

IN DIFESA DELL'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE**

1. Premessa – 2. Interpretazione (degli enunciati normativi) conforme ai principi (in generale) ed interpretazione conforme ai principi costituzionali – 3. L'interpretazione degli enunciati legislativi conforme ai principi costituzionali è esclusiva della Corte costituzionale in un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi "accentrato"? – A) Giustificazioni e ragion d'essere del controllo accentrato – B) Disapplicazione della legge v. interpretazione conforme? – a) La superiorità (o condizionalità) della Costituzione sulla legislazione implica anche la interpretazione sistematica della seconda alla luce della prima – b) Il problema dei limiti della interpretazione conforme a Costituzione – c) Un interludio: sul preteso limite testuale alla interpretazione conforme – d) Quale limite per l'interpretazione conforme? – 4. Il "fallimento" della interpretazione conforme della Corte nelle decisioni interpretative di rigetto e la richiesta di "positivo convincimento" da parte del giudice sull'incostituzionalità della legge – 5. Sull'invito o sull'obbligo (onere) dell'interpretazione conforme e sul c.d. limite del "diritto vivente".

1. Premessa

Invitato ad esprimere le mie opinioni sul libro «Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?» – curato da Laura Cappuccio ed Elisabetta Lamarque (Editoriale scientifica, Napoli, 2013) al fine di «immettere le riflessioni di Ferreres Comella nel circuito della dottrina costituzionalistica italiana attraverso studi che confrontassero la sua impostazione con la specifica realtà del nostro ordinamento» (p. VIII) – debbo dire subito che non soltanto il libro mi è piaciuto, ma che ho trovato del tutto convincenti (perfino talvolta nelle sfumature) le tesi del prof. Ferreres Comella esposte sinteticamente nel «Commento» finale che chiude il volume.

Quale può essere allora il mio contributo sulle varie questioni suscitate dai diversi saggi in esso contenuti?

Può essere forse utile riflettere su quello che mi pare il nucleo principale, il fuoco, dell'opera collettanea e che riguarda la (presunta?) crisi del sistema di controllo di costituzionalità "accentrato" adottato in molti paesi europei, tra i quali il nostro.

Una crisi, com'è noto, che lo investirebbe, sia dall'interno («data dal sempre maggiore utilizzo da parte dei giudici comuni della tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione, che consente loro di fare a meno, in numerose occasioni, del giudice di costituzionalità»: *ibidem*), sia dall'esterno (dell'ordinamento statale di riferimento), in ragione della «concorrenza sempre più significativa delle corti di Lussemburgo e Strasburgo, che tende a ridurre il ruolo dei tribunali costituzionali nazionali spingendo, ancora una volta, i giudici comuni a farne a meno, e a preferire invece la strada della disapplicazione della legge» (*ibidem*).

Una crisi interna ed esterna all'ordinamento statale di riferimento; ma che in ambi i casi (anche nel secondo) è sollecitata da una tecnica interpretativa, oggi sempre più in voga, che è variamente denominata come "interpretazione adeguatrice" o come "interpretazione conforme a". E se, nel secondo caso, tale tecnica si combina con (e presuppone) la c.d. "superiorità" dell'ordinamento comunitario e, rispettivamente, con (e presuppone) il vincolo per la legislazione statale derivante dagli obblighi internazionali (secondo la formula dell'art. 117 al. Cost.), nel primo caso essa può considerarsi, per così dire, nella sua purezza.

* Professore emerito di diritto costituzionale, Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

** Intervento al Seminario "Vicende del sistema accentrato di giustizia costituzionale in Italia", svoltosi l'11 aprile 2014 presso l'Università degli Studi "Federico II" di Napoli, in occasione della presentazione del volume *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella "Constitutional Courts and democratic Values"* (a cura di L. Cappuccio ed E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013).

Dico subito che non mi occuperò della interpretazione conforme al diritto comunitario o alla normativa CEDU, ma mi limiterò a qualche riflessione sull'*interpretazione conforme a Costituzione*. Restringereò pertanto le mie considerazioni a quanto sul punto è sostenuto nei primi due saggi contenuti nel libro (di 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*; e di G. SORRENTI, *La Corte di Cassazione e l'adeguamento delle norme del codice di procedura civile alla ragionevole durata del processo*) e in alcune parti iniziali dell'ultimo saggio (di E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*).

2. Interpretazione (degli enunciati normativi) conforme ai principi (in generale) ed interpretazione conforme ai principi costituzionali.

In teoria del diritto è opinione abbastanza pacifica che l'interpretazione adeguatrice sia una specie del genere interpretazione sistematica (o sistematico-concettuale) intesa in senso lato. In particolare è interpretazione adeguatrice quella che adatta (adegua) il significato di una disposizione al significato di altre disposizioni "superiori" o per meglio dire "condizionanti" la validità (o l'efficacia) di essa (così, è interpretazione adeguatrice quella che nel dubbio interpreta una legge in modo conforme a un regolamento comunitario; un decreto legislativo delegato in modo conforme ai principi contenuti nella legge di delega; una legge regionale conformemente ai principi fondamentali della materia contenuti nella legge statale nella ipotesi di legislazione concorrente; un regolamento di esecuzione conformemente alle disposizioni legislative alle quali è collegato; e così via). Ma è del pari interpretazione adeguatrice quella che, nel dubbio, adatta (adegua) il significato di una qualsiasi disposizione ai principi generali o fondamentali che disciplinano un particolare settore del diritto (civile, penale, amministrativo, tributario, processuale, etc.) o dell'intero ordinamento (per es. è interpretazione adeguatrice quella che nel dubbio – o in assenza di esplicita disposizione legislativa – interpreta come non retroattiva una legge adeguandola in tal modo al principio di irretroattività ex art. 11 disp. prel.

In altri termini si può dire, in generale, che, con l'argomento della *conformità ai principi del diritto*, «agli enunciati legislativi viene attribuito il significato in cui essi esprimono norme conformi al contenuto dei principi del diritto, cioè di norme molto generali e, in termini di valore, molto rilevanti, che stanno a fondamento delle altre norme dell'ordinamento, o con le quali, comunque, le altre norme dell'ordinamento devono essere compatibili» (E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, 317), ovvero, più precisamente, con questo argomento, «può essere attribuito ad un enunciato legislativo un significato in cui esprime una norma non incompatibile con un principio del diritto o una norma che trova il suo fondamento in un principio del diritto, costituendo una specificazione di questo o uno strumento per il perseguimento dei valori indicati da questo» (*ibidem*, 318).

Tuttavia, tra i principi, occorre distinguere i *principi costituzionali* dai *principi non costituzionali*, sia espressi da enunciati legislativi, sia inespressi, ma concepiti variamente come validi in tutti gli ordinamenti giuridici, o in tutti gli ordinamenti giuridici delle nazioni civili, *ovvero ricavati dalle disposizioni normative di un determinato ordinamento di riferimento*. Si noti, *per incidens*, che «un'attività della dottrina e della giurisprudenza nella quale assumono rilevanza giudizi di valore (...) è anche necessaria per l'individuazione dei principi generali espressi da enunciati legislativi, ovverosia per attribuire il carattere, assiologicamente rilevante, di principio ad alcune norme di legge» (*ibidem*).

L'argomento della conformità ai principi del diritto «rivela un diverso fondamento nei casi in cui è utilizzato per attribuire ad un enunciato legislativo un significato conforme ai principi costituzionali, ovvero (...) per compiere un'*interpretazione adeguatrice*. In questi casi, infatti, l'assegnazione del carattere di principio alla norma costituzionale non dipende dall'attività ricostruttiva e valutativa della dottrina e della giurisprudenza, ma dalla posizione gerarchica di questa norma» (*ibidem*, 318-319). Ciò non toglie, peraltro, che un'attività valutativa della dottrina e della giurisprudenza sia sempre necessaria per distinguere, all'interno del testo costituzionale, i principi dalle regole, pur rimanendo fermo che per l'origine e per l'efficacia «è opportuno tener bene distinti i principi costituzionali dai principi non costituzionali», poiché «la superiorità dei principi costituzionali rispetto alle regole legislative dipende dalla loro posizione (...), mentre la superiorità dei principi non costituzionali è di tipo assiologico, cioè dipende dal valore che ad essi è assegnato dagli interpreti» (*ibidem*, 428).

In ogni caso, data la superiorità, gerarchica o assiologica, dei principi nei confronti delle altre norme di legge, «in sede di interpretazione sono le regole a doversi conformare ai principi e non viceversa» (*ibidem*, 429).

Ma «la superiorità gerarchica non è sufficiente a fare di una norma un principio, poiché una norma costituzionale costituisce un principio solo se è utilizzata in determinato modo nel ragionamento dai giudici» e, del resto, «la superiorità assiologica costituisce un presupposto dell'uso di una determinata norma in funzione di principio, ma si rivela essenzialmente nell'uso stesso di una norma in funzione di principio» (*ibidem*).

Ora, indipendentemente dalla questione, molto dibattuta in teoria del diritto, se i principi presentino o non caratteri distintivi rispetto alle regole (tesi, rispettivamente, della demarcazione forte e della demarcazione debole), si può tranquillamente assumere che nell'attività di interpretazione del diritto (lasciando da parte l'attività di integrazione del diritto) «un principio costituzionale consista in una norma espressa dalla costituzione ed utilizzata dagli interpreti allo scopo di attribuire un significato ad un testo di legge, ovvero sia di precisare la portata di una norma legislativa» e che *alcune norme della Costituzione* acquistano il carattere di principio per la ragione fondamentale della loro superiorità gerarchica (o meglio: per essere condizionanti la validità delle altre norme) e per il «fatto che prescrivono di tutelare valori e diritti che possono essere fatti valere in sede di giudizio» (*ibidem*, 436).

Insomma, dato che «interpretare un enunciato legislativo conformemente ad un principio equivale a precisare la portata di una regola sulla base di un principio, ovvero sia ad adeguare una regola ad un principio; l'interpretazione con cui una regola viene adeguata ad un principio costituzionale viene in genere detta *interpretazione adeguatrice*» (*ibidem*, 443).

Ma vi sono «due modi di precisare la portata di una regola in conformità ad un principio: rendere la regola coerente con il principio, oppure rendere la regola uno strumento adeguato per il perseguimento dello scopo indicato da un principio teleologico» (*ibidem*). Mentre nel primo modo, cioè «nei casi in cui l'argomento della conformità ai principi viene utilizzato per rendere coerente una regola con un principio, si ha in genere un'interpretazione che precisa restrittivamente o che chiaramente restringe il significato *prima facie* dell'enunciato che esprime la regola»; nel secondo modo, invece, «si può avere anche un'interpretazione estensiva» (*ibidem*, 444). Infatti nelle possibili configurazioni del rapporto tra regole e principi costituzionali «il primo modo in cui l'operatore giuridico può decidere di configurare la prevalenza della norma costituzionale su quella infracostituzionale, consiste nel configurare la prima come un mero *limite* o sbarramento apposto alla seconda. Secondo questa configurazione, la normazione infracostituzionale dispiega la sua validità proprio come se una norma costituzionale non esistesse, fino al punto in cui (fino al caso o alla serie di casi rispetto ai quali) essa lede un interesse costituzionalmente tutelato» (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 335), mentre «il secondo modo (...) consiste nel configurare la prima, oltreché come un limite alla seconda, anche come espressione di *principi generali* del diritto da far valere ove possibile in sede di attribuzione di significato agli enunciati normativi infracostituzionali. Come è evidente, questo secondo modo di configurare la prevalenza della norma costituzionale fa sì che l'operatore giuridico adoperi frequentemente la norma costituzionale, e fa reagire la gerarchia normativa sulla interpretazione degli enunciati infracostituzionali» (*ibidem*, 336). È quanto avviene precisamente nell'ipotesi di interpretazione conforme degli enunciati legislativi ai principi costituzionali. Anticipando quanto si dirà (*infra* § 3 *sub b*) *sub a*), qui non si tratta di analogia, bensì di interpretazione estensiva sistematica.

Infine va rilevato che i principi costituzionali (come del resto tutti i principi) sono concorrenti, al punto che, con qualche esagerazione, è stato affermato che *i principi vanno sempre in coppia*, nel senso che per ogni possibile caso si presentano principi concorrenti che giustificano decisioni diverse e contrastanti (cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, 1985, ora in *Id.*, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, 117; e già M. JORI, *I principi nel diritto italiano*, in *Sociologia del diritto*, 2, 1983, 9).

In qual modo è possibile eliminare (o, comunque sia, "superare" a traverso bilanciamenti) un conflitto tra principi concorrenti?

Se, in generale, «l'uso del metodo sistematico, e del metodo teleologico, nella misura in cui i due metodi sfumano l'uno nell'altro, tende a sganciare la legge dalla sua componente meramente testuale, rendendola un sistema tendenzialmente, ma mai perfettamente, armonico di regole e principi», ossia «un sistema che costituisce il risultato di una serie di continui aggiustamenti con i quali il contenuto dei principi viene precisato sulla base del contenuto delle regole e il contenuto delle regole è poi di nuovo precisato sulla base del contenuto dei principi» (E. DICHIOTTI, *Interpretazione*, cit., 449), è chiaro che «un sistema di questo genere dipende in una certa misura dai giudizi di valore di colui che lo elabora; per questa ragione vari si-

stemi alternativi di questo genere possono essere elaborati sulla base di giudizi di valore differenti, venendo a costituire la base per differenti decisioni giudiziali relative a casi concreti» (*ibidem*, 450).

Ciò non può non valere, in generale, *anche per i principi costituzionali*. Occorre però osservare che i principi costituzionali sono tratti direttamente da (alcune) disposizioni che espressamente li enunciano; e che queste disposizioni sono poste da un potere (costituente o, comunque sia, costituzionale) superiore al potere legislativo. È stato conseguentemente ed esattamente rilevato che «per queste due ragioni, la portata dei principi costituzionali non dipende in alcun modo dal contenuto delle regole legislative; cioè è esclusivamente la portata delle regole ad essere determinata sulla base di questi principi, mentre la portata di questi principi non è precisata sulla base delle regole. Inoltre, la portata di questi principi, per il fatto che essi hanno una formulazione in un testo giuridico, può essere precisata anche tramite gli stessi metodi dell'interpretazione che sono utilizzati per attribuire un significato agli enunciati legislativi. Alle formulazioni dei principi costituzionali può cioè essere attribuito un determinato significato sulla base di considerazioni testuali, di considerazioni relative alle intenzioni dell'organo costituente e agli scopi che questo intendeva perseguire, di considerazioni relative agli scopi che questi principi hanno di per sé, alla luce dei valori che si assumono rilevanti, in quanto degni di tutela da parte di una costituzione "buona" o "giusta"» (*ibidem*).

