

## La Costituzione “sottintesa”\*

di Giusi Sorrenti  
Prof.ssa ass. di Diritto costituzionale  
nell’Università degli Studi di Messina

SOMMARIO: 1. La direzione del cambiamento nelle decisioni interpretative della Corte costituzionale. - 2. Brevi cenni alle premesse del cambiamento, attinenti alla teoria dell’interpretazione della legge. - 3. Quadro sinottico della giurisprudenza costituzionale nella I e nella II fase (prima e dopo la svolta della fine degli anni ottanta). - 4. Le ipotesi in cui la Corte entra nel merito e le decisioni interpretative “occulte”. - 5. Poteri interpretativi e dovere inventivo della giurisprudenza: la posizione residuale della giustizia costituzionale nelle pronunce d’inammissibilità. - 6. I profili critici delle decisioni di inammissibilità. - 6.1. La scarsa conoscibilità e capacità di orientamento delle decisioni rese nella forma dell’ordinanza. - 6.2. L’inammissibilità per omessa interpretazione conforme pronunciata dinanzi ad una prassi incostituzionale uniforme o largamente dominante. - 7. L’affievolimento del vincolo al diritto vivente: i casi. - 7.1. ...e le implicazioni di ordine teorico e pratico. - 8. L’adeguamento della legge ordinaria a Costituzione: a) le sentenze interpretative “di principio” e “per deficit di flessibilità”. - 8.1. b) la ricostruzione di tasselli mancanti per l’effettiva garanzia dei principi costituzionali. - 8.2. c) la “riscrittura” di interi ambiti di disciplina attraverso sequenze di pronunce interpretative. - 9. I rischi per l’effettività della tutela costituzionale: le pratiche conferme nella ricerca sul seguito delle decisioni interpretative da parte dei giudici comuni. - 10. L’attivismo della Cassazione e la “procedimentalizzazione” dell’apporto della Corte. Verso una III fase? - 11. I giudici e l’uso interpretativo della Costituzione. - 12. Alcuni rilievi conclusivi. - 12.1. Il “punto di caduta” nel ricorso all’interpretazione conforme a Costituzione. - 12.2. La Costituzione e la sua “visibilità” nel circuito democratico.

### *1. La direzione del cambiamento nelle decisioni interpretative della Corte costituzionale*

In passato il fenomeno delle sentenze interpretative era rappresentabile, in termini tolemaici, come rivendicazione dell’autonomia della Corte costituzionale, nell’assegnare significato ai testi legislativi, rispetto all’analogia attività dei giudici comuni, con cui quell’autonomia andava peraltro coordinata, così lasciando fermo il “diaframma” della soggezione del giudice alla legge e la signoria di questi sulla determinazione del significato di quella.

L’attenta distinzione in motivazione tra norme conformi e norme contrarie a Costituzione, l’adozione delle interpretative di accoglimento praticata sia pure per breve tempo, i problemi di assicurare un coordinamento ed un seguito adeguati presso le giurisdizioni, che hanno portato la Corte al rispetto del diritto vivente, sono tutti aspetti che confermano la correttezza e plausibilità delle interpretazioni alternative (e non collimanti con il testo costituzionale), di matrice giudiziaria, e le prerogative del giudice nel sapiente uso dei canoni ermeneutici.

Queste premesse sono destinate a dissolversi fino a scomparire del tutto nella trasformazione successiva: incentrata sull’esplosione della c.d. dottrina dell’interpretazione

---

\* Relazione presentata al Seminario dal titolo “Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici”, Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009.

conforme, la svolta degli ultimi decenni consiste essenzialmente nel richiamo rivolto a tutti i giudici al dovere di preferire una lettura conforme, come loro funzione prioritaria ed indeclinabile, invece tendenzialmente estranea, almeno asseritamente, al ruolo della Corte costituzionale come giudice della validità delle leggi. La Corte continua sì, come in passato, a reinterpretare i testi legislativi in armonia con la Costituzione, ma precisando costantemente che tale compito sarebbe spettato primariamente e propriamente ai giudici comuni, ai quali compete di attribuire alla legge quel significato che non la ponga in contrasto con il dettato fondamentale, prima di assoggettarla al controllo circa la sua validità.

L'esito costituisce il compiuto riflesso sul piano della giustizia costituzionale di un processo che ha interessato la teoria dell'interpretazione<sup>1</sup> e che ha portato a configurare il giudizio di legittimità costituzionale come momento sussidiario rispetto all'adeguamento delle leggi in via ermeneutica, da svolgersi nella sede giurisdizionale. Conseguentemente, a partire dalla fine degli anni ottanta, l'impianto della giurisprudenza della Corte che si era delineato fino a quel momento, caratterizzato dalla fedeltà all'assunto della soggezione del giudice alla legge, che si frapponeva tra l'interpretazione giudiziale e il potere interpretativo esercitato in sede di sindacato di costituzionalità, comincia sensibilmente a mutare.

Nelle ricostruzioni più diffuse sull'argomento, la diversa dislocazione dell'armonizzazione interpretativa è stata catalogata in termini di stigmatizzazione e di recupero di un ritardo culturale della giurisprudenza italiana nella considerazione dei principi costituzionali e di rifiuto della Corte di continuare ad addossarsi una relativa funzione di supplenza fino ad allora ricoperta.

Al di là delle carenze nella sensibilità ai principi costituzionali e degli atteggiamenti vetero-formalistici imputabili alla magistratura al momento dell'applicazione della legge, però, nell'attuale tendenza sono presenti risvolti ben diversi dal semplice ritardo nella mentalità e nell'atteggiamento della giurisprudenza italiana, che vanno dal ruolo dei giudici nelle democrazie odierne ai caratteri propri del modello di giustizia costituzionale, dunque più specificamente ai diversi rapporti dell'organo costituzionale di controllo con il potere giudiziario e con quello legislativo.

L'analisi che segue mostra che la via ermeneutica di affermazione della supremazia della Costituzione si è realizzata valorizzando al massimo, talora anche al limite delle sue effettive potenzialità, l'interpretazione adeguatrice. In ipotesi, l'apporto dei giudici e della Corte avrebbe potuto distribuirsi *gradualisticamente* lungo una linea continua, in cui ai primi sarebbe spettata l'armonizzazione a Costituzione di quelle questioni che interpellassero solo i "discorsi di applicazione", alla seconda l'intervento, se del caso cassatorio, per le questioni che chiamassero in causa il "discorso di fondazione"<sup>2</sup>. Invece quel diverso apporto si è configurato come attività *sovrapposta e concorrenziale*, nel senso che l'interpretazione adeguatrice diviene un'alternativa effettiva e in parte concorrente con la soluzione dei problemi di legittimità costituzionale. Questo assetto non implica tuttavia, come a prima vista potrebbe sembrare, l'abdicazione della Corte a favore di iniziative del solo potere giudiziario, da assumere e svolgere in totale autonomia e in condizioni di

---

<sup>1</sup> V. A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008, a cura di M. D'Amico e B. Randazzo, Torino 2009, spec. 392 ss. e, volendo, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, il cui Cap. I è dedicato ad escludere che il fondamento del canone in parola risieda nel principio di coerenza degli ordinamenti giuridici (e in specie nella gerarchia delle fonti come criterio che ordina queste in sistema).

<sup>2</sup> La terminologia, di Klaus Günther, è richiamata da J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), a cura di L. Ceppa, Napoli 1996, 258 ss.

monopolio, in quanto connesse a competenze esclusive della magistratura, poiché si accompagna all'accentuazione del modulo giurisdizionale di azione della Corte ed all'avocazione che questa compie a suo favore di un ruolo di guida e di orientamento nella lettura dei testi normativi.

Tale potenziamento, per essere compiutamente valutato nei suoi motivi, nelle sue implicazioni ed, eventualmente, nei suoi limiti, impone di ripercorrere, sia pure molto brevemente e per sommi capi (in linea con gli scopi della presente relazione), il dibattito sull'interpretazione. Lì infatti risiede la premessa generale, che tocca la collocazione della legge (detronizzata dal suo posto centrale nel sistema) e dell'interprete (non mero esegeta, ma organo implicato nella garanzia dei principi di "giustizia" positivizzati in Costituzione ed attento alle esigenze dei "casi"), su cui si fonda l'accennato cambiamento di rotta della giurisprudenza costituzionale.

## 2. Brevi cenni alle premesse del cambiamento, attinenti alla teoria dell'interpretazione della legge

Con la frantumazione del compatto, monolitico e omogeneo ordine dei valori borghese, cui era legata la condizione ottocentesca di monopolio legislativo del diritto, entrano in crisi anche le assunzioni che, dal punto di vista metodologico, l'accompagnavano: il trionfo del formalismo giuridico e l'idea che la norma si identificasse ed esaurisse senza residui nel testo legislativo. Ma una portata determinante assume anche la presa di coscienza, maturata dal secondo dopoguerra, della natura ricognitiva dei principi fondamentali relativi ai diritti inviolabili e dunque della preesistenza logico-giuridica dei beni ad essi sottesi. Lo sguardo del giudice nel decidere una qualsiasi controversia, non è allora, «uno sguardo da nessun luogo»<sup>3</sup>, ma è carico di aspettative e implica un'innegabile componente valutativa.

Nella cultura giuridica comincia conseguentemente a circolare dalla metà del Novecento una riacquistata coscienza ermeneutica, che ruota intorno alla riscoperta di due elementi fondamentali: la centralità del soggetto interpretante all'interno del circolo ermeneutico e l'attitudine conformativa del caso da decidere rispetto alla stessa ricerca della norma applicabile. Un posto importante nella descrizione dell'interpretazione, che ne segna il passaggio da rapporto duale – dalla disposizione alla norma – a rapporto triangolare – che include lo stesso interprete – occupa in questo contesto la riflessione gadameriana, che si sofferma (spostando il problema della conoscenza dal piano epistemologico a quello ontologico) sulle condizioni *a priori* della possibilità della comprensione, sfatando il mito della mente dell'osservatore quale *tabula rasa*. Emerge dunque il positivo apporto del giudice nell'interpretazione della legge, sotto il profilo sia dell'inquadramento del fatto, attraverso le sue "categorie di senso e di valore", sia dell'individuazione della risposta normativa adeguata a soddisfare le istanze di giustizia insite nella situazione concreta e si pongono le basi per i successivi sviluppi (dati in particolare da Esser) al tema della "precomprensione" (*Vorverständnis*). Questo rinnovamento accompagna il superamento del rigido positivismo ottocentesco e consente alla concezione creativa e inventiva della giurisprudenza di riaffiorare, chiudendo una parentesi lunga svariati secoli (a partire cioè dall'età post-classica).

---

<sup>3</sup> C. LUZZATI, *Grammatica dei diritti e grammatica delle norme*, in *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, in [www.cirfid.unibo.it](http://www.cirfid.unibo.it), che riprende l'espressione di Nagel.

Come conseguenza della nuova temperie, la questione della discrezionalità del giudice occupa un posto di capitale importanza nell'odierno dibattito scientifico e si assiste al fiorire di una serie di studi sul metodo giuridico, con lo scopo di gettare luce sull'operato di chi interpreta ed applica il diritto e di accertare la stessa validità dell'ipotesi di verificabilità delle decisioni giudiziarie. L'attenzione per la metodologia giuridica e per le argomentazioni dei giuristi raggiunge l'acme e sembra soppiantare integralmente quella fino a questo momento dedicata alla filosofia del diritto. La fortuna delle ricerche sulla topica giurisprudenziale e la nascita di nuove correnti quali la *nouvelle rethorique*, che sostituiscono ai modelli di logica formale quelli di logica materiale, applicabili al mondo dei valori, capaci di fondare solo giudizi di ragionevolezza o verosimiglianza, si inquadra in questo ambito<sup>4</sup>.

Lungi dall'aver carattere parziale, la crisi che attraversa le categorie tradizionali, è molto estesa, tanto che appaiono insufficienti le stesse versioni critiche del positivismo, sia quella di Hart, che circoscrive l'incertezza e le oscillazioni dell'interpretazione alla sola *penumbra* della disposizione, salvandone un *hard core* di *settled meaning*, che quella di Kelsen, che adotta pur sempre una nozione di discrezionalità "limitata"<sup>5</sup>.

Travolto appare pure, in particolare, per i giuristi che sono tenuti a confrontarsi con i consueti tramandati insegnamenti, il contenuto dell'art. 12 Prel., nella misura in cui il ricorso ai principi, in particolare a quelli costituzionali, non può dirsi circoscritto, come vorrebbe lo schema di tale disposizione, alla sola esigenza di integrazione dell'ordinamento in cui si ravvisi una lacuna, ma assume carattere generalizzato ed onnipervasivo nell'attività dell'interprete. È infatti il quadro dei principi costituzionali a giocare da punto di riferimento essenziale nell'orientare le decisioni giudiziarie, dato che esso costituisce il sostrato positivo in cui si sono condensate le istanze pluralistiche nello stringere il patto fondamentale all'origine dell'ordinamento.

Nel momento in cui la dottrina più sensibile avanza l'idea di una nuova teoria dell'interpretazione, eretta sulla base della Costituzione, affermando che la comprensione della legge non può mai andare scissa dalla considerazione dei principi costituzionali, essa è profondamente avvertita del fatto di riferirsi ad operazioni che, se pure si vogliono definire anch'esse di tipo sistematico, niente hanno a che vedere con l'omonimo criterio tradizionale e con l'impiego dei principi generali del diritto, ottenuti per progressive astrazioni a partire da istituti e discipline particolari. Non più un'impalcatura dogmatica ovvero un'architettura di concetti ed una concatenazione di relazioni logiche tra di essi, ma operazioni di invero di scelte di valore, nonché considerazione degli effetti giuridici delle varie discipline secondo gli indici assiologici dell'ordinamento: una "piramide di concetti" avrebbe lasciato il posto ad una "piramide di valori", un ragionamento di stampo prettamente "tecnico" cedrebbe il passo ad un'attività di natura "assiologica".

Sarebbe illusorio pensare che, dal momento che i principi costituzionali sono pur sempre principi positivizzati, il ricorso ad essi nell'applicazione della legge non richiederebbe altro che la riproduzione, includendovi ora anche il nuovo livello normativo, dei modelli tradizionali di interpretazione<sup>6</sup>. Non si può non concordare sul fatto che quello

---

<sup>4</sup> CH. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. di Schick e M. Meyer con la coll. di E. Barassi, I, Torino 1982.

<sup>5</sup> V. in proposito la critica di A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in [www.dirittoequestionipubbliche.org](http://www.dirittoequestionipubbliche.org).

<sup>6</sup> Problema distinto è poi quello dell'attività di assegnazione di significato alle stesse disposizioni costituzionali e della possibilità di qualificare tale attività come interpretazione: v. l'acceso dibattito riportato in AA.VV., *Interpretazione costituzionale*, a cura di G. Azzariti, Torino 2007.

costituzionale rappresenti uno strato di diritto di natura molto particolare e ben diversa dal livello legislativo<sup>7</sup>, attraverso il quale si assiste all'«immissione della morale» nel diritto<sup>8</sup>, come registra l'efficace descrizione che attribuisce ai principi costituzionali un'«eccedenza di contenuto deontologico»<sup>9</sup>. Da questo punto di vista, a chi si chieda se l'interpretazione conforme a costituzione allarghi o restringa i margini di azione del giurista, non si può non rispondere che pesando le parole: convogliare l'inquadramento di valore che l'interprete può legittimamente operare entro la tavola dei principi positivizzati in Costituzione non può che ridurre i margini di azione consentiti dal semplice *sic volo* del giudice, escludendo la validità di posizioni di arbitrio o esasperato soggettivismo; contemporaneamente però la natura «aperta» dei principi disillude sulla possibilità del ritorno all'antica «magia dell'unità», che era consentita dal sistema dogmatico ottocentesco e dall'*habitus* illuministico<sup>10</sup>.

Lo scenario si complica ulteriormente se si pensa che la *deminutio* di certezza giuridica si manifesta non soltanto in relazione alla ricerca della norma da applicare quando si renda necessario integrare la disciplina legislativa, ma nella stessa «fluttuabilità» dei confini dei valori giuridicamente riconosciuti e concretamente garantiti. In un'epoca segnata dal rapido, spesso convulso, cambiamento sociale, legato alle innovazioni nei settori economico e tecnologico, la «rivoluzione delle aspettative crescenti», che aspirano ad una specifica previsione di tutela attraverso il circuito politico-rappresentativo, preme anche in misura massiccia per una pronta ed efficace soddisfazione da parte del sistema giudiziario, facendo appello ai «frammenti di norma» contenuti a livello costituzionale per promuovere un'evoluzione del diritto dal suo interno, cioè anche senza una immissione di nuovi materiali legislativi<sup>11</sup>. Si assiste ad un processo di progressiva permeabilizzazione dell'ordinamento agli interessi emergenti, nella loro connaturata specificità e irripetibilità, che potrebbe portare, se spinto all'estremo, come è facile immaginare, alla dissoluzione particolaristica del sistema nelle forme della «giustizia del caso concreto».

La pressione dell'esigenza di invero dei principi e di rinvenimento di una soluzione soddisfacente ed adeguata alla situazione controversa, che fanno leva sulla magistratura che si avvale dei materiali legislativi, non possono che giustificare una concezione più elastica delle disposizioni legislative e, in definitiva, ridurre al minimo quel nocciolo di significato, intaccato il quale si possa dire spezzato il grado di resistenza interna

---

<sup>7</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia e la sua legge*, Bologna 2008, *passim*.

<sup>8</sup> ... più correttamente, all'«immanenza nel diritto positivo di un nesso necessario, determinato dalla Costituzione, tra diritto e morale»: L. MENGONI, *Presentazione* a R. Alexy, *Teoria dell'argomentazione e giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Milano 1998, VII.

<sup>9</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, 316 (sottolineatura testuale).

<sup>10</sup> Sull'impossibilità di prescindere dai principi nell'interpretazione, senza che questo infici la neutralità della stessa attività, v. la riflessione di R. SUNSTEIN, *The partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England 1993, 7 ss.

<sup>11</sup> Nella diversa prospettiva e con le diverse categorie concettuali proprie della sociologia giuridica si è parlato a questo proposito di una crisi della «differenza tra diritto e non-diritto» determinata dalla continua espansione delle attese sociali e si è considerata infruttuosa e formalistica la resistenza al fenomeno sulla base di un rigido normativismo. Ciò che si propone in alternativa è una maggiore elasticità di risposta da parte del potere giudiziario che compensi il difetto di «lungimiranza» della legge, divenuto strutturale nelle nuove condizioni, cioè, in definitiva, una «più forte differenziazione all'interno del sistema giuridico» tra la funzione della legislazione e la funzione della giurisprudenza: N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto* (1981), Bologna 1990 (le parole cit. nel testo si trovano a p. 93, quelle in nota risp. a p. 100 e 99; il c.v. è testuale).

delle disposizioni stesse: si aprono insomma spazi più ampi di azione e di valutazione giudiziaria<sup>12</sup>.

Se l'avvento di una Costituzione rigida e pluralistica reagisce sulla stessa teoria dell'interpretazione, se cioè l'interpretazione orientata ai principi è l'interpretazione *tout court*, ne risulta ampliata la sfera di legittimazione del giudice a cercare risposte alle domande di giustizia e si spostano in avanti i confini che delimitano la stessa "possibilità" del risultato interpretativo (alla stregua della linea dell'orizzonte che avanza man mano che procede il cammino dell'interprete verso una soluzione appagante).

Di conseguenza, però, per quel che qui più interessa, il canone dell'interpretazione conforme è condannato ad apparire inevitabilmente affetto da un carattere tautologico ed autoreferenziale. Esso infatti, prescrivendo che "quando sono possibili due interpretazioni,

---

<sup>12</sup> Nasce dunque una generale esigenza di rifondazione del sapere giuridico come scienza, che viene affrontata con sofferto travaglio, aperto ad un triplice esito: c'è chi arretra su posizioni di neo-esegesi, che tornano a ridurre la legittimità del diritto alla sua legalità (Irti); chi abbraccia senz'altro posizioni di avanzato scetticismo, che negano qualsiasi verificabilità delle scelte operate dai giudici, ridotte ad espressione di puro e semplice soggettivismo e volontarismo (la corrente scettica, facente capo particolarmente a Derrida); c'è infine chi esprime rinnovata fiducia verso la controllabilità dell'azione giudiziaria e la sua oggettività.

Tra questi ultimi, in particolare, c'è chi propone un modello in cui si tenga conto simultaneamente delle esigenze del pensiero critico e del punto di vista sistematico. Questa prospettiva è consapevole che un ordinamento che colloca in posizione apicale la Costituzione come «*iustitia normans*» non si presta agli irrigidimenti del metodo sistematico tradizionale, ma funge da sistema «aperto» disposto ad accogliere nuove istanze emergenti nella vita sociale e conformi ai propri principi di giustizia materiale e, pertanto, ammette che si rende necessaria una «riqualificazione funzionale» della dogmatica, che si incarichi di ovviare alla tendenza alla «chiusura statica» tipica dell'idea di sistema e alla sua «mancanza della dimensione diacronica» (Mengoni). Una volta contemplata questa riconversione del ruolo affidato all'elaborazione dogmatica e grazie ad essa, tuttavia, tale tesi sostiene che il metodo logico-sistematico possa svolgere ancora l'insostituibile compito di fissare le condizioni di pensabilità e di operatività di un ordinamento governato dai valori costituzionali, impedendo che esso "imploda", così finendo per rinnegare la sua stessa capacità ordinatoria. Solo il ricorso alle strutture dogmatiche infatti, assicurando che le soluzioni prospettate per i singoli casi alla luce dei criteri assiologici dell'ordinamento possano inserirsi «nella totalità dell'esperienza giuridica» e verificandone la «compatibilità con la razionalità del sistema», garantisce al tempo stesso che il diritto non si risolva (ovvero si dissolva) puramente e semplicemente nella "casistica". Sebbene infatti la specificità e al tempo stesso la difficoltà dell'applicazione del diritto risultino dal compito di questa di «mediare la distanza tra la generalità della norma e la specialità di ogni caso concreto», essa pur sempre per sua natura «concretizza un universale» e deve conservare la sua attitudine ad essere ripetibile nel tempo, a stabilizzarsi in vista delle decisioni di casi futuri oggettivamente assimilabili. Questo risultato, che può essere conseguito grazie alla idoneità della scelta ermeneutica alla concettualizzazione in sede dogmatica, risponde ad un'«esigenza fondamentale della giustizia», quella dell'«eguaglianza di trattamento di casi oggettivamente uguali» (*Id.*).

La stabilità dei rapporti giuridico-sociali così acquisita è una stabilità sempre relativa, che non rinnega un costante dinamismo e il cambiamento, in quanto non poggia su una sclerotizzazione di concetti sistematici intesi come fini a se stessi. Essa è sempre soggetta alla pressione di insiemi di nuove ed inedite circostanze, che avanzano richieste di risposte adeguate e spingono verso aggiustamenti e risistemazioni dei concetti, risultando in definitiva «condizionata all'evoluzione della realtà sociale e della sensibilità ai valori». In questo modo "pensiero problematico" e "pensiero sistematico" si integrano, corrispondendo ad una «dialettica del tempo breve e del tempo lungo» (*Id.*).

La dogmatica così, funzionalmente riadattata alle esigenze di un sistema permeato da valori metalegislativi, pone le condizioni di controllo perché le istanze di tutela rivendicate sulla base di essi siano riconducibili entro il tessuto logico-sistematico dell'ordinamento dato. La ragion pratica, dal canto suo, espone a continue sollecitazioni la costruzione sistematica, affinché questa, nei margini consentiti dalla sua elasticità, sia allineata e riconvertita internamente ed incessantemente nella direzione fissata dalle valutazioni assiologiche.

Alla fine rimane salda la convinzione (sia pure come asserzione a carattere precettivo e non descrittivo) della verificabilità e dell'oggettività dell'operato del giudice.

di cui l'una conforme l'altra difforme dalla Costituzione, il giudice deve dare la preferenza alla prima", ruota intorno ad una condizione ("se possibile"), su cui la stessa apparizione della Costituzione ha inciso in una misura notevole e ancora non del tutto chiarita.

Il punto più controverso, a ben vedere e riducendo il tema ai termini essenziali, consiste nello stabilire se vi sia ancora una qualche differenza tra interpretazione orientata ai principi e applicazione diretta degli stessi: la dottrina oscilla sensibilmente tra chi ritiene che la distinzione sia senz'altro sfumata ed abbia ormai perso qualsiasi significato<sup>13</sup> e chi invece insiste a tenere ferma una separazione tra l'applicazione diretta della Costituzione, da limitarsi ai casi di lacune dell'ordinamento, ed il suo uso interpretativo<sup>14</sup>. In altri termini il nodo da sciogliere è se l'interpretazione orientata a Costituzione sia qualcosa di distinto dall'affermazione di una vera e propria legalità costituzionale, intesa come esistenza di un integrale e compiuto gradualismo tra le fonti (analogo, per intenderci, a quello proprio dell'ordinamento americano). Ed è significativo che, se un tempo la Costituzione era essenzialmente connessa al concetto di "legittimità" (della legge, che ad essa doveva parametrarsi), oggi sempre più di frequente ricorre l'espressione "legalità" costituzionale<sup>15</sup>, di cui si invoca la realizzazione direttamente per via giudiziaria.

La questione è ovviamente cruciale: la stessa portata del dovere di interpretazione conforme e quindi l'esistenza o meno di un ambito riservato ai poteri di annullamento e "manipolazione" della Corte, sulle leggi irriducibili a Costituzione in sede applicativa, dipendono all'evidenza da essa.

