



**NON TERMINARE L'OPERA VALE QUANTO NON AVERLA INIZIATA:  
LA CORTE ALZA L'ASTICELLA E L'INTERPRETAZIONE  
CONFORME CONTINUA A MIETERE VITTIME\***

di

**Giuseppe Laneve**

*(Professore Associato di Diritto Costituzionale  
Università di Macerata)*

21 marzo 2012

**Sommario:** **1.** L'ineliminabilità dell'interpretazione conforme; **2.** Una questione che ritorna alla Corte, ma questa volta il problema è l'interpretazione conforme; **3.** La giurisprudenza costituzionale sull'assistenza del difensore nella fase presidenziale della separazione dei coniugi; **4.** Le varie possibilità interpretative della norma in oggetto; **4.1.** quella del giudice *a quo*: non c'è una terza via; **4.2.** ma quella del giudice *a quo* non è la sola interpretazione praticata; **5.** Per *interpretare* occorre *sistemare*; **6.** Un giudice *non indifferente* all'interpretazione conforme, ma è sufficiente?; **6.1.** quando vi sono ancora casi di "indifferenza"...; Conclusioni.

**1. L'ineliminabilità dell'interpretazione conforme.**

La primissima lettura dell'ordinanza n. 26 del 2012 ha suscitato immediatamente la sensazione di trovarsi davanti ad una pronuncia della Corte sulla quale fosse necessario svolgere qualche riflessione.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio. Commento a Corte cost. ord. n. 26 del 2012.

A fronte di una linea di continuità negli effetti, vale a dire la punizione della manifesta inammissibilità della questione sollevata<sup>1</sup>, irrogata nei confronti del giudice *a quo* dimostratosi carente sul piano – necessario e doveroso – della interpretazione conforme a Costituzione, sembrano affiorare indicazioni utili per valutare meglio i termini della “richiesta” della Corte nei confronti del giudice, o se si preferisce il *quantum* necessario di interpretazione. E’ come se la Corte prova a delineare una sorta di *livello essenziale di interpretazione conforme*, al di sotto del quale il giudice *a quo* non può (più) stare.

E’ noto che – al di là di quelli che sono i suoi fondamenti teorici, i tratti essenziali che la caratterizzano e i percorsi che ne hanno scandito l’affermazione<sup>2</sup>, tutti aspetti attorno ai quali a lungo si è interrogata la dottrina<sup>3</sup> – l’interpretazione conforme a Costituzione costituisce ormai un momento irrinunciabile dal giudice *a quo* che intenda porre un questione di legittimità costituzionale innanzi la Corte. Talmente pregnante e decisivo è il suo ruolo che la sua portata non può certo limitarsi al piano delle concrete mansioni del giudice comune, finendo invece con il (ri)modellare l’intero sistema di giustizia costituzionale<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> E’ persino superfluo ricordare che a partire dalla nota sentenza n. 356 del 1996, l’interpretazione conforme si è trasformata da invito, più o meno deciso, a vero e proprio obbligo, punito appunto, in caso di mancata osservazione, con l’ordinanza di manifesta inammissibilità della questione sollevata.

<sup>2</sup> Sul punto, sia consentito il rinvio al mio G. LANEVE, *L’interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all’interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 2011, ora in B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte Costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Atti del Convegno tenutosi in data 11 luglio 2011, presso la Facoltà di Scienze Politiche, Sociologia e Comunicazione, “Sapienza” Università di Roma, in corso di pubblicazione, 3 ss.