Ciò non toglie che proprio perché i principi costituzionali "rilevanti" nell'operazione di interpretazione conforme delle disposizioni legislative sono molteplici, non è lecito operare nel senso di una «unilaterale attuazione di un singolo principio costituzionale», come avverte esattamente G. SORRENTI, *La Corte di cassazione*, cit., 73, la quale ha posto in evidenza «come le innovazioni elaborate [dalla Corte di cassazione] in sede applicativa realizzassero un'attuazione sbilanciata del principio della ragionevole durata a scapito di altri valori del giusto processo» (diritto di difesa, articolazione del potere giudiziario come strumento per offrire una migliore risposta alla domanda di giustizia, assicurato dall'istituto del "difetto di giurisdizione"). In questo senso, «l'impiego del canone costituzionale della ragionevole durata da parte della giurisprudenza, se concepito in modo assoluto e unilaterale, fa perdere i benefici della scrupolosa, misurata ed equidistante ponderazione dei principi in gioco che suole mettere in atto la Corte costituzionale nell'esercizio della ormai affinata pratica del bilanciamento tra valori costituzionali apicali concorrenti»; così che «l'indirizzo applicativo che, negando la rilevabilità del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del processo legittima il cristallizzarsi del giudicato sulla sentenza pronunciata dalla giurisdizione errata, sembra avallare la concezione per cui il postulato introdotto dal legislatore costituzionale del 1999 [che ha sancito l'obiettivo di assicurare, da parte della legge, «la ragionevole durata» del processo: art. 111 cpv. Cost.] come argine agli ingiustificati ritardi processuali imponga di pervenire ad una decisione giudiziaria "a tutti i costi", assunta da un giudice "quale che sia"» (*ibidem*, 74, e ivi citato, per quest'ultima espressione, R. Vaccarella).

Inoltre – quel che è più grave – nella specie «è accaduto che la lettura dei principi costituzionali che avrebbero dovuto sorreggere le svolte interpretative della Corte suprema non trovasse corrispondenza nella giurisprudenza dell'organo costituzionale di controllo, che ne offriva una ricostruzione differente. Così ad es. dagli orientamenti del giudice delle leggi in materia non emerge, nel significato e nella misura asseriti dall'istanza di legittimità, l'obsolescenza del riparto tra giurisdizioni, ma solo la sua funzionalità ad un'ottimale risposta agli utenti del servizio giustizia, a cui danno il riparto stesso non può in definitiva operare» (*ibidem*, 74-75). Come rileva in sintesi – a proposito del saggio di G. Sorrenti – V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 321, «la Corte di Cassazione italiana (...), a partire dalla riforma costituzionale del 1999 (...), ha realizzato una profonda trasformazione del diritto processuale civile» e «lo ha fatto 'in silenzio', apparentemente attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, ma giungendo in realtà, in molti casi, a modificare le disposizioni legislative applicabili». In realtà, non sembra esatto parlare di "modifica delle disposizioni legislative", sibbene di individuazione di norme che nel loro complesso hanno determinato "una profonda trasformazione del diritto processuale civile". Ciò è accaduto «in un particolare contesto politico e istituzionale in cui va sottolineata l'inerzia del legislatore, da un lato, e la crisi della giustizia, dall'altro» (*ibidem*), tanto che l'attivismo della Cassazione potrebbe, al più, in qualche modo, giustificarsi come *soluzione transitoria* del problema della giustizia, come *extrema ratio*, in attesa di una riforma legislativa: «si fa strada così l'ipotesi per cui l'eccezionale situazione di crisi della giustizia sia in grado di operare come fonte di una sorta di diritto processuale emergenziale, come tale valevole solo in via temporanea. Tuttavia nulla assicura che il transitorio non diventi permanente e che un diritto vivente sommamente creativo non si addossi quel compito di ripristino delle condizioni di efficienza della giustizia che dovrebbe comparire nell'agenda politica degli organi di governo» (G. SORRENTI, *La Corte*, cit., 65). E perciò, comunque sia, «quel che qui occorre mettere in luce è che il fenomeno di supplenza descritto determina alcuni scompensi. Qualcuno di essi ha carattere generale, qualcun altro è più strettamente legato ai profili di giustizia costituzionale in questa sede prioritariamente

rilevanti, cioè agli effetti che un uso così massiccio e spregiudicato dell'interpretazione costituzionalmente orientata determina sulle competenze della Corte costituzionale nel sindacato accentrato di legittimità costituzionale delle leggi tuttora vigenti» (*ibidem*, 65-66). Al che V. FERRERES COMELLA (*Commento*, cit., 322) oppone che l'attivismo dei giudici comuni «spinti in parte dalla Corte costituzionale» possa «giungere a utilizzare con forza la dottrina dell'interpretazione conforme, andando anche oltre i limiti di questa dottrina».

Se non che, proprio perché qui si tratta non già di singole, puntuali operazioni di "interpretazione conforme", bensì di una strategia complessiva rivolta a realizzare una "profonda trasformazione del diritto processuale civile" che spetterebbe invece al legislatore, si ripropone seriamente «un problema di instabilità delle situazioni giuridiche e di tradimento delle aspettative (...) allorché la Corte di cassazione assume atteggiamenti di rottura di propri passati e consolidati orientamenti», un problema che «è ancora più accresciuto quando tale atteggiamento riguarda norme regolatrici del processo, laddove repentini *revirement* hanno una forte capacità di incidenza su situazioni giuridiche pregresse, comportando talora preclusioni e decadenze» (G. SORRENTI, *La Corte*, cit., 71).

Non si può dimenticare a questo proposito che «la certezza del diritto può e deve essere perseguita nella disciplina processuale con intensità maggiore che nel campo del diritto sostanziale, proprio in considerazione del carattere strumentale del processo civile nei confronti di quest'ultimo. In altri termini, il rischio che l'errore processuale cagioni al titolare la perdita del diritto sostanziale dedotto in giudizio deve essere confinato entro il minimo indispensabile». Così che, «specialmente al giorno d'oggi: quanto più è inevitabile che le regole di condotta sul piano sostanziale diventino mutevoli, difficili e complicate da individuarsi, tanto più queste difficoltà devono essere controbilanciate, in caso di controversia, da una disciplina processuale che aspiri ad essere semplice e certa. La fisiologica incertezza del diritto sostanziale deve essere compensata dalla certezza del diritto processuale, in funzione di garanzia dei poteri e doveri delle parti (...). Perciò l'opportunità di mutare giurisprudenza in materia di interpretazione delle norme processuali, a situazione legislativa immutata, deve essere valutata con grande rigore» (R. CAPONI, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in *Foro it.*, I, 2006, 137).

Si è posto, a questo riguardo, il problema dell'affidamento delle parti, di «chi abbia effettuato un adempimento processuale conforme allo *jus receptum*, ma rivelatosi poi tardivo o inappropriato alla luce del mutato indirizzo» giurisprudenziale (G. SORRENTI, *La Corte*, cit., 61) (per es. a seguito del dimezzamento del termine di costituzione dell'opponente al decreto ingiuntivo: Cass. sez. unite civili, sent. n. 19246 del 2010). La tesi della equiparazione del mutamento integrale dell'indirizzo interpretativo ad una sorta di *jus superveniens* in quanto tale idoneo ad esplicare efficacia per il passato (R. CAPONI, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come jus superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, V, 311 ss.) non convince G. SORRENTI (*La Corte*, cit., 61), in quanto, nell'«apprezzabile intento di evitare ogni pregiudizio per gli atti processuali già compiuti», comporta «un'integrale quanto discutibile equiparazione delle innovazioni giurisprudenziali alle innovazioni normative», ossia l'elisione di ogni discriminazione tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale.

A questo proposito – e a parte la definitiva soluzione della vicenda del dimezzamento dei termini dell'opponente al decreto ingiuntivo, in senso contrario all'innovazione giurisprudenziale, resa con la legge n. 218 del 2011 (legge di «interpretazione autentica dell'articolo 165 del codice di procedura civile in materia di opposizione al decreto ingiuntivo») – V. FERRERES COMELLA (*Commento*, cit., 322), pur sembrando accettare la tesi secondo la quale «la soluzione di attribuire efficacia esclusivamente *pro futuro* alle trasformazioni giurisprudenziali non sembra possibile (...) data la natura della funzione giurisdizionale», sottolinea peraltro che «uno dei potenziali vantaggi dei tribunali costituzionali è che, nella misura in cui sono organi speciali, la cui funzione non può essere ridotta alla tradizionale funzione giurisdizionale, hanno a disposizione degli strumenti più articolati di quelli attribuiti ai magistrati ordinari, quando devono stabilire la portata degli effetti delle loro decisioni», sicché si potrebbe sempre ipotizzare un intervento risolutore della Corte costituzionale su quelle disposizioni legislative che hanno "subito" da parte della giurisprudenza comune una interpretazione conforme "inaccettabile". In ogni caso, la tesi sostenuta da Caponi a me pare convincente. È certo che, se di regola la irretroattività delle innovazioni legislative è stabilita dalla legge (art. 11 disp. prel.) ed assorbe a principio generale, essa non può non valere, *a fortiori*, per le innovazioni giurisprudenziali, senza equiparare affatto (o confondere) la funzione giurisdizionale a (con) quella legislativa.

3. L'interpretazione degli enunciati legislativi conforme ai principi costituzionali è esclusiva della Corte costituzionale in un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi "accentrato"?

Ma, l'interpretazione conforme a Costituzione costituisce un'"esclusiva" della Corte costituzionale? La risposta negativa è suggerita da numerose considerazioni.

A) Giustificazioni e ragion d'essere del controllo accentrato.

Se «l'idea di fondo che definisce il modello accentrato di giustizia costituzionale» è quella secondo la quale «le leggi approvate dal Parlamento (o le altre norme che hanno lo stesso rango delle leggi) possono essere dichiarate illegittime solo dai tribunali costituzionali» (V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 304), ne segue che «i giudici comuni possono collaborare in modi diversi a questa impresa, ma *non hanno il potere di disapplicare direttamente*, in base alla propria autorità, le leggi che ritengono contrarie alla Costituzione» (*ibidem*; corsivo mio). Del resto «in questo elemento si radica la principale differenza tra il modello accentrato e quello diffuso di giustizia costituzionale» (*ibidem*, 304-305).

La ragion d'essere del modello accentrato va riferita al valore della certezza del diritto, per cui «sembra evidente che, a parità di condizioni, il modello accentrato (...) preservi meglio la certezza del diritto di quanto non sia in grado di fare il modello diffuso» (*ibidem*, 306).

Tuttavia si osserva che, «anche se si adotta il modello accentrato, non è possibile ignorare il problema derivante dalla debole autorità delle decisioni delle corti superiori», poiché, al fine della certezza del diritto, la questione della validità-vigenza di una legge si interseca con quella della sua interpretazione: «...a che serve avere un tribunale costituzionale che risponde alla domanda sulla validità di una legge, se poi risulta che non c'è modo di unificare l'interpretazione dei giudici comuni su quella legge? Dal punto di vista della certezza del diritto, risulta tanto grave la diversità di opinioni sulla applicabilità o meno di una legge (in base alla sua costituzionalità), quanto la divergenza di opinioni su come interpretarla». E, «in questo senso, vista la questione dal punto di vista dei Paesi di *common law*, il modello diffuso appare come un modello più coerente rispetto a quello centralizzato» (*ibidem*, 307) proprio in virtù della dottrina e della pratica dello *stare decisis*.

Ma nei sistemi di *civil law*, non si può non distinguere tra i due problemi che convergono nel perseguimento del valore della certezza del diritto (che tra l'altro non è l'unico valore da perseguire). Si può replicare cioè che il modello accentrato (a preferenza di quello diffuso) è condizione necessaria (ma non sufficiente) per assicurare la certezza del diritto. Soprattutto perché la produzione del diritto, nella cultura dei sistemi di *civil law*, va ben distinta dalla interpretazione-applicazione della legge. La prima è riservata al legislatore; la seconda è affidata a tutti i soggetti attributari di poteri decisionali (ai singoli giudici e alle autorità amministrative) anche al fine di perseguire il valore della giustizia. La questione in definitiva investe la cultura stessa dei due tipi di ordinamento giuridico.

Del resto, come osserva esattamente Ferreres Comella, «la certezza del diritto non è l'unico valore da tutelare quando si organizza un sistema di giustizia costituzionale», per cui il modello accentrato presenta «vantaggi ulteriori rispetto alla giustificazione classica basata sulla certezza del diritto» (*ibidem*, 308) così bene enumerati: «collegio di esperti (...) migliore di quello formato dai giudici comuni» (*ibidem*); «dibattito sulla validità delle leggi (...) aperto alle persone che hanno una specifica controversia dinanzi a un giudice comune», nonché «alle istituzioni e alle persone che ritengono che una determinata normativa sia incostituzionale» (*ibidem*, 309) con la connessa efficacia generale della decisione di incostituzionalità della Corte che «aumenta l'importanza del dibattito processuale, rendendo necessario che la legge della cui validità si discute riceva la miglior difesa possibile» (*ibidem*, 310) (di qui anche la preferenza per un controllo "astratto"); riduzione (anche se non eliminazione) della «severità della 'obiezione democratica contro il controllo di costituzionalità» (*ibidem*, 311); ancora – e soprattutto – garanzia di «un certo livello di "attivismo" nel compito di censurare le leggi», nel senso che il tribunale costituzionale «tenderà a essere critico nei confronti di una percentuale relativamente alta di leggi che sono state impugnate» (*ibidem*, 310). Questa ultima osservazione, unitamente al fatto che soltanto al giudice costituzionale è attribuita la competenza a dichiarare incostituzionale la legge, apre già alla collaborazione dei giudici comuni nell'evitare che il giudizio di costituzionalità sia pretestuosamente e pletoricamente invocato. Non solo, ma «se si desiderava (e si continua a desiderare) un certo rigore nei confronti del legislatore, i giudici costituzionali appaiono più adeguati rispetto ai giudici comuni» anche perché possono «essere l'avanguardia di un profondo cambiamento nella cultura giuridica, che conduca l'autorità giudiziaria, nel lungo periodo, a prendere in considerazione i principi costituzionali

quando interpretano e applicano le leggi» (*ibidem*, 311). Cosa che nel nostro ordinamento è effettivamente accaduto, come è stato ben illustrato, con riferimento all'interpretazione conforme a Costituzione, nel saggio di E. LAMARQUE, *I giudici italiani*, cit., 246 ss.). Insomma, la Costituzione tende ad essere "presa sul serio" anche nella giurisprudenza comune. Ma ciò non comporta affatto che l'interpretazione conforme a Costituzione sia "riservata" al giudice costituzionale.

In sintesi, il modello accentratore, oltre al valore di una maggiore certezza del diritto (rappresentata dall'efficacia generale – *erga omnes* – e c.d. retroattiva delle decisioni di incostituzionalità) presenta ulteriori giustificazioni di pregio, e soprattutto è ben saldo nel nostro come in molti altri ordinamenti e non soltanto europei.

B) Disapplicazione della legge v. interpretazione conforme?

Tuttavia, non si può nascondere che vi siano «fattori che minano, o che possono giungere a minare, il ruolo dei tribunali costituzionali nell'esercizio del controllo delle leggi» (V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 312), anche all'interno del nostro ordinamento proprio con riferimento alla crescente diffusione della interpretazione conforme a Costituzione: «I giudici comuni, infatti, stanno diventando sempre più consapevoli del fatto che, se non hanno il potere di disapplicare le leggi a causa della loro incostituzionalità, devono tuttavia interpretarle in maniera conforme alla Costituzione». Di qui la «domanda difficile: come delineare i confini tra queste due attività (la disapplicazione e l'interpretazione conforme)?» (*ibidem*). Precisamente: «Quando una certa lettura della legge è 'possibile' e, di conseguenza, il giudice comune può accoglierla nella sua sentenza, e quando questa lettura non è 'possibile' e, pertanto, entriamo in un problema di invalidità della legge che solo il tribunale costituzionale può risolvere?» (*ibidem*, 312-313).