### 3. *Quadro sinottico della giurisprudenza costituzionale nella I e nella II fase (prima e dopo la svolta della fine degli anni ottanta)*

Di seguito si riproducono, in un quadro di sintesi, le principali innovazioni, caratteristiche del nuovo "corso" della giurisprudenza costituzionale, proiettandole sullo sfondo dello "stato dell'arte" raggiunto in precedenza, allo scopo di evidenziare, istantaneamente e complessivamente, le torsioni e le modifiche maggiormente tangibili del nuovo filone.

Nella prima fase la Corte gradua l'intensità dei suoi interventi, modulando diversamente la tipologia delle decisioni adottate, in base all'esigenza di rispettare gli orientamenti invalsi nella prassi applicativa<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Tra questi, v. ad es. O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, Torino 2005, spec. 54 ss. e P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli 2006, 1 ss.

<sup>14</sup> E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 779 ss.

<sup>15</sup> V. il volume di AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., in cui (nonostante il titolo), sono incentrati sul concetto di "legalità costituzionale", ispirato alla *superior law* di matrice statunitense, i contributi di P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, cit. (1 ss.), M. PALOMBI, *La Corte costituzionale fra interpretazione correttiva e interpretazione adeguatrice* (73 ss.) e G. SANTORELLI, *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia* (509 ss.).

<sup>16</sup> La Corte costituzionale infatti doveva risolvere i problemi di coordinamento tra il controllo di costituzionalità delle leggi e i poteri interpretativi dei giudici comuni. In particolare, posto che fin dall'inizio del suo operare essa aveva rivendicato la piena autonomia interpretativa nei confronti dei testi legislativi, si presentava la grave questione di evitare, dinanzi alla plurivocità delle disposizioni normative, che leggi fatte salve dalla Corte (sulla base di una certa attribuzione di significato) continuassero a ricevere applicazioni

### *I. La giurisprudenza costituzionale fino agli anni ottanta.*

In questa fase in particolare, in presenza di una pluralità di interpretazioni possibili della legge, di cui una (o alcune) di dubbia costituzionalità, era possibile distinguere tre ipotesi:

#### *a) mancanza di un diritto vivente:*

in mancanza di un indirizzo applicativo consolidato, la Corte, assumendo come unico criterio l'armonizzazione interpretativa della legge alla Costituzione, sulla scorta di

---

incostituzionali (secondo una differente interpretazione) o, viceversa, che venissero annullate leggi che nella pratica erano prevalentemente intese ed applicate in modo rispettoso della Costituzione.

Dalla mancata definizione di tali rapporti scaturivano altresì seri inconvenienti pratici, in primo luogo la possibilità, più volte di fatto concretizzatasi, di scontri istituzionali tra il giudice delle leggi e il vertice della magistratura ordinaria, cui ebbe il merito di porre fine negli anni settanta la c.d. dottrina del diritto vivente, sancendo una sorta di "armistizio" nella "guerra tra le Corti".

La dottrina del diritto vivente costituisce una formula risolutoria di tali problemi, mentre non implica la sottoscrizione degli impegnativi risvolti teorici sottesi. Sulla scorta di una pregnante concezione teorico-generale, in cui il fattore qualificante del diritto veniva individuato nel momento applicativo, quando esso cessa di essere "testo" per "vivere" nella realtà dei rapporti umani e sociali, si addiveniva infatti, come si sa, alla conclusione che la Corte costituzionale, chiamata non a fare applicazione delle leggi e dunque a rinnovarne l'effettivo calarsi nell'esperienza giuridica, ma ad esercitare su di esse un controllo di validità, non potesse che assumerle nel loro "significato vivente", che ne costituisce il principale contrassegno: T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, spec. 355. In merito, v. l'attenta ricostruzione di A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano 1994.

In base ai postulati della dottrina del diritto vivente, dunque, l'organo costituzionale di controllo rinuncia all'esercizio del suo potere interpretativo, per pronunciarsi sulla norma ricavata dal giudice *a quo*, quando essa costituisca il significato in cui la legge viene costantemente ed uniformemente applicata nelle aule giudiziarie. Parallelamente, lo stesso si riappropria della facoltà di procedere ad un'autonoma lettura della legge, solo in mancanza di orientamenti giurisprudenziali dominanti, suggerendo in tal caso, ove possibile, soluzioni conformi a Costituzione, allo scopo di evitare la caducazione di disposti suscettibili di esprimere norme non costituzionalmente invalide.

Tale posizione ha attraversato nel tempo alcuni sviluppi. In un primo momento, il diritto vivente – la cui espressa dizione, ma non il sostanziale utilizzo, che è anteriore, compare nella giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni ottanta (sent. n. 11/1981) – è solo un elemento discrezionalmente valutabile dalla Corte, al fine di soppesare l'opportunità di far seguire ad una iniziale decisione interpretativa di rigetto, priva di efficacia generale, una più incisiva sentenza interpretativa di accoglimento, atta a colpire il significato incostituzionale della disposizione lasciando impregiudicata la possibilità di ricavarne altri non viziati.

Verso la metà degli anni ottanta, esso assume invece i caratteri di elemento assolutamente obbligatorio, da cui non poter mai prescindere, già in prima battuta, come viene invariabilmente ribadito in una serie imponente di decisioni (A. ANZON, *La Corte costituzionale e il «diritto vivente»*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 13 ss.; in giurisprudenza, *ex plurimis*, sentt. n. 86/1982; n. 350/1985; n. 435/1990; n. 179/1999). In questa fase, parallelamente alla diffusione di una maggiore sensibilità ai valori della nuova Carta repubblicana tra le file dei giudici comuni, il richiamo al significato legislativo applicato si arricchisce di un altro corollario: esso, infatti, abilita il giudice delle leggi a disattendere la lettura minoritaria proveniente dall'organo giudiziale rimettente e a dare un avallo a quella maggioritaria nelle aule giudiziarie, se conforme a Costituzione; ricorrendo così alle sentenze interpretative di rigetto non più per contrapporre proprie interpretazioni militanti a quelle dei giudici, ma al fine di apporre il "crisma" della costituzionalità ad un diritto vivente già in atto (G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1151 ss.; in giurisprudenza, sent. n. 133/1984).

Anche in questo stadio non vi è stata mai unanimità in dottrina nel considerarlo l'*oggetto* dei giudizi di costituzionalità (in questo senso A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, cit., 495 ss.), quanto piuttosto un *limite* al potere di reinterpretazione della Corte (A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2004, 90).



tale operazione pronuncia una sentenza *interpretativa di rigetto* “classica”<sup>17</sup>.

b) *esistenza di un diritto vivente conforme a Costituzione*:

anche qui, reputandosi l’organo costituzionale di controllo, *a fortiori* rispetto all’ipotesi precedente, legittimato a discostarsi dal *thema decidendum* delineato nell’ordinanza di remissione, si rinvencono *sentenze interpretative di rigetto*<sup>18</sup>. In esse il presupposto ermeneutico accolto dal giudice *a quo* è spesso censurato dalla Corte come “insussistente” alla stregua del diritto applicato nelle aule giudiziarie<sup>19</sup>, dando luogo ad una tendenza che avrà ulteriori sviluppi.

c) *esistenza di un diritto vivente incostituzionale*:

come si è detto, la Corte di solito, ma senza alcuna regolarità assoluta, se la questione di legittimità costituzionale riguarda una c.d. norma vivente incostituzionale, abbandona il proprio potere di reinterpretazione dei testi in senso conforme a Costituzione, ed emette una *sentenza di accoglimento* (anche se non di rado pronuncia pure in questo caso una sentenza interpretativa di rigetto).

## II. La giurisprudenza costituzionale a partire dagli anni novanta.

Nella seconda fase, sullo sfondo dell’assetto appena descritto, emergono diverse torsioni:

a<sup>1</sup>) *manca di un diritto vivente*:

si registra una novità esteriore nelle *sentenze interpretative di rigetto*, che si presentano *prive del rinvio alla motivazione* costituito dalla classica dicitura “nei sensi di cui in motivazione” e l’adozione frequente anche di pronunce di *manifesta infondatezza*. Nella parte motiva viene spesso rilevata l’«erroneità del presupposto interpretativo» assunto dal giudice *a quo*.

b<sup>1</sup>) *esistenza di un diritto vivente conforme a Costituzione*:

negli ultimi anni la Corte ha cominciato ad adottare decisioni processuali di *inammissibilità* (a volte manifesta).

c<sup>1</sup>) *esistenza di un diritto vivente incostituzionale*:

il giudice delle leggi sembra orientato a riconoscersi talora apertamente la possibilità di superare con una propria interpretazione un indirizzo giurisprudenziale cristallizzato in senso lesivo della Carta fondamentale. L’assetto che si profilava nelle dichiarazioni della giurisprudenza precedente si mostra ancora in via di definizione.

Questo periodo è caratterizzato da una radicalizzazione dell’interpretazione adeguatrice. Il processo dà esiti maturi ed assume contorni definiti nella seconda metà degli anni ’90, cui sono databili due note decisioni nelle quali può dirsi condensato il “manifesto” dell’attuale indirizzo giurisprudenziale. Nella prima si asserisce che «in linea di principio le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne

<sup>17</sup> V. le sentt. n. 120/1984; n. 57/1985; n. 73/1985.

<sup>18</sup> V. le sentt. di rigetto “nei sensi” n. 27/1984; n. 40/1984; n. 104/1984; n. 143/1984; n. 172/1984; n. 178/1984; n. 181/1984; n. 208/1984; n. 225/1984; n. 37/1985; n. 39/1985; n. 55/1985; n. 56/1985; n. 93/1985.

<sup>19</sup> Sentt. n. 40/1984; n. 181/1984; n. 208/1984; n. 225/1984; n. 240/1984; n. 55/1985; n. 56/1985; n. 93/1985.

interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»<sup>20</sup>; nella seconda si legge che «in presenza di un diritto vivente non condiviso dal giudice *a quo* perché ritenuto costituzionalmente illegittimo, questi ha la facoltà di optare tra l'adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione, oppure – adeguandosi al diritto vivente – la proposizione della questione davanti a questa Corte; mentre è in assenza di un contrario diritto vivente che il giudice remittente ha il dovere di seguire l'interpretazione ritenuta più adeguata ai principi costituzionali»<sup>21</sup>.

L'assidua elaborazione del dovere di interpretazione conforme da parte del giudice delle leggi, in un numero ormai interminabile di pronunce, costituisce uno strumento impiegato per perseguire, con piena dignità giuridica, il potenziamento del processo di attuazione della Costituzione in via giurisdizionale, che diviene diffuso e capillare attraverso il suo decentramento a tutti i giudici, pur sotto la guida costantemente fornita dalla stessa Corte, in virtù del ruolo di magistero ermeneutico che essa tende ad assumere.

Occorre adesso esaminare partitamente le varie “correnti” che compongono il nuovo filone.

#### 4. *Le ipotesi in cui la Corte entra nel merito e le decisioni interpretative “occulte”*

Come si è detto, in luogo delle sentenze interpretative di rigetto “classiche”, dotate del dispositivo «nei sensi», compaiono in questa fase decisioni di manifesta infondatezza “per erroneità del presupposto interpretativo” come riflesso della paternità dell'operazione, in ultima analisi riconducibile pur sempre al canale applicativo-giudiziario.

Se l'inconsueta tipologia suscita un iniziale disorientamento circa la sua corretta qualificazione – in quanto, venendo il rigetto (semplice o, spesso, manifesto) costantemente dichiarato sulla base del rilievo dell'«erroneità del presupposto interpretativo» assunto dal rimettente, essa ricalca nel tenore la categoria delle decisioni “correttive” (solitamente rese però, come si sa, con dispositivi di inammissibilità) – oggi non vi sono dubbi che, nel filone considerato, la reinterpretazione della Corte spesso non si possa dire (come avviene invece nelle ordinanze correttive) scissa da valutazioni attinenti alla costituzionalità<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Sent. n. 356/1996. Di senso analogo la sent. n. 299/1997, secondo cui la proposizione della questione di legittimità costituzionale ed il suo accoglimento costituiscono un'«*extrema ratio*». L'orientamento appare oggi consolidato: nell'ord. n. 19/2003, la Corte rammenta che essa «ha avuto ripetutamente occasione di affermare che il giudice è abilitato a sollevare questione di legittimità costituzionale solo dopo aver accertato che è impossibile seguire un'interpretazione costituzionalmente corretta» (101); nella precedente ord. n. 16/2003 essa dà atto al rimettente di aver motivato in ordine alla impossibilità di ricorrere ad un'interpretazione adeguatrice; nella sent. n. 301/2003 riproduce la motivazione della pronuncia n. 356; nell'ord. n. 592/2000, ancora, ribadisce il «doveroso tentativo di ricercare un'interpretazione adeguatrice del testo di legge denunciato, al quale ciascun giudice è, comunque, tenuto prima di proporre l'incidente di costituzionalità»; qualifica, infine, l'interpretazione adeguatrice come canone preminente nella sent. n. 198/2003 e nelle sentt. n. 3 e n. 44 del 2004. La motivazione pertanto si può ritenere ormai classica: v. di recente le sentt. n. 379/2007 e n. 147/2008.

<sup>21</sup> Sent. n. 350/1997. V. pure le ordd. n. 7/1998; n. 109/2003 e la sent. n. 91/2004.

<sup>22</sup> La distinzione tra pronunce meramente correttive e pronunce propriamente interpretative (basate sul canone di interpretazione adeguatrice) è da ultimo fortemente criticata da M. PALOMBI, sulla base della condivisibile considerazione che nelle decisioni della Corte anche l'ascrizione di significato ad un testo è sempre finalizzata al sindacato di costituzionalità (*La Corte costituzionale fra interpretazione correttiva e interpretazione adeguatrice*, cit., 118 ss.).

È perciò ormai riconosciuta<sup>23</sup> l'esistenza di decisioni che sono sostanzialmente, anche se non formalmente, interpretative<sup>24</sup>. Si potrebbe ipotizzare che non sia dato qui particolare risalto alla natura interpretativa della decisione, in quanto la Corte si uniformerebbe ad orientamenti giurisprudenziali consolidati, almeno per le decisioni in cui essa segnala che la soluzione conforme godeva dell'avallo di alcune pronunce della Corte di Cassazione o integrava un vero e proprio diritto vivente<sup>25</sup>. Le decisioni in discorso sembrerebbero costituire allora l'inveramento dell'opinione di chi reputava inutile, in simili ipotesi di avallo del diritto vivente conforme a Costituzione, il ricorso alla formula interpretativa<sup>26</sup>. Tuttavia, questa lettura non sarebbe persuasiva, in quanto non sempre entra in gioco la dottrina del diritto vivente, reputandosi invece erroneo il presupposto ermeneutico dell'ordinanza di remissione sol perché, in assenza di orientamenti giurisprudenziali consolidati, il giudice ha omesso di preferirvi il significato che appare in armonia con il dettato fondamentale.

In realtà, mentre in passato non si metteva in dubbio la liceità della plurime interpretazioni, oggi la Corte tende ad accreditare l'interpretazione conforme a Costituzione come *unica* lettura corretta, il che fa venir meno il presupposto della pluralità di interpretazioni possibili evidenziato nel dispositivo attraverso il rimando alla motivazione.

Pur non essendo agevole distinguere le ipotesi in cui la Corte tende a conservare le interpretative di rigetto tradizionali da quelle che abilitano alla pronuncia in discorso, si può dire che le prime sembrano riservate alle sole circostanze più "difficili", in cui si formulano interpretazioni azzardate o dalla portata più dirompente o che superano un diritto vivente.

Nella sent. n. 460/2000, per esempio, interpretativa «nei sensi», relativa al diritto di accesso agli atti della Consob, la Corte stessa, prima di procedere ad una conversione della natura della norma da regola in principio (v. *infra*), ammette la forzatura semantica del testo, affermando che il disposto normativo «interpretato alla lettera... sembrerebbe in effetti deporre» nel senso denunciato.

Attinge ad un risultato «non altrimenti estrapolabile dal sistema», se non «a costo di una distorsione (lieve o sensibile a secondo dell'angolo di apertura prescelto) dei contorni dell'oggetto principale»<sup>27</sup>, la sent. n. 403/2007 (di infondatezza «nei sensi») in materia di tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità dell'azione cautelare. La Corte giunge ad escludere l'obbligatorietà dell'istituto sulla base dell'argomento che l'interesse tutelato (il soddisfacimento immediato della situazione giuridica sostanziale) è già assorbito nell'interesse costituzionale all'effettività della tutela giuridica, alla cui realizzazione è preposta l'azione cautelare.

---

<sup>23</sup> Per distinguerle dalle interpretative classiche (pronunciate "nei sensi...") si parla di sentenze «di rigetto con interpretazione adeguatrice» (A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2004, 222) ovvero, più semplicemente, «di rigetto "con interpretazione"» (E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?*, in *Giur. cost.*, 1996, 3113 e ID., *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, 691).

<sup>24</sup> Sentt. n. 354/1997; n. 363/1997; n. 19/1998; n. 89/1998; n. 211/1998; n. 200/1999 e ordd. n. 231/1997; n. 361/1997; n. 4/1998; n. 5/1998; n. 55/1998; n. 117/1998; n. 192/1998; n. 529/2000.

<sup>25</sup> V. sentt. n. 23/1997; n. 340/1998 e ordd. n. 32/1998; n. 66/1998; n. 68/1998; n. 306/1998; n. 29/1999; n. 90/2000.

<sup>26</sup> V. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina*, cit., 1151.

<sup>27</sup> T. GUARNIER, *Ragionevolezza, interpretazione e dialogo tra Giudici. Come la Corte risponde alle esigenze di flessibilità dell'ordinamento*, in *Giur. it.*, 2008, che ricorre alla metafora del «obiettivo quadrangolare» attraverso cui la Corte costituzionale sembra guardare al sistema per giustificare i risultati oggettivamente ardui che essa raggiunge (1102).

Ancora, è interpretativa di rigetto la sent. n. 2/2008, con cui si cerca di portare chiarezza sull'inedito termine di prescrizione, introdotto dalla l. n. 251/2005, per i reati sanzionati con pene «diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria» (art. 157, co. 5, c.p.): il *tertium genus* di pene era infatti di difficilissima individuazione, essendo anche assai problematica la sua identificazione con le pene paradetentive previste per i reati di competenza del giudice di pace (equiparate ad ogni effetto giuridico alle pene detentive)<sup>28</sup>. L'esito della lettura conforme consiste in questo caso in una vera e propria *interpretatio abrogans*, tale da rendere la disposizione «dormiente», in attesa che il legislatore provveda a riempirne l'ambito di applicazione<sup>29</sup>.

Tuttavia una simile conclusione non sempre potrebbe essere confermata, visto che il rigetto interpretativo (“nascosto”) si spinge da ultimo anche a chiudere questioni in cui lo scenario giurisprudenziale appare compromesso nel senso dell'incostituzionalità. Dal canto suo, marcando un'ulteriore novità, la sentenza di rigetto «nei sensi...» compare in situazioni “favorevoli”, quando si vuole imprimere il suggello della costituzionalità ad indirizzi giurisprudenziali già formati e in atto<sup>30</sup>.

Per la loro tipica caratteristica di mantenere la reinterpretazione effettuata dalla Corte “dietro le quinte” queste pronunce sono significativamente denominate decisioni interpretative di rigetto “non dichiarate” (in quanto prive nel dispositivo del rinvio alla motivazione espresso dalla classica formula «nei sensi»), ovvero “occulte” o ancora «nascoste»<sup>31</sup>.

La mancanza di visibilità dell'operazione interpretativa, tuttavia, dà vita a disfunzioni pratiche non trascurabili, sulle quali è il caso di soffermarsi. Infatti la non riconoscibilità esteriore del carattere interpretativo della decisione non annienta di fatto la possibilità di più interpretazioni nella pratica giuridica ed aggrava i rischi che continuino ad essere applicate norme incostituzionali, facendo emergere serie esigenze di una maggiore chiarezza.

A rimanere in ombra, a ben vedere, è proprio il profilo essenziale: se la norma sia censurata perché “semplicemente” inesatta (non essendo in ciò rinvenibile alcun giudizio negativo, nemmeno implicito, sulla sua bontà costituzionale) o se, viceversa, lo sia in base a valutazioni di legittimità costituzionale; alternativa che, stando alla ormai più volte ribadita posizione della Cassazione<sup>32</sup>, è di fondamentale importanza, perché nel primo caso ai giudici si restituisce intatta la loro sfera di libertà interpretativa<sup>33</sup>, nel secondo, viceversa,

---

<sup>28</sup> Dal d.lgs. n. 274/2000.

<sup>29</sup> L. PISTORELLI, *Osservazioni a C. Cost. 14 gennaio 2008*, in *Cass. pen.*, 2008, 1749 ss. V. anche A. PASTORELLI, *L'interpretatio abrogans dell'art. 157 comma 5 c.p.*, in *Giur. cost.*, 2008, 1536 ss.

<sup>30</sup> V. la sent. n. 2/2008.

<sup>31</sup> Secondo la definizione di A. CELOTTO, *Il (pericoloso) consolidarsi delle «ordinanze interpretative»*, in *Giur. cost.*, 2003, 1462 ss.

Esemplare, tra le decisioni interpretative occulte, mascherate o tra le quinte di recente adottate, la sent. n. 38/2007, in cui si dichiara l'infondatezza della questione dopo aver rilevato che essa si basa su un erroneo presupposto interpretativo e concludendo esplicitamente che «le norme impugnate così interpretate si sottraggono alla prospettata censura di illegittimità costituzionale» (v. anche sent. n. 55/2007).

<sup>32</sup> V. Cass. civ., sentt. n. 2326/1990 (in *Foro it.*, 1990, I, 2182 ss.); n. 7950/1995 (in *Foro it.*, 1995, I, 3409) e n. 2233/1998, inedita, commentata da E. LAMARQUE, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 35, 1 ss.; cui *adde* Cass., sez. un. pen., sent. 16 dic. 1998, Alagni, in *Giur. cost.*, 1999, 1402 ss.

<sup>33</sup> Si discute, di conseguenza, se il giudice *a quo* possa disapplicare la legge ritenuta incostituzionale e su cui la Corte non si è espressa: per lo stato del dibattito dottrinale, v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 144.

Anche in considerazione di simili problemi, si auspica che la Corte in futuro eviti di ricorrere a pronunce meramente correttive, che eludano la domanda del giudice sulla compatibilità costituzionale della legge: v. A.

essa torna indietro amputata, attivandosi, per il giudice *a quo*, il vincolo negativo endoprocessuale tipico delle interpretative di rigetto, che si converte in un più stringente vincolo positivo quando dalla motivazione traspare che la lettura data dalla Corte sia “l’unica compatibile” con la Costituzione e, per gli altri organi giudiziari, il condizionamento consistente nel non poter reputare manifestamente infondata la *quaestio* sulla norma disattesa dalla Corte. In quale direzione i giudici si debbano indirizzare dopo simili decisioni rimane incerto, visto che manca una pur minima «segnalatica giurisprudenziale»<sup>34</sup> (persino sulla stessa sussistenza di una reinterprete alla base del rigetto).

Non sono poi soltanto i giudici i soggetti che potenzialmente si avvantaggiano di una maggiore trasparenza ed intelligibilità dell’operazione condotta dalla Corte e della effettiva portata della decisione, in quanto a trarne beneficio sarebbe la stessa “opinione pubblica”, che non rimarrebbe disorientata e priva di adeguata informazione dietro lo schermo opaco della “salvezza” della legge<sup>35</sup>.

Per molto tempo queste decisioni compongono un filone massiccio<sup>36</sup>, che oggi si assottiglia in corrispondenza con l’infittirsi delle decisioni di inammissibilità per omessa interpretazione adeguatrice (di cui dirò tra breve). Peraltro esse si rinvengono con una certa promiscuità rispetto alle pronunce da ultimo indicate, di stampo meramente processuale: l’uso di tipologie di decisione diverse per situazioni analoghe induce a confrontarsi con elementi tipici della giustizia costituzionale. La prima osservazione è che sembra non avere fondamento una rigida schematizzazione che suddivida inammissibilità da infondatezza con reinterprete sulla base del fatto che la prima sarebbe pronunciata quando oggetto dell’impugnazione siano norme impossibili, mentre la seconda, in cui la Corte entra nel merito, quando si abbia a che fare con norme plausibili. Infatti, la pronuncia processuale si ha anche quando ad essere impugnato è l’indirizzo consolidato o un filone giurisprudenziale consistente e, al contrario, l’infondatezza colpisce, come si è visto, il presupposto interpretativo erroneo e, dunque, implausibile. La scelta di entrare nel merito non dipende allora dalla fattura dell’ordinanza di rimessione, che presenterebbe pecche in un caso, mentre ne sarebbe immune nell’altro. Il riparto tra competenze di giudici e sfera della giustizia costituzionale segue ragioni di opportunità, sulla base delle previsioni relative alla disponibilità della magistratura a collaborare e della convenienza che la

---

CERRI, *op. ult. cit.*, 221 ed E. APA, *Tecniche decisorie e conflitti (evitabili) tra Corti: note minime*, in *Giur. cost.*, 2004, 2070 ss.