<sup>3</sup> Per limitarsi solo agli studi più recenti, F. MODUGNO, *Sull’interpretazione costituzionalmente conforme*, in A. CERRI – P. HABERLE – M. JARVAD – P. RIDOLA – D. SCHEFOLD, *Il diritto tra interpretazione e storia*, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati, III, Roma 2011, 317 ss.; ID., *Sul problema dell’interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur. it.* 2010, 1961 ss.; G.U. RESCIGNO, *Interpretazione e Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1/2011, 3 ss.; E. LAMARQUE, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, Napoli, 2011, 1843 ss.; ID., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relazione presentata al Convegno annuale della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Milano-Bicocca dal titolo “La fabbrica delle interpretazioni conformi”, Milano 19-20 novembre 2009, ora in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it); M. RAVERAIRA, *Le critiche all’interpretazione conforme: dalla teoria alla prassi un incidentalità “accidentata”?*, *ivi*, 1968 ss.; G. SERGES, *Interpretazione conforme e tecniche processuali*, *ivi*, 1973 ss.; B. CARAVITA, *Verfassunginterpretation in Italien*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 23/2010; R. BIN, *L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, 201 ss.; D. SCHEFOLD, *L’interpretazione conforme alla Costituzione*, *ivi*, 227 ss.; G. SORRENTI, *La Costituzione sottointesa*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, atti del Seminario svoltosi presso la Consulta il 6 novembre 2009, Milano 2010, 3 ss. Sul tema più ampio e generale dell’interpretazione, cfr. *ex multis*, A. LOIODICE – P. GIOCOLI NACCI, *La Costituzione tra interpretazioni e istituzioni*, Bari 2004; A. LOIODICE, *Valori costituzionali e diritto naturale: spazi per gli argomenti dell’interpretazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, cit. 1949 ss.

<sup>4</sup> Sia ancora consentito richiamare quanto già affermato in G. LANEVE, *Interpretazione conforme*, cit., 32, per cui una delle conseguenze di una corretta attuazione dell’interpretazione conforme è una interpretazione/applicazione costituzionale sempre più “a trazione” giurisdizionale.

Visto che questo è lo stato dell'arte – ed altrove si è sottolineato come, con le dovute accortezze, sia un bene che sia così<sup>5</sup> – i problemi dell'interpretazione conforme oggi non sono più quelli del suo fondamento, quanto quelli della sua concreta applicazione sia nella prospettiva del giudice comune, che non ne può (deve) fare a meno, sia in quella della Corte, innanzitutto chiamata a valutare *case by case* l'entità di tale ricerca interpretativa ai fini dell'ammissibilità della questione.

L'occasione fornita dall'ordinanza in commento pare ghiotta proprio su questo versante. Senza anticipare troppo le conclusioni, possiamo dire da subito che, in questo caso, sembra che la Corte abbia ulteriormente alzato l'asticella. Vediamo perché.

## **2. Una questione che ritorna alla Corte, ma questa volta il problema è l'interpretazione conforme.**

Il Tribunale di Lamezia Terme torna, a distanza di qualche anno<sup>6</sup>, a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 707, comma 1, c.p.c.<sup>7</sup>, così come modificato dal d.l. n. 35 del 2005, convertito con modificazioni dalla legge n. 80 del 2005, nella parte in cui prevede che, in sede di separazione giudiziale, all'udienza presidenziale “i coniugi debbano comparire personalmente davanti al presidente con l'assistenza del difensore”.

In entrambe le occasioni, infatti, il Presidente del Tribunale si è trovato dinanzi alla circostanza per cui il coniuge convenuto si era presentato all'udienza senza difensore, per di più, dichiarando di non volersene avvalere. In tal modo, sempre a detta del Presidente, ha reso di per sé non percorribile la strada prevista dal terzo comma dell'art. 707, c.p.c., ovvero la possibilità di fissazione di un nuovo giorno per la comparizione.

---

<sup>5</sup> In particolare si è sottolineato il rischio più imminente che il giudice, anche per “scampare” alla sanzione della inammissibilità, sia portato ad abusare dell'interpretazione conforme con effetti destrutturanti per il sistema, cfr. G. LANEVE, *op. cit.*, in part. 30-37. Su questa tendenza, o deriva, v. anche V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della “libertà”*, in *federalismi.it*, n. 17/2010 che in una prospettiva più ampia ricorda, 3-4, “l'incidenza che il contesto di riferimento assume nella positivizzazione del testo normativo, sino a vincolare ai relativi parametri culturali (prima ancora che giuridici) l'attività legislativa, d'interpretazione costituzionale e finanche costituente (...) Per tale via” - prosegue l'A. - “resta inesorabilmente frustrata la più generale aspirazione interpretativa di quella prassi che, sulla scorta dei nuovi bisogni sociali provenienti dalla realtà globalizzata, rinviene in ogni dove lacune normative da colmare in via creativa. Parimenti, resta mortificata quella tendenza a stimolare l'intervento giurisprudenziale e costituzionale, al precipuo fine di provocare la sostituzione in via interpretativa di quelle opzioni di politica del diritto legislativamente sancite e mal sopportate. In definitiva, resta vanificata la spinta verso un inedito modello di “Stato giurisdizionale”, volto non più a stabilizzare il sistema normativo, bensì ad innovare i caratteri anche se a discapito della chiarezza del testo normativo, della pari determinazione legislativa e dell'organicità costituzionale della disciplina degli istituti e dei diritti coinvolti”.