La risposta alla domanda è nella proposta, certamente suggestiva, di «relativizzare un po' il monopolio attribuito al tribunale costituzionale», nel senso che, «qualora esista una giurisprudenza del tribunale costituzionale da cui derivi chiaramente l'incostituzionalità di una determinata legge, il giudice comune potrebbe disapplicare tale legge per conto proprio, senza dover sollevare la questione dinanzi al tribunale costituzionale». Insomma, «se il tribunale costituzionale ha dichiarato l'invalidità di una determinata legge, il giudice comune può non prendere in considerazione, in base alla propria autorità, un'altra legge che abbia un contenuto identico o simile alla legge già invalidata» (*ibidem*, 313).

Ora a me pare una proposta acuta e accettabile, sostenibile sulla base di precise ragioni.

a) La superiorità (o condizionalità) della Costituzione sulla legislazione implica anche la interpretazione sistematica della seconda alla luce della prima.

La superiorità (o condizionalità) della Costituzione sulla legislazione *non si risolve esclusivamente in una relazione di validità-invalidità*, poiché le disposizioni normative prodotte dalle fonti diventano norme solo a seguito della interpretazione degli (attribuzione di significato agli) enunciati linguistici prodotti dal legislatore. *Se non c'è ancora la norma non si può discutere di validità-invalidità*. È la norma, non la disposizione, che può essere valida o invalida. *L'interpretazione precede logicamente la formazione della norma*. La giurisprudenza costituzionale ha inverato questo assunto con l'adozione di sentenze interpretative (di rigetto o di accoglimento della questione di costituzionalità) che (rispettivamente) salvano o colpiscono le norme, anche indipendentemente dalle disposizioni.

Esemplare, per la rappresentazione del fenomeno in generale, la sentenza n. 84 del 1996 della Corte costituzionale, secondo la quale la disposizione «costituisce il necessario veicolo di accesso della norma al giudizio della Corte, *che si svolge sulla norma* quale oggetto del raffronto con il contenuto precettivo del parametro costituzionale e rappresenta poi parimenti il tramite di ritrasferimento nell'ordinamento della valutazione così operata, a seguito di tale raffronto, dalla Corte medesima, la quale quindi *giudica su norme*, ma *pronuncia su disposizioni*» (corsivi miei). Se la disposizione è *obiectum affectum* del giudizio, la norma ne è l'*obiectum effectum*.

La precedenza logica della interpretazione rispetto alla (compiuta) formazione della norma e quindi rispetto alla applicazione di quest'ultima (che pur a sua volta la condiziona), è nitidamente colta nel saggio di M. RUOTOLO (*La Cassazione*, cit., 7) allorché, giustificando la prassi dell'interpretazione della legge in senso conforme a Costituzione, esclude che in tal modo il giudice/interprete invada il ruolo del Tribunale costituzionale: «l'interpretazione è momento distinto (anche se condizionato) da quello dell'applicazione, ponendosi come logicamente prioritario», tant'è che «l'interpretazione può prevenire l'insorgenza dell'antinomia [tra un

enunciato normativo e la norma superiore e condizionante], che dunque si avrebbe sempre, propriamente, tra norme (tra significati) e non già tra disposizioni (tra testi)» (parentesi mia). In definitiva, l'interpretazione conforme a Costituzione non può «confondersi con la disapplicazione, fenomeno quest'ultimo che presuppone appunto l'insorgenza di un'antinomia tra norme». Ne discende pianamente la giustificazione del fatto che «le Corti si rifiutano di dichiarare l'incostituzionalità di testi normativi che sono suscettibili di interpretazioni conformi a Costituzione, chiedendo anzi che siano direttamente i giudici a ricercare siffatte soluzioni ermeneutiche» (*ibidem*, 8).

Icasticamente è stato detto che «l'*incostituzionalità* della legge è il fallimento dell'interpretazione e la *dichiarazione* d'incostituzionalità è in funzione del successo dell'interpretazione» (G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 258), nel senso che «il "fallimento dell'interpretazione" si ha quando non è possibile trovare nell'ordinamento, così com'è, una norma idonea a rispondere alle aspettative costituzionali di regolazione del caso» (*ibidem*, 256-257). Poiché l'onere d'interpretazione conforme è «di tipo procedurale», «nel caso di fallimento del tentativo di interpretazione conforme, *esiste sempre un altro strumento, una diversa misura*, per rimediare alla contrapposizione dei due piani normativi eterogenei che ormai si sono dimostrati inconciliabili» (E. LAMARQUE, *I giudici*, cit., 255-256).

In sintesi, se la ragion d'essere del modello accentrato (e incidentale) di controllo di costituzionalità delle leggi sta nella maggior certezza del diritto conseguibile a traverso la generalità (effetti *erga omnes*) e la incisività (inapplicabilità in giudizio delle norme dichiarate incostituzionali), non vi è incompatibilità tra il suddetto modello e l'interpretazione conforme a Costituzione praticata (e sollecitata da parte della stessa Corte costituzionale) al fine di ottenere una normativa applicabile in giudizio che sia conforme a Costituzione, ovvero di fallire in questo tentativo e di richiedere al giudice costituzionale di saggiare la validità-invalidità (conformità-disformità) della normativa applicabile al caso. Come è stato pure ben detto «la dottrina dell'interpretazione conforme non invade la sfera di competenza della Corte costituzionale: il giudice ordinario che sceglie una determinata interpretazione della legge, al fine di assicurare la sua conformità con la Costituzione, non disapplica né dichiara invalida nessuna legge. Si limita a interpretarla, cosa che ha sempre potuto fare. La dichiarazione di incostituzionalità, che incombe esclusivamente alla Corte costituzionale, si produce solo se il giudice non riesce nel tentativo di interpretazione conforme, che è un passo precedente al giudizio di validità» (V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 316).

La interpretazione conforme non comporta, di per sé, la disapplicazione della legge, poiché, in quanto rivolta alla individuazione della norma, e spettante ad ogni giudice, è logicamente anteriore alla possibile antinomia tra norma legislativa e norma costituzionale risolubile dalla sola Corte costituzionale.

b) Il problema dei limiti della interpretazione conforme a Costituzione.

Se, come è generalmente riconosciuto, «il principio dell'interpretazione conforme a Costituzione si radica in due esigenze fondamentali dello Stato costituzionale di diritto: a) far penetrare la Costituzione in profondità nell'ordinamento; b) armonizzare due distinte sfere della legalità (quella legale e quella costituzionale), che si sono sviluppate, intrecciandosi e non risolvendosi compiutamente l'una nell'altra, a causa del passaggio dello Stato di diritto (fondato sul primato della legge) allo Stato *costituzionale* di diritto (fondato sul primato della Costituzione rigida, assistito dal sindacato di costituzionalità sulle leggi)» (M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3833) esigenze di certo non eludibili, e che giustificano pienamente il principio, si pone però il problema di stabilire se l'"interpretazione conforme", come manifestazione dell'interpretazione sistematica, non presenti caratteristiche tali da farla assorgere ad «una modalità *speciale*» (V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 316), tale da comportare caratteristiche che richiedono una specifica individuazione di limiti.

Qui sembra che le posizioni di Víctor Ferreres Comella e di Marco Ruotolo divergano. La *specialità* dell'interpretazione conforme, secondo il primo, è dovuta sia alla «discutibilità» della Costituzione («Il documento politico, alla cui luce dobbiamo leggere le leggi, si esprime di solito in un modo relativamente aperto, soprattutto nella parte relativa ai diritti e alle libertà», per cui «è molto importante determinare quale sia il significato concreto da attribuire alle disposizioni costituzionali, e quali conseguenze se ne devono trarre», e perciò «risulterà determinante stabilire chi saranno gli interpreti della Costituzione, e chi avrà l'ultima parola»: *Commento*, cit., 316), sia alla sua «rigidità» («L'interpretazione conforme rappresenta un'ipotesi peculiare [dall'interpretazione sistematica]: la norma superiore, alla quale si devono conformare per via interpretativa le norme inferiori, è molto difficile da modificare»: *Commento*, cit., 317). Il secondo, invece, sembra risolvere il problema dei limiti della "interpretazione conforme" nel «problema generale – non specifico

dell'interpretazione conforme a Costituzione – che attiene ai limiti dell'utilizzo dell'argomento sistematico e anche analogico. Se il significato ricavato dal testo non è in alcun modo compatibile con esso siamo sul piano comune dell'erronea interpretazione della legge, vizio del provvedimento giudiziario che, nel sistema italiano, può esser fatto valere davanti alla Cassazione (ponendosi semmai un problema serio, rispetto al singolo caso, quando l'erroneità è attribuibile proprio a quest'ultimo organo)» (M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 8). Il limite della stessa interpretazione conforme s'identifica insomma «con l'orizzonte di senso che il testo è in grado di esprimere» (*ibidem*), il quale peraltro «non presenta la rigidità che usualmente si intende conferirgli», poiché «la stessa valutazione sulle "possibili" interpretazioni del testo normativo è (...) condizionata da una serie di considerazioni (contesto normativo e sociale, in alcuni casi incidenza del progresso scientifico, tecnologico, ecc.) tra le quali, forse prioritariamente, l'esistenza di pregresse pronunce, specie costituzionali, che siano in grado di orientare la scelta per la soluzione ermeneutica da preferire» (*ibidem*, 9).

Ferreres Comella conviene con tale valutazione; ma *va oltre*, e formula «una proposta *de lege ferenda* (o, meglio, *de constitutione ferenda*)» tale da modificare «in parte il modello centralizzato di giustizia costituzionale, nel senso di consentire al giudice non solo 'interpretarÈ, ma anche 'disapplicarÈ e (se del caso) di 'ricostruirÈ la legge, in quei casi (eccezionali), in cui è evidente, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, quali sono i criteri che derivano dalla Costituzione» (*Commento*, cit., 319). Questo è un passaggio davvero interessantissimo e cruciale; e che mi sembra in linea di principio persino accettabile, dal momento che esso non tradisce affatto lo «spirito» del modello centralizzato, perché «chi stabilisce la dottrina che conduce a questa forma di controllo diffuso delle leggi è la Corte costituzionale, che è l'organo che, per motivi di legittimità tecnica e democratica, ha l'enorme potere di far parlare la Costituzione al fine di controllare il Parlamento. Quando tale organo ha espresso la sua posizione in modo chiaro, può essere opportuno che i giudici comuni possano estenderne le conseguenze ad altre leggi identiche o simili» (*ibidem*, 319-320).

Vediamo. Distinte in astratto tre funzioni: 1) «interpretare le leggi in conformità con la Costituzione, nella misura in cui è 'possibilÈ»; 2) «non applicare le leggi, se in contrasto con la Costituzione» [e quindi sollevare la *quaestio legitimitatis*]; 3) «'ricostruirÈ le leggi, per riparare i difetti costituzionali nei casi in cui la non applicazione pura e semplice di una legge incostituzionale comporti un'inaccettabile lacuna» (*ibidem*, 318), è pacifico che le prime due funzioni spettino al giudice comune; ma è assai problematico assegnare ad esso anche la terza funzione. Infatti, «solo il tribunale costituzionale può privare di effetti la legge e, se necessario, ricostruirla per rimediare ai suoi difetti. I giudici comuni non possono svolgere nessuna di queste funzioni. L'unica cosa che possono fare è interpretare la legge in base alla Costituzione» (*ibidem*, 319). Conseguentemente, è necessario «tracciare la linea di confine che separa la mera 'interpretazionÈ della legge, dalla sua 'disapplicazionÈ e (se del caso) 'sostituzionÈ con un'altra compatibile con la Costituzione» (*ibidem*).

Ora, nella proposta di Ferreres Comella, sembra che anche la funzione ricostruttiva possa essere assegnata al giudice comune, a condizione che essa operi *eccezionalmente*, nei casi in cui «è evidente, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, quali sono i criteri che derivano dalla Costituzione» (*ibidem*). E qui è facile obiettare, con Ruotolo, che non sempre è evidente, ed anzi è difficile sapere, quando una giurisprudenza costituzionale in una determinata materia sia chiara ed indiscutibile.

Prendiamo ad esempio le due vicende giurisprudenziali, esaminate da Ruotolo, relative all'«interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere, alla luce del criterio del minore sacrificio necessario della libertà personale» (*La Cassazione*, cit., 14-15).

Il principio costituzionale del *minore sacrificio necessario* della libertà personale, desumibile dall'art. 13 al. Cost., affermato dalla Corte costituzionale con riferimento alla disciplina della custodia cautelare (sent. n. 299 del 2005), implica «il contenimento della compressione della libertà personale dell'indagato o dell'imputato entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari riconoscibili nel caso concreto» (M. RUOTOLO, *ibidem*, 15), con la conseguenza che «in linea generale (...) il sistema cautelare non dovrebbe prevedere automatismi né presunzioni, dovendo le condizioni e i presupposti per l'applicazione della misura custodiale essere apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta» (*ibidem*). Tale principio costituzionale del minore sacrificio necessario della libertà personale «deve orientare il giudice nell'interpretazione dei disposti legislativi, potendo ovviamente anche assorgere a "parametro" nel giudizio di legittimità costituzionale ove dal testo non sia possibile (*rectius*: sia difficile, improbabile) ricavare una soluzione ad esso conforme» (*ibidem*, 16). Ciò vale «sia per la disciplina relativa alle modalità di "scelta" della misura cautelare necessaria e dei relativi limiti sia per quella riguardante il computo dei termini massimi della custodia cautelare» (*ibidem*).

La tormentata vicenda della «*questione del calcolo della durata massima dei termini di fase di custodia cautelare*» che ha diviso (e contrapposto) Corte costituzionale e Corte di Cassazione (riassunta da M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 16 ss.) ha finito per risolversi con una sentenza additiva (n. 299 del 2005) nella quale il giudice costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 303, comma 2, cod. proc. pen. «nella parte in cui non consente di computare ai fini dei termini massimi di fase determinati dall'art. 304, comma 6, dello stesso codice, i periodi di custodia cautelare sofferti in fasi o in gradi diversi dalla fase o dal grado in cui il procedimento è regredito». A fronte dell'indirizzo delle Sezioni Unite della Cassazione ritenuto «ormai consolidato, si da costituire diritto vivente, rispetto al quale non sono più proponibili decisioni interpretative» (che la Corte costituzionale aveva invece in precedenza “suggerito” alla Cassazione) il giudice costituzionale perviene alla decisione di incostituzionalità affermando che «la tutela della libertà personale che si realizza attraverso i limiti massimi di custodia voluti dall'art. 13, quinto comma, Cost. è (...) un valore unitario e indivisibile, che non può subire deroghe o eccezioni riferite a particolari e contingenti vicende processuali, ovvero desunte da una ricostruzione dell'attuale sistema processuale che non consenta di tenere conto, ai fini della garanzia del termine massimo finale di fase, dei periodi di custodia cautelare ‘comunque sofferti nel corso del procedimento». In altri termini la Corte costituzionale, sulla base di un'interpretazione conforme che aveva adottato e “suggerito” al giudice comune (come interpretazione “costituzionalmente obbligata”) in una sentenza interpretativa di rigetto (n. 292 del 1998) [e che, di fronte a significative oscillazioni giurisprudenziali, era stata “rifiutata” dalla Corte di Cassazione a sezioni unite che aveva “richiesto” invece nel 2002 alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 303 cpv. cod. proc. pen.] decide finalmente di prendere atto che, formatosi un diritto vivente contrario alla possibile (e dovuta) interpretazione conforme, non resta che dichiarare l'incostituzionalità della legge. In sintesi, secondo Ruotolo, «se prima i giudici comuni e poi perfino le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto che l'interpretazione conforme a Costituzione di un testo normativo restasse difficile, improbabile, anche se specificamente “proposta” dalla Corte costituzionale, quest'ultima non doveva che prenderne atto e, nella prospettiva dell'effettività della tutela, dichiarare illegittima la diversa soluzione ermeneutica affermata nella prassi giurisprudenziale ovvero, come nella specie, dichiarare l'incostituzionalità della omessa previsione della regola volta ad assicurare il minore sacrificio necessario della libertà personale. Anche se la stessa Corte costituzionale aveva originariamente ritenuto che quella regola fosse comunque ricavabile dal testo per via di interpretazione» (*La Cassazione*, cit., 21).