<sup>34</sup> Secondo l’icastica espressione di L. ELIA, *Modeste proposte di segnalatica giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 2002, 3688 ss., che osserva come «la decisione di non fondatezza secca ma con l’interpretazione tenuta tra le quinte» rischi di determinare «l’incomprensione di quasi tutti i lettori, compresi i giudici comuni», per cui «si impone (...) che la natura interpretativa della decisione sia denunciata fin dal dispositivo» (3689 s.). In senso analogo v. A. ANZON, *Interpretazione «corretta» e interpretazione «conforme a Costituzione» del regime delle rogatorie internazionali*, in *Giur. cost.*, 2002, 2426 ss., che reputa preferibile un’interpretativa di accoglimento «per il suo effetto risolutivo» o un’interpretativa di rigetto “nei sensi”, per la sua riconoscibilità e dunque maggiore «capacità di orientamento» (2431) e A. CELOTTO, *Il (pericoloso) consolidarsi delle «ordinanze interpretative»*, in *Giur. cost.*, 2003, 1462 ss., che, nel prendere in esame alcune ordinanze di manifesta infondatezza, le definisce pronunce interpretative di rigetto «nascoste» (1463).

<sup>35</sup> Stigmatizza i titoli sbrigativi e trionfalistici della stampa quotidiana circa l’“assoluzione” della legge sul regime delle rogatorie internazionali (ord. n. 315/2002) A. ANZON, *op. ult. cit.*, 2431.

<sup>36</sup> Solo negli ultimi anni v. sentt. n. 336/2001; n. 436/2001; n. 1/2002; n. 127/2002; n. 134/2002; n. 173/2002; n. 335/2002; n. 355/2002; n. 447/2002; n. 5/2004; n. 7/2004; n. 13/2004; n. 14/2004; n. 17/2004; n. 26/2004; n. 28/2004; n. 29/2004; n. 37/2004; n. 39/2004; n. 43/2004; n. 106/2004 e ordd. n. 2/2001; n. 82/2001; n. 174/2001; n. 221/2001; n. 375/2001; n. 2/2002; n. 4/2002; n. 16/2002; n. 18/2002; n. 95/2002; n. 14/2003; n. 51/2003; n. 77/2003; n. 100/2003; n. 161/2003; n. 191/2003; n. 192/2003; n. 34/2008, n. 123/2008.

paternità dell'operazione sia assunta dalla Corte costituzionale, che essa valuta avvalendosi della sua sensibilità politico-istituzionale.

##### *5. Poteri interpretativi e dovere inventivo della giurisprudenza: la posizione residuale della giustizia costituzionale nelle pronunce d'inammissibilità*

Nel nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine al filone interpretativo, coerentemente con l'affermazione del dovere del giudice di prescegliere la norma in armonia con il testo fondamentale, si assiste alla comparsa di pronunce di inammissibilità della questione, basate sul rilievo che il rimettente ha omesso di ricercare o di preferire l'interpretazione conforme. Le sfaccettature in cui si declina l'obbligo che incombe sul giudice *a quo* sono molteplici: è stigmatizzato l'"uso improprio" dell'incidente di costituzionalità, che si risolve nella richiesta alla Corte di un "avallo" all'interpretazione giudiziale per porla al riparo dall'"alea" di successive impugnazioni; si censura la mancata sperimentazione di vie conciliatrici che implica rinuncia ad usare appieno i poteri interpretativi; viene sanzionata l'insufficienza della motivazione circa l'impraticabilità della soluzione costituzionalmente orientata.

È da notare che non manca un riconoscimento al giudice della possibilità di armonizzare legge e Carta fondamentale agendo a livello di rilettura del parametro, oltre che dell'oggetto<sup>37</sup>.

Delineato prima timidamente, anche dal punto di vista quantitativo, e con molta cautela da parte della Corte, il sopravvenuto impiego della decisione processuale per ragioni legate al criterio di interpretazione conforme si è poi pienamente affermato ed ha ricevuto un'utilizzazione sempre crescente: le pronunce di inammissibilità, infatti, sono complessivamente in sensibile aumento<sup>38</sup>.

Dinanzi alla novità, gli studiosi di giustizia costituzionale tentano una razionalizzazione della inedita causa preclusiva dell'ingresso nel merito, riconducendola alle categorie positive della rilevanza o della non manifesta infondatezza, previste dall'art. 1, l. cost. n. 1/1948 e dall'art. 23, l. n. 87/1958. La prima prospettiva<sup>39</sup>, oltre a non essere pienamente convincente<sup>40</sup>, è da ultimo smentita dalla stessa Corte costituzionale che mostra

---

<sup>37</sup> V., per qualche esemplificazione, P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, cit., 39.

<sup>38</sup> ...come evidenziato anche nella conferenza stampa di fine anno dalla Corte: v. F. BILE, *La giustizia costituzionale nel 2007*, in *Giur. cost.*, 2008, 626.

<sup>39</sup> Si è ipotizzata l'insussistenza del requisito della rilevanza della questione, poiché la presenza di un dovere di interpretazione conforme porterebbe con sé specularmente l'inapplicabilità della diversa norma impugnata dal rimettente: A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza (in margine alla sent. cost. n. 207/2001)*, in *Giur. it.*, 2002, 383 ss.; ID., *L'interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Atti del seminario di Pisa, 25 e 6 maggio 2001, in ricordo di G. D'Orazio, a cura di E. Malfatti, R. Romboli ed E. Rossi, Torino 2002, 504 ss.; ID., *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in AA.VV., *Interpretazione e tecniche argomentative*, cit., 48 ss.

<sup>40</sup> La qualificazione come irrilevante di una questione in cui la Corte procede alla reinterpretazione dell'oggetto, per quanto possa apparire perfettamente logica e lineare, tuttavia, non sembra cogliere nel segno: innanzitutto, quanto poco irrilevante sia la questione lo dimostra il fatto che essa, anziché divenire ininfluente nel giudizio principale, attraverso la reinterpretazione venga piuttosto risolta; inoltre, il giudizio di irrilevanza apparirebbe del tutto fittizio quando si tratti di suggerire norme puramente ipotetiche (come pure accade: v.

di voler tenere distinte l'ipotesi in cui l'inammissibilità è comminata per violazione dell'obbligo in discorso, da quella in cui la lettura conforme a Costituzione, escludendo l'applicabilità di una certa disposizione al caso pendente dinanzi al giudice *a quo*, determina propriamente l'irrilevanza della questione di legittimità costituzionale<sup>41</sup>.

Quanto alla seconda condizione – la non manifesta infondatezza – è indubbio che, con l'indirizzo che punta sulle risorse del versante applicativo per la prevenzione dell'apposito sindacato sulle leggi, ci si trovi molto lontano dalla ricostruzione della valutazione affidata al giudice nei termini di un "filtro a maglie larghe", prospettata in origine<sup>42</sup>. Eppure, pur nella difficoltà di effettuare scansioni nette nel processo intellettuale dell'organo rimettente, si deve considerare che il vaglio preliminare sul merito che a questo spetta, presupponendo come già avvenuto l'accertamento circa la rilevanza della questione, implica anche a rigore che sia stata già effettuata la scelta della norma applicabile nel processo principale (momento in cui opera il criterio interpretativo *de quo*).

Anziché insistere sulla riconducibilità all'uno o all'altro delle note condizioni processuali, e sulla trasformazione che conseguentemente le stesse avrebbero subito, oggi tende a prevalere l'idea che il dovere di interpretazione conforme integri una sorta di *precondizione* della questione di legittimità costituzionale<sup>43</sup>, che è affiorata nella dinamica concreta del giudizio sulle leggi, una volta giunto a maturazione il processo di consapevolezza circa il rinnovato ruolo del giudice e l'aggiornato statuto dell'interpretazione che caratterizzano lo Stato costituzionale contemporaneo. La precedenza logica e cronologica della prevenzione in chiave ermeneutica dei conflitti tra legge e Costituzione rispetto alla loro risoluzione giudiziale da parte della Corte sarebbe una ricaduta di tale processo.

L'innovazione della giurisprudenza costituzionale ha fatto parlare di una "conversione in atto delle questioni di legittimità costituzionale in questioni meramente

---

*infra*). Altra critica in G. SORRENTI, *Interpretazione conforme a Costituzione e ragionevolezza*, in AA.VV., *Interpretazione e tecniche argomentative*, cit., 462 s.

<sup>41</sup> V. da ultimo l'ord. n. 111/2009 (ma v. in senso contrario l'ord. n. 306/2000, di inammissibilità, in cui, nel ribadire la sent. n. 115/1994, interpretativa di rigetto, si afferma che l'implausibilità del presupposto interpretativo esclude la rilevanza).

<sup>42</sup> In base alla dottrina dell'interpretazione conforme, la delibazione sul merito spettante al giudice si sarebbe convertita nel requisito del "positivo convincimento" sull'incostituzionalità della legge: A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, ed. ult. cit., 202 e 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 AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. Pace, Milano 2006, 906.

Secondo A. CERRI, anche per gli ultimi orientamenti giurisprudenziali tale convincimento «non è necessario», mentre la tendenza della Corte è vista come espressione del «mutato "clima storico"», in cui l'attivismo costituzionale dei giudici è ben accolto e ulteriormente stimolato dalla Corte, che da esso trae un «miglioramento "qualitativo" e "quantitativo"» – quest'ultimo inteso come opportunità di «ridurre il numero delle questioni» – del proprio compito (*Corso*, cit., 180).

Nello stesso senso si può anche notare che più il giudice mostra di dubitare della legittimità a Costituzione della legge o addirittura di essere convinto della sua incostituzionalità, più è indotto, stando alla giurisprudenza della Corte, non a sollevare la relativa questione, ma a mutare direzione interpretativa...

<sup>43</sup> Di un'«ulteriore condizione» della questione di legittimità costituzionale parla R. ROMBOLI, *La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria en el derecho comparado: Italia*, Relazione al Convegno dal titolo *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, tenutosi a Madrid, 18-20 novembre 1998, 15 del *paper*.

interpretative»<sup>44</sup>: mentre in passato, in caso di una giurisprudenza divisa, che registrava una pluralità di interpretazioni possibili, non negava la propria giurisdizione pur procedendo all'autonoma ricerca da parte della Corte costituzionale della norma adeguatrice (con l'opposto obbligo, solo in caso di diritto vivente, di pronunciarsi su di esso), il nuovo filone lascia intendere che in presenza di più interpretazioni possibili, di cui una (o più) in linea con il dettato costituzionale, non c'è materia per un sindacato sulla validità delle leggi. Nelle pronunce di cui si tratta è infatti chiaramente riconosciuta l'incostituzionalità della norma impugnata, ma anziché dichiararla si preferisce optare per l'indicazione di una soluzione interpretativa, con una forte pressione alla ricerca di una soluzione giudiziaria del problema di rispetto della Costituzione. Ecco la ragione per cui chi ha da tempo denunciato le resistenze della magistratura e le cautele della dottrina nella piena realizzazione dell'uso interpretativo dei principi costituzionali vede nella preclusione processuale fatta scattare dalla Corte il frutto di un'«attesa svolta»<sup>45</sup>.

La scelta è stata criticata per la sua contraddittorietà, in quanto non è parsa conciliabile con il perdurante potere della Corte di procedere essa stessa a riletture del testo in funzione «adeguatrice»<sup>46</sup>.

La contraddizione tra sopravvivenza delle interpretative di rigetto e dovere del giudice comune di procedere nella sua attività *secundum Constitutionem* era latente agli inizi della «dottrina dell'interpretazione conforme»: si poteva infatti dire che tra dovere degli organi giudiziari e facoltà della Corte non vi fosse irrimediabile contrasto, in quanto anche la Corte, come qualsiasi altro giudice, poteva ritenersi a ragione investita del medesimo compito. Essa esplodeva invece e diventava insanabile appena quell'onere posto a carico dei giudici cominciava ad essere teorizzato a pena di inammissibilità della questione, in quanto la negazione dell'ingresso nel merito e il relativo arresto *in limine litis* implica di per sé, all'evidenza, che dove si profila la possibilità di una soluzione interpretativa non si dà per converso materia per il sindacato sulle leggi.

La «schizofrenia» appena rilevata, che può sembrare irriducibile dal punto di vista logico-giuridico, è però solo apparente<sup>47</sup>. La Corte infatti (più che fissare un criterio di spettanza esclusiva dell'interpretazione adeguatrice) gradua l'intensità della collaborazione giudiziaria, che dovrebbe essere massima quando la soluzione interpretativa appare a portata di mano del giudice, per lasciar posto all'ausilio dell'organo costituzionale di controllo quando, per diverse circostanze, l'operazione interpretativa si presenta meno agevole o addirittura ardua. Così essa, pur senza una assoluta uniformità, sembra prediligere il dispositivo di inammissibilità quando il giudice ha sotto gli occhi l'interpretazione conforme, essendo questa già accolta da uno tra i vari indirizzi giurisprudenziali esistenti, foss'anche un indirizzo minoritario che si oppone al diritto vivente<sup>48</sup>; o ancora tende a ricorrervi quando il rimettente non motiva affatto l'impossibilità

---

<sup>44</sup> A. RUGGERI, *Stato e tendenze della legislazione (tra molte ombre e qualche luce)*, in ID., «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, III, *Studi degli anni 1996/1998*, Torino 1999, 449.

<sup>45</sup> P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, cit., 25.

<sup>46</sup> La critica è mossa da molti; da ultimo v. G. GEMMA, *Inammissibilità delle sentenze interpretative di «inammissibilità»*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche*, cit., 276 ss.

<sup>47</sup> Parla di due orientamenti giurisprudenziali «convergenti» ad esempio M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, cit., 58.

<sup>48</sup> Secondo l'ord. n. 19/2003, il giudice «non prende in considerazione altri orientamenti della giurisprudenza di legittimità (...), così omettendo di esplorare la possibilità di pervenire, in via interpretativa, alla soluzione che egli ritiene conforme a Costituzione»; per l'ord. n. 107/2003, egli si sarebbe «limitato a rifiutare tale interpretazione sulla base di un inconferente argomento (...) e a genericamente invocare una



di una diversa interpretazione che salverebbe la legge<sup>49</sup> o non mostra di aderire soggettivamente all'interpretazione oggetto di impugnazione. Viceversa, ricorrendo diverse esigenze di opportunità (norma accolta da filoni giurisprudenziali assolutamente minoritari o priva di riscontri nella prassi applicativa e formulata *ex novo* dalla Corte stessa) si riappropria del proprio ruolo ermeneutico anche formalmente ed apertamente. Tutte queste distinzioni – va precisato – vanno poi assunte con molta larghezza.

È evidente allora che la scelta dell'una o dell'altra tipologia di pronuncia non avviene in base a differenti presupposti di partenza, ma risponde ad un *uso strategico*<sup>50</sup>. Ed è pure evidente che il dispositivo processuale è quello maggiormente perentorio nell'indurre il giudice verso l'elisione del contrasto con i mezzi dell'interpretazione. Con questa tecnica, infatti, la Corte rivolge un secco richiamo ai giudici, affinché esercitino in modo pieno e costante i loro doveri in campo ermeneutico e, chiudendo i battenti del vaglio di costituzionalità, rimarca la propria indisponibilità ad occuparsi della questione attraverso i poteri strettamente decisori che le competono. Vi si trova, quindi, insita una forte carica dissuasiva nei confronti di un'ulteriore riproposizione della questione e, al contempo, una forte pressione verso la soluzione interpretativa.

È vero che ultimamente l'inammissibilità non riguarda solo i casi in cui la norma conforme a Costituzione era, per così dire, prossima al rimettente, ma accompagna anche l'elaborazione di ardite soluzioni ermeneutiche. Il che costituisce, a ben vedere, la prova provata che la risposta processuale non viene prescelta quando si tratta di colpire gravi vizi dell'ordinanza di rimessione – come potrebbe indurre a credere il fatto che qui, a differenza che altrove, non si entra nel merito – ma in base agli effetti che si vogliono raggiungere: non ha tanto un significato *sanzionatorio*, quanto *prospettico*.

La mancanza di qualsiasi profilo di “rimprovero” per il giudice *a quo* emerge nitidamente in quei casi – in cui si annidano, come si vedrà, i maggiori rischi del tipo di pronuncia in discorso – nei quali vengono suggerite interpretazioni del tutto innovative, fino a quel momento mai prospettate (né in giurisprudenza né in dottrina). A meno infatti di non postulare rispetto ai giudici un dovere, debitamente sanzionato, dal contenuto *astratto* e *futuro*<sup>51</sup>, è lecito chiedersi come possa l'atteggiamento del giudice *a quo* essere considerato omissivo ed essere colpito con l'inammissibilità. Qui non dovrebbe a rigore essere mai lecito parlare di inammissibilità per omesso tentativo di lettura conforme, poiché sembra

---

indimostrata giurisprudenza costante contraria ad essa»; v. pure, le ord. n. 592/2000; n. 3/2002; n. 116/2002; n. 155/2003, cit. e n. 208/2003.

<sup>49</sup> L'organo costituzionale di controllo sembra infatti muovere in alcune occasioni una censura a sé stante alla circostanza che il giudice non abbia *motivato* la stessa *scelta interpretativa*, laddove (non sussistendo indirizzi già consolidati) avrebbe dovuto «necessariamente porsi il problema della possibilità di una lettura conforme a Costituzione e solo successivamente, nella constatata impossibilità di pervenire a siffatta lettura, avrebbe potuto sollevare la questione di legittimità costituzionale»: ord. n. 147/1998. V. pure ord. n. 208/2003.

<sup>50</sup> Chiara conferma di questa impostazione nelle parole di P. PERLINGIERI: «Il problema sta nell'effettiva adesione del giudice comune – e del giurista in generale – a svolgere questo impegnativo ruolo (di interpretazione adeguatrice, n.d.r.) ed allora ben si comprende che a volte la Corte *sceglie* di dover essa riscrivere la disposizione, integrandola e manipolandola e indicando al giudice comune la via ermeneutica da percorrere, e a volte, invece, preferisce non riscriverla additando ai giudici di procedere, se possibile, alla sua lettura conforme a Costituzione, limitandosi a tracciare le vie maestre da percorrere» (*Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, cit., 48, c.vo non testuale).

<sup>51</sup> Non si tratta di assumere qui un prospettiva di sapore giusrealistico: certamente una data interpretazione può essere valutata come buona o cattiva prima dell'eventuale riscontro presso gli organi giurisdizionali, potendosi ben definire *praticabile* prima di essere *praticata*, ma fino a che essa non lo sia (a parte i dubbi che ciò solleva sulla sua effettiva sostenibilità...) è difficile trarne le impegnative assunzioni che se ne fanno discendere sul piano dell'ammissibilità del quesito di legittimità costituzionale.

incongruo un dovere il cui contenuto (con la possibilità eventualmente di osservarlo...) diviene concreto e attuale solo dopo la pronuncia della Corte che lo formula, ma le conseguenze del cui inadempimento sono anticipate al momento dell'ordinanza di rimessione che attiva il giudizio costituzionale. In un quadro in cui il significato armonizzante è "astratto", tale dovere non si può predicare *prima* della decisione. In un tale quadro, al massimo si può ritenere concepibile censurare l'"omessa motivazione" circa la possibilità di tentare un adeguamento in via interpretativa, motivazione che però, per evitare impostazioni formalistiche, si dovrebbe ritenere sempre implicita nella ricostruzione del significato della normativa svolta dal giudice *a quo*, tutte le volte in cui essa sia esaustiva, rigorosa e stringente.

In chiave prospettica, queste decisioni acquistano invece un chiaro significato: la Corte intende perentoriamente e repentinamente azionare la leva del cambio che fa scivolare la questione sui binari dell'adeguamento in sede applicativa.

Se si pensa poi che, oltre ad unirsi alla sopravvivenza delle decisioni interpretative di rigetto (e di rigetto con reinterpretazione), le stesse pronunce di inammissibilità contengono un suggerimento sulla norma adeguatrice, talora (e più spesso) espressa implicitamente, talaltra con compiute argomentazioni, si comprende come la Corte non abbandoni affatto la propria autonomia e il proprio ruolo nel campo della lettura dei testi legislativi. C'è da chiedersi a questo punto soltanto se l'apporto ermeneutico che la Corte continua a dare sia soltanto reso in via sussidiaria<sup>52</sup> o se non sia invece il più delle volte irrinunciabile. Non si può negare, a tal riguardo, che in alcune ipotesi esso si presenti effettivamente insostituibile: vuoi perché, se la maggiore disponibilità alla collaborazione dimostrata dalla magistratura ha consentito l'accresciuto ricorso alla tecnica – *soft* – di tipo interpretativo, occorre tuttavia l'autorevolezza della Corte per dare maggiori *chances* di realizzazione all'uniformità dell'applicazione giudiziaria; vuoi perché l'esperienza concreta mostra che a volte il giudice si decide a scegliere l'interpretazione adeguatrice, che "forza" in una certa misura la legge, solo dopo che la Corte ha acclarato, fugando ogni dubbio, che l'opposta interpretazione, quella più aderente al testo, non è costituzionalmente tollerabile.

Nessuna autosufficienza integrale dei giudici e, per converso, nessun abbandono di campo della Corte, quindi. Ciò cui si assiste è invece, nel passaggio alla nuova stagione delle giurisprudenze costituzionale che si apre una ventina di anni fa, un mutamento più articolato e complesso che vede, da una parte, un'azione di stimolo ad un ruolo creativo della giurisprudenza, sotto la guida della Corte, con la relativa assunzione di una funzione nomofilattica da parte di questa e, dall'altra, il corrispondente confinamento del controllo di validità in senso stretto sulla legge ad una posizione residuale.

Quel passaggio corrisponde cioè allo spiccato potenziamento del canale giudiziario di attuazione della Costituzione sotto il magistero della Corte.

## 6. I profili critici delle decisioni di inammissibilità

Al di là degli interrogativi sulla coerenza interna della giurisprudenza costituzionale, le maggiori perplessità in dottrina riguardo alle decisioni di inammissibilità ruotano intorno

---

<sup>52</sup> Come ritiene P. PERLINGIERI, per il quale «con l'inammissibilità la Corte nega che sia una sua competenza intervenire e sottolinea che l'interpretazione conforme a Costituzione sia compito primario dei giudici comuni; con la dichiarazione di infondatezza della questione la Corte svolge essa, sia pure in via sussidiaria, il compito di interpretazione c.d. adeguatrice in un clima di collaborazione istituzionale» (*Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica*, cit., 49).

al problema dell'effettività dei principi costituzionali coinvolti in qualità di parametri. Questa, infatti, appare a rischio in base a due ordini di considerazioni: a) l'idoneità in questo ambito dell'impiego dello strumento dell'ordinanza; b) l'atteggiarsi del contesto di riferimento dato dalla prassi giurisprudenziale (e delle opinioni della dottrina) in cui si inserisce la decisione processuale.

### **6.1. *La scarsa conoscibilità e capacità di orientamento delle decisioni rese nella forma dell'ordinanza***

Innanzitutto l'uso in questa materia dell'ordinanza, presentando di per sé motivazioni molto stringate, non appare in grado di orientare sul significato e sulla corretta applicazione nella disciplina *sub iudice* dei principi interessati<sup>53</sup>. La laconicità degli argomenti impiegati non sembra sempre consona al tipo di operazione che si richiede al giudice nel dare seguito alla pronuncia, data la tendenza ad un impiego generalizzato delle ordinanze di inammissibilità, non circoscritto, come si vedrà tra un momento, a macroscopici errori del giudice *a quo*, cioè al rifiuto di soluzioni facilmente attingibili con i mezzi interpretativi, ma esteso ad esiti difficilmente ipotizzabili allo stato della prassi applicativa e dell'elaborazione dottrinale.

Peraltro, non potendo vantare sufficiente visibilità tra le file della magistratura (non avendo le ordinanze grande risonanza nei mezzi di documentazione maggiormente utilizzati dai giudici), le indicazioni ermeneutiche che vi sono contenute, più o meno esplicitamente, rischiano di non essere nemmeno conosciute.

I timori paventati trovano piena conferma nella "Ricerca sul seguito delle decisioni interpretative" condotta presso la stessa Corte costituzionale<sup>54</sup>, la quale dimostra che si tratta dei provvedimenti che ottengono il grado di rispetto giudiziario in assoluto più basso, non risultando idonei a determinare la formazione di un diritto vivente<sup>55</sup>.

### **6.2. *L'inammissibilità per omessa interpretazione conforme pronunciata dinanzi ad una prassi incostituzionale uniforme o largamente dominante***

Soprattutto però le critiche nascono dal fatto che, come si è appena detto, queste pronunce non si limitano a sanzionare mancanze eclatanti in cui sia incorso il giudice *a quo* – come l'aver trascurato un diritto vivente orientato a Costituzione, circoscrivendone dunque l'utilizzo all'ipotesi minimale di "errore macroscopico"<sup>56</sup> – ma si rinvengono anche in una serie di altre ipotesi, ben diverse.

1) Innanzitutto il dispositivo processuale si ritrova quando il giudice sottopone al vaglio di costituzionalità filoni giurisprudenziali di una certa consistenza, procedendo a

---

<sup>53</sup> Insistono sulle «“funzioni”» della motivazione, sulla quale riposa «l'essenza» delle decisioni della Corte A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti*, ed. ult. cit., 167.

<sup>54</sup> Corte costituzionale-Servizio Studi, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali (anni 2000-2005)*.

<sup>55</sup> V. LAMARQUE, *Relazione illustrativa*, in Corte costituzionale-Servizio Studi, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio*, cit.

<sup>56</sup> G. DE LEO, *L'interpretazione della legge nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giudice penale, giudice costituzionale e corti sopranazionali*, Incontro di studio a cura del CSM, Roma, 11-13 febbraio 2008, 13.

selezionare e a “prelevare” indirizzi conformi all’interno del diviso panorama giurisprudenziale.