<sup>6</sup> V. in precedenza, q.l.c. sollevata con ordinanza del 19 dicembre 2007, iscritta al n. 205 del registro ordinanze 2010 e pubblicata in G.U. n. 28, prima serie speciale del 2010.

<sup>7</sup> In entrambe le occasioni l'oggetto della questione è stato allargato anche all'art. 708 c.p.c., senza tuttavia che siano chiare le ragioni.

Ritenendo di non poter procedere in nessun modo, stante il tenore letterale dell'art. 707, comma 1, c.p.c., il Presidente ha sollevato la questione per violazione degli artt. 3, 24, 29, 30, 31 e 111 Cost.

Se nella prima occasione, decisa con l'ordinanza n. 21 del 2011, la Corte ha punito il giudice remittente per indeterminatezza del *petitum*<sup>8</sup>, ora, riconoscendo la rimozione di tale vizio nella nuova ordinanza di rimessione, la sanzione si sposta sul piano interpretativo, e dunque su quello del mancato esperimento del (doveroso) tentativo di dare un'interpretazione costituzionalmente conforme alla norma impugnata.

A questo punto, senza alcuna pretesa di esaustività, è doveroso inquadrare l'ambito nel quale ci si sta muovendo.

### **3. La giurisprudenza costituzionale sull'assistenza del difensore nella fase presidenziale della separazione dei coniugi.**

I procedimenti di separazione e di divorzio<sup>9</sup>, che come rilevato da autorevole dottrina hanno tradizionalmente subito le conseguenze delle origini storiche dei due istituti cui accedono<sup>10</sup>, con la riforma introdotta dal d.l. n. 35 del 2005, convertito con modifiche dalla legge n. 80 del 2005, dopo fasi alterne comunque colorate da un imprescindibile parallelismo<sup>11</sup>, hanno registrato un riavvicinamento delle rispettive discipline processuali<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> Emergente, secondo la Corte, *icto oculi* dalla stessa formulazione della parte conclusiva della ordinanza di rimessione, là dove il rimettente espressamente afferma che la pronuncia da lui auspicata dovrebbe rimuovere la obbligatorietà della assistenza tecnica, con intervento manipolativo (...) ovvero mediante interpretativa di accoglimento. Sulla pronuncia n. 21 del 2011, v. C. I. RISOLO, *L'assistenza del difensore all'udienza presidenziale nel procedimento di separazione*, in *Fam. dir.*, 7/2011, 678 ss., in cui si evidenzia come la questione fosse soltanto rinviata.

<sup>9</sup> Nella vastità dei contributi della dottrina, cfr., da ultimo, M. DOGLIOTTI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano 2011; e gli studi classici di A. C. JEMOLO, *Divorzio, ad vocem*, in *Enc. dir.*, Milano 1964; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Separazione personale dei coniugi, ad vocem*, *ivi*, 1989; C. CARDIA, *L'art. 29 della Costituzione: la famiglia come società naturale e la dissolubilità del matrimonio*, in AA.VV., *Studi sul divorzio*, Padova 1972, 191 ss.

<sup>10</sup> Così A. FINOCCHIARO, *Il procedimento di separazione e di divorzio: la legge 14 maggio 2005, n. 80 e successive modificazioni*, in G. GIACOBBE (a cura di), *Scritti in onore di Vittorio SgROI*, Milano 2008, 227 ss., 228.

<sup>11</sup> Sul punto, cfr. Corte cost., sent. n. 176 del 1992.

<sup>12</sup> Sulla riforma del 2005, in genere, cfr. *ex multis*, G. DOSI, *Il processo di separazione*, in G. FERRANDO – L. LENTI, *La separazione personale dei coniugi*, in G. ALPA – S. PATTI (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, Padova 2011, 513 ss.; A. FINOCCHIARO, *op. cit.*; A. GRAZIOSI, *I processi di separazione e divorzio*, Torino 2008; F. DANOVI, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 849 ss.; A. DORONZO, *La riforma del processo di separazione*, in F. CIPRIANI – G. MONTELEONE (a cura di), *La riforma del processo civile*, Padova 2007, 544 ss.; F. TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, 1 ss.; M.A. LUPOI, *La riforma dei procedimenti della crisi matrimoniale: profili sistematici e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 955 ss.; C.M. CEA, *I processi di separazione e divorzio all'indomani della promulgazione della legge 80/2005*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 103 ss.