È esatto pertanto ritenere che «la vicenda dimostri esemplarmente come, in mancanza di “collaborazione” (condivisione della proposta ermeneutica), la Corte costituzionale debba “imporre” la soluzione conforme a Costituzione, assicurando con lo strumento “vincolante” dell'accoglimento della questione la tutela effettiva e stabile del diritto, evitando così che questo sia esposto ad una applicazione giudiziale incerta e contraddittoria» (*ibidem*). Si può anche dire, allora, che in questa vicenda sia stata la Corte costituzionale ad essere «andata oltre i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione, insistendo affinché i giudici interpretassero il disposto normativo in un modo da loro ritenuto evidentemente improbabile, difficile, se non impossibile (per la presunta irresistibile resistenza del testo alla lettura suggerita dal giudice delle leggi)» (*ibidem*, 30).

Come si vede, i limiti, sia pure mobili, dell'interpretazione conforme non riguardano soltanto il potere di praticarla da parte dei giudici comuni, bensì la stessa Corte costituzionale.

L'altra vicenda esaminata da Ruotolo attiene invece ai limiti dell'interpretazione conforme praticata dai giudici comuni e soprattutto dalla Corte di Cassazione.

Si tratta delle «*presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per taluni delitti di particolare allarme sociale*» (M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 22 ss.). Il principio che presiede alla materia è sempre quello «secondo il quale il sistema cautelare deve informarsi al criterio del “minore sacrificio necessario”, che (...) porta a considerare la carcerazione preventiva come soluzione estrema, da praticare soltanto quando le “altre opzioni disponibili si rivelino insufficienti”» (*ibidem*). Le deroghe al su detto principio sono rappresentate dalle c.d. presunzioni assolute di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere (automatismo della misura, «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari») previste dall'art. 275, comma 3, secondo e terzo periodo, del cod. proc. pen., con riferimento alla sussistenza di «gravi indizi di colpevolezza» in ordine ad una serie di delitti.

La Corte costituzionale ha riaffermato il principio del minore sacrificio necessario dichiarando incostituzionale la disposizione codicistica con riferimento ad una serie specifica di delitti (tra i quali la violenza sessuale e gli atti sessuali con minorenne) «nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistano gravi indizi di colpevolezza (...) è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai

quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – *non fa salva*, altresì, *l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure*» (sent. n. 265 del 2010), secondo una formula ripetuta anche in decisioni relative ad altri delitti (sentt. n. 164 e 231 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 del 2013). La *ratio decidendi* è manifestamente la seguente: «la disciplina delle misure cautelari deve essere ispirata al criterio del “minore sacrificio necessario”; la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto» (M. RUOTOLO, *ibidem*, 24), sulla base del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13 al. Cost.) e della presunzione di non colpevolezza (art. 27 cpv. Cost.).

Secondo l'acuta ricostruzione di Ruotolo, «ferma restando la struttura additiva delle richiamate decisioni, queste producono un effetto “sostitutivo”, essendo le disposizioni [*rectius*: i diversi combinati disposti] dichiarate incostituzionali in quanto prevedono una presunzione “assoluta” di adeguatezza della custodia cautelare in carcere *anziché* una presunzione “relativa”, tale da implicare l'obbligo in capo al giudice di valutare, quando sussistano gravi indizi di colpevolezza, se siano stati acquisiti elementi specifici dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure» (*ibidem*, 25). Ora, poiché altre fattispecie di reato richiamate dall'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. (tra le quali la violenza sessuale di gruppo) non sono state scrutinate dalla Corte, «potrebbero i giudici», indipendentemente da eventuali, probabili, successive dichiarazioni di incostituzionalità, «direttamente interpretare la disciplina vigente nel senso dell'esclusione dell'operatività della presunzione assoluta?» (*ibidem*).

Qui, è difficile negare che la giurisprudenza costituzionale sia sufficientemente chiara ed univoca. Difatti la Corte di Cassazione (sent. n. 4377 del 2012) si è pronunciata a favore di questa possibilità, con riferimento alla violenza sessuale di gruppo, poiché dalla sentenza n. 265 del 2010 (relativa, tra l'altro, ai reati di violenza sessuale e di atti sessuali con minorenne) emerge «l'esistenza di *principi interpretativi direttamente applicabili* all'art. 275, terzo comma, cod. proc. pen. nella parte in cui disciplina il regime cautelare applicabile a persone raggiunte da gravi indizi di reato ex art. 609-*octies* cod. pen.» il quale presenta «caratteristiche essenziali non difformi» da quelle individuate per i reati sessuali di cui gli artt. 609-*bis* e 609-*quater* cod. pen. (rispettivamente, violenza sessuale e atti sessuali con minorenne). La conclusione, secondo la Cassazione, è nel senso che «nel caso in esame 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* cod. pen.».

La soluzione è criticata da Ruotolo, il quale, indipendentemente da diverse e contrapposte “letture” della decisione della Cassazione (alcune adesive, altre critiche, indicate nelle note 39-41 di p. 27), svolge un sottile ragionamento per asserire che «la Corte di Cassazione ha qui oltrepassato i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione» (*ibidem*, 27). Per quale ragione il giudice comune avrebbe sorpassato, nella presente vicenda, i confini dell'interpretazione conforme a Costituzione? La risposta di Ruotolo è acuta: «Non però in quanto non potesse in astratto estendere il principio enucleato dalla Corte costituzionale con riferimento a fattispecie non regolate, ma *perché nella specie mancava quest'ultimo presupposto*, ossia l'assenza di una “norma giuridica positiva e vigente atta a qualificare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere”» (*ibidem*, corsivo mio; e ivi citato L. CAIANI, *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, 1958, 349). E infatti «quella norma c'è ed impone una presunzione “assoluta” senza contemplare l'eccezione relativa all'ipotesi in cui siano “acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure [diverse dal carcere]”» (M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 27-28). Dal canto suo, nelle diverse decisioni, in precedenza ricordate, «la Corte costituzionale per introdurre l'eccezione ha fatto ricorso ad una sentenza formalmente “additiva”», ma sostanzialmente sostitutiva «imponendo, di fatto, la presunzione “relativa” in luogo di quella “assoluta”», incidendo «su una fattispecie regolata, regolandola diversamente, e non già su una situazione all'origine non disciplinata» (*ibidem*, 28). Se non che, «nei casi non compresi nelle specifiche decisioni costituzionali la statuizione positiva (la custodia carceraria “è applicata”) resta, facendo mancare il presupposto per l'applicazione dell'analogia. Se, diversamente, la lacuna [«creata e al contempo colmata dalla Corte costituzionale con riferimento alle singole fattispecie scrutinate»] vi fosse stata *ab origine*, questa, permanendo nel sistema, si sarebbe prestata ad essere colmata utilizzando direttamente, anche per altri casi analoghi, l'addizione introdotta dalla Corte costituzionale. Salvo a ritenere, ovviamente, che la lacuna “creata” dalla Corte trascenda lo specifico caso e si presti ad essere trattata alla stregua di una lacuna presente *ab origine* nel sistema. Ma si tratterebbe, a quel punto, di estendere in via analogica, ancor prima che l'addizione operata dalla Corte, la stessa lacuna da quest'ultima “creata”!» (*ibidem*, 28-29).

A questa indubbiamente ingegnosa ricostruzione della vicenda, è possibile, peraltro, muovere alcune obiezioni.

α) Anzitutto occorre distinguere l'interpretazione conforme – che resta *interpretazione* sistematica e, nella specie, dissociativa – dall'integrazione analogica che presuppone, questa sì, l'assenza di «una norma giuridica positiva e vigente atta a qualificare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere» (L. CAIANI, *Analogia*, cit., 349). L'interpretazione sistematica (nella specie rivolta ad adeguare la disposizione legislativa al principio costituzionale, anche oltre il c.d. limite letterale dell'enunciato legislativo) essendo rivolta propriamente a determinare il significato dell'enunciato, ossia *la norma* applicabile al caso, si muove in una dimensione che Gaetano Carcaterra definisce “preanalogica” e che nella sua portata estensiva o restrittiva non presuppone affatto alcuna lacuna, ma consiste proprio nell'attribuzione di senso alla disposizione vigente. Si pensi, *per incidens*, all'uso che la giurisprudenza prevalente fa dell'interpretazione estensiva (distinguendola dall'analogia) per superare il divieto di estensione analogica delle norme penali.

β) In secondo luogo, proprio perché le sentenze di accoglimento sostitutivo, come esattamente avverte Ruotolo (*ibidem*, 28), «equivalgono sempre ad un accoglimento parziale accompagnato da addizione», esse producono *anzitutto l'incostituzionalità della singola disposizione, ma nella specie per violazione di un principio costituzionale, tal che la norma da essa desumibile non c'è più, ma perché retta da un diverso principio ormai espunto dall'ordinamento*. In altri termini, la regola che impone in qualsiasi caso una presunzione “assoluta” in luogo di quella “relativa” è espunta dall'ordinamento. È possibile “leggere”, sotto questo aspetto, le diverse sentenze additive prima ricordate come altrettante *additive di principio* (ma sarebbe stata sufficiente anche una sola!), secondo le quali il principio delle c.d. presunzioni assolute nella sua portata omnicomprensiva («specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati») è ormai espunto dall'ordinamento e sostituito dal principio (o corollario) delle c.d. presunzioni relative che richiede sempre, in tutti i casi, l'acquisizione di «elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

γ) In terzo luogo, se il nuovo principio (o corollario) costituzionale è quello affermato dalla Corte, la disposizione dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. va interpretato, in ogni sua articolazione e combinazione con altre disposizioni, in modo coerente con il principio medesimo, indipendentemente da eventuali, successive e dotate di alto grado di probabilità, decisioni costituzionali additive con riferimento alle altre disposizioni vertenti su fattispecie criminose ivi disciplinate e ancora non scrutinate.

Va riconosciuto peraltro che, a fini di certezza e di efficacia generale, la Corte costituzionale possa espressamente limitare l'utilizzo dell'interpretazione conforme, com'è precisamente accaduto nella vicenda, con la sentenza n. 110 del 2012 (successiva a quella della Cassazione sulla violenza sessuale di gruppo) secondo la quale «le parziali declaratorie di illegittimità costituzionale della norma impugnata [l'art. 275, comma 3, cod. proc. pen.] 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». Ma se è verissima ed ovvia quest'ultima affermazione, non è affatto scontato che i giudici comuni seguano l'indirizzo della Corte costituzionale piuttosto che quello della Cassazione (come ha fatto il Tribunale di Salerno che ha ritenuto «non più possibile una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 275 cod. proc. pen. (...) per sostenere un presunzione relativa di adeguatezza del solo carcere», ricordato da Ruotolo: *ibidem*, 30). È significativo notare come la sentenza n. 110 del 2012 rappresenti sì, nella specie, una inversione di tendenza rispetto alla richiesta al giudice comune di praticare l'interpretazione conforme; ma che, per le stesse ragioni per le quali la Corte costituzionale non poteva imporre al giudice comune (e alla Cassazione in particolare) la propria interpretazione di una disposizione legislativa come interpretazione obbligata, essa non può impedire che quest'ultimo possa praticare, come che sia, l'interpretazione conforme. La Corte, non essendo una giurisdizione d'interpretazione, non può neppure svolgere una funzione nomofilattica, o, ancor meno, di indirizzo *sulla* interpretazione.

È certo però che sia sempre la Corte costituzionale (ma in sede di giudizio di costituzionalità) a pronunciare l'ultima parola. Come nella vicenda del conflitto con la Cassazione sulla questione del calcolo della durata massima dei termini di fase di custodia cautelare la partita si è chiusa con una pronuncia additiva, in luogo della possibile interpretazione conforme non praticata dal giudice comune, così nella vicenda delle c.d. presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere la affermazione del principio delle

c.d. presunzioni relative si affermerà definitivamente e a tutto campo con probabilissime pronunce additive, indipendentemente dall'uso giudiziario (corretto o scorretto che sia) dell'interpretazione conforme.

Ciò significa che l'*interpretazione conforme giudiziaria* rappresenta un primo (ineludibile) *passo* verso l'applicazione a tutto campo delle norme e dei principi costituzionali, ma *non una preclusione all'intervento della Corte costituzionale* in sede di controllo sulla validità-invalidità della legge. Tutto sta nella prudente valutazione della Corte medesima circa il "presunto" obbligo per il giudice comune di praticare l'interpretazione conforme.

c) Un interludio: sul preteso limite testuale alla interpretazione conforme.

Tra i limiti dell'applicazione conforme – è risaputo (v. indicazioni in M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 26-27 nota 38) – vi sarebbe il c.d. limite testuale delle disposizioni legislative. Un limite che però può essere superato – come è altrettanto noto – in virtù di argomenti interpretativi ispirati in generale alla c.d. intenzione del legislatore (e quindi alla *ratio legis*) che l'art. 12 disp. prel. affianca e, in ogni senso, contrappone al criterio della interpretazione letterale. Perciò – a me pare – è insostenibile la tesi (meglio la dottrina) che l'interpretazione conforme, in quanto tale, dovrebbe incontrare il limite dell'interpretazione testuale o letterale. Si noti che la stessa c.d. interpretazione sistematica è variamente modulabile: è sistematica sia l'interpretazione endo-testuale (praticabile all'interno dello stesso testo, come suggerisce l'art. 12 al. disp. prel.), sia l'interpretazione inter-testuale (tra diversi testi normativi), sia l'interpretazione condizionata dalla superiorità (condizionalità) del testo costituzionale, come si è già detto (*supra* § 2).

L'interpretazione conforme – in quanto tale – appartiene a quest'ultima categoria ed è per ciò stesso un'interpretazione intertestuale, in cui i testi da confrontare ed eventualmente da adeguare sono costituiti da disposizioni condizionanti e condizionate. Ne discende – pianamente – che la disposizione condizionata (quanto alla validità) dalla condizionante è altresì, prima ancora, condizionata (quanto all'interpretazione) dalla medesima, così che *la norma risulta dalla necessaria interpretazione congiunta di ambe le disposizioni*. Dopo la interpretazione conforme da due (o più) disposizioni risulta una sola norma (o normativa, che dir si voglia).

In generale non ha alcun senso sostenere che l'interpretazione conforme sia limitata dalla c.d. interpretazione letterale: tanto varrebbe negare, in teoria generale, ogni interpretazione dissociativa, estensiva o restrittiva, delle disposizioni legislative. E non si capisce mai perché ciò che non può valere per la normale interpretazione dei testi legislativi, debba valere invece per l'interpretazione conforme.

