interno (interpretazione costituzionalmente conforme/diritto vivente nazionale) al versante esterno, al rapporto tra diritto nazionale e diritto sovranazionale (particolarmente, con riferimento al diritto convenzionale)<sup>38</sup>: il giudice comune deve tentare, sempre che il dato testuale non si ponga come insuperabile ostacolo, l’interpretazione *convenzionalmente* conforme della disposizione nazionale che ritiene di dover applicare<sup>39</sup>; se ciò non è possibile, deve sollevare questione di legittimità costituzionale alla Corte; se sulla disposizione censurata si è consolidata una interpretazione contraria al diritto convenzionale, e non è possibile alcuna altra interpretazione, deve sollevare questione di legittimità costituzionale sulla norma vivente stessa. Analogamente all’interpretazione costituzionalmente orientata, anche per l’interpretazione conforme al diritto sovranazionale vale il limite del testo: come più volte ribadito nella giurisprudenza costituzionale, «al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso

<sup>38</sup> Per una analogia tra i due modelli sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018, 18ss.

<sup>39</sup> L’analogia è ancor più evidente se si considera che la stessa Corte costituzionale utilizza la nozione di norma vivente con riferimento al diritto convenzionale: quando si tratta di ricercare il significato della disposizione della Convenzione Edu rilevante ai fini del giudizio di costituzionalità, lo sguardo va rivolto alla norma come consolidata nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, dinanzi alla quale si arresta l’autonomo potere interpretativo del giudice nazionale. Rimane, tuttavia, la perplessità di utilizzare tale nozione con riferimento a una giurisprudenza *fisiologicamente* casistica, quale è quella convenzionale: tanto che a decidere “che cosa sia diritto consolidato europeo” (secondo l’espressione coniata dalla stessa Corte costituzionale a partire dalla sentenza n. 43 del 2018) è, spesso, la stessa Corte costituzionale. Atteggiamento che trova conferma nelle parole del Presidente Giorgio Lattanzi, espresse in occasione della *Relazione sull’attività della Corte svolta nell’anno 2018* (cit., 23), il quale riconosce che «[n]on è infatti pensabile che il controllo di costituzionalità (i cui esiti, in caso di accoglimento della questione, sono irretrattabili) possa fondarsi su interpretazioni isolate, sporadiche, o comunque ancora in via di consolidamento, con il pericolo che il corso della giurisprudenza europea possa poi smentirne i presupposti. Non si può correre il rischio di pronunciare un’illegittimità costituzionale ritenendola imposta da una decisione le cui affermazioni di principio successivamente vengono riviste dalla stessa Corte di Strasburgo. Certo è pur sempre possibile che anche una giurisprudenza consolidata evolva, ma un’evoluzione è assai più probabile quando ci si trova al cospetto di pronunce che non riflettono un orientamento giurisprudenziale costante».

dai testi delle norme» (sentenza n. 43 del 2017). Qualora non sia possibile, ovvero persistano dubbi sulla compatibilità della disposizione interna con quelle sovranazionali, egli deve attivare i rimedi previsti, a seconda dei casi, presso la Corte di giustizia del Lussemburgo o presso la Corte costituzionale, ovvero presso quest’ultima invocando l’art. 117, primo comma, Cost. (sentenza n. 349 del 2007). Un dato testuale chiaro e non suscettibile di interpretazione convenzionalmente orientata (così come la sussistenza di una norma vivente interna incostituzionale) impedisce, dunque, al giudice di “fare da sé” e lo obbliga a sollevare la questione di costituzionalità alla Corte costituzionale.

Il parallelismo tra i due modelli (interpretazione costituzionalmente conforme e interpretazione convenzionalmente conforme) può cogliersi anche da un punto di vista diacronico: all’espansione dell’invito a ricorrere alla prima ha corrisposto l’espansione a ricorrere alla seconda; al ridimensionamento dello strumento dell’interpretazione costituzionalmente conforme corrisponde, parallelamente, oggi, un ridimensionamento dello strumento dell’interpretazione convenzionalmente conforme.

Anche dal punto di vista dei rapporti con il diritto sovranazionale, dunque, si assiste alla contrazione del paradigma del “giudice che deve fare da sé”<sup>40</sup>. In recentissime decisioni (sentenze n. 269 del 2017, n. 20 e n. 63 del 2019), la Corte costituzionale si è auto-qualificata giudice e custode dei diritti fondamentali, le cui violazioni – siano essi contenuti nella Carta costituzionale, siano essi contenuti nella Carta di Nizza, «di impronta tipicamente costituzionale» – «postulano la necessità di un [suo] intervento *erga omnes* [...], anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)» (sentenza n. 269 del 2017). Una contrazione certamente diretta a evitare il rischio che sia sottratta «alla Corte costituzionale la conoscenza di assetti normativi che si pongano

<sup>40</sup> Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 109 del 2017, ove la questione di legittimità costituzionale sollevata per violazione dell’art. 25, secondo comma, Cost., è stata dichiarata inammissibile avendo il giudice rimettente dato per superata, alla luce della giurisprudenza convenzionale, la lettera della disposizione censurata, così sfilendo – dice espressamente la Corte – «l’“autoqualificazione legislativa” della sanzione come puramente nominale e, così facendo, trascura[ndo] un preciso dato testuale, parte di una complessiva e discrezionale scelta legislativa di depenalizzazione». O, più recentemente, alla sentenza n. 240 del 2018, ove la Corte dichiara l’infondatezza per erroneo presupposto interpretativo, poiché il giudice rimettente qualifica come sanzione amministrativa i provvedimenti assunti dalla Consob che, invece, secondo la Corte, non hanno natura sanzionatoria, essendo provvedimenti con cui la Consob esercita un potere di vigilanza attiva.