L'udienza di comparizione davanti al presidente costituisce, nell'impostazione storica del processo di separazione (e di divorzio), quella fase preliminare volta a soddisfare due esigenze diverse: innanzitutto, quella che si esprime nel *favor conciliationis*<sup>13</sup>, ovvero il tentativo necessario ed imprescindibile, svolto anche con l'ausilio di un soggetto terzo in qualità *bonus vir*<sup>14</sup>, di provare a garantire il mantenimento in vita dell'unione matrimoniale<sup>15</sup>; solo dopo, fallito questo tentativo, affiora la seconda esigenza, ovvero quella di adottare quei provvedimenti provvisori e urgenti<sup>16</sup> resi necessari dalla particolare condizione di conclamata

---

<sup>13</sup> V. tra le tante, Cass. civ., n. 3095 del 1989 dove si riconosce che il tentativo di conciliazione il legislatore lo ha voluto "come necessario ed imprescindibile momento del processo al fine di politica legislativa di evitare per quanto possibile la dissoluzione della convivenza della coppia coniugata". Sulla funzione non solo processuale, ma anche sostanziale della "riconciliazione", v. anche Corte cost., sent. n. 104 del 1983. Recentemente, M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, ora in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 02.07.2010, destinato a *Studi in onore di Alessandro Pace*, in corso di pubblicazione, ricorda "non sembra possibile dimenticare che il matrimonio, pur essendo profondamente mutato nella sua *ratio*, svolga come per l'innanzi il ruolo di tenere unita la disciplina della coppia e la disciplina della filiazione (con le differenze che la legittimità di quest'ultima determina, denunciate dallo stesso art. 30, comma 3). La Costituzione lo protegge anche in virtù di questo suo tipico effetto, e anzi lo considera il modello della relazione tra genitori e figli", 18.

<sup>14</sup> Così C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 198.

<sup>15</sup> Sulla famiglia nella Costituzione, *ex plurimis*, A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in AA.VV., *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, 1949, 38 ss.; C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana* (1951), ora in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 137 ss.; C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino 1959; ID., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1165 ss.; P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, Milano 1967; F. MODUGNO, *L'eguaglianza nell'unità della famiglia*, in AA.VV., *Studi in tema di diritto di famiglia*, Milano 1967, 1 ss.; E. SPAGNA MUSSO, *Problemi costituzionali di una riforma del diritto di famiglia*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente, III, Rapporti sociali e economici*, Firenze 1969, 429 ss.; C. CARDIA, *op. cit.*; L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra "pubblico" e "privato"*, Milano 1979, 279 ss.; P. SCHELISNGER, *L'unità della famiglia*, in AA.VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli 1972, 437 ss.; M. BESSONE, *sub art. 29*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma Bologna 1976, 1 ss.; in F. CUOCOLO, *Famiglia, Profili costituzionali*, *ad vocem*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989; A.M. SANDULLI, *Art. 29 Cost.*, in G. CIAN – G. OPPO – A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano di famiglia*, I, Padova 1992, 1 ss.; G. DALLA TORRE (a cura di), *La famiglia nel diritto pubblico*, Roma 1996; ID., *Matrimonio e famiglia. Saggi di storia del diritto*, Roma 2006; ID., *Guido Gonnella e le origini della Costituzione*, Roma 2009, in part. 83 ss.; F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, Bari 2004; V. TONDI DELLA MURA, *Il ruolo sociale della famiglia*, in *Non profit*, 2005, 557 ss.; recent., ID., *Verso la liberalizzazione dei "modelli familiari"? I rischi della (forzata) omologazione fra i diritti dei coniugi e i diritti dei conviventi*, in C. Mirabelli (a cura di), *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, Roma, 2011, 190 ss.; E. LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, *ad vocem*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006; ID., *sub art. 30*, in R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 622 ss.; L. CASSETTI, *sub art. 31*, *ivi*, 640 ss.; G. GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2006, I, 481 ss.; recent., ID., *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, Roma 2011; A. LOIODICE – I. LOIODICE – F. VARI, *Il diritto pubblico tra tecniche e valori*, Roma 2006; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.* 4/2007, 751 ss.; P. CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. di fam. e delle persone*, 2/2007, 2, 902 ss.; P.F. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Padova 2008, 155 ss.; A. D'ALOIA – P. TORRETTA, *Questioni costituzionali in tema di famiglia (art. 29 Cost.)*, in G. BONILINI – M. CONFORTINI (a cura di), *Codice ipertestuale della famiglia*, Torino 2009, 3 ss.