La norma giuridica è sempre quella che risulta *post interpretationem*; e quindi *anche dopo aver praticato l'interpretazione conforme*: la norma legislativa è quella che risulta dall'interpretazione della disposizione alla luce della disposizione (o del principio) costituzionale.

Tra i limiti dell'interpretazione conforme non potrà mai dunque 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: l'interpretazione *tutto considerato*; e in questo "tutto" ovviamente è ricompresa la norma (o il principio) costituzionale.

Di qui non si esce. La norma giuridica applicabile al caso concreto è quella che risulta dalla *duplex interpretatio* della disposizione legislativa e della disposizione costituzionale e che *solo successivamente* potrà eventualmente, in caso di antinomia, essere sottoposta al controllo di conformità del tribunale costituzionale. Se l'interpretazione conforme, ossia la produzione di una sola norma o normativa che risulta dalla *duplex interpretatio* risulta possibile, allora non si avranno più due norme in contrasto suscettibili di essere confrontate al fine di eliminazione della norma condizionata. Ora occorre però rilevare, come ha fatto G. SORRENTI, *La Corte*, cit., 70, che «sebbene si sia assistiti ad una fase in cui sembrava che il criterio di interpretazione conforme a Costituzione venisse inteso come un *deus ex machina*, capace di giustificare adeguamenti manipolativi della legge, oggi la stessa giurisprudenza costituzionale pare ferma nell'affermare *il vincolo al testo come limite del canone stesso*» (corsivo mio). Delle tre citate decisioni (n. 219 del 2008; n. 26 del 2010, n. 110 del 2012) portate ad esempio di questa controtendenza, a me pare che sia particolarmente significativa ed esatta nella sua esplicita affermazione la seconda, per la quale «l'univoco tenore della norma [*rectius*: della disposizione] segna il confine in presenza del quale il tentativo di interpretazione deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»: appunto *l'univoco tenore*, ossia la concordanza degli interpreti sul significato della disposizione, univocità che è frutto e non presupposto dell'interpretazione. E se tale "univocità" è raggiunta, *post interpretationem*, è ovvio che non resti che affidarsi al sindacato di costituzionalità. In questo senso, leggerei anche le altre decisioni, le quali, più sbrigativamente, parlano di «let-

tera della disposizione *sub iudice*» (sent. n. 219 del 2008) o di «lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione costituzionalmente conforme» e che «non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre» (sent. n. 110 del 2012). Insomma la «lettera» della disposizione rimane pur sempre *obiectum affectum* della interpretazione – e non può essere valicata, nel senso che non se ne può prescindere – ma *obiectum effectum* dell'interpretazione è la norma, necessariamente la norma, che si ottiene *post interpretationem* (anche «conforme»).

Ciò non significa che il giudice costituzionale non possa raccomandare al giudice comune di usare con parsimonia la tecnica della interpretazione conforme, non possa cioè guidarlo nella sua opera interpretativa; ma anche questa raccomandazione può non essere seguita dal giudice comune, anche perché è la stessa Corte costituzionale che lo invita (se non obbliga) a tentare l'interpretazione conforme.

Non riesco pertanto a leggere in queste decisioni una vera e propria controtendenza nella giurisprudenza costituzionale, ma, tutt'al più, l'affermazione che esista, all'interno del modello centralizzato del controllo di costituzionalità, una «linea di confine che separa la mera «interpretazione» della legge, dalla sua «disapplicazione» e (se del caso) «sostituzione con un'altra compatibile con la Costituzione» (V. FERRERES COMELLA, *Commento*, cit., 319). Quest'ultima funzione è riservata alla Corte costituzionale.

d) Quale limite per l'interpretazione conforme?

Da questo punto di vista si spiega perfettamente l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale volto a sollecitare il giudice comune all'opera di collaborazione interpretativa (parla, con felice formula sintetica, di un sindacato «accentrato collaborativo» E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, e *passim*), adottando tutti i possibili argomenti ermeneutici, prima di sollevare la questione di costituzionalità. Il vero limite è rappresentato dalla impossibilità (e io direi piuttosto dalla «improbabilità-difficoltà») riconosciuta al giudice di interpretare le disposizioni legislative in modo conforme alle norme costituzionali. È stato in proposito asserito che «per quanto i significati normativi di una disposizione di legge possano essere «adeguati» alla Costituzione, l'opera di «adeguamento» non può essere condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che ci fosse» (M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme»*, in *www.federalismi.it*, V, 2007, § 5.1., il quale anzi soggiunge, nello scritto più recente *Funzioni e responsabilità*, cit., 3833-3834 – ma questo costituisce un altro problema – che «è accaduto, però, che il principio [dell'interpretazione conforme] sia stato applicato in forma via via più rigida: la Corte costituzionale ha addirittura dichiarato l'inammissibilità (manifesta!) delle *quaestiones de legitimitate* che il giudice remittente aveva sollevato senza esperire sino in fondo la possibilità di una lettura delle disposizioni censurate tale da postularne l'armonia con le norme costituzionali. Ne è conseguito che i giudici comuni, per evitare il rischio dello «schiaffo» della declaratoria di inammissibilità, sono stati indotti a leggere nelle disposizioni da applicare anche quel che non c'era, purché la Costituzione avesse voluto che vi fosse». (Cfr. pure, per l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale sul punto, E. LAMARQUE, *I giudici italiani*, cit., 246 ss., la quale pone in evidenza il passaggio dall'«invito rivolto all'autorità giudiziaria a servirsi *anche* della Costituzione, oltre che della legge, per risolvere le concrete controversie, semplicemente interpretando la seconda alla luce della prima» ad «un vero e proprio *obbligo* per ogni organo giudicante»).

Ora si può convenire con una simile asserzione, a patto però di riconoscere che il giudizio sull'esistenza o inesistenza di un significato normativo ricavabile da (o proponibile per) una disposizione o per un complesso di disposizioni è un giudizio riservato al giudice (a tutti i singoli giudici) e frutto della sua ineludibile opera interpretativa. In altri termini va ribadito con forza che non esistono significati normativi, o norme, prima dell'interpretazione. Se *obiectum affectum* dell'interpretazione sono bensì le disposizioni, gli enunciati linguistici emessi dal legislatore, *obiectum effectum* dell'interpretazione sono appunto i significati normativi, ossia le norme. Da disposizioni apparentemente univoche o chiare, e comunque sia necessariamente vaghe, sono deducibili, o meglio sono per esse proponibili, significati univoci o facilmente applicabili a determinati casi concreti non in virtù di una pretesa univocità o chiarezza o precisione che si troverebbe a monte dell'enunciato o dentro l'enunciato medesimo, ma proprio (e solo) perché l'opera interpretativa sia concorde nel riconoscere come *possibile e praticabile una ed una stessa interpretazione*, ossia ove la maggioranza degli interpreti e, al limite, tutti gli interpreti non dissentano da codesta interpretazione. Non si può dire quindi – *a priori* – se una sola possibilità interpretativa sia o non deducibile da (o proponibile per) una disposizione o da (per) un complesso di disposizione (se c'è o se non c'è). In altri termini, non si interpretano

mai norme, bensì enunciati linguistici suscettibili di interpretazioni potenzialmente molteplici che possono – al limite – ridursi ad una sola possibilità interpretativa.

Non si può dire allora che il superamento di un preteso limite letterale o testuale (fondato, a quanto pare, sull'esatta *distinzione*, ma non già *separazione*, dell'attività di interpretazione da quella della normazione, la quale consiste però nella produzione di atti-testi normativi dall'interpretazione dei quali sono propriamente desumibili e proponibili le norme) comporti *di per sé*: a) «la rottura della legalità legale, che non viene più semplicemente modellata (come si dovrebbe) dalla legalità costituzionale, ma è da questa interamente sostituita»; b) «se il limite è superato dal giudice comune, la sua sostituzione al giudice costituzionale, con la cancellazione dell'incidentalità e il sacrificio del controllo accentratore in favore di un controllo para-diffuso di costituzionalità»; c) ovvero «se il limite è superato dal giudice costituzionale, la cancellazione del principio dell'annullamento della legge illegittima, che l'art. 136 della Costituzione impone anche a fini di certezza e di estensione (*erga omnes*) della pronuncia della Corte» (M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche*, cit., 5.1.). È agevole replicare: ad a) che, se è pur vero che la legalità legale va distinta dalla legalità (meglio: legittimità) costituzionale, è altrettanto vero che la modulazione della prima sulla seconda non è affatto "riservata" al giudice costituzionale perché rientra proprio, a pieno titolo, nel metodo ermeneutico dell'interpretazione conforme; a b) che non vi è sostituzione del giudice comune al giudice costituzionale, per la semplice ragione che l'interpretazione conforme del giudice comune non priva del medesimo potere il giudice costituzionale; né vi è cancellazione dell'incidentalità, e sacrificio del controllo accentratore, perché al solo giudice costituzionale spetta il potere di dichiarare l'incostituzionalità della legge (*post-interpretationem*); a c) per la medesima ragione appena ricordata.

In altri termini, operando nel senso dell'applicazione del canone dell'interpretazione conforme, il giudice comune non si sostituisce affatto al giudice costituzionale, ma esercita il suo potere interpretativo che non può non comprendere l'interpretazione della legge alla luce della Costituzione. D'altra parte, l'interpretazione che la Corte propone per la legge – come è confermato dagli empirici riscontri della giurisprudenza – non vincola affatto il giudice comune, neppure sotto l'aspetto (nel lato) del confronto con l'interpretazione delle disposizioni costituzionali. Ne consegue che la incidentalità del giudizio costituzionale non è affatto "cancellata", per la semplice ragione che un giudizio costituzionale non è stato (ancora) introdotto, trattandosi di verificare le condizioni della sua instaurazione. Né si può dire che con ciò si sia introdotto un controllo para-diffuso di costituzionalità, perché il giudice comune, nell'interpretare la legge in modo conforme a Costituzione, confronta i due rispettivi enunciati, prima ancora (e ai fini) di fissare (dedurre o proporre) la norma (di legge) sulla quale soltanto può vertere il vero e proprio controllo (accentratore) di costituzionalità. Tanto meno poi si vanifica il principio dell'annullamento delle leggi illegittime ad opera della Corte costituzionale, poiché il giudice comune non può né disapplicare né, ancor meno, annullare le norme legislative illegittime, spettando il relativo potere alla (sola) Corte costituzionale, anche appunto (o soprattutto) a fini di certezza e di estensione *erga omnes* degli effetti.

Operando nel senso della interpretazione conforme, il singolo giudice comune desume dalla (o propone per la) disposizione di legge una norma che ritiene non-incostituzionale e non ha ragione quindi di sollevare la *quaestio*, mentre è soltanto una diversa interpretazione seguita o proposta da altri giudici e consolidata nel c.d. "diritto vivente" che, offrendo così una normativa di dubbia costituzionalità, richiede, a fini di certezza e con efficacia *erga omnes*, in ultima istanza, la dichiarazione di incostituzionalità.

In concreto, quando è superato il limite dell'interpretazione conforme? La risposta è agevole: quando non è (ossia non si reputa) possibile desumere da (o proporre per) un testo legislativo una norma conforme a Costituzione e, al tempo stesso, si omette di sollevare davanti alla Corte la questione di costituzionalità. In altri termini, quando si applica una norma di dubbia (improbabile) costituzionalità e non quando si riesce a desumere da (o proporre per) un testo legislativo in combinazione con la norma o le norme costituzionali una normativa che, per ciò stesso, non è costituzionalmente inadeguata (in base a questo assunto, M. RUOTOLO, *La Cassazione*, cit., 12 s., sostiene, acutamente, che quando «in gioco è un diritto costituzionalmente garantito, (...) l'obiettivo della critica [alla pratica della interpretazione conforme] (...) debba essere, prioritariamente, non già l'interpretazione conforme a Costituzione ma la mancata interpretazione conforme non accompagnata da sollevazione di questione di costituzionalità» poiché «se (...) il giudice non ritiene possibile l'interpretazione conforme e non solleva la questione di costituzionalità, la tutela del diritto in generale e nel caso specifico sarà sacrificata». Ma allora si tratta di «un problema che non riguarda l'interpretazione conforme a Costituzione, semmai (...) il suo mancato uso non accompagnato dalla sollevazione della questione di costituzionalità»). Se poi altri giudici dissentono, non riuscendo nell'operazione di conformazione o di adeguamento, ad essi spetterà di sollevare la *quaestio* e offrire alla Corte l'opportunità per una decisione,

la quale sarà necessariamente risolutiva soltanto nel caso in cui la Corte si pronunci per l'incostituzionalità. Se si riflette sul serio su quest'ultimo punto, ci si avvede che non sempre (ma solo eventualmente) la pronuncia costituzionale riesce a soddisfare quei requisiti di certezza e di efficacia generale che gli avversari della tesi della interpretazione conforme adducono a sostegno della propria tesi!

Il vero è che il nostro sistema di giustizia costituzionale non offre alternative: o il giudice comune riesce nell'opera di interpretazione conforme, e allora la normativa di legge è applicabile; o non riesce e allora è (solo) possibile che la Corte la dichiari incostituzionale. Non si può tralasciare di osservare che il nostro ordinamento – a differenza di altri – è ispirato ad un principio di *presunzione di legittimità costituzionale della legislazione* e non offre la possibilità di un ricorso diretto dei cittadini alla Corte costituzionale. La mediazione del giudice comune è, pertanto, non solo necessaria e imprescindibile, ma, proprio per questo, in essa è ricompresa – *naturaliter* – la possibilità di interpretare la legge in modo costituzionalmente adeguato.

Nessun limite dunque all'interpretazione conforme, purché si tratti di vera e propria interpretazione conforme (estensiva o restrittiva che sia). Il problema sorge se l'estensione del dettato legislativo avvenga applicando il principio generale di analogia. È possibile cioè *estendere per analogia* la disciplina legislativa di fattispecie ad altre fattispecie per renderla conforme a Costituzione?

In realtà, come ha avvertito acutamente Marco Ruotolo, se le altre fattispecie sono altrimenti disciplinate (da altra disposizione legislativa) non si ha neppure propriamente estensione analogica (perché il principio generale analogico, che è norma costitutiva integrativa, presuppone che la fattispecie non sia disciplinata), e si avrebbe, inammissibilmente, disapplicazione della disposizione legislativa vigente. Ma, se le fattispecie non sono disciplinate da altra norma, si potrebbe applicare l'*argumentum e contrario*, e ritenerle, pertanto "negativamente" disciplinate; o invece è corretto, applicando il procedimento analogico, ritenerle comprese nella disciplina vigente per renderla conforme a Costituzione? A me pare che, in questa ipotesi, il procedimento analogico sia senz'altro praticabile (anzi sia dovuto) da parte del giudice comune, indipendentemente da una qualsiasi pronuncia in merito della Corte costituzionale. Non si avrebbe in questa ipotesi propriamente interpretazione conforme, bensì, per così dire, *analogia* (per rendere) *conforme* a Costituzione che estende ad altre fattispecie simili una disciplina espressa che verte limitatamente su determinate fattispecie.

Quid, se invece le altre fattispecie sono puntualmente disciplinate da disposizioni legislative? È ancora possibile che il giudice comune disapplichi la disciplina per esse vigente in quanto incompatibile con norme e principi costituzionali? La risposta negativa, in linea generale, si impone.