Un esempio è fornito dall’ord. n. 338/2001 che, in un assetto giurisprudenziale nettamente diviso, riconosce implicitamente al Consiglio notarile la qualifica di parte nei giudizi disciplinari.

Così accade anche nel caso dell’ennesimo intervento sulla l. n. 251/2005, c.d. ex-Cirielli, che vieta, nel caso di concorso di circostanze eterogenee, di dare la prevalenza alle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata: qui la Corte (ord. n. 33/2008), ribadendo la propria autonoma soluzione interpretativa elaborata l’anno precedente (v. *infra, sub 2*), sconfessa l’automatismo sanzionatorio discendente dalla presunzione assoluta di pericolosità sociale del recidivo reiterato e demanda al giudice una valutazione in base alle peculiarità del caso. L’argomento su cui si fa leva consiste appunto nel fatto che la Cassazione, che in precedenza si era espressa in maniera contrastante, di recente aveva adottato l’interpretazione suindicata.

Lo stesso richiamo all’ultima giurisprudenza di legittimità, prima oscillante, si ha nell’ord. n. 90/2008, ancora in tema di recidiva reiterata aggravata, riguardo stavolta all’aumento obbligatorio e fisso della pena di rilevante entità.

2) Destano particolare interesse, poi, quelle pronunce di rito in cui si rimprovera al giudice di non aver tentato di delineare soluzioni interpretative che sono prive di antecedenti apprezzabili nella prassi o assolutamente inedite.

Nell’ord. n. 57/2008, sulla devoluzione di competenze alle commissioni tributarie anziché al giudice ordinario, si pronuncia la manifesta inammissibilità per non aver il rimettente sperimentato la possibilità di interpretazione adeguatrice, rammentando come solo l’accertata impossibilità di seguire un’interpretazione non contrastante con la Costituzione consenta di accedere al giudizio di legittimità costituzionale<sup>57</sup>.

Una via del tutto inesplorata all’armonizzazione interpretativa è quella aperta con l’ord. n. 363/2007, sulla revoca della sospensione condizionale della pena, in cui la Corte intende circoscrivere la portata dell’istituto, che, sia pur dettato dagli inconvenienti scaturiti dalla difficoltà di aggiornamento del casellario giudiziale, entra però in rotta di collisione con il rispetto dovuto al giudicato: essa introduce così un notevole limite alla revoca, ammessa solo, «ad onta della indifferenziata lettera della norma» (come la Corte stessa puntualizza), nell’ipotesi di errore inevitabile del giudice. Ne consegue l’inammissibilità della questione in quanto il rimettente non motiva se tale ipotesi ricorra nel giudizio pendente, con conseguenti ripercussioni sulla stessa rilevanza.

Talora, come in questo caso, accade che il profilo dell’interpretazione costituzionalmente orientata si intersechi con quello della rilevanza della questione, quando, una volta raddrizzata la lettura della disposizione, lo stesso campo di applicazione potrebbe risentirne, tanto da lasciar fuori il caso concreto oggetto del processo principale. In queste ipotesi, sebbene si tratti di un tipo di decisione di inammissibilità *sui generis* rispetto a quelle di cui si discute, basato sulla necessaria rivalutazione della rilevanza, non si nega però che è proprio l’interpretazione restrittiva conforme ad avere un ruolo centrale. Esempio di questa commistione di profili è la sent. n. 432/2007, in cui si esclude che le restrizioni di tutela giurisdizionale introdotte per le espulsioni disposte dal ministro dell’Interno per ragioni di terrorismo (d.-l. n. 144/2005) valgano anche per le ipotesi di espulsione preesistenti (previste per ragioni di ordine pubblico e sicurezza nazionale)<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> Parimenti v. le pronunce nn. 68 e 108 del 2007.

<sup>58</sup> V. anche ord. n. 346/2006.

Frutto dell'originale apporto interpretativo del giudice delle leggi è anche, come si accennava, la lettura data dalla sent. n. 192/2007 all'art. 99 della l. c.d. ex-Cirielli (in materia di divieto di bilanciamento delle circostanze in presenza di recidiva reiterata, preclusivo del giudizio di prevalenza delle attenuanti). Non è sfuggita in questa circostanza ai commentatori la singolarità della decisione, in cui ad essere riletta non è solo una determinata disposizione ma un ambito di ampio respiro della disciplina, promettendo «effetti dirompenti sulla legge» di recente varo (in particolare, sui paletti di accesso ai benefici penitenziari, sull'impossibilità di accedere al patteggiamento allargato, etc.) e rendendo le sue previsioni «tigri di carta»<sup>59</sup>, «minacciose in astratto» ma in concreto applicabili solo in virtù di una scelta caso per caso del giudice (che può decidere di dichiarare o meno in sentenza la recidiva). Con argomenti molto persuasivi, la Corte stigmatizza contraddizioni sistematiche che deriverebbero dalla contraria interpretazione, così stemperando la farraginosità della disciplina.

Ci si trova qui di fronte ad un dovere di ricercare la norma in sintonia con la Costituzione il cui oggetto non sta nel testo, né nella prassi giurisprudenziale, né nella “fantasia” della *scientia iuris*, ma solo nella supremazia della Costituzione cui l'organo costituzionale di controllo dà voce: l'interpretazione conforme è infatti prefigurata *per prima* proprio dalla Corte. Essa sembra talora per di più – nei casi più discutibili e controversi – una lettura simmetrica e contraria a quella che il giudice *a quo* fa discendere dalla disposizione censurata, emergente specularmente ad essa, una volta che si metta a confronto il disposto legislativo con il dettato costituzionale, come due *universi paralleli*<sup>60</sup>, e si assista, in definitiva, al delinearsi di quella norma che alla luce della Costituzione si vorrebbe che l'ordinamento contemplasse. Si sfugge al controsenso di proiettare tale dovere all'indietro, facendolo “retroagire” sul giudizio *a quo*, solo considerando queste decisioni non rivolte al passato ma, come si diceva, nella loro forza prospettica, volte ad imprimere una forte spinta all'evoluzione dell'ordinamento attraverso la massima capacità inventiva della giurisprudenza.

Di fronte a soluzioni così innovative, che solo l'autorevolezza della Corte può introdurle, trova conferma l'ipotesi per cui, in ultima analisi, non sembra che un simile compito sia addossato interamente ai giudici comuni, come funzione cui possano assolvere in piena autonomia, e si fa uso piuttosto di una strategia decisoria imperniata *prevalentemente* su un'azione *duplice e combinata*, in cui l'operazione sostanziale è della Corte ma la paternità è del canale applicativo (anche al fine di non entrare in attrito con il legislatore).

3) L'ultima frontiera della tecnica in discorso è data dalle pronunce d'inammissibilità che chiudono questioni in cui è impugnato un diritto vivente, contrapponendovi un'astratta lettura elaborata *ex novo* dalla Corte.

---

<sup>59</sup> R. VINCENTI, *La sentenza della C. Cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2008, 532 ss., cui appare singolare anche il fatto che la Corte abbia ora incentrato l'argomentazione sull'art. 99 c.p., considerato prodromico all'inquadramento sistematico dell'art. 69 c.p., che era la disposizione impugnata, quando con la passata ord. n. 198/2007, in cui il giudice appuntava le censure sull'art. 99 c.p., la Corte dichiarava l'inammissibilità per errore nell'individuazione della disposizione da cui discendevano gli effetti lamentati, in base al ragionamento inverso, così sostanzialmente decidendo di non decidere (con conseguenze serie sulla libertà personale delle parti del giudizio principale).

<sup>60</sup> C. SALAZAR, «Guerra» e «pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2000, 283.

Nella sent. n. 322/2007 il giudice delle leggi, di fronte all'organo rimettente che impugna una prassi giurisprudenziale univoca, non controversa nemmeno in dottrina dal punto di vista della sua rispondenza al tenore della legge, ma costituzionalmente illegittima – in base alla quale l'errore sull'età non rileva al fine di sottrarsi alla responsabilità del reato di violenza sessuale su minori – dichiara l'inammissibilità della questione per l'omesso tentativo dell'organo giudiziario di ricavare un'interpretazione conforme a Costituzione, in cui si faccia spazio al principio generale introdotto nell'ordinamento con la celeberrima sent. n. 364/1988 sull'inescusabilità dell'errore in materia penale, giungendosi alla regola per cui l'ignoranza inevitabile sull'età vale come scriminante del suddetto reato, contro la cristallina fattispecie normativa.

In generale, l'inammissibilità pronunciata in presenza di un quadro giurisprudenziale compromesso nel senso dell'incostituzionalità appare difficilmente accettabile. Da un lato, si rileva che essa di per sé tende a forzare il «libero convincimento» del giudice<sup>61</sup>, stretto nell'alternativa di continuare ad applicare la norma incostituzionale che egli ritiene posta dalla legge (alternativa oggi preclusa dalla Cassazione a partire dalla nota sentenza Alagni) o di rimetterla nuovamente al vaglio della Corte, pur contro il chiaro segnale di indisponibilità ad entrare nel merito lanciato con la pronuncia processuale. La conseguenza che ne deriverebbe sarebbe un «corto circuito» che espropria i giudici del loro potere-dovere di interpretazione e assegna alla Corte un'indebita funzione di nomofilachia.

Dall'altro, si fa leva sul fatto che in tale ipotesi la decisione impone ai giudici di limitarsi ad una visione contingente anziché farsi carico della tutela effettiva dei valori costituzionali coinvolti<sup>62</sup>: con ciò espone le parti ad un «inutile calvario», dato che la sentenza che applica al caso la soluzione costituzionalmente conforme è votata, presumibilmente, ad essere ribaltata nei gradi successivi di giudizio, dove la questione non è infatti detto che sia risolta (come d'altro canto non lo è stata per tutto il tempo necessario al formarsi del diritto vivente)<sup>63</sup>. Le «ribellioni» al diritto vivente che la Corte incoraggia, in definitiva, sono «destinate, con ogni probabilità, a tradursi in danno per l'utente del “servizio-giustizia”»<sup>64</sup>. Solo l'allineamento dei giudici di ultimo grado agli orientamenti fatti propri dalla Corte costituzionale, che, come dirò tra breve, corrisponde ad una tendenza attualmente crescente, è in grado di evitare o ridurre simili rischi per l'effettività della tutela delle situazioni costituzionalmente protette.

Uno specifico rilievo critico, in questo ambito, è mosso quando della tecnica ci si avvale per precludere l'ingresso al dubbio di legittimità costituzionale prospettato dalla Cassazione: è stato segnalato che la dichiarazione di inammissibilità per omessa interpretazione adeguatrice rivolta proprio all'organo cui nel nostro ordinamento è affidata la funzione di nomofilachia, rischia di delegittimarla, facendo apparire consigliabile che il

---

<sup>61</sup> Questi infatti, non disponendo (a differenza di quanto accade dopo un'interpretativa di rigetto) dell'alternativa di riproporre la questione di legittimità costituzionale, «che sarebbe comunque carente del requisito di ammissibilità», è costretto a seguire la via “suggerita” della Corte ma da lui giudicata impraticabile e dunque, in sostanza, ad addivenire alla «disapplicazione della legge (soggettivamente ritenuta incostituzionale)»: E. LAMARQUE, *Una sentenza*, cit., 3118 e 3121.

<sup>62</sup> Secondo S. NICCOLAI (*Alcuni spunti in tema di abrogazione tacita e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1988, 682) per i caratteri del sistema vigente è difficilmente ipotizzabile che il giudice reputi preferibile, anziché attivarsi per provocare la «caducazione *erga omnes*» della legge sospetta, adottare una «soluzione destinata a rimanere episodica» e che in definitiva si presenta «assai scarsamente garantista per quei valori pur attentamente considerati dal giudice» stesso.

<sup>63</sup> A. CERRI, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1359.

<sup>64</sup> A. CERRI, *Corso*, cit., 183.

giudice delle leggi non rifiuti di entrare nel merito della questione<sup>65</sup>. A questo riguardo va però ribadito che di recente la stessa Cassazione reagisce positivamente agli stimoli della giurisprudenza costituzionale, cogliendo prontamente le richieste di cambiamento che da questa provengono e mostrando, al contrario, di trovare nell'aggancio alle interpretazioni suggerite dalla Corte costituzionale la fonte per una sua rilegittimazione.

Si raggiunge poi il «paradosso» quando ad essere colpito con l'inammissibilità è il giudice vincolato al «punto di diritto» fissato dalla Cassazione<sup>66</sup>: in queste situazioni l'orientamento della Corte costituzionale comporta «“sacche di non giustiziabilità”, prive di giustificazione nel sistema»<sup>67</sup>.

Oggi il suddetto pericolo sembra però mitigato. Ci si riferisce alla recente soluzione della Corte<sup>68</sup> di pronunciare in questa ipotesi un'interpretativa di accoglimento, per rimuovere il vincolo al principio di diritto precedentemente sancito da una sezione della Corte di Cassazione e gravante sul giudice del rinvio, quando ormai le S.U. si sono allineate su un orientamento costituzionalmente adeguato. Così avviene da ultimo in materia di dichiarazioni extra-dibattimentali, laddove, in particolare, la Cassazione rinviante aveva annullato una sentenza di assoluzione ritenendo utilizzabile la testimonianza indiretta di funzionari di polizia giudiziaria sul contenuto di dichiarazioni rese “fuori verbale”, utilizzabilità poi esclusa dalle S.U.<sup>69</sup>, in virtù del principio di oralità e immediatezza che domina la formazione della prova, realizzabile pertanto solo davanti al giudice. La Corte riesuma dunque un “vecchio utensile” – le interpretative di accoglimento, elaborate in passato, sono infatti adesso molto rare – per evitare una “ingiusta” condanna. V'è da notare, però, che il canonico mezzo dell'annullamento del diritto vivente costituzionalmente illegittimo avrebbe evitato a monte l'aprirsi di simili zone franche, senza il bisogno di un'anomalia, quale è indubbiamente quella di una decisione costituzionale *ad hoc* per le finalità di risoluzione di un singolo caso concreto.

### 7. L'affievolimento del vincolo al diritto vivente: i casi

Uno degli aspetti di maggior rilievo dell'ultimo ventennio è l'indebolimento della dottrina del diritto vivente in precedenza professata dalla Corte. Alla relativizzazione del vincolo verso la giurisprudenza dominante corrisponde una visione per cui l'autolimita assunto dalla Corte non è considerato comparabile sul piano della dignità giuridica con il canone dell'interpretazione conforme: mentre la priorità di quest'ultimo viene fatta derivare dal suo asserito carattere di valore sostanziale, relativo alla supremazia gerarchica ed assiologica della Costituzione, al primo si riconosce una mera valenza processuale, attinente al coordinamento tra due sfere di competenza (della giurisdizione comune, da un

---

<sup>65</sup> A. CARDONE, *Funzione di nomofilachia della Cassazione e pronunce della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2001, 2889 ss.

<sup>66</sup> La Corte motiva la sua decisione o, quando il giudice contesta l'indirizzo di legittimità, per mancanza di adesione soggettiva all'interpretazione impugnata o in base alla mancanza della rigorosa motivazione sulla rilevanza che è in questo caso richiesta (v. ad es. ord. n. 151/2003). In merito v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale nel 2003*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>67</sup> A. CERRI, *Corso*, cit., 183.

<sup>68</sup> Sent. n. 305/2008.

<sup>69</sup> Cass., S.U. pen., 28 maggio 2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 21 ss.

lato e di quella costituzionale, dall'altro)<sup>70</sup>. La «negazione del criterio dell'effettività giurisprudenziale», in altri termini, avviene in funzione del «primato» assunto nell'ordinamento vigente dalla «legalità costituzionale»<sup>71</sup>. È pertanto ormai ufficialmente ammesso il netto «ridimensionamento del valore, che in passato era stato cogente, del c.d. diritto vivente», dato il dovere di tutti i giudici e della Corte costituzionale di «dare la propria interpretazione anche difforme da quella della Corte di Cassazione» e la conseguente natura assolutamente residuale della dichiarazione di incostituzionalità e del relativo annullamento della legge<sup>72</sup>.

Il cambiamento di rotta è «assorbito» dalla stessa Corte di Cassazione: già nella nota sentenza Alagni del 1998 (su cui, *amplius*, tra breve) si legge che il significato applicato non è da considerare limite del sindacato di costituzionalità, ma sostegno al suo svolgimento.

Nella pratica, il legame affermato in passato non viene sempre apertamente sconfessato, ma ora più spesso il giudice delle leggi, talvolta si discosta dalla prassi applicativa consolidata senza fornire alcuna motivazione; talaltra nega che ne esista una, pur in presenza di evidenti riscontri di segno contrario; non di rado infine esclude che essa sia vincolante, se il giudice, pur impugnandola, non mostra di aderirvi soggettivamente<sup>73</sup>. Non manca, poi, qualche esplicito disconoscimento.

Inoltre, quando la Corte accetta di pronunciarsi sulla prassi giurisprudenziale dominante, non infrequentemente conclude per l'infondatezza della questione<sup>74</sup>.

Essenzialmente in queste ipotesi, in cui la Corte erge la sua interpretazione contro un indirizzo applicativo consolidato, si tende a mantenere l'adozione delle sentenze interpretative espresse<sup>75</sup> (riconoscibili cioè dal dispositivo), anche se oggi, pur quando si disattende un diritto vivente, sembra consentito un uso promiscuo delle varie tecniche decisorie.

Può essere utile a questo punto una esemplificazione.

1) Tra gli esempi in cui il superamento è perseguito apertamente, va annoverato quello in cui, sebbene si riconosca che l'interpretazione sospetta di illegittimità costituzionale è quella accolta dalla «prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione», viene asserito contestualmente che, «nonostante la richiamata giurisprudenza, non vi sono ostacoli a che il giudice adotti della disposizione censurata un'interpretazione «adeguatrice», tale cioè da risolvere immediatamente, e senza la necessità di una pronuncia caducatoria di questa Corte, il dubbio di legittimità costituzionale» (in quanto la soluzione conforme non appare «contraddetta dalla formulazione testuale, tale da lasciare indenne la disposizione dal vizio che altrimenti la inficerebbe»)<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> Nella significativa opinione espressa da V. ONIDA, *Il problema dell'interpretazione nei rapporti tra il giudizio costituzionale ed i giudizi ordinari*, in AA.VV., *Riforme della Costituzione e cultura giuridica*, a cura di A. Pizzorusso, Pisa 1998, 20 ss.

<sup>71</sup> G. SANTORELLI, *Il c.d. diritto vivente tra giudizio di costituzionalità e nomofilachia*, cit., 507 e 551ss.

<sup>72</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giurisprudenza costituzionale nel 2003*, cit.

<sup>73</sup> V. ancora ord. n. 466/2000 e ord. n. 109/2003: in questi casi il giudice «ribelle» (che è proprio quello più sensibile ai principi costituzionali, poiché di fatto è colui che solleva la questione) rimane del tutto impotente dinanzi all'affermarsi dell'orientamento meno in linea con i precetti della Costituzione.

<sup>74</sup> Ord. n. 114/2008; sent. n. 146/2008.

<sup>75</sup> Come registra anche R. GRANATA, *La giustizia costituzionale nel 1998*, in *Giur. cost.*, 1999, 578.

<sup>76</sup> Sent. n. 138/1998. V. anche la sent. n. 140/1998, in cui la posizione «nettamente prevalente della giurisprudenza di legittimità», che interpreta «in termini assai restrittivi e rigorosi» gli estremi della reazione ad atti arbitrari del pubblico ufficiale (non consentendo di scriminare la condotta nel caso di provocazione) viene superata attraverso un'interpretazione adeguatrice della nozione di arbitrarietà degli atti del pubblico ufficiale (che porta quest'ultima a coincidere con la «scorrettezza e sconvenienza delle modalità di esercizio



2) Tra i casi in cui la Corte non motiva la deviazione dal principio cui essa stessa ha ritenuto in passato di assoggettarsi, appellandosi semplicemente all'opposto criterio, può essere ricordato quello in cui afferma di essere «ben consapevole che l'interpretazione da essa proposta non coincide con quella che la giurisprudenza ha finora seguito» e che tuttavia nella specie è «la forza preminente dei principi costituzionali relativi alla garanzia giurisdizionale in materia di libertà personale che impone di non dar seguito, anzitutto in sede interpretativa, ad una ricostruzione del sistema, la quale si tradurrebbe nella lesione di quei principi» (sent. n. 232/1998).

La decisione cui ci si riferisce, interpretativa di rigetto «nei sensi» concernente l'art. 309 c.p.p., è estremamente significativa a questo proposito, perché, mentre a volte il superamento di un diritto vivente va a vantaggio di filoni assolutamente minoritari, in questo caso non sussiste alcun orientamento giurisprudenziale, nemmeno isolato, che la Corte vuole contribuire ad affermare: l'interpretazione suggerita cioè è priva di qualsiasi riscontro effettivo tanto nella prassi giurisprudenziale quanto nelle riflessioni dottrinali ed è ideata originalmente dalla Corte (una mera «ipotesi» di soluzione del problema di costituzionalità).

La Corte con un'inedita operazione evita che sia vanificata in modo irrimediabile l'effettività delle garanzie difensive relativamente alla certezza dei termini per la pronuncia del tribunale del riesame<sup>77</sup> e si fa carico anche di considerare le difficoltà pratiche che derivano per gli uffici, una volta escluse formalità nella procedura<sup>78</sup> (la sentenza stabilisce, com'è noto, che il termine di 5 giorni per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame della misura cautelare da parte dell'autorità procedente, decorra dal momento in cui la richiesta perviene al tribunale stesso e non dal momento in cui all'autorità procedente giunga l'avviso della presentazione di detta richiesta).

In dottrina si è segnalata l'«ardita ricostruzione», frutto di interpretazione «innovativa ed inesplorata», che supera un «ostacolo non da poco» e discutibile anche sul piano generale<sup>79</sup>.

---

di un'attività conforme sotto il profilo sostanziale alle norme di legge», assimilandola al fatto ingiusto idoneo a provocare in chi lo subisce uno stato d'ira, secondo la fattispecie della provocazione di cui all'art. 599 c.p.).

<sup>77</sup> ... in quanto pur risultando sanzionata la mancata trasmissione degli atti al tribunale di riesame entro il quinto giorno dall'avviso della richiesta di riesame stessa con la perdita di efficacia *de iure* della misura coercitiva, la sanzione era innegabilmente frustrata dalla indeterminatezza del termine *a quo*, la cui decorrenza veniva a dipendere dalle libere scelte e dalla sollecitudine degli organi precedenti, non prevedendosi alcun effetto processuale per qualsivoglia dilazione nella comunicazione all'autorità procedente dell'avviso della presentazione della richiesta in parola.

<sup>78</sup> In dottrina si apprezzano l'«innegabile coerenza logica» e il «non comune» rigore della decisione: risp. C. SANTORIELLO, *Una nuova interpretazione del quinto comma dell'art. 309 c.p.p.: tanti dubbi e nessuna certezza*, in *Giur. cost.*, 1998, 1815 e M. CERESA GASTALDO, *Una inedita interpretazione della Corte costituzionale circa la decorrenza del termine ex art. 309 comma 5 c.p.p. nel procedimento di riesame de libertate*, in *Cass. pen.*, 1998, 2855; cui *adde* G. DI CHIARA, s.t., in *Foro it.*, 1998, 2316 e G. FRIGO, *Finalmente il valore della libertà personale supera il muro degli adempimenti burocratici*, in *Guida al diritto*, n. 26/1998, 79.

<sup>79</sup> ...per la «sorprendente sovrapposizione di ruoli e responsabilità fra ufficio della pubblica accusa ed organi giudicanti» che ne deriva: C. SANTORIELLO, *op. cit.*, 1815 ss.

V. anche E. SCARDACCIONE, *Quel che resta del giorno: le sezioni unite penali più che risolvere, accentuano i contrasti*, in *Cass. pen.*, 1999, 786, che rimprovera alla Corte di avere capovolto l'interpretazione fino ad allora seguita dalla Cassazione e G. ROMEO, *Tempi del riesame e conti che non tornano*, in *Cass. pen.*, 1998, 2884 e ss.; ID., *Miniagenda del 1999: riflessioni minime sulla giustizia penale per il 1999*, in *Gazz. giur. Giuffrè*, n. 5/1999, 10; ID., *Appunti su certezza del diritto e ruolo della Corte di Cassazione*, in *Gazz. giur. Giuffrè*, n. 9/1999, 2 s., che parla di «intrusione arbitraria e grave» negli ambiti propri del potere

Tuttavia, la suprema istanza di legittimità, come si sa, con una sentenza-trattato (Cass. pen., S.U., sent. 16 dicembre 1998, Alagni), che si sofferma a lungo sull'efficacia delle sentenze interpretative, apportando alcune novità nelle convinzioni consolidate in materia, aderisce alla prospettiva della Corte costituzionale, pur dopo larghe resistenze nelle file dei giudici di merito. La decisione è degna di rilievo non solo perché quell'interpretazione come si è detto era inedita e sconfessava la prassi costante (di cui la stessa Cassazione era in particolare fautrice), ma anche perché, nell'adeguarsi, il supremo collegio non ravvisa ostacoli nelle perplessità manifestate dalla dottrina riguardo alla sua effettiva praticabilità.

La pronuncia per alcuni commentatori segna il momento di una "delega" all'organo costituzionale di controllo della funzione di indirizzo nell'interpretazione delle leggi, dovuta alla crisi del ruolo di unificazione della Cassazione e al tentativo di un suo rinnovamento e di una sua rilegittimazione<sup>80</sup>.