<sup>16</sup> G. DOSI, *Il processo di separazione*, cit. 527. Hanno parlato di fase presidenziale come una sorta di tutela cautelare, *ex multis*, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, 1965, Roma 44 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti di urgenza nel processo civile*, Napoli 1955, 65.

crisi relazionale in cui versa la coppia coniugale in quel momento, soprattutto in un'ottica volta a preservare sin da subito il rapporto tra ciascun coniuge e la (eventuale) prole<sup>17</sup>.

Da qui la *vexata quaestio* di un procedimento di separazione ad impostazione bifasica, composta da una fase presidenziale, da mantenere quanto più possibile precontenziosa, configurabile secondo un orientamento tradizionale ed oggi tendenzialmente superato, a una vera e propria volontaria giurisdizione<sup>18</sup>, ed una pienamente contenziosa che si svolgerebbe solo a partire dal momento in cui si arriva innanzi al giudice istruttore<sup>19</sup>.

L'originale formulazione della disposizione che, fedelmente proprio a quella concezione non giurisdizionale della fase presidenziale, disponeva che i coniugi dovevano comparire all'udienza presidenziale senza assistenza del difensore, dopo alcuni tentativi caduti nel vuoto per questioni procedurali<sup>20</sup>, è stata dichiarata incostituzionale dalla sentenza n. 151 del 1971<sup>21</sup>. Nell'occasione, le due ordinanze di rimessione lamentavano l'illegittimità costituzionale della norma sul presupposto per cui nella seconda fase dinanzi al Presidente, quindi quella successiva al fallito tentativo di conciliazione, non era accettabile non garantire il diritto costituzionale relativo alla difesa tecnica<sup>22</sup>.

La Corte dichiarò fondata la questione, affermando che è nella seconda parte dell'udienza, quindi quella successiva al fallito tentativo di conciliazione, che “diventa attuale il contrasto, concreto o potenziale, tra i contendenti sulla base delle domande avanzate con il ricorso introduttivo o delle pretese direttamente prospettate al presidente del tribunale”. Tale contrasto poteva essere superato o composto solo attraverso quei provvedimenti *ex art. 708*, comma 3, immodificabili dal successivo giudice istruttore (salvo mutamenti nelle circostanze), e capaci, quindi, di incidere a lungo sugli interessi dei coniugi e della prole<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. G. MORANI, *La tutela della prole nelle crisi familiari: soluzioni e rimedi dei patti internazionali e del sistema normativo interno*, in *Diritto di fam. e delle persone*, 4/2009, 1984 ss. Più in generale v. anche P. LILLO, *Libertà del minore nella sfera educativa e religiosa*, in *Dir. fam.* 4/2009, 1921 ss.

<sup>18</sup> V. tra gli studi tradizionali in tal senso, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, Milano 1959, 312; E. FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria (diritto processuale civile)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, Milano 1970; C. PUNZI, *I soggetti e gli atti del processo di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 651 ss.; F. SANTOSUOSSO, *Scioglimento del matrimonio (diritto vigente)*, *ad vocem*, *ivi*, Milano 1989.

<sup>19</sup> Fervido è il dibattito attorno a quello che dovrebbe, seguendo tale impostazione, essere individuato come momento introduttivo del giudizio. Cfr. anche F. DANOVI, *Il procedimento di separazione e di divorzio alla luce delle ultime riforme normative*, *cit.*, 166.; v. tra i più recenti, A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 248

<sup>20</sup> V. ordd. del Tribunale di Milano del 12 febbraio e del 26 aprile 1968 che hanno sollevato questioni dichiarate inammissibili dalla Corte, sent. n. 60 del 1970 per essere stato organo rimettente non il presidente, ma il giudice istruttore, che ha ricevuto la causa dopo l'applicazione della norma in discussione. Sul punto, in commento all'ordinanza del 10 ottobre cfr. C. MANDRIOLI, *Il diritto alla difesa nell'udienza presidenziale del giudizio di separazione dei coniugi*, in *Giur. it.*, 1971, I, sez. II, 1 ss.