Occorre però avvertire che, perfino in questa ultima ipotesi – ma ad una precisa condizione – sarebbe possibile che il giudice comune (ricorrendo qui all'"interpretazione conforme" e non all'analogia) disapplichi la disciplina vigente. E *la condizione* è rappresentata da una *pregressa decisione di accoglimento* della Corte costituzionale che abbia dichiarato incostituzionali *discipline simili* alla disciplina vigente, sulla base di un principio costituzionale (o, meglio, di un complesso di principi) individuato ed enunciato con chiarezza (nell'esempio esaminato da Marco Ruotolo, il principio della presunzione *relativa*, e non assoluta, di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, desunto dalla considerazione esplicita che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali» e che «in particolare, l'inadeguatezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»). Per un altro esempio, si pensi che la Corte stessa, sulla base di sue precedenti decisioni d'incostituzionalità – sentt. n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004 – ha affermato che «risulta ormai presente nella disciplina sulle misure di sicurezza il principio secondo il quale si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale» ed ha pertanto dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 219 c.p., censurato, in riferimento agli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui non consente al giudice, nei casi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in casa di cura e di custodia, una diversa misura di sicurezza, idonea ad assicurare adeguate cure all'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale: sent. n. 208 del 2009).

In questo ordine di idee – io credo – si deve apprezzare la proposta di Ferreres Comella «che consiste nel relativizzare un po' il monopolio attribuito al tribunale costituzionale» – superando una impossibile rigorosa linea di demarcazione tra produzione normativa e interpretazione, e quindi tra interpretazione (a tutto campo) e disapplicazione – nel preciso senso che, «qualora esista una giurisprudenza del tribunale

costituzionale da cui derivi chiaramente l'incostituzionalità di una determinata legge, il giudice comune potrebbe disapplicare tale legge per conto proprio, senza dover sollevare la questione dinanzi al tribunale costituzionale» (corsivo mio); con la conseguenza che, «se il tribunale costituzionale ha dichiarato l'invalidità di una determinata legge, il giudice comune può *non prendere in considerazione*, in base alla propria autorità, *un'altra legge* che abbia un *contenuto identico o simile* alla legge già invalidata» (p. 313) (corsivi miei).

Si spiega allora come, una volta accettata la proposta "flessibilizzatrice", anche la questione dibattuta da Ruotolo della modifica, da parte della Corte, della presunzione assoluta, sancita dalla legge, a favore dell'adozione della misura di custodia cautelare in carcere per le persone accusate di specifici delitti previsti dalla legge, potrebbe ricevere una soluzione tale da consentire al giudice comune di *estendere* ad altri delitti simili (in quanto sottoposti alla stessa presunzione assoluta), sui quali la Corte non è espressamente intervenuta, *la esclusione della presunzione assoluta* a favore della misura di custodia cautelare in carcere. Solo se non si dovesse sapere «esattamente che cosa hanno in comune i delitti ai quali la Corte costituzionale ha applicato la sua strategia neutralizzatrice della presunzione assoluta (...) dovrebbe essere la Corte costituzionale a estendere gli effetti della sua giurisprudenza, senza che i giudici comuni possano farlo da soli» (p. 321).

Qui l'analogia non riguarda tanto la *somiglianza rilevante* tra le discipline dei vari delitti, specificamente presi o non in considerazione della Corte, bensì riguarda in primo luogo l'identificazione della *ratio decidendi* della o delle decisioni d'incostituzionalità (nel che consiste la *rilevanza* della somiglianza delle fattispecie delittuose e la sua possibile estensione ed applicazione alle fattispecie non censurate). E ciò a me sembra rientri, anche indipendentemente dall'auspicata "flessibilizzazione" del modello accentrato del sindacato di costituzionalità, nel potere interpretativo-adequativo alla Costituzione del giudice comune.

4. Il "fallimento" della interpretazione conforme della Corte nelle decisioni interpretative di rigetto e la richiesta di "positivo convincimento" da parte del giudice sull'incostituzionalità della legge.

A me sembra però che l'individuazione della *ratio* o del principio costituzionale al quale il giudice comune deve rifarsi per interpretare – ove possibile – in modo conforme a Costituzione le disposizioni legislative, se però può (o deve) essere compiuta a partire dalle decisioni di accoglimento emesse dalla Corte costituzionale (interpretativa di accoglimento, additive, additive di principio, sostitutive), dato il carattere vincolante della dichiarazione di incostituzionalità in esse contenuta, può prescindere invece dalle decisioni costituzionali di rigetto o di inammissibilità, anche qualora queste contengano l'indicazione della corretta interpretazione adeguatrice.

Certo, se la motivazione della Corte sul punto è persuasiva per il giudice comune, allora quest'ultimo potrà applicare la legge nel senso della interpretazione conforme già resa dalla Corte. Ma il giudice comune può invece dissentire, perché, nel nostro ordinamento, da un lato il singolo giudice è dotato di libertà decisionale (e quindi interpretativa) e, dall'altro, la giurisdizione costituzionale *non* è una giurisdizione d'interpretazione (v. per es. A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 17), come lo è, invece, per es. quella della Corte di giustizia. In altri termini, le "interpretazioni", pur se adeguatrici, della Corte costituzionale non sono vincolanti (se non, forse, per il giudice *a quo*). Ciò è comprovato anche da una giurisprudenza risalente, che trova costanti conferme, secondo la quale sono *inammissibili questioni meramente interpretative* (si va da decisioni degli anni cinquanta e sessanta, a decisioni successive agli anni ottanta fino a quelle del primo decennio del nostro secolo). *Il potere della Corte costituzionale è solo quello di dichiarare l'incostituzionalità di una norma*. Ciò comporta *naturaliter* l'interpretazione del disposto legislativo, ma questa interpretazione, come tale, non è vincolante se non è colpita (come norma) dalla censura di incostituzionalità. Quel che resta integra, dopo una decisione di rigetto (anche interpretativa), è dunque la disposizione, a sua volta suscettibile di ulteriore interpretazione (anche difforme dalla interpretazione della Corte che l'ha salvata). Come rileva A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 236, «l'efficacia delle sentenze di rigetto con interpretazione adeguatrice o delle sentenze interpretative di rigetto nel giudizio *a quo* è generalmente ammessa», ma «sembra preferibile l'opinione che si tratti di efficacia prevalentemente negativa [C. ESPOSITO, A.M. SANDULLI, A. PIZZORUSSO], nel senso di escludere le interpretazioni ritenute incostituzionali, non pure (...) "terze interpretazioni" della cui costituzionalità il giudice non dubita, conformemente alla natura ed alla funzione del giudizio di costituzionalità». Queste conclusioni sono confermate dall'indagine "sul campo" di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (un'indagine sul "seguito" delle pronunce costituzionali)*, in *Giur. cost.*, 2000.

È stata peraltro rilevata «una distinzione fra sentenze interpretative che si limitino a negare la conformità a Costituzione dell'interpretazione proposta dal giudice *a quo* e sentenze interpretative nelle quali l'interpretazione fatta propria dalla Corte venga prospettata come *l'unica conforme a Costituzione*, con diversa efficacia diretta nel giudizio *a quo* e riflessa in altri giudizi» (A. CERRI, *Corso*, cit., 237). In questi ultimi, «secondo una dottrina prevalente la sentenza interpretativa di rigetto dispiega effetti riflessi anche oltre il processo *a quo*, nel senso di impedire l'applicazione della "norma" ritenuta incostituzionale da parte di altri giudici, i quali *non potrebbero, ove questa interpretazione ritenessero la più corretta alla stregua del sistema legislativo, non sollevare q. di l.c.* [V. Crisafulli, A.M. Sandulli, L. Elia, G. Zagrebelsky], proprio perché, dopo la pronuncia della Corte, la questione non potrebbe più essere ritenuta "manifestamente infondata"; in relazione a ciò è stata prevista la pubblicazione in Gazz. uff. anche delle decisioni di rigetto (art. 3 legge 11 dicembre 1984, n. 839; art. 21 d.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092)» (*ibidem*; corsivo mio). E tuttavia, tale dottrina, se eviterebbe una interpretazione adeguatrice del giudice comune, sconta la possibilità che il giudice medesimo non ritenga l'interpretazione data dalla Corte come "la più corretta alla stregua del sistema legislativo". In definitiva, se «questa tesi trova conforto in parte della giurisprudenza (...), tuttavia, risulta erosa dalla *tendenza a configurare l'ordinanza di remissione in termini di positivo convincimento dell'incostituzionalità della legge* e non di mero dubbio (...); perché l'autorevole opinione della Corte può non essere condivisa dal giudice *a quo*, pur se neppure può esser da lui accantonata senza l'insorgere necessario di un dubbio» (*ibidem*; corsivo mio).

Ora è opportuno soffermarsi su quest'ultimo punto, ossia sulla tendenza a configurare l'ordinanza di remissione in termini di "positivo convincimento" dell'incostituzionalità della legge.

Una parte autorevole della dottrina, dopo aver rilevato che, se «è vero che la Corte ha cercato di controllare e orientare il movimento dei giudici comuni attraverso le sentenze interpretative di rigetto, (...) non è meno vero che il controllo funziona solo a condizione che le questioni incidentali di costituzionalità vengano, in concreto, sollevate, mentre si inceppa quando, estremizzando il principio dell'interpretazione conforme a Costituzione, i giudici cessano di rimettere le questioni alla Corte e il canale incidentale si inaridisce» (M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche*, cit., § 5.1.), ha sostenuto che, con l'imporre l'obbligo dell'interpretazione conforme, la giurisprudenza della Corte «cui *non sono assegnate funzioni nomofilattiche*, finisce per imporre al giudice comune (sia pure nel contesto dell'accertamento del contrasto fra legge e Costituzione) un preciso metodo interpretativo (peraltro non positivizzato)» modellato «sull'esempio di quella tedesca» (*ibidem*).

Ora – e veniamo al punto – «quell'esempio, tuttavia, non sembra possa essere utilmente seguito», poiché «l'art. 1 della l. cost. n. 1 del 1948 (...), stabilisce che la questione di costituzionalità, da noi, è sollevata se "non ritenuta dal giudice manifestamente infondata" (analogamente dispone l'art. 23, comma 2, l. n. 87 del 1953), mentre «tutt'al contrario, l'art. 100 GG (certo, non a caso, visto che in Germania è aperto il canale alternativo del ricorso diretto) dispone che la questione si solleva nell'ipotesi in cui "*hält ein Gericht ein Gesetz [...] für verfassungswidrig*»»: «Da noi, dunque, basta il dubbio sulla costituzionalità; in Germania occorre il convincimento dell'incostituzionalità». Né ci si potrebbe appoggiare, per sfumare la differenza, sulla «tradizione "ufficiale" del *Grundgesetz*, predisposta dal Governo federale», in cui «la formula riportata è resa con "Se un organo giurisdizionale ritiene incostituzionale una legge"» sia perché «"*halten*" ha una sfumatura (di fermezza) che il nostro "ritenere" (pur inevitabilmente [?] usato nella traduzione ora citata) non possiede», sia perché «anche se in entrambi i casi valesse il mero "ritenere", un conto è ritenere che una questione sia non manifestamente infondata (quanta cautela emerge dalla doppia negazione e dall'avverbio!), altro è ritenere che una legge sia incostituzionale» (*ibidem*).

Se non che, sul significato da ascrivere all'enunciato «la questione di legittimità costituzionale di una legge (...) rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e *non ritenuta dal giudice manifestamente infondata*, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione» (art. 1 l. cost. n. 1 del 1948), riprodotto nell'art. 23 cpv. della l. n. 87 del 1953 («l'autorità giudiziaria, qualora (...) non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata (...) emette ordinanza con la quale (...) dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso») vi è stata una lunga e controversa "storia interpretativa", che può essere riassunta nei seguenti termini.

Se, *in origine*, si era sostenuto che «la valutazione di "non manifesta infondatezza" dovrebbe essere un "filtro" predisposto per evitare l'afflusso alla Corte di questioni "pretestuose" (con il duplice danno di sovraccaricare questa di lavoro inutile e di favorire manovre dilatorie nel giudizio *a quo*) (...), "filtro" ragionevole e leggero tale da non sottrarre al giudizio della Corte tutte le questioni effettivamente meritevoli di essere valutate», secondo una «meritevolezza, ovviamente, da considerare con criterio oggettivo e non alla stregua di

una (temporanea) subiettiva ignoranza» (A. CERRI, *Corso*, cit., 195; e ivi citato C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*, 1955); e se, corrispondentemente, «nei primi decenni la Corte esige una motivazione ai soli fini (e nei soli limiti) della individuabilità della questione, nei suoi termini e nei suoi profili (...) ritenendosi la non manifesta infondatezza fattore "a senso unico", idoneo ad impedire l'accesso alla Corte, idoneo a determinare l'inammissibilità della questione proposta (la relativa valutazione risultando "assorbita" in quella del merito)», invece «nella più recente giurisprudenza (dalla fine anni 70, inizi anni 80 (...)) si esige una motivazione esaustiva in un'ottica che si collega alla richiesta autosufficienza dell'atto introduttivo (...) e, dunque, ad una collaborazione che giovi sia alla rapidità sia alla qualità del giudizio» (A. CERRI, *Corso*, cit., 195). In questa direzione si esige «non solo una adeguata illustrazione dei motivi di dubbio ma, ancora, un positivo convincimento del giudice, oltre che della rilevanza (...), anche della fondatezza», fino alla necessaria interpretazione adeguatrice, richiesta dalla sentenza n. 356 del 1996 («in linea di principio le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali») e alla conseguente definizione della *quaestio legitimitatis* e del suo accoglimento come *extrema ratio* (sent. n. 299 del 1997), giurisprudenza che si ricollega perfettamente a quella ricorrente e costante che esclude l'ammissibilità di questioni meramente interpretative o ipotetiche.

Ora questa evoluzione interpretativa è un fatto; e la teoria, se vuole essere veramente tale e non dottrina, non può non registrarla e cercarne le ragioni, formulando ipotesi e riscontrandone verifiche.

È noto che la giurisprudenza costituzionale è arrivata perfino, a fronte di iniziative dei giudici *a quibus* tese ad ottenere pronunzie costituzionali di *tipo additivo*, a richiedere nella ordinanza di remissione la presenza della *espressa indicazione del modo* in cui la Corte possa (o debba) stabilire il significato normativo della disposizione impugnata, onde poterla complessivamente ricostruire in senso conforme a Costituzione. Si tratta cioè di proporre, da parte dell'autorità giudiziaria rimettente, la soluzione *costituzionalmente dovuta* del problema di legittimità costituzionale da essa sollevato; ciò che può anche definirsi come la specificazione del "verso" della richiesta addizione. L'assenza di tale indicazione comporta la declaratoria di inammissibilità, e persino di manifesta inammissibilità, della *quaestio legitimitatis*.