In quell'occasione poi la questione viene nuovamente riproposta a più riprese da giudici che non condividono la lettura del censore delle leggi: in particolare, dalla Corte di Cass., IV sez. pen. e, con due distinte ordinanze a breve distanza l'una dall'altra, dal tribunale di Napoli, in ogni caso prima della decisiva sentenza con cui la Cassazione formula il suo *revirement*. La Corte respinge i ripetuti rilievi, stavolta con ordinanza di manifesta infondatezza (v. rispettivamente le ordd. nn. 269/1999, 445/1999 e 69/2000), ribadendo il proprio precedente interpretativo e soprattutto rifacendosi alla svolta delle S.U. della Cassazione, in base alla quale essa adesso ritiene che la «controversia interpretativa sul *dies a quo* per la decorrenza del termine di trasmissione degli atti può ritenersi risolta» nel senso indicato, rispettoso dei principi costituzionali coinvolti<sup>81</sup>.

3) Ancora, nella sent. n. 189/2000, la Corte ribalta con sentenza interpretativa di rigetto (priva del disposto «nei sensi») l'orientamento consolidato della Corte di Cassazione, sez. trib., per cui, nelle controversie tributarie oltre un certo valore, il ricorso privo di mandato al difensore è sanzionato con l'inammissibilità insanabile.

La sez. trib. del giudice di legittimità in questo caso non dà pronto adeguamento alla lettura patrocinata dalla Corte, ma ribadisce la propria posizione, reputata vero e proprio diritto vivente, esortata in questo senso con convinzione dalla dottrina (sentt. n. 10133/2000 e 1100/2002)<sup>82</sup>. Solo successivamente le S.U. (precedute dalla stessa sez. trib., con la sent. n. 8369/2002) finiscono con il «prendere atto» della soluzione della Corte costituzionale, attribuendo ad essa il valore di precedente «rafforzato» dalla previsione dell'annullamento certo cui andrebbe incontro la norma, se assunta nel significato dato dall'indirizzo consolidato (Corte cass, S. U., sent. n. 2261/2004).

4) Contraria al diritto vivente e rimasta per questo prevalentemente disattesa è la sent. n. 229/2003, di manifesta inammissibilità, sul trattamento economico del dipendente pubblico adibito a mansioni superiori, che rimprovera al giudice di non aver optato per un'interpretazione diversa dall'indirizzo maggioritario – dal quale questi riteneva di non

---

giudiziario e di quello legislativo e teme che il governo dell'interpretazione della legge sfugga ad ogni controllo.

<sup>80</sup> E. LAMARQUE, *Le sezioni unite penali della cassazione «si adeguano» ... all'interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 1428.

<sup>81</sup> L'esistenza di un diritto vivente non è smentita dal fatto che del problema venga investita la Corte di Cassazione a S.U.: si è ricorso al giudice di nomofilachia infatti solo dopo la sentenza reinterpretativa della Corte e, possiamo dire, per dirimere l'incertezza sul significato della legge non tutta interna alle aule giudiziarie ma sorta dalla pronuncia costituzionale.

<sup>82</sup> V. AZZONI, *L'interpretazione adeguatrice della norma (sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale e processo tributario)*, in *Boll. trib. d'informaz.*, 2007, 610 ss.

poter prescindere – e di non aver tenuto conto, pertanto, che una soluzione in sintonia con i precetti costituzionali era accolta da un diverso orientamento, ancorché minoritario.

A seguito della decisione processuale, l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa prosegue invariato, mentre si allineano alla proposta della Corte i giudici ordinari del lavoro<sup>83</sup>.

5) Valga ancora, di recente, la vicenda già citata dell'esimente dell'errore sull'età nel reato di pedofilia. Stavolta la Corte di Cassazione accoglie tempestivamente l'invito, nella sent. 11 luglio 2007, n. 32235.

6) Un indebolimento dell'effettività dell'osservanza degli orientamenti giurisprudenziali storicamente invalsi continua peraltro a derivare dalla circostanza che l'esistenza di essi non è assunta come un "dato" dalla Corte. Questa gode, come si è detto, di ampia discrezionalità nel qualificare in termini di diritto applicato determinati indirizzi interpretativi e tale spazio di manovra si tramuta talvolta in vero e proprio "arbitrio", di cui si hanno esempi anche recenti.

Così, nell'ord. 466/2000<sup>84</sup> si nega l'esistenza di un filone giurisprudenziale dominante in relazione al contenuto dell'obbligo di motivazione nei provvedimenti amministrativi (art. 3, c. 1, della l. 241/1990), da cui risulti univocamente se, nei giudizi di non ammissione alle prove orali dell'esame di abilitazione alla professione forense, esso possa considerarsi assolto dall'attribuzione di un mero coefficiente alfanumerico o richieda anche una valutazione sintetica *per verba*. L'assenza di un chiaro orientamento viene sostenuta dalla Corte, nonostante sia rinvenibile «un indirizzo pressoché unanime del Consiglio di Stato», contrastato solo da alcune pronunce dei T.a.r.<sup>85</sup>.

Da ultimo, si nega che una certa interpretazione giurisprudenziale abbia i «caratteri di ripetizione necessari per integrare un diritto vivente valutabile ai fini del giudizio di costituzionalità», anche quando essa proviene dalle Sezioni riunite della Corte dei Conti (sent. n. 242/2008, sulla definizione agevolata del giudizio di appello nel processo contabile).

### 7.1. ...e le implicazioni di ordine teorico e pratico

All'affievolimento del diritto vivente concorre in realtà, in una mutua relazione circolare, proprio la maggiore prontezza con cui oggi i giudici si apprestano a seguire le soluzioni interpretative in sintonia con la Costituzione, anche se prive di concretezza storica. Se prima, infatti, dinanzi alla riluttanza della giurisprudenza a percorrere vie interpretative inedite e più impervie, si rendeva necessario ricorrere allo strumento più "forte" e annullare il significato applicato, per stroncare gli effetti incostituzionali della legge che si consumavano nei tribunali, adesso, la "cerniera" dell'osservanza della prassi giurisprudenziale non è più necessaria per assicurare il massimo impatto nella realtà giuridica delle pronunce della Corte, visto che una rilettura innovativa della legge, che pure spazza via abitudini interpretative stratificate, trova credito nelle aule giudiziarie, consentendo ai principi costituzionali di essere attuati già per tale via<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> V. E. LAMARQUE, *Relazione illustrativa*, cit., 41.

<sup>84</sup> In *Giur. cost.*, 2000, 3659 ss.

<sup>85</sup> A. SANDULLI, *La motivazione del provvedimento nei pubblici concorsi ed il sindacato di costituzionalità del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, 3664.

<sup>86</sup> Peraltro, la crisi (non del vincolo, ma) del rilievo, in senso quantitativo, del diritto vivente nella giurisprudenza costituzionale si fa derivare anche dall'accresciuta rapidità dei tempi di decisione dei giudizi

Tra l'altro, nel merito, le soluzioni elaborate dalla Corte nei casi sopra citati hanno riscosso prevalentemente grande apprezzamento, in particolare per la coerenza argomentativa e lo sforzo ricostruttivo che mostrano nella ricerca della linea di sutura tra la Costituzione e la legge. Abbandonando la via nota dell'annullamento del diritto vivente, in queste pronunce la Corte sembra ritenere che la supremazia della Costituzione si attui meglio attraverso il canale dell'applicazione della legge che non attraverso la sua dichiarazione di incostituzionalità. Il risultato che si determina è quello di un forte dinamismo impresso allo stato della giurisprudenza che può in ogni momento essere rimesso in discussione.

Nonostante ciò, le stesse decisioni sono state spesso fortemente contestate nel metodo. Già Pugiotto, infatti, ammoniva a non allontanarsi dal concetto di ascendenza ascarelliana, per i pericoli che ne sarebbero potuti derivare<sup>87</sup>: l'allentamento del legame rispetto agli indirizzi giurisprudenziali dominanti rischia in particolare di far scemare nel sistema di giustizia costituzionale alcuni pregi che grazie ad esso erano stati acquisiti. Da un lato, si rinuncia alla predeterminazione dell'oggetto del giudizio, la cui costruzione veniva in quel modo sottratta alla discrezionalità della Corte, evitandone tra l'altro le possibili accuse di eccessiva politicizzazione; dall'altro, si perde la maggiore certezza della garanzia costituzionale, che non rimaneva prevalentemente affidata alla collaborazione dei giudici, collaborazione che, peraltro, può venir meno, soprattutto quando i principi costituzionali vengono sviluppati e attuati dalla Corte a costo di qualche forzatura interpretativa del testo di legge.

E in effetti, a dispetto del clima di distensione e cooperazione tra le Corti, gli scontri con la magistratura non sono tardati<sup>88</sup>, a partire dal caso Clarke e da quello relativo al *dies a quo* per la trasmissione degli atti al tribunale del riesame, conclusosi con la richiamata sentenza Alagni. Ma la ribellione più ferma si è avuta, come tutti sanno, nell'annosa vicenda del computo dei termini della custodia cautelare, quando la Cassazione<sup>89</sup> si è arroccata a difesa del vincolo della soggezione alla legge, cui la stessa, data la sua collocazione nel sistema, ha ritenuto di non potersi sottrarre, rifiutandosi pertanto di aderire alla audace soluzione indicata dalla Corte<sup>90</sup>, in quanto questa disattendeva frontalmente il dato legislativo, reputato ostacolo insuperabile. Lo scontro, il più aspro nella stagione di collaborazione tra le due Corti, si è concluso, com'è noto, con la capitolazione del giudice delle leggi, che è addivenuto ad una sentenza di accoglimento manipolativo<sup>91</sup>.

La Corte costituzionale ha, in seguito a questo episodio, professato il pieno rispetto del limite del testo, nel caso della *translatio iudicii*<sup>92</sup>; ma ciò è avvenuto al prezzo della

---

sulle leggi, riguardanti spesso discipline entrate in vigore da breve tempo, sulle quali non si sono ancora perciò formati indirizzi costanti ed uniformi.

<sup>87</sup> V. A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, cit., 551 ss.

<sup>88</sup> Segnalano infatti che per i giudici è tanto più facile raccordarsi alla Corte quanto maggiore è la saldatura di questa, realizzata "a monte", all'operato della giurisprudenza comune A. D'ALOJA-P. TORRETTA, *Sentenze interpretative di rigetto, «seguito» giudiziario, certezza e stabilità del diritto «conforme a Costituzione»*, in AA.VV., *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Napoli 2006, 25 ss.

<sup>89</sup> Cass., S.U. pen., sent. n. 23016/2004.

<sup>90</sup> Sent. n. 292/1998.

<sup>91</sup> Sent. n. 299/2005, come auspicato da chi scrive in «... la sventurata rispose» (*ovvero: interpretazione plausibile versus interpretazione verfassungskonforme della legge nella sent. n. 23016/2004 della Corte di Cassazione, S.U. penali*), in AA.VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino 2005, 365 ss.

<sup>92</sup> Sent. n. 77/2007.

aperta sconfessione<sup>93</sup> dell'operato dello stesso organo di nomofilachia, che, con un brusco *revirement*<sup>94</sup>, aveva messo da canto l'interpretazione su cui si era formato il diritto vivente per una lettura costituzionalmente orientata<sup>95</sup>.

La contrapposizione agli indirizzi concretamente praticati nelle aule giudiziarie di un'interpretazione (talora minoritaria, ma non di rado) del tutto astratta trascura però di considerare il valore sintomatico dell'oggettività dell'interpretazione che va riconosciuto al dato della sussistenza di una prassi applicativa, dato che non sempre si presta ad essere aprioristicamente squalificato come espressione di cecità rispetto alle ricadute sistematiche dei principi costituzionali nell'ordinamento o ad arretratezza dei metodi di assegnazione di significato alle disposizioni legislative ricorrenti tra gli interpreti.

È indubbio che lo stesso diritto vivente, lungi dal provocare o giustificare cristallizzazioni e sclerotizzazioni dell'applicazione giudiziaria, sia suscettibile di evoluzioni, il significato applicato potendo pur sempre essere rivisitato, così attivando un processo *in fieri* verso la formazione di una nuova prassi effettiva nelle aule dei tribunali. Tuttavia ciò dovrebbe accadere avendo cura di integrare le condizioni oggi richieste dal più avveduto dibattito sull'interpretazione per fugare i rischi di ipersoggettivismo delle decisioni giudiziarie: la comunicabilità intersoggettiva, il carattere quanto più pluralistico (nel senso che al prodotto interpretativo partecipino più attori, ovvero legislatore, organi giudiziari di vario livello, dottrina) e un principio di gradualità<sup>96</sup>. In questo modo l'interpretazione – più in particolare il confine tra essa e la manipolazione – si configurerà come frutto dell'apporto condiviso della comunità dei giuristi, non appannaggio di singoli organi, per quanto qualificati essi siano. La lettura conforme astratta ed ipotetica, avanzata dalla Corte, pertanto, quando non sembri rispondere ai richiamati parametri, dovrebbe lasciare il posto ad interventi di accoglimento, nelle varie forme manipolative oggi disponibili<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Per la verità, nella sua pronuncia, la Corte costituzionale coglie l'occasione per estendere orizzontalmente – vero valore aggiunto della decisione – la *translatio*, rendendola cioè valida, oltre che nei casi di regolamento di giurisdizione proposto in Cassazione, anche in quelli di declinatoria della propria giurisdizione da parte dei giudici di merito (nonché per richiamare il legislatore alla disciplina dei modi e termini della riassunzione): v. M.A. SANDULLI, *I recenti interventi della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicij. Note alle sentenze n. 4109 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e n. 77 della Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicij e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 745 ss.; R. FRASCA, *Giurisdizione e translatio iudicij: problemi conseguenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 471 ss.; I. ZINGALES, *I «nuovi» confini della translatio iudicij*, *ivi*, 505 ss.; R. GIORDANO, *Translatio iudicij c.d. orizzontale in tema di giurisdizione: considerazioni de iure condito e de iure condendo*, in *Giur. merito*, 2009, 913 ss.

<sup>94</sup> Cass., S.U. civ., sent. n. 4109/2007.

<sup>95</sup> In merito al rinnovarsi degli scontri, ma in un contesto e con un significato profondamente mutati, v. R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

<sup>96</sup> V. per tutti L. MENGONI, *op. ult. cit.* Così anche l'interpretazione giudiziaria si appresta a divenire «un riflesso storico non isterico» dell'ordinamento: A. BARAK, *La natura della discrezionalità giudiziaria e il suo significato per l'amministrazione della giustizia*, in *Pol. dir.*, 2003, 11.

<sup>97</sup> Suona alquanto significativo che tale approdo sia condiviso anche da G. ZAGREBELSKY, uno dei più lucidi e consapevoli assertori dello «spostamento di prospettiva del controllo di costituzionalità delle leggi dal terreno delle fonti a quello dell'interpretazione; dalla cura dell'astratta coerenza del sistema giuridico alla garanzia del successo dell'interpretazione» e della concezione della «Costituzione come norma di applicazione giudiziaria» (*La legge e la sua giustizia*, cit., 262). Secondo l'A. infatti «esistono limiti, oltre i quali queste considerazioni non varrebbero più, ed è nella prudenza della Corte non oltrepassarli: la dottrina del diritto vivente (...) è un modo per rispettare l'autonomia interpretativa dei giudici; rispetto al legislatore si tratta di distinguere gli interventi modificativi della legge che restano all'interno delle scelte fondamentali del

8. *L'adeguamento della legge ordinaria a Costituzione: a) le sentenze interpretative "di principio" e "per deficit di flessibilità"*

Le richieste che provengono da una funzione giurisdizionale, chiamata nel tempo presente a modellare le proprie soluzioni sulle particolarità delle singole vicende, necessitando, dunque, di schemi normativi a maglie larghe, spingono la Corte nella direzione di suggerire talvolta soluzioni interpretative consistenti nell'attenuare la rigidità delle formule legislative. Spesso così si agisce a livello di struttura nomologica dell'enunciato, trasferendolo dal mondo delle regole a quello dei principi.

Nella sent. n. 460/2000 il divieto di accesso ai documenti amministrativi riguardanti le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Consob in ragione della sua attività di vigilanza, art. 4, co. 10, d.lgs. n. 58/1998, viene inteso in modo da non reputare segreti tali atti nei confronti dell'interessato soggetto a procedimento disciplinare dalla stessa Consob. La regola enunciata viene relativizzata introducendo a suo carico alcune eccezioni desunte da altre disposizioni generiche, che non hanno portata derogatoria nei confronti di quella, ma che vengono adottate per trarne appigli argomentativi al fine di negare al precetto la natura di norma applicabile secondo la «logica del tutto o niente». Qui è la nuova ponderazione delle istanze costituzionali coinvolte ad opera della Corte, che giustifica una «metamorfosi» della disposizione legislativa, stemperandone la rigorosa natura di regola attraverso ritagli interpretativi, in modo da aggiustare il «punto di equilibrio» dell'insoddisfacente bilanciamento effettuato dal legislatore.

Analogo è il caso della trasformazione di situazioni di potere normativamente previste da vincolate in discrezionali. Questa ipotesi è esemplificata dall'ordinanza di manifesta infondatezza n. 66/1998, in cui la Corte interpreta la disposizione censurata, relativa alla richiesta di differimento del dibattimento per impegni di lavoro del difensore fuori distretto, nel senso che essa lasci all'organo giurisdizionale ampi margini di apprezzamento delle fattispecie concrete, secondo canoni di ragionevolezza, consentendogli di valutare di volta in volta se la richiesta di rinvio sia dettata da intenti dilatori.

O ancora, a valle di una ricognizione della normativa di settore che vi rinviene una lacuna, il giudice delle leggi integra in via interpretativa l'ordinamento alla luce della Costituzione: così accade nella sent. n. 15/1996, che ricava direttamente dalla Costituzione (art. 6) e dallo Statuto speciale per il Friuli-Venezia Giulia «l'obbligo di cercare una «tutela minima» del diritto degli appartenenti alla minoranza slovena di usare la propria lingua nelle controversie davanti al giudice; nella n. 10/1993, in materia di effettività del principio di difesa, assicurata a vantaggio dello straniero anche con riguardo agli atti scritti (e non solo per quelli orali, con la presenza dell'interprete al processo); nella n. 81/1993, che estende le garanzie di riservatezza anche ai c.d. dati esteriori della comunicazione telefonica ed, infine, nella n. 166/1998, in materia di assegnazione della casa familiare in caso di separazione tra membri di coppie di fatto.

Qui la tecnica interpretativa mostra il suo volto tipico, che la vede diretta ad attenuare la rigidità delle previsioni normative, adattandole alla mutevolezza, peculiarità,

---

legislatore da quelli che ne altererebbero la *ratio*; i primi ammissibili i secondi no», così che conclusivamente egli afferma «l'impossibilità per la Corte di operare con interpretazioni, nel caso di interpretazione sostenuta da una giurisprudenza «vivente» (*ibidem*).

imprevedibilità delle situazioni di fatto<sup>98</sup>. L'interpretazione adeguatrice però non può essere limitata a questo tipo di incidenza, che la riporta al tema dell'accentuato rilievo del caso nei giudizi sulle leggi. Essa, infatti, come rivela in particolare il sindacato su leggi nuove (*retro*, par. 6.2.), tende sempre più di frequente non solo a rendere più permeabile la legge alle esigenze dei casi concreti (che è il fine proprio dell'interpretazione-applicazione), ma ad incidere sulla stessa portata precettiva della formulazione legislativa (immettendosi quindi in un campo para-normativo).

### 8.1. b) *la ricostruzione di tasselli mancanti per l'effettiva garanzia dei principi costituzionali*

Non di rado la tecnica interpretativa<sup>99</sup> segue, in un'ideale sequenza delle tipologie di decisione della Corte costituzionale, l'adozione di strumenti manipolativi più "forti", perché dotati dall'ordinamento di efficacia generale, completandone e specificandone puntualmente l'impatto sul sistema legislativo. La combinazione dei due modelli decisori lascia emergere la complessità dei rapporti tra di essi ed evidenzia ulteriormente la strumentalità, talora riscontrabile, delle sentenze interpretative nei confronti di manovre manipolative ad ampio raggio<sup>100</sup>.

In queste ipotesi la "concretizzazione" dei principi costituzionali avviene in più "passaggi" consecutivi: un primo momento, in cui viene individuata un'omissione del legislatore nella disciplina di un certo settore e conseguentemente viene "distillato" il profilo specificamente coinvolto dei principi costituzionali, il cui rispetto si impone nel fascio di rapporti considerati (secondo lo schema di una pronuncia «additiva di principio»); una tappa successiva, in cui, quasi ad avallare (almeno formalmente) la fruibilità immediata da parte dei giudici del "principio aggiunto", si completa l'intervento con la tecnica interpretativa, prospettando come automaticamente presenti situazioni giuridiche che costituiscono il presupposto indispensabile perché quel principio possa essere reso praticamente operativo.

Il collegamento delle norme "suggerite" al testo legislativo, in tali casi, non viene in alcun modo argomentato e sembra quasi che non sia ritenuto necessario, limitandosi la Corte ad accreditare l'esistenza di tali effetti normativi nel sistema come un "precipitato" diretto dei principi costituzionali.

Così, nella sent. n. 526/2000, la Corte respinge le censure che il giudice *a quo* rivolge all'art. 34, l. 354/1975 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) in quanto non prevede che l'amministrazione penitenziaria debba disporre la perquisizione con provvedimento motivato e comunicarla in termini all'autorità giudiziaria per la convalida, per violazione, tra gli altri, degli artt. 13, co. 2 e 3, 24, co. 1 e 2, 97, co. 1, Cost. Dopo aver negato l'utilità del richiamo all'art. 13 Cost., inapplicabile alle modalità di esecuzione della pena già

---

<sup>98</sup> Come rileva M. CARDUCCI, *Per introdurre l'America latina: l'interpretazione costituzionalmente conforme nelle «periferie» della modernità costituzionale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del seminario di Otranto-Lecce, svoltosi il 4-5 giugno 2004, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci, R.G. Rodio, Torino 2005, 796.

<sup>99</sup> L'analisi condotta nel presente par. e in quello successivo riproduce, con alcuni adattamenti, quella esposta da chi scrive in *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 255 ss.

<sup>100</sup> Sottolinea che interpretazione conforme e manipolazioni testuali si possono «riconduurre ad unità nella loro sostanza e per lo scopo perseguito» A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in *Ars interpretandi*, 2002, 300.

inflitta al detenuto (e nei limiti di questa), la Corte afferma che i diritti di cui il detenuto gode circa la corretta esplicazione di quelle modalità devono trovare riscontro in una garanzia piena e non soltanto indiretta della tutela giurisdizionale, essendo necessario a tale scopo «che vi sia una sede giurisdizionale nella quale l'eventuale illegittimità della misura possa essere direttamente e pienamente fatta valere *ex se*, come motivo di impugnazione della misura medesima», nella specie della perquisizione personale. Proprio per colmare la lacuna data dall'assenza di appositi rimedi giurisdizionali a garanzia dei diritti dei detenuti all'interno dell'istituzione carceraria, la Corte aveva precedentemente adottato un'apposita sentenza "additiva di principio"<sup>101</sup>, assegnando ai giudici, nell'attesa che il Parlamento legiferasse, il compito di individuare lo strumento per realizzare l'esigenza evidenziata.

*Nulla quaestio*, dunque. Senonché la Corte ritiene di dover ancora «esaminare se le modalità procedurali applicabili alle perquisizioni dei detenuti siano sufficienti ed idonee a consentire un effettivo controllo giurisdizionale degli atti dell'amministrazione». Reputando indispensabile a tal fine che quegli atti siano «documentati e motivati», la Corte fa discendere il relativo obbligo, in mancanza di una sua previsione legislativa, dai principi di trasparenza e buon andamento degli organi amministrativi, che si affiancano a quello "aggiunto", relativo ad una specifica tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. La Corte mira in tal modo a porre rimedio all'assenza dell'obbligo di motivazione degli atti di perquisizione personale posti in essere in carcere, lamentata dalla dottrina e confermata dalla prassi degli istituti penitenziari. Ma la fragilità della soluzione interpretativa in questo caso è messa in risalto dalla delicatezza di un settore in cui la condotta dell'amministrazione è particolarmente refrattaria a lasciarsi ricondurre nell'alveo della legalità e della costituzionalità<sup>102</sup>. Essa risulta, poi, ulteriormente aggravata dalla circostanza di essere rivolta appunto ad organi amministrativi, che non sono soggetti all'obbligo incombente sui giudici, i quali, qualora intendessero discostarsi dall'interpretazione "conforme", sono tenuti a sottoporre la norma che ritengono applicabile al giudizio della Corte costituzionale. Si incorre così in un "circolo vizioso", perché è vero che proprio in conseguenza degli "innesti" della Corte costituzionale nel quadro normativo, al detenuto dovrebbe essere comunque assicurato un diretto rimedio giurisdizionale anche in questo caso, ma è pur vero che, in mancanza di motivazione dell'atto da impugnare, quel rimedio è privato di effettività (proprio quella che in partenza si mirava a garantire). Le perplessità in merito rimangono forti anche dopo che da parte del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia è stata adottata la circolare<sup>103</sup> che pone le «disposizioni operative» a seguito della «lettura della sentenza» e che appare inusualmente sollecita, ma inidonea a sopperire alla mancanza di un più opportuno "seguito" legislativo.