<sup>21</sup> Cfr. la nota di F. CIPRIANI, in *Riv. dir. proc.* 1972, 498.

<sup>22</sup> Cfr. ancora C. MANDRIOLI, *ult. op. cit.*, 2.

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 151 del 1971, secondo cui, ricorrevano in questa fase le condizioni perché alle parti dovesse essere assicurata la difesa in giudizio.

Pertanto, concluse la Corte, il divieto di assistenza dei difensori costituiva “un ingiustificato ostacolo alla regolare e piena instaurazione del contraddittorio, nelle forme e nei limiti consentiti dalla natura e funzione dell’udienza presidenziale, alla corretta e completa prospettazione, in termini giuridici, delle ragioni e richieste delle parti, e alla migliore e più appropriata cognizione ad opera del giudice della realtà giuridica sostanziale e processuale”<sup>24</sup>. La dottrina prevalente accolse la decisione della Corte con un certo favore giacché vide in essa un primo importante segnale di riconoscimento del carattere contenzioso della separazione giudiziale<sup>25</sup>, per di più in un momento storico (siamo prima della riforma del diritto di famiglia del 1975<sup>26</sup>) in cui la stessa poteva essere invocata solo “per colpa”<sup>27</sup>.

A distanza di pochi giorni la Corte depositò un’altra pronuncia con cui chiarì che il divieto di essere assistiti dai difensori nel corso della prima fase dell’udienza presidenziale non violava il diritto di difesa ex art. 24 Cost. giacché il legislatore aveva voluto tutelare in maniera preminente l’interesse, di natura pubblica, alla pacifica continuazione della convivenza tra i coniugi, evitando il giudizio come strumento per risolvere i conflitti coniugali. Al conseguimento di tali fini “mirano i coniugi (personalmente) ed il presidente del tribunale che non potrà non far valere il prestigio derivante dalla sua funzione”<sup>28</sup>.

Di poco successiva è una pronuncia della Cassazione in cui il giudice di legittimità ha ulteriormente precisato che con la dichiarazione di incostituzionalità della sentenza n. 151 del 1971 “è venuto meno soltanto il divieto per i coniugi di farsi assistere dai difensori, ma tale assistenza non è stata certamente resa necessaria e obbligatoria”<sup>29</sup>.

In sostanza, la Corte addivenne ad una soluzione di compromesso, volta a non relegare la fase presidenziale ad un qualcosa di estraneo al giudizio, e quindi ben prevedendo che ad essa potesse prendere parte la difesa tecnica delle parti, tenendo tuttavia conto delle specificità che ne caratterizzavano la sua previsione.

Richiamandosi a suoi importanti precedenti, con l’ordinanza n. 389 del 1996, la Corte ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 707 e 708 c.p.c. in riferimento all’art. 24 Cost., ritenendo che fosse ancora pienamente ravvisabile

---

<sup>24</sup> Corte cost., sent. n. 151 del 1971, punto 2 del Considerato in diritto.

<sup>25</sup> C. MANDRIOLI, *ult. op. cit., passim*, ha tradizionalmente asserito il carattere contenzioso della fase presidenziale in quanto i provvedimenti a carattere provvisorio e urgente che potevano essere presi dal presidente non erano altro che un’anticipazione della sentenza.

<sup>26</sup> Sempre utili, in un’ottica anticipatrice della riforma le riflessioni di E. SPAGNA MUSSO, *op. cit.* Per una lettura *ex post* della riforma, v. *ex multis*, N. LIPARI, *Riflessioni sul matrimonio a trent’anni dalla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2005, 715 ss.

<sup>27</sup> Cfr. sul punto, C. I. ROSOLI, *op. cit.*, 679.

<sup>28</sup> Corte cost., sent. n. 201 del 1971.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. civ., sent. n. 1050 del 1974, in *Giur. it.*, 1974, 1881 ss.

proprio quella distinzione, operata con le già citate pronunce, tra prima e seconda fase presidenziale, e dunque pienamente compatibile con il dettato costituzionale un ulteriore tentativo da parte del presidente – ulteriore perché successivo alla fallita conciliazione – di esplorare, sentendo solo i coniugi e non i difensori, la praticabilità di una soluzione non contenziosa del conflitto familiare.