Da parte mia, unitamente a Paolo Carnevale, avemmo modo di rivolgere numerose critiche a questo indirizzo giurisprudenziale in un intervento al Seminario di studi su "Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale" svoltosi a Roma, presso la sede della Corte costituzionale, il 13 e 14 novembre 1989, intervento poi pubblicato in *Giur. cost.*, 1990, 519 ss. In quella occasione non mancammo tuttavia di rilevare che, «se è vero che quello che la Corte costituzionale sembra in realtà volere impedire mediante il requisito di ammissibilità (...), non è tanto l'ingresso di questioni di costituzionalità per cui si pongano più risposte normative possibili per la richiesta addizione, quanto di *quaestiones* per la cui soluzione (mediante l'aggiunta della disciplina carente) il giudice rimettente non abbia che un'unica, o comunque una prima od una principale, proposta da fare, allora l'orientamento giurisprudenziale in esame può abbastanza agevolmente inquadrarsi in quella che appare una più complessiva tendenza (...) che, tra alti e bassi, sembra caratterizzare la giurisprudenza costituzionale almeno negli ultimi anni: quella ad una *sempre maggiore implicazione del giudice a quo* nella risoluzione dell'incidente di costituzionalità» (*ibidem*, 528).

In questa tendenza rientrano sia la «non scrutinabilità di questioni aventi riguardo a più norme ricavabili da una medesima disposizione rispetto alle quali il giudice non abbia manifestato una definitiva scelta interpretativa, dichiarate inammissibili per mancata definizione del *thema decidendum*» (*ibidem*), sia il «sempre più penetrante controllo esercitato sulla motivazione della rilevanza ed anche della non manifesta infondatezza» (*ibidem*, 529), sia l'indirizzo, anch'esso ormai costantemente ribadito, rivolto ad escludere motivazioni *per relationem*» (*ibidem*); sia infine la stessa generale, anche se tendenziale, «autopreclusione ad adottare pronunzie interpretative di rigetto in contrasto con il c.d. diritto vivente» (*ibidem*).

In sintesi, la *ratio* ispiratrice unitaria è quella «di trasformare, attraverso la richiesta rivolta al giudice a quo di una sempre più rigorosa definizione del *chiesto* oggetto dell'ordinanza di rimessione, il *pronunziato* del giudice costituzionale in una decisione sulla base solo o principalmente delle indicazioni risultanti dall'atto introduttivo del giudizio sulla legittimità della legge» (*ibidem*, 530), accentuandosi così il tasso di concretezza del nostro sistema incidentale del controllo di costituzionalità [come la dottrina non mancò di avvertire: M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 214 ss., il quale però osservò anche che in alcuni *trends* della giurisprudenza (processuale) della Corte costituzionale poteva ravvisarsi la spia di una tendenza ad una «netta trasformazione del processo pregiudicato, che non costituirebbe più soltanto l'*occasio* di quello incidentale, ma in una certa misura lo stesso oggetto», al punto che la richiesta di un determinato requisito di ammissibilità potrebbe servire alla Corte

«come elemento di valutazione non solo della rilevanza, ma addirittura della fondatezza della questione (ed in tal caso il sindacato di costituzionalità diverrebbe realmente concreto)» (*ibidem*, 251)].

Ora, è possibile dare una diversa “lettura” del fenomeno del coinvolgimento giudiziale nella risoluzione della questione di legittimità costituzionale, tale da non comportare lo stravolgimento del rapporto fra giudizio *a quo* e giudizio costituzionale?

Una risposta affermativa ebbi modo di prospettarla già nel 1981, allorché interpretai la «rilevantissima crescita delle sentenze di inammissibilità per difetto della rilevanza della questione e addirittura dell’esame sulla non manifesta infondatezza» come finalizzata «non soltanto a ridimensionare l’uso talvolta disinvolto del potere di sollevare questione di costituzionalità, ma pure a sollecitare *una più corretta interpretazione delle leggi da parte dei giudici* (...) e una qualche loro partecipazione all’operare un primo controllo di costituzionalità e *nel collaborare alla delineazione dei profili e delle ragioni di incostituzionalità sui quali la Corte sarà chiamata ad emettere il definitivo giudizio*» (*La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1650, corsivi aggiunti).

In altri termini, la Corte sembra voler condividere con i giudici il *peso*, ossia la responsabilità della decisione del caso di costituzionalità, sia in generale, sia soprattutto nella eventualità di adottare decisioni di tipo additivo, per le quali essa giunge a richiedere al giudice di fornire la soluzione costituzionalmente imposta, il “verso” della c.d. addizione, richiesta rivolta a «responsabilizzare i giudici e indurli a collaborare» (L. CARLASSARE, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1986, V, 305).

Il notevole coinvolgimento del giudice comune risponde – a me pare – allo scopo di fare apparire la decisione costituzionale come sostenuta e solidalmente condivisa dal potere giudiziario, e perciò più giustificato dinanzi al potere legislativo l’intervento eventualmente “creativo” della Corte costituzionale, in una operazione cioè di acquisizione di consenso che costituisce la necessaria e più profonda radice della sua legittimazione. Una operazione che rappresenta sul piano istituzionale il più aggiornato tentativo di giustificazione di quella giurisprudenza “creativa” della Corte costituzionale che, sul piano teorico, aveva trovato con successo sostegno nella dottrina crisafulliana delle “rime obbligate”.

5. Sull’invito o sull’obbligo (onere) dell’interpretazione conforme e sul c.d. limite del “diritto vivente”.

La richiesta non solo di una adeguata illustrazione dei motivi di dubbio, ma di un positivo convincimento del giudice sulla fondatezza della *quaestio legitimitatis* che può raggiungersi soltanto alla fine del percorso ermeneutico che ha reso “impossibile” dare interpretazioni costituzionali alla legge, ha suscitato notevoli dubbi e anche critiche severe in dottrina.

Si è distinta, ad es., «la tendenza dei giudici ad assumere un ruolo di forte critica della legge ritenuta incostituzionale (...) tendenza che deve essere valutata attentamente» dalla richiesta dell’assunzione di tale ruolo «come requisito di ammissibilità, fino a ritenere inammissibili questioni motivate alla stregua di un semplice “ragionevole dubbio” (“non manifestamente infondate”, appunto)» (A. CERRI, *Corso*, cit., 196-197). E si è concluso in modo equilibrato che, «quando il dubbio interpretativo verte sulla disposizione di legge, può risultare accettabile l’idea di un necessario sforzo di interpretazione adeguatrice, almeno entro certi limiti, nei limiti, ad es., del “diritto vivente” o di interpretazioni suggerite dalla medesima Corte costituzionale o di un altrimenti ineludibile “punto di diritto” della Cassazione» (*ibidem*, 197). È chiaro che un potere di interpretazione conforme a Costituzione non sussiste di fronte al “punto di diritto” della Cassazione, che può, invece, essere rimosso attraverso una decisione della Corte («la sentenza della Cassazione che fissa “il punto di diritto” nell’interpretazione di una certa disposizione, pur dotata di evidenti effetti preclusivi, non esclude possa esser sollevata q. di l.c. di quella norma ancora invero applicabile, pur se ormai interpretata in via definitiva; ciò perché la q. di l.c. è, appunto, questione rilevabile anche d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento e non può essere, dunque, per sé mai preclusa»: *ibidem*, 175). È stato altresì acutamente obiettato che «esigere un positivo convincimento del giudice [come pur fa la Corte con ordinanza] può, in alcuni casi, porlo nell’alternativa di “simulare” la sua adesione a pur autorevoli indicazioni interpretative, oppure di “disapplicare” una legge che ritiene incostituzionale oppure, ancora, di applicarla senza avere (giuridicamente) sciolto il legittimo dubbio sulla sua costituzionalità» (*ibidem*, 197). D’altra parte, «quando, invece, il dubbio concerne proprio l’interpretazione delle disposizioni costituzionali, non sembra si possa chiedere al giudice di sollevare questione solo se è positivamente convinto di un’interpretazione di queste incompatibile con la

norma di grado legislativo; perché il magistero interpretativo ultimo della Costituzione spetta, appunto, alla Corte» (*ibidem*, 197-198).

Non bisogna dimenticare peraltro, come ho già rilevato, che la specificità della interpretazione costituzionale, nell'evenienza del giudizio costituzionale, è dovuta (anche) al fatto che essa è sempre una *duplex interpretatio*: degli enunciati costituzionali e degli enunciati legislativi, in quanto questi ultimi siano *collegati* ai primi, o come sviluppi, specificazioni, "integrazioni" di essi, tali da essere idonei all'applicazione ai casi concreti, a traverso l'apprestamento di norme o regole, ovvero in quanto espressivi di *principi*, ai quali devono essere "ridotti" per il giudizio comparativo di legittimità costituzionale. Insomma, *l'interpretazione costituzionale coinvolge* (comprende) *l'interpretazione degli enunciati legislativi, quale che sia il rapporto di questi con gli enunciati costituzionali*. In questo senso è stato ben detto che la Costituzione può essere riguardata «come strumento per l'interpretazione della legge» (M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista "Giurisprudenza costituzionale", in Corte costituzionale e processo costituzionale nella esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 905). L'interpretazione costituzionale diventa così (una) *condizione* necessaria per la stessa interpretazione legislativa: l'interpretazione della legge non può prescindere dall'interpretazione dei (collegati) enunciati costituzionali. Il giudice, nell'interpretare la legge, deve anzi ricercare un significato che si accordi con il significato desumibile da (o proponibile per) gli enunciati costituzionali, pena, *secondo la Corte*, l'inammissibilità della stessa *quaestio legitimitatis*. Secondo l'orientamento della giurisprudenza costituzionale che si è venuto consolidando, «la scelta della interpretazione conforme a Costituzione viene ormai ritenuta dalla Corte come una delle operazioni [interpretative] che il giudice è tenuto a compiere prima di [poter] sollevare la questione» (M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica*, in *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci, R. G. Radio, Torino, 2005, 379).

Questa giurisprudenza ha dato luogo a molte discussioni in dottrina; ed è prevalente la tendenza a criticarla.

Certamente, come si è già ricordato, il nostro sistema del sindacato costituzionale incidentale non può esemplarsi, in tutto e per tutto, su quello tedesco. È stato esattamente rilevato che «*in Germania*, la via incidentale viene configurata quale "azione del giudice" e, dunque, la questione è inammissibile se non formulata in termini di *positivo convincimento d'incostituzionalità*; ma, in quel contesto, è strumento, in qualche senso, *residuale*, potendo i soggetti interessati adire direttamente il *Bundesverfassungsgericht* anche contro decisioni di un giudice che, ad es., non ha sollevato questione incidentale» (corsivi miei) – ciò che, peraltro, sarebbe altamente auspicabile in Italia in cui il controllo accentratore di costituzionalità è segnato da questo «difetto» (R. CAPONI, «*Ciò che non fa la legge, lo fa il giudice, se capace*»: *l'impatto costituzionale della giurisprudenza della Corte di cassazione italiana*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2011, 226 s. – mentre «in Italia, le q. di l.c. possono essere sollevate d'ufficio dal giudice o dalle parti; in questo secondo caso il giudice è mero tramite e filtro di dubbi che deve ritenere ragionevoli ma rispetto ai quali non risulta necessariamente coinvolto fino in fondo; in questo diverso contesto, esigere identici requisiti di positivo convincimento può significare talvolta restringere ingiustificatamente le vie d'accesso alla giustizia costituzionale» (A. CERRI, *Corso*, cit., 198). D'altra parte, «le decisioni d'inammissibilità motivata da mancata interpretazione adeguatrice non equivalgono, comunque, a decisioni interpretative di rigetto (...), restando confinate le affermazioni della Corte ad un livello ipotetico» (*ibidem*). In altri termini, la Corte non suggerisce neppure un'interpretazione da seguire e lascia aperta la possibilità di esperire qualsiasi interpretazione, purché motivata.

La critica più radicale alla interpretazione adeguatrice in generale, che si rinvia «in tutte le sentenze c.d. "interpretative" della Corte costituzionale: sia nelle sentenze interpretative di accoglimento (la Corte evita di dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione nella sua interezza, e si limita a dichiarare illegittima una delle sue possibili interpretazioni), sia – ancor più chiaramente – nelle sentenze interpretative di rigetto (la Corte evita di dichiarare costituzionalmente illegittima una disposizione, interpretandola in modo tale che sia conforme a costituzione», è quella offerta da chi, considerandola «frutto di una scelta discrezionale», la ritiene «altamente discutibile (...) sia sotto il profilo della legalità, sia sotto quello della opportunità politica (...) sicché l'interpretazione adeguatrice, lungi dall'essere doverosa, è anzi giustificata solo quando si accorda con il significato comune delle parole o con l'intenzione del legislatore: il che non sempre è il caso (la presunzione, si cui talora si regge l'interpretazione adeguatrice, che il legislatore sia rispettoso della costituzione, e non intenda violarla, non ha alcun fondamento [*sic!*])» (R. GUASTINI, *L'interpretazione*, cit., 174 e nota 114). In particolare, per quanto riguarda il giudice comune, «soprattutto, è lecito sostenere che, di fronte

ad una disposizione di legge che ammetta *anche una sola interpretazione difforme dalla costituzione*, il giudice – lungi dall’aver l’obbligo di fare interpretazione adeguatrice – abbia anzi *l’obbligo di sollevare questione* di legittimità costituzionale di fronte alla Corte. Ciò per la semplice ragione che, evidentemente, non può dirsi “manifestamente infondata” (...) una questione di legittimità costituzionale sopra una disposizione suscettibile di esprimere *anche una sola norma in contrasto con la costituzione*» (*ibidem*, 174-175, nota 114; corsivi miei). E, «sotto il profilo della opportunità politica, è anche lecito ritenere che l’interpretazione adeguatrice (specie se compiuta dai giudici comuni, ma anche se compiuta dalla Corte costituzionale con decisioni “interpretative di rigetto”) non solo non sia doverosa, ma sia inoltre dannosa. Tale tecnica interpretativa, infatti, non sortisce altro esito se non quello di conservare in vita disposizioni legali che *possono* esprimere norme incostituzionali, e la cui interpretazione conforme a costituzione da parte della generalità dei cittadini e (soprattutto) della pubblica amministrazione non può dirsi assicurata», poiché «le decisioni di rigetto (...) sono prive di efficacia generale, *erga omnes*: i loro effetti sono circoscritti al caso deciso» (*ibidem*, 175 nota 114).

Se non che – va rilevato in contrario – che la “manifesta infondatezza” della *quaestio* (ossia la sicura costituzionalità della disposizione) non potrebbe allora mai asserirsi in concreto e in anticipo, proprio perché ogni disposizione è suscettibile di esprimere una norma che può assumersi in contrasto con la Costituzione, data altresì la pluralità delle norme costituzionali e la loro riconducibilità a principi o valori diversi che richiedono bilanciamenti. Sicché la “manifesta infondatezza” della questione, ossia la sempre relativa costituzionalità della disposizione, per potersi concepire con una qualche plausibilità (oggettività), richiede, comunque sia, una operazione interpretativa rivolta ad escludere (o meglio a ritenere difficile o improbabile) che possa rinvenirsi anche una sola norma costituzionalmente conforme a Costituzione.