Quella che viene compiuta è una progressiva specificazione giurisprudenziale dei principi di rango costituzionale, facendo appello dunque alla funzione "normogenetica" di essi e affidandone poi l'effettiva attuazione all'imprescindibile (quanto arduo) impegno dei giudici comuni.

---

<sup>101</sup> Si tratta della sent. n. 26/1999.

<sup>102</sup> M. RUOTOLO, *L'effettività «rinneante» della normativa penitenziaria: il caso delle perquisizioni*, in *Giur. cost.*, 2000, 4127 ss., spec. 4134 s. (il titolo è ispirato alla distanza che corre tra l'esperienza della realtà penitenziaria e le «decantate prospettive» della l. n. 354/1975: *ivi*, 4127), cui *adde* la nota di K. MAMBRUCCHI, *Perquisizioni in carcere e diritti dei detenuti: verso il «giusto processo»* in *executivis*, *ivi*, 4140 ss. La sentenza «rischia di non portare ad una effettiva tutela del detenuto» anche per L. CARLASSARE, *Perplessità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, 191.

<sup>103</sup> N. 3542/5992 del 16 febbraio 2001.



Analoga ipotesi di «ultrattività» di un'additiva, «attivabile per analogia», è offerta dalla sent. n. 148/2004, che estende in via interpretativa al decreto che dispone il giudizio immediato un requisito di validità posto per una diversa fattispecie da una precedente sentenza (la n. 497/1995)<sup>104</sup>.

In ipotesi come queste, il giudice delle leggi non si limita, come in quelle esaminate nei paragrafi precedenti, ad avallare «mutazioni genetiche» di enunciati espressivi di regole in enunciati espressivi di principi o a supportare connessioni sistematiche forzate di certe disposizioni, ma si spinge oltre, fino a fare a meno di qualsiasi specifico “appiglio” testuale di rango primario cui ancorare la soluzione propugnata e ad utilizzare il tessuto legislativo solo come “contesto” in cui individuare, allo specchio del modello costituzionale ipotizzato, il “tassello” mancante da incastonare per completare il mosaico.

### 8.2. c) la “riscrittura” di interi ambiti di disciplina attraverso sequenze di pronunce interpretative

La Corte ha potuto, grazie all'utilizzo dello strumento decisionale qui considerato, condurre operazioni di «ortopedia legislativa»<sup>105</sup> su diversi ambiti di disciplina, compensando ambiguità, incertezze di inquadramento sistematico, contraddizioni, lacune della trama positiva, sanando in tal modo, sostanzialmente, inadeguatezze della tecnica di *drafting*, incoerenze dovute alla stratificazione di interventi legislativi ispirati a logiche diverse, arretratezze di impostazione del legislatore.

Così un filone di interpretative di rigetto, che si sono susseguite per diversi anni, ha massicciamente interessato l'ordinamento penitenziario, smussando il rigore di talune previsioni e riportando nell'alveo dei valori costituzionali interventi allontanatisi da esso sotto la spinta sregolatrice ed autolegittimantesi dell'emergenza<sup>106</sup>.

Allo stesso modo, interventi reinterpretativi “a pioggia” sui procedimenti civili in camera di consiglio hanno ampiamente contribuito a mutare la fisionomia di una disciplina che presentava molte carenze, allentando anche i margini dei poteri decisori del giudice, persino in un ambito, quale quello processuale, in cui il bisogno di certezza si pone, se possibile, in modo ancora più pressante che negli altri settori del diritto<sup>107</sup>.

Nel diritto penale si segnalano decisioni interpretative di rigetto in cui l'interpretazione è condotta anche alla luce del canone della ragionevolezza<sup>108</sup> e da ultimo pure per sopperire al difetto di sufficiente determinatezza della fattispecie incriminatrice<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> In merito v. M. ESPOSITO, *Datio in solutum: una sentenza interpretativa di rigetto può costituire un equipollente di una sentenza di accoglimento?*, in *Giur. cost.*, 2004, 1562.

<sup>105</sup> T. PADOVANI, *Il regime di sorveglianza particolare: ordine e sicurezza negli istituti penitenziari all'approdo della legalità*, in AA.VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. Grevi, Padova 1988, 188.

<sup>106</sup> V. T. PADOVANI, *Il regime*, cit., 149 ss.

<sup>107</sup> V. L. P. COMOGLIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in AA.VV., *L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività*, a cura di M. Bessone, Torino 1997, 221 ss., spec. 245 ss.

<sup>108</sup> V. ad es. la sent. n. 138/1998, sull'applicabilità dell'attenuante del risarcimento del danno anche all'ipotesi di pagamento effettuato dalla compagnia di assicurazione; la sent. n. 140/1998, sull'applicabilità della provocazione al delitto di oltraggio; la sent. n. 380/1999, sull'applicabilità dell'esimente di cui all'art. 598 c.p. alle offese recate dal difensore al pubblico ministero in udienza.

<sup>109</sup> Come è stato notato, rispetto al parametro della determinatezza della fattispecie, a fronte di annullamenti che «si contano sulle dita di una mano», la Corte ha valorizzato la tecnica dell'interpretazione conforme in un numero ben più nutrito di decisioni: v. l'ord. n. 39/2001, sul reato di disobbedienza

In questo modo la Corte esercita una «influenza ... sulla prassi (e la mentalità) interpretativa dei giudici comuni», ponendo in essere una delle forme con cui essa «sviluppa penetrante la sua azione di controllo», che appare particolarmente significativa «in un momento in cui sembra sempre più divaricarsi la distanza tra la complessità della questione criminale e la capacità orientativa della Costituzione»<sup>110</sup>.

Come si è visto, nel loro volto attuale le decisioni interpretative non si limitano più, come in passato, a rileggere singole disposizioni, ma interessano ambiti più ampi di disciplina fino a riguardare interi complessi normativi (si pensi, per restare all'ambito penale, ai numerosi interventi sulla ex-Cirielli) e, talora, a comprendere nel loro raggio d'azione anche materiali diversi da quelli legislativi, quali pronunce manipolative precedentemente emesse dallo stesso giudice delle leggi, con le quali agiscono in combinazione dando luogo a reciproci effetti di rinforzo. In virtù di tale “metamorfosi”<sup>111</sup>, esse costituiscono oggi uno strumento che ha acquistato notevoli doti di elasticità e versatilità.

Un chiarimento a questo riguardo si impone. Alla fungibilità<sup>112</sup> che si è messa in luce tra interventi interpretativi ed altri propriamente additivi può infatti correlarsi l'idea che anche queste decisioni siano suscettibili di incidere sulle prerogative del legislatore, determinando in particolare un restringimento o una contrazione degli ambiti di scelta discrezionale di questo.

L'accresciuta natura manipolativa di talune interpretazioni, non riproduce tuttavia nei termini consueti i problemi di un'invasione e di un restringimento degli spazi di discrezionalità politica del Parlamento<sup>113</sup>.

Nel filone interpretativo, in tutte le sue varianti, non si annida infatti un simile pericolo, per il semplice motivo che esso sembra confluire in quell'ampio raggio di tecniche della giurisprudenza costituzionale – in cui si inscrivono anche le additive di principio<sup>114</sup> – con cui la Corte agisce al solo livello dell'interpretazione, evitando qualsiasi addizione normativa propriamente detta, che soggiacerebbe alla condizione necessitata dell'essere “costituzionalmente obbligatoria”. Non richiamandosi solitamente ad una

---

dell'inferiore ex art. 173 c.p.m.p., la sent. n. 519/2000, sull'uso dell'aggettivo “sedizioso” nell'art. 183 c.p.m.g., la sent. n. 5/2004, in relazione alla clausola «senza giustificato motivo» dell'art. 14, comma 5-ter (aggiunto dalla l. n. 189/2002) del d.-l. n. 286/1988, circa il trattenimento per oltre cinque giorni in Italia dell'immigrato abusivo espulso.

L'uso della tipologia interpretativa per salvare disposizioni che paiono in contrasto con il principio di determinatezza ha suscitato però «preoccupazioni e critiche» in dottrina e appare giustificabile solo in considerazione del vuoto legislativo che sarebbe provocato da sentenze di accoglimento e del ritardo del legislatore nel colmarlo: G. NEPPI MODONA, *Il principio di legalità nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Giudice penale, giudice costituzionale e corti soprannazionali*, cit., risp. 12 e 15.

<sup>110</sup> F. PALAZZO, *Costituzione e diritto penale (un appunto sulla vicenda italiana)*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, risp. 178 e 181.

<sup>111</sup> L'espressione è di A. PUGIOTTO, *Le metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. giur.*, 2004, 988. Il cambiamento è segnalato anche da L. CARLASSARE, *Perplexità che ritornano*, cit., 186.

<sup>112</sup> Sottolineata ancora di recente: v. M. ANGELONE, *Sentenze additive della Corte costituzionale e interpretazione adeguatrice*, in AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit., 563 ss.

<sup>113</sup> La Corte si muove infatti «lungo il delicato crinale che ad un tempo separa e congiunge le attività di *legis-latio* e quelle di *legis-executio*»: L. D'ANDREA, *La Corte di fronte alle prerogative del Parlamento*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli 2006, 331.

<sup>114</sup> A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3446 ss.

necessità costituzionale si evita al contempo di appesantire la Costituzione e di infittire la trama legislativa di precipitati desunti deduttivamente dalla Carta fondamentale stessa, così astenendosi dal restringere l'area del politicamente incondizionato.

*9. I rischi per l'effettività della tutela costituzionale: le pratiche conferme nella ricerca sul seguito delle decisioni interpretative da parte dei giudici comuni*

In un quadro in cui, smaltito l'arretrato, la Corte si pronuncia in tempi brevi ed in cui, a loro volta, le ordinanze di rimessione scoccano spesso a ridosso dell'entrata in vigore di una legge, il riferimento all'assenza di diritto vivente come causa ostativa all'ingresso nel merito<sup>115</sup> acquista il chiaro senso di uno stimolo, quasi una "delega", al potere giudiziario e lascia che si delinei l'idea di una giustizia costituzionale "a tempo", che non opera su leggi appena entrate in vigore<sup>116</sup>.

Per di più, visto che la Corte fino a quel momento, ossia fino alla sedimentazione di un diritto vivente incostituzionale, interviene con risposte di marca interpretativa, sembra profilarsi una concezione della garanzia costituzionale che riduce questa alla dichiarazione di incostituzionalità, trascurando il fatto che essa è essenzialmente una funzione di accertamento, suscettibile di sfociare in due esiti, accoglimento e rigetto, parimenti fisiologici del controllo. Subordinando l'accesso alla Corte ad un diritto vivente illegittimo, mentre le sentenze che dichiarano l'incostituzionalità sembrano integrare l'unico compito della Corte, le decisioni di rigetto, dal canto loro, vengono configurate come altrettante reazioni ad una patologia del giudice *a quo*.

La spinta a tentare sempre la via alternativa alla risoluzione dei problemi di costituzionalità, in mancanza di prassi applicativa uniforme, cioè tanto in presenza di una giurisprudenza divisa, quanto dinanzi a leggi nuove, attraverso la sperimentazione di letture anche non autorizzate dal tenore testuale della legge, viene prevalentemente raccolta dalla giurisprudenza, ma in una percentuale rilevante di casi lascia inalterato lo stato *quo ante*. Occorre infatti tener conto del fatto che essa viene sempre più spesso perseguita con le pronunce di inammissibilità o anche di rigetto interpretativo e che queste (specialmente le prime) assumono prevalentemente la forma dell'ordinanza. La "Ricerca sul seguito delle decisioni interpretative"<sup>117</sup>, sopra citata, ha evidenziato infatti che il 65% delle ordinanze ottiene un seguito corrispondente, mentre nel 35% dei casi il dialogo tra i giudici e la Corte non funziona: il tasso massimo di "non ascolto" è aggiunto dalle ordinanze motivate in modo particolarmente succinto. Nella realtà la legge continua a produrre per buona quota effetti incostituzionali.

Il seguito invece ottenuto dalle pronunce della stessa tipologia – inammissibilità o anche rigetto interpretativo – ma nella veste formale della sentenza sale all'80%.

Se si riflette sul fatto che questa percentuale rimane inalterata anche quando le interpretazioni suggerite hanno portata creativa, si concluderà che le cause dell'inosservanza delle decisioni del giudice delle leggi non risiedono in un atteggiamento

---

<sup>115</sup> V. ord. n. 32/2007 e sent. n. 192 del 2007.

<sup>116</sup> R. VINCENTI, *La sentenza della C. cost. n. 192 del 2007: facoltatività della recidiva reiterata e interpretatio abrogans del nuovo art. 69, comma 4, c.p.*, in *Cass. pen.*, 2008, 532 ss.

<sup>117</sup> V. Corte costituzionale-Servizio Studi, *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio*, cit. e *ivi* la *Relazione illustrativa* di E. Lamarque. In merito v. anche F. MODUGNO, *Alcune riflessioni a margine della ricerca su "Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali – anni 2000-2005"*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

culturale o aprioristico di resistenza della giurisprudenza, restia a collaborare con la Corte, ma sono rinvenibili nell'inadeguatezza della tecnica utilizzata, poco conoscibile o inadatta ad orientare sostanzialmente i giudici per la sinteticità del suo corredo argomentativo. Il mancato raccordo non dipende perciò dalla indisponibilità a seguire la Corte sulla strada dell'attuazione della Costituzione, anche quando ciò comporta l'allontanamento dal suo ruolo tradizionale e dal sicuro dettato della legge e l'assunzione di compiti impegnativi cui corrisponde una accresciuta responsabilità, ma da ragioni tecniche.

Il primato della capacità conformativa sulla giurisprudenza è sempre detenuto dalle pronunce tradizionali: le "classiche" sentenze interpretative di rigetto, che, nel 90% dei casi, hanno dato vita infatti ad un seguito giurisprudenziale conforme. Se ne ricava in ultima analisi che l'abbandono delle tipologie di pronuncia più "antiche" e collaudate – le interpretative «nei sensi» – a vantaggio di tecniche di nuovo conio – interpretative "occulte" o decisioni di inammissibilità, per di più se rese con l'ordinanza – ha in qualche misura penalizzato l'effettività della garanzia costituzionale.

Un'altra riflessione riguarda la capacità di affermazione nella pratica giurisprudenziale delle pronunce considerate esorbitanti dai limiti del testo legislativo. Si sono già evidenziati i casi di seguito stentato e le situazioni estreme in cui si assiste a vigorose resistenze della magistratura ed a contrasti «con toni forti», in cui si lamenta che l'interpretazione è contraria alla lettera e alla consolidata prassi giurisprudenziale o che ha «portata sostanzialmente abrogativa» della legge (così Cass., sez. trib., nella vicenda relativa all'assistenza tecnica nel processo tributario). In simili vicende l'esperienza dell'ultimo periodo insegna che le riluttanze ad adeguarsi alla lettura data dalla Corte sono state vinte solo grazie all'intervento delle S.U. della Cassazione, motivato però spesso non in ragione della bontà della soluzione, intesa come aderenza al dettato normativo, bensì in nome della supremazia dei principi costituzionali (vd. per es. la sent. n. 512/2002, sulla convalida dell'obbligo di comparizione collegato al divieto di accesso alle competizioni sportive, in cui si fa leva sull'esigenza di dare attuazione al sistema di tutela della libertà personale, garantendone una sorta di applicazione diretta). Nell'aderire alla lettura in armonia con la Costituzione, l'organo della nomofilachia si aggancia non tanto alla persuasività della lettura offerta dal giudice delle leggi, bensì all'esigenza di dare attuazione ai preminenti principi costituzionali ed alla pragmatica considerazione della sorte (il sicuro annullamento) cui andrebbe incontro l'opposto orientamento.

Si profila un assetto per cui il successo della strategia decisoria del filone interpretativo poggia su un apporto duplice e combinato del giudice delle leggi e dell'organo di nomofilachia: l'una, grazie alla sua autorevolezza e concretizzando i principi costituzionali nella materia interessata, accredita soluzioni pure talora non linearmente riconducibili al testo, l'altro, aderendovi, garantisce un'uniformità nel seguito giurisprudenziale, altrimenti irriducibile. Senza l'inserimento della Corte di Cassazione nell'ambito delle questioni di legittimità costituzionale, infatti, difficilmente potrebbe essere assicurata quell'adesione generalizzata alla pronuncia che fa appello ai poteri interpretativi del giudice. In definitiva, all'autorevolezza della Corte costituzionale, come garante della Carta fondamentale, è affidata l'enunciazione della norma orientata a Costituzione (anche liberamente tratta dal testo legislativo); alla Corte di Cassazione va invece la garanzia del suo innesto, senza rischi di rigetto, sul piano della legalità.

## 10. *L'attivismo della Cassazione e la "procedimentalizzazione" dell'apporto della Corte. Verso una III fase?*

Proprio forse per porre fine all'insicurezza dei rapporti giuridici che caratterizza la fase intermedia tra la pronuncia della Corte e il suo proficuo e generalizzato innesto nella giurisprudenza comune ad opera della Cassazione, si assiste di recente ad un ulteriore cambiamento. La particolare successione che si è stabilita nel nuovo stadio del filone interpretativo tra giurisprudenza comune e autonomia interpretativa della Corte costituzionale, per cui questa procede sempre più di frequente ad un ribaltamento del diritto vivente, cui fa seguito, non però sempre tempestivamente e pacificamente, l'adeguamento della suprema istanza di legittimità, ha portato a rivedere l'ordine di priorità nella sequenza stessa. È fenomeno recente quello per cui l'organo costituzionale di controllo, dinanzi ad una prassi applicativa uniforme o a filoni consolidati, si limita a "passare la parola" alla Corte di Cassazione per sondarne la disponibilità a sovvertire il suo indirizzo o viene addirittura anticipata dal cambiamento di rotta cui l'organo di nomofilachia provvede autonomamente, in pendenza della questione di legittimità costituzionale.

I rischi legati al fatto che i giudici non si allineino alle interpretazioni della Corte, per la scarsa visibilità delle ordinanze di inammissibilità (e delle interpretative di rigetto "occulte") o perché i primi non condividono le ribellioni al diritto vivente richieste dalla Corte, possono oggi dunque stemperarsi proprio grazie a questo nuovo intreccio tra pronunce della Corte costituzionale e sentenze dell'istanza di legittimità della giurisdizione ordinaria. In base al nuovo tipo di rapporto inaugurato tra i due versanti, al posto del superamento da parte della Corte costituzionale della applicazione giudiziaria consolidata, in nome dell'esigenza di formulare un'interpretazione in sintonia con la Costituzione, cui succede spesso l'adeguamento dell'organo di nomofilachia, il più delle volte però tardivamente<sup>118</sup>, si afferma una tendenza alla perfetta *saldatura* tra i due fronti, quello dell'adeguamento interpretativo a Costituzione e quello della garanzia della sua effettività.

Il fenomeno assume due forme distinte.

1) La prima ipotesi consiste in una reazione particolarmente *tempestiva* della suprema magistratura ordinaria, che non attende l'intervento della Corte costituzionale per aderire alla soluzione conforme, ma gioca *d'anticipo*, pronunciandosi nelle more del processo costituzionale. Il connubio che si instaura tra i due organi è poi rafforzato dal fatto che, non solo il primo muta la sua antecedente giurisprudenza dopo che vengono sollevate questioni di costituzionalità, ma ottiene poi dal secondo l'avallo del proprio nuovo indirizzo (spesso accompagnato dal rimprovero al rimettente per non avere seguito il dovere di interpretazione adeguatrice). Rispetto ad una fase passata in cui erano i giudici di merito a chiedere la conferma delle proprie innovative interpretazioni costituzionalmente orientate, di fronte ad una Cassazione conservatrice, ora è quest'ultima che spesso si attesta sulle posizioni più alte nell'attuazione della Costituzione, poi seguita dalla Corte costituzionale, così, da un lato, ottenendo un suggello di costituzionalità al proprio indirizzo, e, dall'altro, permettendo alla Corte, richiamandovisi, di concludere con una infondatezza o sempre più spesso con un'inammissibilità.

Nelle decisioni processuali da ultimo adottate, il giudice delle leggi tende pertanto a dare il *placet* a nuovi indirizzi della Cassazione, che si sono formati *pendente* il vaglio di costituzionalità (e che non sembra perfettamente lineare dunque rimproverare al rimettente di non aver osservato).

---

<sup>118</sup> ... anche a distanza di diversi anni, come si è visto, durante i quali permane una forte spaccatura nel campo giurisprudenziale.

Secondo l'ultima tendenza, in sintesi, come si vede, la Corte mutua la soluzione costituzionalmente orientata da un recentissimo *revirement* messo a disposizione dalla Corte di Cassazione, *di poco anteriore* alla sentenza costituzionale, *di certo successivo* all'ordinanza di rimessione, dunque formulato *pendente la questione di legittimità costituzionale*.

Dichiarano così, come si diceva, la manifesta inammissibilità per omesso o insufficiente tentativo di ricercare un'interpretazione conforme le ordd. n. 128 e n. 133 del 2007 (rispettivamente in materia di omessa previsione del patrocinio legale nel procedimento per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno, e di competenza del giudice monocratico per il reato di guida sotto l'influenza di sostanze alcoliche), nelle quali si richiama il nuovo orientamento, in linea con i principi costituzionali, espresso dalla Cassazione successivamente o quasi contemporaneamente all'ordinanza di rimessione.

2) La seconda ipotesi è caratterizzata a sua volta da una pronuncia della Corte costituzionale con cui questa si limita a *saggiare* disponibilità future, cui *segue* con particolare sollecitudine la reazione della suprema istanza di legittimità della magistratura ordinaria, che accoglie l'invito alla soluzione giudiziaria e, grazie alla particolare influenza che esercita quale organo di nomofilachia, impone il nuovo orientamento alla generalità dei giudici.

Lo spirito di cooperazione ormai invalso nei tribunali, al di là di qualche episodio – forse salutare – di attrito, sembra dunque aver incoraggiato la Corte ad un rovesciamento nell'impiego prevalente (al netto naturalmente delle oscillazioni sempre rilevabili) di alcuni tipi di decisione, in particolare, della pronuncia di inammissibilità, che cambia volto e tende ad essere usata in situazioni già “compromesse” (ad opera di consolidate applicazioni incostituzionali, si intende), al fine di testare la disponibilità degli organi giudiziari a cambiare il proprio orientamento, anche se fermo e costante.

Dopo che la già menzionata sent. n. 322/2007, ad esempio, dichiara l'inammissibilità, per omessa interpretazione adeguatrice, della questione in materia di errore sull'età nel reato di violenza sessuale su minori, sollevata sulla base di una lettura corrispondente alla prassi ed alle elaborazioni dottrinali, la Corte di Cassazione abbandona senz'altro la consolidata applicazione giurisprudenziale per dare spazio all'*error aetatis*, non contemplato come scriminante nella fattispecie criminosa tipizzata dalla legge.

L'ipotesi in discorso è altresì esemplificata da uno dei tasselli del mosaico di interventi sulla l. n. 46/2006 (l. Pecorella), in cui alla Corte viene rimessa la questione relativa alla salvezza della pretesa risarcitoria della parte civile una volta cancellato, ad opera della legge stessa, l'appello del p.m. avverso la sentenza di proscioglimento.

Nel «labirinto»<sup>119</sup> della legge n. 46, la Corte, in particolare, si è trovata a decidere simultaneamente due questioni di legittimità: l'una riguardante la norma (art. 576 c.p.p., come mod. dall'art. 6, l. n. 46) che pareva precludere alla parte civile la proposizione dell'appello avverso la sentenza di proscioglimento; l'altra che verteva sulla esclusione (art. 593 c.p.p.) della medesima facoltà al p.m. Sulla prima la Corte pronuncia una ordinanza di inammissibilità<sup>120</sup> per mancata verifica di altre possibilità interpretative; sulla seconda addviene ad una sentenza di accoglimento che sanziona l'“eccedenza dal limite di

---

<sup>119</sup> ...come è stato definito: v. G. ROMEO, *Nel labirinto della «Pecorella» l'esile filo d'Arianna delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 2007, 4464 ss.

<sup>120</sup> Ord. n. 32/2007.

tollerabilità costituzionale”<sup>121</sup> della alterazione del principio di “parità delle armi” dovuta alla amputazione dei poteri della parte pubblica a confronto di quelli dell’imputato.

Per evitare che le sorti della pretesa risarcitorie della parte privata rimangano travolte dalla preclusione del potere di appello del p.m., ai cui poteri esse si agganciano, la l. n. 46, come si sa, aveva escluso tale nesso, salvo poi suscitare dubbi, data la tassatività dei mezzi d’impugnazione, per il fatto di non enunciare il mezzo di gravame: i giudici di legittimità addiventano all’interpretazione conforme a Costituzione adombrata nella decisione processuale n. 32/2007, riconoscendo così una «generica legittimazione della parte civile ad impugnare»<sup>122</sup>, non limitata al ricorso per Cassazione: una conclusione, questa, che si può ritenere anche agevolata dalla contemporanea restituzione al p.m. dell’appello.

La definitiva consacrazione di tale indirizzo avviene con l’ord. n. 3/2008<sup>123</sup>, in cui la Corte, poggiando su tale posizione e dunque sulla «maggioritaria giurisprudenza di legittimità», ha facile gioco nel dichiarare inammissibile l’opposta interpretazione del giudice *a quo*.

È degno di essere rimarcato, ancora una volta, che la suprema istanza di legittimità, ai fini della decisione, non fa leva tanto sulla bontà e persuasività delle argomentazioni a sostegno dell’indirizzo prescelto, quanto sull’attribuzione alla ordinanza della Corte di una valenza «interpretativa» e sulla considerazione che essa conterrebbe «implicitamente» il riconoscimento dell’illegittimità costituzionale dell’opposto orientamento.