Da allora in avanti, non intervengono ulteriori significative pronunce della Corte sul punto. Si giunge pertanto alla novella del 2005, con la quale viene riformulato il primo comma dell'art. 707 c.p.c., a norma del quale “i coniugi devono comparire personalmente davanti al presidente con l'assistenza del difensore”.

#### **4. Le varie possibilità interpretative della norma in oggetto.**

Non v'è dubbio che è il significato ascrivibile a questa disposizione, ovvero quale sia e quale possa essere la sua reale portata, che disegna i confini dell'attività interpretativa messa in atto dal giudice *a quo* e valutata dalla Corte. Ed è qui che secondo quest'ultima, il primo arranca, incagliandosi.

Va subito evidenziato come l'obbligo interpretativo del giudice sia ancora più incombente nel caso di specie per assenza, rilavata immediatamente dalla Corte, di diritto vivente. La circostanza ha il suo peso: è ben noto come un interlocutore tradizionalmente problematico per la dottrina dell'interpretazione conforme sia stato proprio il diritto vivente<sup>30</sup>, dal momento

---

<sup>30</sup> La Corte, nella sentenza n. 350 del 1997, dopo aver affermato il principio per cui non esiste nel nostro sistema l'obbligo per il giudice di conformarsi agli orientamenti della Cassazione (salvo nel caso di giudice di rinvio), ha statuito 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 alla 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”. Una parte della dottrina ha visto in questa posizione della Corte una esplicitazione dell'idea di un carattere *sussidiario* della dottrina dell'interpretazione conforme rispetto a quella del diritto vivente, cfr. A. ANZON, *Il giudice a quo e la Corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione e dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1998, 1082 ss., 1087. Le evoluzioni successive della giurisprudenza costituzionale, tuttavia, sembrano condurre verso un'altra direzione: in diversi casi, infatti, la Corte ha colpito con l'inammissibilità il giudice che – pur non condividendo l'interpretazione consolidatasi come diritto vivente, cioè valutandola non compatibile con la Costituzione – ha affermato di non poterla disattendere, trincerandosi dietro ad essa, cfr. sul punto, V. MARCENÒ, *Le ordinanze di manifesta inammissibilità per “insufficiente sforzo interpretativo”: una tecnica che può coesistere con le decisioni manipolative (di norme) e con la dottrina del diritto vivente?*, in *Giur. cost.*, 2005, 785 ss., 795-96. La Corte afferma a chiare lettere che “al giudice non è precluso, nell'esercizio dei poteri interpretativi che gli sono propri e che non richiedono alcun avallo costituzionale, pervenire ad una lettura della norma *secundum Constitutionem* anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco”, cfr. Corte cost., ordd. nn. 158 del 2000, 367 del 2001, 3 del 2002. Altra dottrina, infatti, ha sostenuto che nel rapporto tra diritto vivente e interpretazione conforme, la Corte sembra in realtà privilegiare (ancora) la seconda, venendo il primo ad assumere carattere residuale, così R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo...anzi di antico: la contesa sull'interpretazione conforme alla legge*, in P. CARNEVALE – C. COLAPIETRO, *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino 2008, 89 ss., 111; un limite possibile,



che il significato vivente attribuito da un orientamento giurisprudenziale consolidato, soprattutto delle Sezioni Unite della Cassazione, seppur - come specificato dalla Corte - non vincola il giudice comune<sup>31</sup>, qualche freno, anche “inconscio”, alle potenzialità interpretative può porlo.

Non è questo, come detto, il caso. Qui, diritto vivente non c'è: quindi, a maggior ragione, il potere/dovere interpretativo del giudice<sup>32</sup> avrebbe dovuto agire in maniera ampia e incondizionata espandendosi al punto da cogliere ogni potenzialità semantica compatibile con il quadro costituzionale<sup>33</sup>.

La fattispecie nella quale si è trovato il giudice rimettente è quella maggiormente problematica: non quella del ricorrente che compare senza difensore, giacché l'aver introdotto l'azione lo ha già costretto a costituirsi in giudizio a mezzo di difensore munito di procura; non quella di convenuto (più semplicemente) non comparso personalmente (in tal caso il primo passo può essere quello ex art. 707, comma 3); bensì quella, appunto più problematica, di convenuto che compare senza l'assistenza del difensore, con l' “aggravante” della dichiarazione di non volersene avvalere.