in urto, oltre che con gli artt. 11 e 117, primo comma, anche con altre parti della Costituzione»: un «effetto, specie nella materia dei diritti e delle libertà della persona, non [...] pienamente conciliabile con il ruolo di custode giudiziario della Costituzione proprio della Corte»<sup>41</sup>. Ma, al contempo, diretta a fronteggiare l'erosione cui il ruolo della Corte era divenuto soggetto, tanto da parte delle giurisdizioni sovranazionali, quanto delle giurisdizioni comuni (strette, queste ultime, dinanzi al diritto europeo, tra il dovere di non applicare la norma interna contraria al diritto europeo e il ricorso al rinvio pregiudiziale; dinanzi al diritto convenzionale, tra l'interpretazione convenzionalmente conforme e la sollevazione della questione di legittimità costituzionale nel sol caso in cui il tenore letterale della disposizione interna non la consenta)<sup>42</sup>. Pur ribadendo l'idea di un «concorso di rimedi giurisdizionali», volto ad «arricchire gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali», la Corte si riappropria della «prima parola» sulla disciplina legislativa censurata, proprio in virtù «del rango costituzionale della questione e dei diritti in gioco» (sentenza n. 20 del 2019)<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> *Relazione sull'attività della Corte svolta nell'anno 2018* letta dal Presidente Giorgio Lattanzi, cit., 21.

<sup>42</sup> A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017; T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la «crisi» del diritto penale tra le Corti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 28 settembre 2017; A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 25 febbraio 2019; G. SCACCIA, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 25 gennaio 2018.

<sup>43</sup> Può essere interessante notare un ammorbidimento, con riferimento alla diretta applicazione delle disposizioni europee in materia di diritti, di quanti avevano, in un primo tempo, valutato il risvolto dell'apprezzamento, caso per caso, dell'interprete in ossequio alla giurisprudenza sovranazionale, con conseguente riduzione del tasso di certezza, come qualcosa «di cui non preoccuparsi più di tanto», essendo la posta in gioco «un innalzamento complessivo del livello di tutela dell'individuo nei confronti della potestà punitiva statale, rispetto al livello ricavabile dalla sola Carta costituzionale» (F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità "costituzionale" vs. legalità "convenzionale"?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017). Tali affermazioni – che sembravano alludere alla incertezza nella fase applicativa come una sorta di inconveniente di fatto, da accettare in quanto tale – sembrano oggi mitigate: dinanzi alla disapplicazione di disposizioni interne senza che sia previamente investita la Corte della questione di legittimità, si avverte oggi la necessità di dover «reagire a simili inquietanti scenari, che potrebbero segnare il definitivo commiato dal ruolo centrale della Corte costituzionale nel *judicial review* della legislazione ordinaria, in materia di diritti fondamentali» (F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in corso di pubblicazione).

Il giudice comune, dunque, non può più (e, forse, in alcune circostanze, non deve più) “fare da sé”<sup>44</sup>.

<sup>44</sup> Se l'evoluzione descritta nel testo sembra mettere in evidenza un deciso ridimensionamento del ruolo del giudice comune *prima* di sollevare la questione di costituzionalità, apre però, lasciandolo almeno per il momento irrisolto, a un diverso problema: quello del margine di intervento del giudice *dopo* la decisione della Corte costituzionale. La sentenza n. 63 del 2019, precisando quanto affermato nei suoi immediati precedenti (n. 269 del 2017 e n. 20 del 2019), riconosce, infatti, che resta fermo «il potere del giudice comune di procedere egli stesso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, anche dopo il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, e – ricorrendone i presupposti – di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al suo esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Il “concorso di rimedi giurisdizionali”, inteso dalla Corte costituzionale come un bene ai fini della massima tutela dei diritti fondamentali, può infatti assumere le sembianze di un “conflitto tra i rimedi giurisdizionali”: che cosa può fare il giudice dopo la decisione costituzionale? La convergenza cui le corti sembrano aspirare in nome dei diritti e della loro tutela può tramutarsi, nella fase applicativa, in divergenza (o, comunque, in contrapposizione) tra le medesime, mosse ciascuna dall'esigenza di preservare il proprio ruolo nella materia eminentemente costituzionale. Con l'ulteriore paradossale conseguenza che la stessa certezza dei diritti potrebbe rarefarsi nei rivoli della giurisprudenza comune. Per più approfonditi spunti di riflessione v. G.M. FLICK, *I Diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranze*, relazione conclusiva per il Convegno su “Tutela multilivello dei diritti fondamentali e diritto penale: Corti europee e giudice interno tra dialogo e scontro”, Catania, 23 marzo 2019, il quale definisce una “illusione” «quella di ritenere che la sovrabbondanza di Carte e delle Corti abbia offerto una risposta più adeguata sia per individuare i bisogni emergenti, sia come strumento di tutela»; «il più alto livello di protezione può diventare l'obiettivo di un “forum shopping” e lo strumento per conquistare il primato fra le Corti».