Dunque, come si diceva, *non più ribaltamento* del diritto vivente con *adeguamento (tardivo)*, bensì *adeguamento tempestivo* (subito dopo la pronuncia processuale) o addirittura *anticipato* (nelle more del vaglio di costituzionalità).

Ma il profilo indubbiamente degno di maggior rilievo è che sembra profilarsi una *nuova sequenza* che scandisce il dialogo tra il giudice delle leggi e la giurisprudenza comune. In precedenza si era concluso che la sequenza originaria tra sentenza interpretativa di rigetto e sentenza interpretativa di accoglimento aveva lasciato il posto a quella tra “decisione di infondatezza con reinterpretazione” e “decisione di manifesta infondatezza con rinvio al precedente interpretativo”, come specchio anche del mutato clima che consentiva alla Corte di imporsi nel panorama giurisprudenziale senza il ricorso a tecniche processuali formalmente vincolanti<sup>124</sup>. Ora l’ultima successione di decisioni lascia ulteriormente il posto a quella tra “inammissibilità per omessa verifica di altre ipotesi interpretative” e “inammissibilità per omessa interpretazione conforme”, in presenza della pronuncia a S.U. della Cassazione.

---

<sup>121</sup> Sent. n. 26/2007; passaggio stigmatizzato da M. CERESA-GASTALDO, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2007, 1894 ss. Alla decisione segue l’ord. n. 4/2008 (interpretativa di inammissibilità), che qualifica come erronea interpretazione l’esclusione dell’appello per la sentenza di non luogo a procedere (oltre che per la sentenza di proscioglimento): v. L. CRICRÌ, *Appellabilità della sentenza di non luogo a procedere: punti fermi e questioni irrisolte*, in *Giur. cost.*, 2008, 74 ss.

Le innegabili disparità che la sentenza produce sul fronte dell’imputato conducono poi ad ulteriori “correzioni” con la sent. n. 85/2008, su cui v. M. BARGIS, *L’imputato può nuovamente appellare (con un limite) le sentenze dibattimentali di proscioglimento: la Corte costituzionale elimina (e nel contempo crea) asimmetrie*, in *Giur. cost.*, 2008, 1046 ss.

<sup>122</sup> Cass. pen., S.U., 29 marzo 2007, n. 27614. V. M. BARGIS, *Il persistente potere d’appello della parte civile: consonanza di vedute tra Corte costituzionale e sezioni unite*, in *Giur. cost.*, 2008, 59 ss.

<sup>123</sup> Su cui v. V. MAFFEO, *Sentenze di proscioglimento e appello della parte civile: una questione di costituzionalità che potrebbe riproporsi*, in *Cass. pen.*, 2008, 7 s.

<sup>124</sup> V. G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 226 s.

Dato poi l'attenuarsi dell'impegno al rispetto della norma in atto nelle aule giudiziarie, la stessa possibilità di distinguere nettamente tra le tre ipotesi che si profilavano nella I e nella II fase della giurisprudenza costituzionale e che componevano lo schema di partenza (v. *retro*, par. 3) sfuma, cedendo il passo alla nuova tendenza caratterizzata da un apporto *congiunto e corale* della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, articolato in tre momenti o tappe successive: un "coro a due voci" e "in tre tempi". In un primo momento la Corte costituzionale si limita a formulare un invito, sebbene non generico ma con precise indicazioni di contenuto, e ad attendere la successiva mossa della giurisdizione di legittimità. Nella seconda tappa questa prevalentemente lo raccoglie, poggiandosi sull'autorevole suggerimento. A questo punto giunge l'avallo finale dell'organo costituzionale di controllo, che non ha che da adagiarsi a sua volta su un diritto vivente appena coniato. Se l'azione nel suo complesso è duplice (della Corte e dei giudici insieme), l'apporto dell'organo costituzionale di controllo spesso viene dato ricorrendo al "minimo mezzo" disponibile, vale a dire con un semplice rinvio ai mezzi a disposizione del canale interpretativo-applicativo (inammissibilità dichiarata per omessa ricerca di una norma che sfugga ai vizi lamentati), in cui però è sempre fornita, anche implicitamente, l'indicazione della norma in sintonia con il testo fondamentale.

In dottrina il fenomeno è stato commentato come indicativo della tendenza ad instaurare un nuovo «galateo istituzionale»<sup>125</sup>, in cui la parola passa ai giudici senza alcun uso di poteri decisori o suggestivi forti. Non mi sembra che questa modernizzazione nel ricorso a tali tipi di decisione risponda meglio però a regole di galateo istituzionale. La vecchia pronuncia interpretativa classica sarebbe infatti al contrario senz'altro maggiormente rispettosa delle prerogative dei giudici – suggerendo senza imporre, almeno quando non si sia davanti a letture impossibili del giudice *a quo*, ma solo ad un contrasto tra indirizzi plausibili – a differenza della dichiarazione di inammissibilità della questione, che dovrebbe essere contenuta entro i limiti molto ristretti (a mio avviso quelli dei casi "semplici", in cui c'è una soluzione adeguatrice "a portata di mano" che il giudice inespugnabilmente disattende), in quanto include una critica (spesso ingiustificata) alla scelta di promuovere la questione di legittimità ed in quanto, rifiutando l'ingresso nel merito, esprime una generale indisponibilità della Corte costituzionale a risolvere il denunciato problema di rispetto della Costituzione, facendolo rimbalzare in seno al corpo dei giudici comuni.

Questa sorta di "procedimentalizzazione" nell'uso delle pronunce processuali (come si vede accresciuto), grazie alla tempestiva collaborazione dell'istanza di legittimità, da una parte, sembra in grado di sopperire al difetto di effettività che ad esse (rese, come si sa, prevalentemente nella forma, di tono minore, dell'ordinanza), come si diceva, si accompagna e di porvi in definitiva rimedio; dall'altra, tuttavia, lascia aperti i problemi relativi alle carenze di motivazione delle scelte della Corte e al silenzio delle ragioni della Costituzione che ad essi si connettono<sup>126</sup>.

Negli ultimi anni, in conclusione, la via interpretativa alla risoluzione dei problemi di giustizia costituzionale delle leggi ha raggiunto livelli di grande raffinatezza ed articolazione. L'interpretazione conforme ai principi costituzionali appare come il risultato di un mosaico, in cui le tessere vengono composte, a più riprese, dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza comune, in specie la Corte di Cassazione, che si fanno eco a vicenda, in un complessiva serie di risonanze che però anziché via via indebolirsi ed affievolirsi

---

<sup>125</sup> L. DELLI PRISCOLI-F. FIORENTIN, *L'ignoranza dell'età del minore nei reati sessuali e le «nuove» sentenze interpretative*, in *Giur. cost.*, 2008, 482.

<sup>126</sup> V. *infra*, ult. par.



gradualmente, al contrario si rinforzano progressivamente ed acquistano viepiù autorevolezza ed efficacia.

La rivoluzione copernicana preannunciata a favore dei giudici – è appena il caso di notare, secondo quanto emerge da quel che si è esposto fin qui – non pare, in ogni caso, essersi realizzata: nella sostanza delle operazioni, le redini della riconversione interpretativa sono salde nelle mani della Corte<sup>127</sup>.

### 11. *I giudici e l'uso interpretativo della Costituzione*

Oltre a seguire, nella misura che si è detto, gli indirizzi della Corte costituzionale, i giudici perseguono da soli la via di implementazione della Costituzione, attraverso autonome applicazioni del criterio dell'interpretazione conforme, il che negli ultimi anni ha avuto manifestazioni notevoli: basti pensare, per menzionare i casi più noti, alla innovativa lettura data dai Tribunali di Cagliari e di Firenze all'art. 14, l. n. 40/2004, in materia di diagnosi preimpianto, resa al di fuori di ogni indicazione della Corte, e alle c.d. "sentenze gemelle" della Cassazione, III sez. civ., che estendono la risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. a qualsiasi lesione di diritti costituzionalmente tutelati della persona, anche in mancanza di apposite previsioni legislative.

Le ampie potenzialità evolutive ed anche conformatrici dell'ordinamento escono confermate dall'uso giudiziario della Costituzione, in quanto le soluzioni patrocinate dai giudici, che, incoraggiati dalla "dottrina" della Corte, invocano come preminente il criterio dell'interpretazione conforme, il più delle volte si pongono a metà strada tra l'attività interpretativa, per quanto avanzata, e l'applicazione diretta delle norme costituzionali. Nell'ambito della protezione dei diritti costituzionali, in particolare, il modello di tutela che si va delineando nell'azione dei giudici rispecchia parimenti attenzione per la tradizione e apertura a soluzioni innovative. Su queste basi si è ritenuto possibile l'accostamento della difesa giudiziaria dei diritti costituzionali che si viene realizzando nel nostro Paese allo schema ricostruttivo definito da A. Barak "*strengthened indirect application model*", in base al quale i diritti costituzionali vengono calati nei rapporti interprivati per il tramite degli istituti civilistici, i quali però possono, se necessario, essere modificati o potenziati a tale fine<sup>128</sup>. I vistosi aggiustamenti che hanno rivoluzionato il sistema della responsabilità civile<sup>129</sup> rientrerebbero in questa manovra di correzione e rafforzamento, pur non mancando di suscitare alcune perplessità<sup>130</sup>.

Sempre con specifico riferimento alla materia dei diritti costituzionali, si è notato che, stando agli ultimi risvolti, la magistratura svolge un ruolo più intenso nel loro sviluppo di quello rivestito dalla Corte, come emerge da un raffronto con i rispettivi compiti che

---

<sup>127</sup> V. RUGGERI, *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero tra esibizione della "diffusione" e vocazione all'"accentramento"*, in ID., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, XI, *Studi dell'anno 2007*, Torino 2008, 127.

<sup>128</sup> L'accostamento è fatto da E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 280.

<sup>129</sup> ... facendo paragonare le innovazioni, apportate nel 2003 dalla III sez. della Cassazione, al rivolgimento provocato sulla scena mondiale dall'attacco alle *twin towers* ...

<sup>130</sup> Da un lato, sembra poco confacente alla natura fondamentale dei diritti implicati, infatti, una garanzia non di carattere primario, ma incentrata sul mezzo risarcitorio, con il pericolo di mercificazione degli stessi diritti; dall'altro, l'individuazione delle pretese legittime, lasciata ai giudici, fuori dall'egida della Corte, rischia, come in parte sta avvenendo, di trasferire il danno non patrimoniale nella categoria dell'atipicità, determinando un'esplosione di rivendicazioni prive di agganci costituzionali (v. *ibidem*, 283 ss.).

venivano esercitati da questi stessi organi nel passato, per esempio in relazione alla vicenda del danno biologico. Mentre allora il contributo della Corte fu decisivo, oggi i giudici procedono avvalendosi di un apporto minimo della giurisprudenza costituzionale, che si risolve in una sorta di avallo finale, ovvero in totale autonomia. Come esempio, si adduce proprio la vicenda dell'art. 2059 cod. civ. Se negli anni settanta è la Corte costituzionale l'autrice della essenziale svolta che determina la nascita della nuova nozione di danno alla salute<sup>131</sup>, nelle recenti trasformazioni del danno non patrimoniale è la Corte di Cassazione a recitare la parte da protagonista, mentre il giudice delle leggi si limita ad imprimere il suggello finale. In generale si evidenzia la attuale condizione dei diritti fondamentali, che da tempo tendono a trovare protezione e sviluppo non nell'azione del legislatore e nemmeno in quella della Corte costituzionale, bensì prevalentemente nell'opera giudiziaria. Alcuni si spingono ad affermare che il potere giudiziario ricoprirebbe una posizione di quasi monopolio in materia, agendo da esclusivo tutore dei diritti, a fronte di un Parlamento pressoché costantemente latitante nella regolamentazione delle istanze di tutela di nuova emersione e di una Corte che interviene talora in maniera determinante ma il più delle volte per dare il suo *imprimatur* alla via innovativamente praticata nelle aule giudiziarie.

Così, tra l'altro, sarebbe riequilibrato in certa misura il divario nell'importanza e visibilità del ruolo svolto dalla magistratura. La giustizia infatti specie nel nostro Paese è identificata con quella penale, mentre quella civile ha sempre scontato la mancanza di un rilevante attivismo giudiziario<sup>132</sup>.

Da un punto di vista generale, il potenziamento della giurisdizione è una tendenza innegabile delle democrazie costituzionali contemporanee.

Molte componenti e forze dello Stato costituzionale agiscono come vettori che spingono nel senso del rafforzamento dell'asse giurisdizionale (la positivizzazione di principi di giustizia che si rivolgono essenzialmente al giudice per la loro soddisfazione; la rapida mutabilità dei tempi e del vivere sociale che propongono sempre nuove esigenze ancora una volta destinate a farsi valere innanzi al giudice, cui chiedono, urgente, una risposta, unitamente al risveglio della coscienza ermeneutica del giurista)<sup>133</sup>; sicché si parla di avvento dello Stato giurisdizionale.

A questi fattori si affianca la perdita di certezza della legge, dovuta al venir meno delle coordinate che ne garantivano un solido inquadramento, alla sua formazione spesso compromissoria (contrattualizzazione o privatizzazione dell'atto legislativo) che le fa non di rado demandare le scelte fondamentali di disciplina al momento applicativo, alla sua ipertrofia connessa alla trasformazione dello Stato in macchina produttiva di norme e alla riduzione del diritto alla legalità in senso solo formale.

Il fenomeno solitamente viene spiegato sotto forma di una funzione assunta anche per compensare l'incapacità degli organi politici di recepire, selezionare e soddisfare adeguatamente le molteplici domande sociali. La tendenza dei magistrati a comportarsi come organi rappresentativi, abilitati a decidere i casi adottando criteri di natura politica, che ne è derivata, è in atto e non può essere accantonata nel tentativo di recuperare certezze di marca giurpositivistica.

In base ad essa i giudici diventano i nuovi protagonisti sullo scenario democratico, laddove, nel garantire spazi di partecipazione alla società civile, rendono visibili le spaccature sociali e preparano vie argomentative per renderle negoziabili (si pensi alle

---

<sup>131</sup> In merito v., da ultimo, P. CENDON, *L'itinerario del danno esistenziale*, in *Giur. it.*, 2009, 1047 ss.

<sup>132</sup> Come segnala per il recente passato G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma 1996, *passim*.

<sup>133</sup> C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna 1997, spec. 11 s., 80 s. e 138 ss.

possibilità di tutela aperte alle rivendicazioni in materia di interruzione della NIA in condizioni di SVP).

Essi si accingono ad assumere il volto disegnato da Zagrebelsky, di intermediari tra legge e diritti: in virtù della prima devono argomentare giuridicamente le loro scelte, in nome dei secondi si attivano cercando risposte a domande non ancora raccolte dalla politica. In linea con la rottura del monopolio statale e legale della produzione giuridica, questo processo apre spazi a soluzioni pluralistiche estranee ai rapporti maggioranza-minoranza.

La trasposizione di queste riflessioni nell'ordinamento italiano richiede però alcune precisazioni e non trascurabili adattamenti.

Senz'altro, la via giudiziaria all'attuazione della Costituzione, immettendo quest'ultima nella vita dell'ordinamento, produce effetti alquanto benefici, in quanto, forse più e meglio di ogni altra, è in grado di vivificare e attualizzare il testo fondamentale nei rapporti giuridici concretamente intercorrenti tra i soggetti. La presenza di una legge attuativa, rimodellata dalla lettura costituzionalmente orientata, rappresenta un indiscutibile guadagno per l'operatività e la concretizzazione delle norme contenute in Costituzione. Grazie all'insistenza sull'uso giudiziario delle norme costituzionali di principio, queste si prestano ad essere immediatamente trasfuse nella realtà delle situazioni giuridiche godute dai consociati, realizzando anche per la Costituzione il convincimento (che qui vale scisso dalle implicazioni teoriche del realismo scandinavo e nordamericano) per cui "il diritto è quello che viene dichiarato nelle aule giudiziarie"<sup>134</sup>.

Tuttavia, innanzitutto non c'è dubbio che il ruolo del giudice in Paesi tradizionalmente improntati alla sua centralità sia molto diverso da quello che essi possono ricoprire in ambienti giuridici storicamente intrisi da una cultura formalistica<sup>135</sup>, per cui automatiche equiparazioni e trasposizioni dagli uni agli altri sarebbero fuorvianti.

Nel nostro caso il problema risulta ancora più delicato se si pensa che, mentre si insiste ancora ad auspicare riforme organizzative che diano al giudice quella collocazione, intermedia tra le ragioni dei diritti e quelle della legge, che gli spetta nel contesto odierno<sup>136</sup>, il Parlamento provvede a varare una riforma dell'ordinamento giudiziario che per certi versi è da molti reputata come un passo indietro nell'attuazione dei principi costituzionali di garanzia della magistratura<sup>137</sup>.

Inoltre, particolarmente in Italia manca una società attiva<sup>138</sup>, che facendosi portatrice di una vigorosa rivendicazione dei propri diritti, ne promuova l'azione, eventualmente legittimandone esiti altamente innovativi e di ingegneria giuridica<sup>139</sup>. La mancanza di questo *background* dietro l'azione dei tribunali, cioè di una forte cultura volta alla tutela in

---

<sup>134</sup> Nella dottrina italiana, v. in particolare T. ASCARELLI, *op. et. loc. ult. cit.*

<sup>135</sup> V. M. WEBER, *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Milano 1980, 200.

<sup>136</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992, 207.

<sup>137</sup> V. S. SENESE, *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, in AA.VV., *Contributo al dibattito sull'ordinamento giudiziario*, a cura di F. Dal Canto e R. Romboli, Torino 2004, 15 ss.; F. DAL CANTO e R. ROMBOLI, *Presentazione*, *ivi*, 7 ss.

<sup>138</sup> L'attivismo dei giudici americani è complementare alle loro "virtù passive", intese come capacità ricettiva delle istanze dei cittadini: è una società attiva nel pretendere la tutela dei propri interessi a muovere le corti e a fondarne l'azione, anche creativa, di paladine dei diritti (M.R. FERRARESE, *Magistratura, virtù passive e stato attivo*, in *Problemi della produzione e dell'attuazione normativa*, cit., 2 ss.).

<sup>139</sup> Si pensi ancora, ma in senso inverso rispetto a poco fa, al caso di Eluana Englaro e alle critiche di invasione della sfera del potere legislativo, che sono fioccate sulla sentenza della Corte di Cassazione decisiva per consentire l'interruzione delle cure, tanto da gran parte dell'arena pubblica costituita dall'uditorio generalizzato dei consociati, quanto *ex parte institutionis*, da cui è venuta anche la proposizione di un conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato dinanzi alla Corte costituzionale.

materia di diritti, si accompagna ad alcuni effetti collaterali: 1) l'attivismo giudiziario non è controbilanciato dall'attivismo sociale che nel costituirne il necessario motore lo limita al tempo stesso; 2) esso finisce con il creare un corto-circuito nella stessa giustizia penale che in Italia ha svolto un ruolo di primo piano, ma che, anche quando tocca poteri politici, agisce in una situazione di disinteresse, se non di insofferenza o ostilità<sup>140</sup>.

Mi chiedo però se, accanto a questi due effetti, non se ne produca anche un terzo, per quel che a noi più interessa, se cioè tutto ciò non comporti che solo teoricamente o come distinzione puramente intellettuale, può dirsi che il giudice agisca *ex parte societatis*, cioè come tutore degli *iura* iscritti nella coscienza dei consociati e formulati nelle Costituzioni del nostro tempo. Se il dubbio è fondato, l'organo giudiziario, anche quando attinge ai principi costituzionali per riportare la legge a istanze materiali di giustizia, dà voce ad una Costituzione calata dall'alto che deve rassegnarsi a vedere inaridire le sue stesse radici, che affondano nella comunità civile.

In questo contesto, l'ulteriore interrogativo che sorge è se il corpo giudiziario possa fungere realmente da "contropotere", nel senso in cui esso è concepito nella democrazia americana, possa cioè fino in fondo prestarsi a rivestire quella funzione "contro-maggioritaria"<sup>141</sup> che proprio l'interpretazione della legge orientata ai principi suggerirebbe di attribuirgli. Se, insomma, non si corra piuttosto il rischio che la limitazione del principio maggioritario trasfuso nella legge, di fatto compiuta dai giudici in nome dei principi costituzionali, non appaia invece – prima che si compiano le riforme organizzative richieste dal nuovo volto che ad essi compete nello Stato costituzionale, da una parte, e in mancanza di un adeguato attivismo sociale, dall'altra – come legittimazione della legge stessa<sup>142</sup>, cui tali organi sono ancora prioritariamente soggetti. Gli operatori giudiziari, in breve, non essendosi definitivamente realizzato il processo della loro ricollocazione da tutori dell'ordine legale a difensori dei diritti costituzionali, rischiano di svolgere di fatto un ruolo contromaggioritario, finendo però esteriormente per rilegittimare la legge: il che, in ultima analisi, indebolisce l'azione di "rinforzo culturale" all'affermazione delle ragioni della Costituzione.

## 12. Alcuni rilievi conclusivi

Il processo di attuazione della Costituzione lungo l'asse applicativo-giurisprudenziale è cominciato da tempo e conosce negli ultimi decenni un'accelerazione, tuttora in atto. Gli esiti che ha prodotto nell'ordinamento dal punto di vista sostanziale sono sommamente benefici e vengono riconosciuti ed apprezzati in tutti i settori, dal fronte civile a quello penale, da cui si levano lodi verso il criterio di interpretazione conforme che ha finalmente smantellato artificiose cesure e difetti di permeabilità tra livello costituzionale e

---

<sup>140</sup> M.R. FERRARESE, *op. cit.*, 12 e ID., *L'istituzione difficile. La magistratura tra professione e sistema politico*, Napoli 1994.

<sup>141</sup> O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, cit., 57. In proposito, v. ora D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana, Napoli 2008, che (sulla scorta di A. Barak) riconduce la legittimazione democratica del giudice alla constatazione che «il principio democratico è garantito dall'equilibrio tra regola di maggioranza e valori fondamentali» (147) ed anche, ma in altro contesto, R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996, 128 s.

<sup>142</sup> Non sembra un caso, a questo proposito, che l'interpretazione adeguatrice sia l'argomento sistematicamente adottato dall'Avvocatura dello Stato quando interviene nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale...

livello legislativo<sup>143</sup>. Esso attua infatti un'iniezione di linfa vitale nella legge, di legittimità nella legalità. In base agli schemi con cui Zagrebelsky descrive la giustizia costituzionale, sullo sfondo della dialettica tra aspetto formale e aspetto sostanziale del diritto, l'interpretazione conforme a Costituzione rappresenta appunto un'immissione di precipitati costituzionali che anima il livello legislativo, sottraendolo ad un destino per esso sempre più attuale di mera espressione, nelle forme di rito, della forza<sup>144</sup>.

Agli occhi del costituzionalista non rimane allora che qualche considerazione conclusiva.

Come di recente segnala G. Volpe, solo la comune etichetta di "garanzie costituzionali" consente di trattare insieme modelli di giustizia costituzionale altrimenti molto distanti tra loro in presupposti, struttura ed "effetti di sistema" che essi sono in grado di produrre sugli equilibri complessivi dell'ordinamento. La diversa dislocazione della funzione di difesa della Costituzione tra gli organi che in varia misura vi partecipano, infatti, si ripercuote sensibilmente sull'essenza stessa della funzione, tanto che non metterlo in luce equivarrebbe a riprodurre uno di quei casi in cui «all'ombra della Costituzione e del costituzionalismo tutte le vacche sono diventate nere»<sup>145</sup>.

### 12.1. Il "punto di caduta" nel ricorso all'interpretazione conforme a Costituzione

Il criterio dell'interpretazione conforme può ben servire a guidare la scelta tra esiti ricostruttivi divergenti, consentiti da aporie ed incongruenze sistematiche (e, *a fortiori*, a ripudiare il risultato di una vetusta esegesi letterale). Come si è visto però esso viene richiamato anche per attingere a risultati che si pongono a metà strada tra interpretazione ed applicazione diretta della Costituzione, che sono il frutto cioè di una concretizzazione dei principi costituzionali che viene condotta a dispetto delle carenze del dettato normativo o superando ostacoli di ordine testuale di vario genere (ad es., nei giudizi già esaminati: sbarramenti temporali, elencazioni tassative, scansioni procedurali, tipicità delle fattispecie penali, etc.). È a queste ipotesi che si intendono limitare le riflessioni critiche che si conducono d'ora innanzi.

In tali casi, la tecnica in discorso, pur raggiungendo esiti apprezzabili sotto il profilo dell'inveramento dei precetti costituzionali, accredita l'idea di uno statuto dell'attività di interpretazione dai contorni meno netti, allentando in maniera evidente il vincolo al testo. Essa sembra incoraggiare un metodo ispirato ad un teleologismo ampiamente discrezionale, da cui il ruolo del dettato legislativo esce notevolmente ridimensionato, quasi marginalizzato e gli spazi della giurisdizione per converso potenziati, in quanto i giudici sono autorizzati ad un'attività di applicazione del diritto più disinvolta, più noncurante del testo.

Per quanto regni una grande incertezza sul confine tra interpretazione e creazione giurisprudenziale, si possono qui richiamare gli esiti del dibattito della scienza giuridica sopra brevemente riportati, in base ai quali, in sintesi, il giudice può effettivamente applicare la soluzione che soddisfa le istanze assiologiche avanzate dal caso concreto e riconosciute a livello costituzionale solo quando essa sia "sostenibile" dalla trama logico-sistematica dell'ordinamento. Per praticare l'interpretazione conforme è indispensabile cioè

---

<sup>143</sup> V. ancora i contributi presenti nel volume di AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, cit.