Comunque sia, la critica all’obbligo (onere) per il giudice comune di esperire l’interpretazione conforme è ben sintetizzata da U. RESCIGNO, (*Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, 2005, ora in *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino, 2007, 4) con le seguenti parole: «Non sono d’accordo con questa posizione della Corte perché in tal modo essa stravolge il meccanismo come configurato nella legge costituzionale, la quale prevede che il giudice abbia l’obbligo di sollevare la questione non quando è convinto della incostituzionalità della norma, ma quando dubita della sua costituzionalità (ed anzi, a mio parere, quando ritiene ragionevole il dubbio espresso dalla parte che ha sollevato la questione». Al che si potrebbe replicare che, per ritenere irragionevole, per escludere il dubbio, per dichiarare cioè la manifesta infondatezza della questione, è pur necessario un qualche accertamento interpretativo che non può non essere compiuto; e che l’aver esperito tutti i mezzi interpretativi per “adeguare” il disposto legislativo alla norma costituzionale può sortire proprio l’effetto di “correggere” l’interpretazione dell’enunciato legislativo direttamente e senza indugio o soverchia incertezza proprio nel senso auspicato dalla parte che ha sollevato nel giudizio c.d. principale la *quaestio legitimitatis*.

In ogni modo – a favore del ricorso (obbligatorio od oneroso) al canone dell’interpretazione costituzionalmente conforme – può sottolinearsi il fatto che esso è considerato dalla Corte non solo ermeneuticamente “preminente”, bensì anche rispondente ad un “principio di supremazia costituzionale”, il quale «impone (...) all’interprete di optare, tra più soluzioni astrattamente possibili; per quella che renda la disposizione conforme alla Costituzione: nella specie conforme al principio del giusto processo» (sent. n. 113 del 2000). La Corte insomma, tra la dichiarazione di incostituzionalità di una norma di legge “ricavata” o “proposta” in virtù dei tradizionali canoni ermeneutici, ritiene *prevalente l’argomento della interpretazione conforme* a Costituzione, elevandolo ad espressione di principio costituzionale. Nella specie, secondo la Corte, «il valore deontico del principio del giusto processo si esprime, in questo caso, sul piano interpretativo ed impedisce di attribuire alla locuzione “altre gravi ragioni di convenienza [ai fini dell’astensione del giudice] un significato così ristretto da escludervi l’esercizio di funzioni in un diverso procedimento che abbia avuto, in concreto, un contenuto pregiudicante», per cui «la disposizione in oggetto pone una norma di chiusura a cui devono essere ricondotte tutte le ipotesi non ricadenti nelle precedenti lettere e nelle quali tuttavia l’imparzialità del giudice sia da ritenere compromessa». È da notare che il metodo (o canone) dell’interpretazione adeguatrice, in questo modo, *privilegia* bensì *il valore superiore della Costituzione* non solo in quanto applicabile, eventualmente, dalla Corte in sede di giudizio costituzionale, ma *ancor prima* anche *dal giudice comune*, proprio perché esso *permea l’intero ordinamento* ad ogni livello di interpretazione-applicazione delle norme costituzionali.

Si tratta – è vero – di una attenuazione del principio del c.d. monopolio del sindacato (accentrato) di costituzionalità delle leggi attribuito alla (sola) Corte costituzionale – attenuazione fondata sul corretto bilanciamento tra due principi costituzionali, quello di superiorità globale della Costituzione, e l’altro del monopolio

del sindacato attribuito alla Corte, che resta peraltro “monopolio” per quanto concerne la “dichiarazione di incostituzionalità – poiché la Costituzione va direttamente applicata, ove possibile, evitando in tal modo lo stesso sindacato (accentrato) di costituzionalità, fino al punto (invero criticabile e criticato nella sua rigida consequenzialità) che, se il giudice non svolge affatto o soprattutto se difetta nella interpretazione adeguatrice, la Corte può arrivare (ed è troppo spesso arrivata) ad emettere una decisione (ordinanza) di (manifesta) inammissibilità della *quaestio*.

Se, allora, il principio di supremazia (globale e pervasiva) della Costituzione può giustificare una simile tendenziale trasformazione del sindacato di costituzionalità accentrato in una sorta di sindacato, non già diffuso, bensì “collaborativo” (con i giudici comuni); se cioè codesta giurisprudenza costituzionale si interpreti come una sollecitazione, un «invito ai giudici di ricercare direttamente l’interpretazione conforme a Costituzione, limitando il ricorso alla Corte a quei casi in cui la norma appaia effettivamente viziata» (M. RUOTOLO, *L’interpretazione conforme*, cit., 913), a me non pare che si possa parlare di “stravolgimento” del nostro sistema di giustizia costituzionale. Se però al giudice si richiede «qualcosa in più che l’accertamento del ragionevole dubbio circa la conformità a Costituzione della disposizione che si trova a dover applicare nel corso del giudizio (...): se il giudice, per poter sollevare la questione di legittimità costituzionale, deve ritenere che non sia possibile una interpretazione conforme a Costituzione – eventualmente anche disattendendo l’orientamento espresso in precedenza dalla Cassazione, vuol dire che è certo dell’incostituzionalità della norma» (*ibidem*, 906). Una certezza (subiettiva) dell’incostituzionalità che potrà essere smentita dalla Corte (ogni volta che quest’ultima si pronuncerà nel senso della infondatezza), ma soprattutto una *certezza obiettivamente mai raggiungibile* al livello di giurisdizione comune (proprio perché, giuridicamente, la *certezza dell’incostituzionalità* è affidata alla decisione della *sola Corte costituzionale*). E, se non è certezza, essa è, tutt’al più, probabilità.

Perciò, in altra occasione, ebbi modo di proporre una correzione della seconda parte della icastica asserzione della Corte, secondo la quale «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». Corretta e persuasiva nella prima parte, proprio perché la giurisdizione della Corte non è giurisdizione d’interpretazione non è idonea ad imporre interpretazioni, è erronea (implausibile) nella seconda parte e andrebbe corretta nel senso seguente: «perché è improbabile (difficile) darne interpretazioni costituzionali» (*Sulla specificità dell’interpretazione costituzionale*, ora in *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 260). In questo modo al giudice comune non si chiede propriamente un convincimento intorno all’incostituzionalità della legge, bensì un convincimento tanto *sulla difficoltà* di esperire con successo l’interpretazione conforme della disposizione, quanto sulla *probabilità* che la Corte abbia a sancire l’incostituzionalità della norma.

L’interpretazione conforme che il giudice comune deve compiere prima di sollevare la *quaestio* davanti alla Corte costituisce allora (può costituire) un vero e proprio obbligo? L’unico obbligo per ogni giudice è quello di rispettare ed applicare la legge (art. 101 cpv. Cost.; art. 12 disp. prel.). Nessuno può imporre (altri) obblighi al giudice. Neppure la Corte costituzionale. Tutt’al più può essere considerato un *onere* processuale: “se il giudice non procede al tentativo di interpretazione conforme, allora la Corte potrà dichiarare inammissibile la *quaestio*. Ma è un onere implicito nella funzione giurisdizionale, che consiste nella interpretazione-applicazione della legge ai casi concreti, se è vero che l’interpretazione conforme rientra a pieno titolo tra gli argomenti ermeneutici necessari per desumere dalle (o proporre per le) disposizioni legislative le norme (i loro corretti significati). In particolare, come si è cercato di mostrare in precedenza, per ottenere la norma applicabile al caso concreto e sulla quale verte il dubbio di costituzionalità, è necessario procedere all’interpretazione della disposizione legislativa. E, tra questi mezzi o argomenti interpretativi, l’interpretazione conforme è ritenuta dalla Corte costituzionale “canone ermeneutico preminente”, in quanto rispondente al “principio di supremazia costituzionale” (v. per es. sentt. n. 113 del 2000, n. 316 del 2001).

Ma essa è “prevalente” anche rispetto al formatosi “diritto vivente” rappresentato da una costante e generale interpretazione giurisprudenziale delle disposizioni legislative (soprattutto se avvalorata dalla giurisprudenza nomofilattica della Cassazione o, comunque sia, dai giudici di ultima istanza), “diritto vivente” di dubbia costituzionalità?

Si rinvengono esplicite affermazioni nella giurisprudenza costituzionale secondo le quali «al giudice non è precluso, nell’esercizio dei poteri interpretativi che gli sono propri e che non richiedono alcun avallo costituzionale, pervenire ad una lettura della norma *secundum constitutionem* anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco» (ordd. n. 158 del 2000, n. 367 del 2001, n. 3 del 2002). Come è stato rilevato in dottrina, una simile prevalenza del metodo della interpretazione conforme sul c.d. diritto vivente

[sintagma tra l'altro «dai confini sempre abbastanza vaghi della sua definizione, per cui ne era derivato, in capo alla Corte, un ampio margine di discrezionalità, non sempre utilizzato in maniera coerente, nel decidere quando un "diritto vivente" potesse effettivamente dirsi formato» (R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2006, § 6)] potrebbe ritenersi giustificata allorché la Corte «rivolge esplicitamente ai giudici l'invito a seguire una interpretazione conforme, anche in presenza di un diritto vivente o di un orientamento giurisprudenziale univoco» (*ibidem*), poiché il giudice ha «solo la facoltà e non l'obbligo di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale» (ord. n. 252 del 2005; e già ord. n. 3 del 2002).

Se però l'invito si tramuta in perentorio onere (con conseguente dichiarazione di inammissibilità di questioni sollevate dai giudici «in quanto finalizzate a chiedere un avallo alla propria opzione interpretativa, tale da superare quella di altri giudici (spesso dei gradi superiori del giudizio)», allora la Corte, rinunciando a pronunciarsi su una questione pure eventualmente sorretta da una interpretazione divergente da quella consolidata in diritto vivente, ma «quasi certamente destinata ad essere annullata dalla pronuncia dei giudici dei gradi superiori», effettivamente può indurre il giudice «a seguire un'interpretazione in certo senso "suicida"» (*ibidem*). Certo è però che «nel rapporto tra diritto vivente ed interpretazione conforme, la Corte costituzionale mostra quindi di dare la prevalenza alla seconda, venendo quindi il primo ad assumere la natura di criterio residuale», come appare evidente «allorché la questione di costituzionalità sia promossa dalla stessa Corte di cassazione, con la quale quindi il giudice costituzionale viene a porsi in dialogo diretto, potendo sembrare, in alcuni casi, che la posizione assunta da quest'ultimo venga, in qualche misura, a porre in discussione o a delegittimare la funzione nomofilattica della prima» (*ibidem*). Se non che, va osservato che la interpretazione costituzionale, nella sua specificità (come interpretazione conforme a Costituzione) viene a sovrapporsi alla tradizionale *funzione nomofilattica* o, per meglio dire, a riempire quest'ultima di un *nuovo contenuto necessario*, come risulta inequivocabilmente dalla sent. n. 332 del 2001, nella quale si asserisce che la qualificazione come "diritto vivente" di una certa interpretazione da parte della Cassazione «non può vincolare, da sola, il giudice di legittimità ad un'opzione interpretativa pur ritenuta lesiva di valori costituzionali, atteso che *proprio alla Corte di cassazione l'ordinamento attribuisce la funzione di nomofilachia*, cui si ricollega la stessa formazione, e perciò anche l'evoluzione nel tempo, del diritto vivente». Ed è difficile contestare una simile asserzione. In altri termini la doverosità (o, meglio, l'onerosità) dell'interpretazione conforme, sottolineata, anche al livello della funzione di nomofilachia, offre la *prova provata* che la specificità dell'interpretazione costituzionale (come interpretazione conforme) non è "riservata" alla Corte costituzionale, ma è "distribuita" o diffusa tra tutti i livelli della giurisdizione.

D'altra parte, questa diffusione della interpretazione costituzionale, come interpretazione conforme a Costituzione, con la connessa (conseguente) crisi del c.d. diritto vivente, può generare (e ha generato) conflitti tra i vari giudici e, soprattutto tra la Corte costituzionale e la Cassazione, conflitti che non sempre si risolvono con la prevalenza della interpretazione resa dalla prima. Se da un lato la Corte costituzionale non esita a rilevare, a carico della Cassazione, che «il mancato integrale esperimento del percorso interpretativo (salvo l'esito di esso, evidentemente rimesso alla decisione del giudice *a quo*), si risolve in un vizio di inadeguata motivazione circa l'impossibilità di dare alla norma impugnata un'interpretazione conforme a Costituzione» (sent. n. 399 del 2005) (e si noti che il rilievo riguardava l'esclusivo uso del criterio letterale e il mancato uso del canone di interpretazione sistematica), dall'altro, sembra poi, altra volta, "ritornare" sulla stessa interpretazione conforme da essa resa (e che aveva dato luogo alla dichiarazione di manifesta inammissibilità con ord. n. 322 del 2001 di una questione sollevata dalla Cassazione senza aver dimostrato l'impossibilità di un'interpretazione conforme della normativa impugnata) qualificando la riproposizione dell'eccezione da parte della Cassazione (che aveva ribadito la propria interpretazione fondata sulla lettera della legge) come «essenzialmente diversa, sia sotto l'aspetto normativo che argomentativo, da quella già proposta nel corso dello stesso giudizio» (sent. n. 477 del 2002), «anche se qualche dubbio in proposito si poteva fondatamente nutrire» (così R. ROMBOLI, *ibidem*). E, se quest'ultima osservazione è vera, allora non è possibile ritenere che la interpretazione resa dalla Corte costituzionale prevalga su quella della Cassazione, e neppure che la richiesta di un'interpretazione conforme al giudice *a quo* possa qualificarsi necessariamente come un "onere" al cui inadempimento seguirà sempre una dichiarazione di inammissibilità.

Ora, che l'invito al giudice a seguire un'interpretazione conforme a Costituzione non si identifichi affatto, comunque sia, con un vincolo all'interpretazione resa dalla Corte costituzionale, e che neppure l'onere di interpretazione conforme possa escludere la "libertà" interpretativa dei giudici, risulta, a me pare, dalla significativa sent. n. 470 del 2002 nella quale si afferma, con estrema chiarezza, che *l'interpretazione resa dalla Corte costituzionale non è affatto vincolante per i giudici in genere e soprattutto per la Cassazione*, la

quale «rifiutando di far propria l'interpretazione prospettata da questa Corte e contestualmente sollevando questione di legittimità costituzionale (...) non altro ha fatto che esercitare il potere-dovere di interpretare la legge che l'art. 101 Cost. riconosce a qualsiasi giudice e certamente riconosce ad un giudice cui, "quale organo supremo della giustizia", l'ordinamento giudiziario (art. 65) affida il compito di assicurare l'"esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge". Del tutto corrette, quindi, sono, quali esercizio del potere-dovere di interpretare la legge, le considerazioni svolte dal rimettente nel dar conto delle ragioni per le quali disattende l'interpretazione proposta dalla sent. 242/1999 di questa Corte: la quale, quindi, non può che prendere atto della conclusione raggiunta dal rimettente circa l'"unica" interpretazione compatibile con il tenore letterale della disposizione in questione». Come si vede, nel bilanciamento tra il valore supremo e pervasivo della Costituzione – per cui il giudice deve cercare di interpretare la legge, ove possibile, in armonia con la Costituzione – e il valore del principio costituzionale della soggezione dei giudici "soltanto alla legge" (e nella specie alla legge ordinaria) e della conseguente "libertà" interpretativa dei giudici, quest'ultimo possa perfino prevalere sul primo, ove le «ragioni per le quali si disattende l'interpretazione» resa dalla stessa Corte costituzionale siano esposte *in modo convincente*, e tali da proporre persino l'interpretazione letterale come l'unica sostenibile. Ciò non toglie che, in altra occasione, ove la scelta interpretativa del giudice non fosse suffragata da ragioni convincenti (o non fosse affatto ragionevolmente sostenuta) sarebbe il primo principio a prevalere sul secondo comportando l'onere della interpretazione conforme adeguatrice.