<sup>144</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., *passim*.

<sup>145</sup> G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari 2000, 164.

che essa, non solo e per ciò stesso, assolva le esigenze del “pensiero critico”, ma altresì integri, contemporaneamente, le condizioni del “pensiero sistematico”<sup>146</sup>, congiungendo in tal modo dialetticamente i “punti di vista esterni” con il “punto di vista interno” al diritto<sup>147</sup>. Solo così la regola adeguata al caso può aspirare a porsi, non come irrazionale eccezione irriducibile alla logica del sistema, bensì quale regola generalizzabile di decisione – dovendo essa costituire, anche nella particolarità dell’atto di applicazione, pur sempre la «concretizzazione di un universale»<sup>148</sup> – e si può dire in definitiva garantita la controllabilità e dunque l’oggettività, nella forma minima oggi realizzabile dell’“intersoggettività”, delle decisioni giudiziarie.

Tale stessa oggettività è poi sempre a rischio perché le esigenze di dinamicità e di apertura del sistema alle cangianti istanze sociali lo spingono verso un’evoluzione senza sosta e non possono essere disattese. Alla dissoluzione soggettivistica e particolaristica del diritto come possibile (ma indesiderabile) deriva degli ordinamenti contemporanei, dunque, la migliore dottrina reagisce o elaborando “griglie” di carattere procedimentale e congrui *standard* argomentativi, à la Habermas, oppure puntando sul carattere parimenti pluralistico che deve assumere il risultato dell’attività di interpretazione. Secondo tali riflessioni, la soglia oltre la quale la “flessione” della lettera della legge ridonda in invasione del campo legislativo, il confine cioè tra interpretazione e manipolazione dei testi legislativi, è patrimonio comune della comunità dei giuristi.

Viceversa, un uso più disinvolto del testo normativo può determinare la perdita della funzione del diritto in termini di stabilizzazione delle aspettative sociali e di sicurezza dei rapporti giuridici<sup>149</sup>. Indebolire il vincolo alla legge, nel dialogo diretto tra casi e principi, può tendere a produrre situazioni di “uso libero” del diritto.

In mancanza di solidi punti culturali di orientamento, il richiamo ai principi può risultare assolutamente eccentrico o giustificare esiti contrapposti o ancora portare ad eccessi. Si pensi rispettivamente al caso in cui il principio di eguaglianza viene invocato per un’interpretazione orientata della disciplina del condono, in una materia caratterizzata dall’eccezionalità, di per sé refrattaria ad esigenze di parificazione<sup>150</sup>; a due decisioni che hanno ricavato conclusioni antitetiche dagli stessi principi costituzionali in merito alla richiesta di impianto di un embrione prodotto con la FIVET proveniente ora da donna vedova e ora da una separata<sup>151</sup>; infine all’ipotesi di interpretazione adeguatrice con la quale (a seguito di una pronuncia di inammissibilità per irrilevanza da parte della Corte costituzionale) si raggiunge lo stesso scopo dell’additiva richiesta, estendendo il trattamento che la legge prevedeva a favore di certi soggetti, indicati con enumerazione tassativa, alla categoria ingiustamente discriminata<sup>152</sup>. O ancora a sentenze in cui il criterio

---

<sup>146</sup> Ovviamente, adeguatamente aggiornato per superare la sua tendenziale staticità e renderlo idoneo ad assorbire le esigenze di trasformazione ed adattamento delle risposte giuridiche nel tempo: L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Ius*, 1976, 19 e ID., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XII (1989), 6 ss.

<sup>147</sup> F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari 2004, 273.

<sup>148</sup> L. MENGONI, *Problema e sistema*, cit., 33.

<sup>149</sup> V. F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit.

<sup>150</sup> V. Cass., sez. trib., sent. n. 556/2005 ed il commento di G. PORCARO, *Somme dovute ai fini della definizione agevolata e limite alla interpretazione adeguatrice delle norme di condono*, in *Dir. e prat. trib.*, 2005, 789 ss.

<sup>151</sup> Per le quali v. l’illustrazione e il commento di E. NAVARRETTA, *Complessità dell’argomentazione per principi*, cit., 779 ss.

<sup>152</sup> Sent. T.a.r. Catania, sez. II, n. 9286/2006 (in merito alla posizione dei Medici Interni Universitari con Compiti di Assistenza), commentata da T. CHECCOLI (*Quando il giudice decide di «far da sé» ossia*

serve per avallare convincimenti soggettivi dell'interprete in materia economica, in specie riguardo al tema della asimmetria delle posizioni degli operatori nel libero mercato<sup>153</sup>.

Ma ciò che più conta non è l'effetto, ora benefico ora indesiderato, dell'invocazione "libera" dei principi costituzionali, quanto il fatto che il rispetto del testo, come definito dai metodi e dagli usi propri del linguaggio specializzato dei giuristi è costitutivo delle "regole del gioco" giuridico, cui non si aderisce *secundum exitum*, in quanto esse costituiscono, viceversa, uno strumentario *a priori*, non disponibile nemmeno da un organo dotato di una funzione di "chiusura" dell'ordinamento quale la Corte costituzionale<sup>154</sup>. Al di là di tali argini, le pronunce interpretative non dovrebbero essere usate, in quanto nemmeno l'alta legittimazione sostanziale della Corte può tenere il luogo della legittimazione procedurale, parimenti necessaria, che richiede di volta in volta l'uso degli strumenti decisori appropriati e dunque, nel caso di specie, della sentenza di accoglimento in una delle sue molteplici forme oggi possibili<sup>155</sup>.

Le tecniche giurisdizionali, che si avvalgono degli strumenti dell'interpretazione e integrazione del diritto al fine della concretizzazione dei principi costituzionali, infatti, in virtù della preminenza assiologica dei principi e dell'incontenibile *vis* espansiva di questi ultimi, tendono ad essere talora estese fino a travalicare gli argini estremi, anche se non netti, fissati dal "metodo" giuridico – sinteticamente, seppur riduttivamente, cristallizzabili nel criterio del "vincolo al testo" – supportando esiti che si caratterizzano per un certo grado di autonomia o indifferenza rispetto ad esso.

---

*un'interpretazione conforme a seguito di manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità*, in *Foro it.*, 2008, III, 316), che parla di «operazione creativa» condotta su leggi eccezionali, rammentando puntualmente che in precedenza la Corte (sent. n. 89/86) ad altri fini aveva realizzato l'estensione alla classe esclusa con una sentenza di accoglimento manipolativo, riconoscendo espressamente l'impossibilità di pervenire alla stessa soluzione per via di applicazione analogica o estensiva, preclusa dalla tassatività dell'elencazione dei beneficiari.

<sup>153</sup> È l'opinione di D. D'ALESSANDRO, *Seat/TMC: limiti all'interpretazione adeguatrice, giustizia amministrativa ed autorità garanti a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, II, 1914 ss. (nota a Cons. Stato, sent. n. 3643/2001), che aggiunge che i bilanciamenti e le valutazioni in merito ai valori di concorrenza e pluralismo, effettuati dal giudice amministrativo, rimangono ancorati ad una logica tradizionale, trascurando gli sforzi della migliore dottrina tesi a superarla (recuperando la centralità di un soggetto tradizionalmente tenuto ai margini del tema, il cittadino), per cui avrebbero dovuto, in mancanza di un quadro consolidato di riferimento, essere affidati alla Corte costituzionale e conclude che l'interpretazione adeguatrice (che ben può valere ad orientare tra più letture, calando la Costituzione nei casi concreti), in simili contesti dibattuti, finisce con l'avallare scelte soggettive dell'interprete (spec. 1917 ss.).

<sup>154</sup> Che i giudici e la Corte abbiano gli «stessi poteri» ed incontrino gli «stessi limiti» nell'uso interpretativo dei principi costituzionali è sostenuto anche da R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, a cura dello stesso R., Torino 2008, 125.

<sup>155</sup> Si potrebbe obiettare che la giurisprudenza comune conosce spesso operazioni di integrazione o di concretizzazione del diritto fortemente innovative e che pertanto queste non possono essere negate alla Corte nell'uso del modulo giurisprudenziale-interpretativo. Tuttavia, un elevato tasso di creatività nelle decisioni dei giudici trova pur sempre un fattore di compensazione nel ristretto ambito di applicazione della sentenza, circoscritto, dal punto di vista oggettivo, al singolo caso e, da quello soggettivo, alle sole parti del giudizio e in ciò, in definitiva, rinviene la sua giustificazione; mentre la Corte costituzionale opera su un piano pur sempre diverso, che, per quanta (pur giusta) insistenza si faccia sul rilievo del "caso" nei giudizi di costituzionalità, non potrà mai arrivare a combaciare del tutto con quello del singolo episodio della vita, ma sarà sempre più ampio rispetto ad esso (questa ineliminabile distanza è suggellata, poi, a livello positivo e istituzionale, dal dato della rilevanza, che richiede che il giudice dimostri che la risoluzione della questione di costituzionalità, avente ad oggetto la legge, abbia "influenza" nella decisione della controversia pendente dinanzi a lui: tale requisito non avrebbe ragion d'essere se l'organo costituzionale di controllo si pronunciasse anche sul caso).

Il superamento di tali limiti rappresenta, tuttavia, il “punto di caduta” dell’interpretazione conforme a Costituzione: se anche nel mondo basato sul linguaggio giuridico, infatti, «non si possono nominare impunemente le cose» in quanto «nominarle significa cambiarle»<sup>156</sup>, la qualificazione di operazioni propriamente manipolative in termini di interpretazione, sia essa effettuata da parte dei giudici comuni sia da parte della Corte, non pare affatto idonea, nel lungo periodo, a rendere un buon servizio a qualsiasi valore che oggi residui per il “testo” in un sistema basato sul diritto scritto.

## 12.2. La Costituzione e la sua “visibilità” nel circuito democratico

Sopra si è già segnalata l’opportunità che alcune decisioni della Corte costituzionale guadagnino in trasparenza, rendendo maggiormente evidente la natura dell’operazione interpretativa in esse svolta ed evitando un apparato motivazionale talora eccessivamente stringato, al fine di dare adeguata concretizzazione ai principi costituzionali nelle fattispecie *sub iudice*.

Ora si vuol soffermare l’attenzione su un altro aspetto. Si è detto che, grazie al criterio dell’interpretazione conforme, la legge viene salvata affidando al canale applicativo il compito di evitarne gli effetti incostituzionali. Proprio in virtù della sua responsabilizzazione nel momento fondamentale dell’interpretazione della legge, il giudice – depositario della “morale costituzionale” – oggi, come si è visto, si vuole chiamato ad una funzione «contromaggioritaria», non dissimile da quella che nel nostro ordinamento è conferita alla Corte costituzionale<sup>157</sup>.

Tradotto sul piano della giustizia costituzionale, questo assunto comporterebbe uno slittamento del modello positivamente previsto nel nostro ordinamento verso tratti di “diffusione”, in cui l’apporto dell’organo giudiziario non si arresta all’iniziativa nel giudizio sulle leggi, ma si estende fino a comprendere il pieno coinvolgimento di esso nella risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale<sup>158</sup>.

Il punto è controverso: si dubita, infatti, se il potenziamento dell’attività di armonizzazione interpretativa comporti un aumento dell’attuazione diffusa della Costituzione o invece il passaggio ad un sindacato diffuso di costituzionalità della legge<sup>159</sup>. Almeno nelle ipotesi (cui, come si è detto, qui si ha particolare riguardo) di forzature “intollerabili” per il testo, anche con l’uso dei più aggiornati metodi di interpretazione, il ruolo del giudice appare concorrente con le tipiche funzioni del controllo di legittimità costituzionale.

---

<sup>156</sup> T. TODOROV, *La parola in Constant*, in B. CONSTANT, *Adolphe*, Milano 1988, 118.

<sup>157</sup> O. CHESSA, *op. et loc. ult. cit.*

<sup>158</sup> ... nella prospettiva di progressivo avvicinamento del sistema ispirato alla *Verfassungsgerichtsbarkeit* a quello del *judicial review of legislation*, che si verificherebbe una volta mutate le circostanze storico-giuridiche che hanno dettato la scelta del modello accentrato (il quale, come è noto, è figlio della diffidenza verso un corpo di giudici-burocrati nominati dal Governo, che nella scuola dell’uso libero del diritto esternavano la loro vocazione autoritaria ed antidemocratica, ed indica quindi il tentativo di proteggere lo Stato parlamentare-legislativo, con le sue istanze progressiste, contro la «minaccia dello svuotamento per via giurisprudenziale»: G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., 167).

<sup>159</sup> Così A. ANZON, «Diffusione» del controllo di costituzionalità o «diffusione» del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, cit., 381 e ivi anche M. PERINI, *L’interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, 33 ss. Da ultimo, in tema, A.M. NICO, *L’accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino 2007 e R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli 2008.



In questo, però, non sempre è possibile cogliere il presupposto per un immediato e diretto parallelo con l'esperienza americana di garanzia della Costituzione. Il *judicial review of legislation*, infatti, poggia sulle solide basi di un potere giudiziario, che viene incastonato, sin dalle origini, in seno alla struttura costituzionale creata dai Padri fondatori, nella posizione di "contraltare" rispetto al Parlamento, espressione della garanzia dei cittadini contro il temuto rischio di "tirannia dei governanti"<sup>160</sup>. Il giudice americano, così, nel dichiarare *void* una legge, dà voce ai principi costituzionali, sia perché mosso dalle forti rivendicazioni dei diritti ivi tutelati che si levano dalla società, sia perché agisce, per tradizione, collocazione costituzionale e, si direbbe, vocazione, come contropotere rispetto al legislatore. È lecito avanzare qualche dubbio che lo stesso avvenga in un paese come il nostro, dove mancano sia l'una che l'altra condizione.

Sebbene infatti i contenuti delle leggi siano permeati dai principi costituzionali attraverso l'interpretazione conforme, gli atti legislativi, pure appunto internamente riconformati nella sostanza, sono ufficialmente e formalmente ribaditi nella loro validità. La legge ne esce non delegittimata o invalidata, ma bonificata, giustificata e rilegittimata dall'operare giudiziario<sup>161</sup>.

L'avvicinamento al modello statunitense è allora solo apparente quando non illusorio: solo superficialmente infatti il potenziamento del coinvolgimento giudiziario nelle questioni di costituzionalità può ricordare il *judicial review*, perché in realtà il potere legislativo non è scalfito. Se nel circuito applicativo la legge è anche pesantemente rimodellata nei suoi contenuti normativi, al contrario in quello della produzione, anzi, ancora più a monte, sul piano della legittimazione politico-rappresentativa, non trapela alcuno spiraglio per la critica dell'operato parlamentare e del principio di maggioranza. In breve, mentre negli Stati Uniti d'America la disapplicazione giudiziaria della legge, con l'applicazione in sua vece direttamente del testo fondamentale, è una vittoria della Costituzione contro lo strapotere dei governanti, in quella che è stata chiamata la versione italiana della diffusione del sindacato di costituzionalità, il riconoscimento dei principi costituzionali avviene sì per via interpretativa, ma per perdersi poi sul piano dei rapporti tra i poteri, in quanto il benefico risultato non può che imputarsi alla legge, cui il giudice è pur sempre soggetto.

Ed ecco il nodo centrale: sebbene la salvezza della legge operata dalla Corte costituzionale con la decisiva collaborazione dei giudici dipenda dalla sua lettura orientata alla Costituzione, il filone interpretativo non potrà compiutamente realizzare il modello americano, compiendo l'avvicinamento verso un reale (non solo esteriore) sindacato diffuso, fintantoché lo statuto del giudice è quello di un organo che rinviene la fondamentale fonte di legittimazione nella stessa legge. Sebbene vi siano tentativi di allargare il fondamento della legittimazione giudiziaria<sup>162</sup>, il processo è ben lungi

---

<sup>160</sup> Di più: «il sistema nord-americano trova la sua genesi nella volontà di stabilire la supremazia del potere giudiziario (c.d. governo dei giudici) sugli altri poteri, in particolare sul potere legislativo; costituisce un atto di fiducia nei confronti dei giudici, non inquadrati in carriere burocratiche e, a livello degli Stati federati, per la massima parte eletti dalle comunità territoriali, e, contemporaneamente, di sfiducia verso il legislatore. A garantire ed attuare la Costituzione nei confronti dei cittadini è chiamato in primo luogo il potere giudiziario, anche oltre e contro il potere legislativo» (G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., 165). Sulle radici storiche di tale scelta v. C.G. HAINES, *The American Doctrine of Judicial Supremacy* (1914), New York 1932, *passim*.

<sup>161</sup> Come mostra, secondo quanto si segnalava *retro*, anche l'impatto mediatico delle decisioni della Corte (che vengono lette come atti che decretano la salvezza della legge).

<sup>162</sup> V. da ultimo D. BIFULCO, *op. et loc. ult. cit.*

dall'essere maturo, anzi in forte controtendenza si muovono i progetti di riforma che rafforzano l'assoggettamento della magistratura al legislatore.

L'accentuazione dei compiti e delle responsabilità del giudice nell'attuazione della Costituzione, dunque, può essere spinta solo fino ad un certo punto, in un sistema dove l'organo giudiziario trova nella legge la fonte concorrente della sua legittimazione, in quanto lì il suo operato non è compiutamente visibile e riconoscibile come quello di tutore dei diritti costituzionali<sup>163</sup>. Il che però priva la Costituzione, nel più ampio spazio sociale e politico del circuito democratico e della formazione del consenso, della sua essenziale funzione di delegittimazione (e rilegittimazione critica) dell'operato del legislatore, lasciandola paradossalmente, in quel circuito (fuori cioè dall'asse tecnico-giuridico dell'interpretazione applicazione della legge) *apparentemente* senza ragioni e senza titolo<sup>164</sup>.

Fioravanti, con riferimento al fenomeno in atto dell'amplificazione dell'uso giudiziario della Costituzione, esprime l'opinione secondo cui ad un potenziamento del canale giudiziario nello svolgimento della Costituzione corrisponda una scarnificazione del canale politico-rappresentativo di attuazione della stessa<sup>165</sup>: l'A. si riferisce con ciò alla crisi del progetto (che era proprio degli stessi Costituenti) di un'attuazione costituzionale che doveva avvenire essenzialmente e prevalentemente per via legislativa<sup>166</sup>.

È appena il caso di notare che tale crisi si deve a ragioni del tutto estranee al campo della giustizia costituzionale, rinvenibili nella scomparsa di una visione di ampio respiro nella politica (ed in specie nei partiti), diversa dalla mera mediazione di interessi e dalla finalità di riproduzione del consenso. Essa tuttavia, poiché ad una Costituzione lontana dalla politica corrisponde una politica lontana dalla Costituzione<sup>167</sup>, porta con sé un rischio non trascurabile, dato che un impoverimento di contenuti costituzionali nel canale politico-rappresentativo e, prima ancora e soprattutto, sociale equivale ad inaridimento dello stesso *humus* da cui traggono alimento le Carte fondamentali. Tale rischio non può non apparire poi particolarmente insidioso in contesti in cui il potere giudiziario, come si diceva, per ritardi culturali ma anche per ragioni organizzative, non vanta un fondamento del tutto autonomo ed indipendente da quello legislativo ed in cui correlativamente manca una compiuta idea di supremazia costituzionale secondo la concezione nordamericana<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> Aggiunge M.R. FERRARESE, da un punto di vista non teorico, ma, stavolta, alquanto pragmatico, che è arduo che la magistratura possa svolgere tale ruolo di garante dei diritti, quando essi «richiedano tempi lunghissimi di riconoscimento giudiziario», in una situazione cioè di «completa *débacle* della giustizia civile» (*op. cit.*, 12).

<sup>164</sup> Nel «delicato equilibrio tra diritto e politica» risiede «la forza e la legittimazione» del controllo di legittimità costituzionale per G. SILVESTRI, equilibrio che può essere messo a rischio da una sua spiccata «giurisdizionalizzazione» (*La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in *Storia d'Italia*, Ann. 14, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante in coll. con L. Minervini, Torino 1998, 997).

<sup>165</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna 1998, 19.

<sup>166</sup> Il Novecento infatti può essere definito come «*il secolo delle Costituzioni politiche*» (M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, Tomo II, *Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano 2001, 877), che racchiudono cioè in sé una programmazione sociale da condurre avanti attraverso un meccanismo di attuazione costituzionale prevalentemente politico (a differenza di quelle ottocentesche, «strutturalmente prive di potere costituente», in quanto affidano la determinazione dei contenuti politici alla sintesi statale: *ibidem*, 876).

<sup>167</sup> Ancora M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, cit., che teme che da ciò possa derivare la «dissoluzione» della Costituzione (37).

<sup>168</sup> Per G. ZAGREBELSKY, «i giudici continuano a coltivare un'idea anacronistica di sé» e, dal canto loro, «i politici approfittano della crisi di legittimità della giurisdizione per tentare operazioni involutive che

È vero che, se il collante di tradizioni, cultura e valori che rende coesa la società si è disfatto o non è sufficientemente omogeneo, nessuno può da solo ridare ad esso dall'esterno tono e vigore, in quanto «la Costituzione è norma che, se vive, vive senza imposizione», essendo «il prodotto dell'autonomia sociale»<sup>169</sup>, ma è pur vero che «il primo compito di chi agisce per la Costituzione è, per l'appunto, trascendere l'artificio da cui nasce per trasformarla in forza culturale, vivente con immediatezza spontanea nella società; trasferire progressivamente la Costituzione dall'area della decisione politica che divide, crea inimicizie e conflitti a quella consensuale della cultura politica diffusa che ricompone fratture e assorbe il *deinòs* della legge»<sup>170</sup>. «Quando un sistema è in crisi», come è stato detto, «ciò che maggiormente serve è l'aggancio motivo delle decisioni alle norme ed ai principi costituzionali» e, ancora, «l'ancoraggio delle decisioni, attraverso motivazioni stringenti e convincenti, alla Costituzione, ai suoi valori... Una legittimazione "retorica", dunque, ma di forte spessore»<sup>171</sup>. Le «istituzioni dell'unità», tra cui la Corte costituzionale si annovera, se non possono certo produrre da sole le condizioni della coesione culturale e sociale, quando queste si sono sgretolate, possono però «attivare i meccanismi dell'emozione o della ragione che funzionano – essi sì – da generatori d'unità»<sup>172</sup>.

Lo spostamento sul canale giudiziario, come è evidente, possiede il fondamentale vantaggio di aggirare l'ostacolo maggiore all'effettività delle sentenze di annullamento – l'inerzia del legislatore – consentendo alla Corte di assumere in questo senso una funzione di supplenza, sia pure indiretta, attraverso il modulo giurisdizionale. Ciò tanto più che la via di cui la Corte disporrebbe per affrancarsi dalla necessità di un seguito normativo, le decisioni di accoglimento con portata variamente manipolativa, la condurrebbero ad immettersi in un terreno di scontro con il legislatore, fattore sempre critico nella giurisprudenza costituzionale, tanto che si rinnova spesso l'invito a ridimensionare la "sovraesposizione" del giudice delle leggi sul terreno delle scelte politiche<sup>173</sup>.

Nella situazione attuale, in cui come si diceva appare sconsigliabile la frizione con il legislatore e naturale il ritrarsi della Corte sul modulo di azione giurisdizionale, l'affidamento riposto sulla tecnica interpretativa può essere inteso come manifestazione dell'uso di quelle «virtù passive»<sup>174</sup>, di cui occorre coltivare l'esercizio nelle fasi in cui l'esplicarsi di virtù attive finirebbe con l'essere controproducente.

---

segnerebbero una sconfitta non solo delle esigenze dello Stato costituzionale ma, addirittura, dello Stato di diritto» (*Il diritto mite*, cit., 207).

<sup>169</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., rispet. 152 e 227.

<sup>170</sup> Ancora G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 126 s.

<sup>171</sup> F. SORRENTINO, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 934.

Nota che nelle sentenze costituzionali la motivazione rileva, più che nella dimensione endoprocedurale, sul piano dell'impatto di esse per l'opinione pubblica G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino 1994, 570; *adde*, più in generale sul tema, L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino 1995 e, specificamente sul punto, A. MORELLI, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo*, cit., 434 s. Le componenti "retoriche" dell'*iter* argomentativo del giudice delle leggi sono messe in luce da A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano 1996.

<sup>172</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 4.

<sup>173</sup> Così, di recente, C. PANZERA, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo*, cit., 497 ss.

<sup>174</sup> A.M. BICKEL, *The Suprem Court, 1960 Term-Foreword: The Passive Virtues*, in *Harvard Law Review*, 1961-1962, 41 ss.

Purché non si trascurino le conseguenze che possono discendere da alcuni aspetti della giurisprudenza costituzionale: in particolare, la dilatazione della nozione di interpretazione, categoria generale ad uso di tutti gli interpreti, dietro la cui integrità sta la tenuta stessa del principio di legalità e dello Stato di diritto ed inoltre, secondo quanto da ultimo rilevato, l'attenuata visibilità della Costituzione – e dunque l'offuscamento della sua legittimazione e rilegittimazione costante attraverso l'opera della Corte – nel circuito democratico, per la discrasia tra gli attori del controllo sulla legge (che oggi tendono ad essere sempre più una pluralità) – e la loro collocazione istituzionale (non ancora come si diceva del tutto adeguata a questo compito).