Il punto è: nella prima fase dell'udienza presidenziale, qual è la portata della prescrizione per cui i coniugi devono comparire con l'assistenza del difensore? In altri termini, tale prescrizione costituisce un vincolo al punto che in caso di convenuto presente senza difensore, debba ritenersi non comparso? Dal tipo di risposta che si dà a questa domanda, *rectius* dall'interpretazione dell'art. 707, comma 1 c.p.c., discendono fondamentali conseguenze: in caso di risposta affermativa, infatti, il giudice, a fronte di un convenuto non comparso, non potrebbe procedere in alcun modo, e comunque, senza mai poterlo sentire, in quanto appunto, non comparso; in caso di risposta negativa, al contrario, il giudice ben potrebbe comunque ascoltare personalmente il convenuto, quanto meno ai fini del tentativo di conciliazione.

---

*mobile* dipendente dalla opinione del giudice, cfr. F. MODUGNO, *Sull'interpretazione conforme*, cit., 329. Cfr. G. LANEVE, *L'interpretazione conforme*, cit., 16-18.

<sup>31</sup> Corte cost., sent. n. 91 del 2004. E così, in presenza di un orientamento giurisprudenziale consolidato che abbia acquisito i caratteri di “diritto vivente”, “la valutazione se uniformarsi o meno a tale orientamento è una mera facoltà del giudice remittente”.

<sup>32</sup> Ancora, sulla funzione centrale dell'attività interpretativa del giudice, recent. cfr. F. BILE, *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.*, 3/2011, 115 ss. e P. PERLINGIERI, *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2/2011, 159 ss.

<sup>33</sup> Anche nella succitata pronuncia n. 389 del 1996, la Corte rilevò che il giudice avrebbe dovuto “in assenza di contrario diritto vivente ed in armonia con i principi già affermati da questa Corte, interpretare le norme impugnate in senso conforme a Costituzione, consentendo l'assistenza da parte del difensore durante la seconda fase dell'udienza presidenziale e, tuttavia, non rinunciando alla funzione che gli è propria, ossia quella di tentare ogni strada idonea al superamento della crisi del nucleo familiare”.

Ecco che emerge come la questione ruoti attorno alla natura dell'udienza presidenziale e non possa prescindere dalla comprensione massima della sua funzione nel sistema processuale previsto per la separazione.

#### **4.1. quella del giudice *a quo*: non c'è una terza via.**

Il giudice *a quo* si è posto quella domanda ed ha optato per la prima soluzione. Secondo il giudice rimettente non c'è una terza via: o il convenuto deve considerarsi da subito non comparso, con tutte le conseguenze anche a suo danno che questo comporta; ovvero, solo la rimozione, a seguito di declaratoria di incostituzionalità, consentirebbe al giudice di sentire comunque il convenuto comparso personalmente “anche in vista del tentativo di conciliazione”. Difatti, a quanto scritto nell'ordinanza, “l'intervento della Corte è richiesto sia per la fase del tentativo che per la fase successiva al fallimento del tentativo di conciliazione. Quindi, in genere, per tutta l'udienza presidenziale che dovrebbe potersi celebrare anche senza difensori ma con le sole parti”<sup>34</sup>: secondo l'interpretazione del giudice, la comparizione del convenuto senza difensore comporta per il primo l'impossibilità di procedere in alcun modo.

L'assenza di un'alternativa per il giudice è dovuta innanzitutto alla lettera “univoca” della legge: “i coniugi debbono comparire personalmente con l'assistenza del difensore” non può voler dir altro che obbligatorietà, e non semplice facoltà, sin dall'inizio dell'udienza presidenziale dell'assistenza del difensore. Ma tale dato letterale, di per sé già dirimente – secondo il giudice – viene supportato dai lavori parlamentari della riforma che ha modificato l'art. 707, comma 1, c.p.c. e da autorevole dottrina.

Detto questo, il giudice si pone il problema dell'interpretazione conforme e lo risolve in senso negativo in base a due argomentazioni: la prima, la forza insuperabile del testo che non consentirebbe alcuna “altra” interpretazione a meno di “spezzare il legame con il dato letterale”; la seconda, la *ratio* della novella del 2005, che avrebbe virato con decisione verso la obbligatorietà dell'assistenza del difensore proprio per superare le incertezze del passato, solo parzialmente risolte dalla sentenza della Corte n. 151 del 1971. Pertanto, secondo il Tribunale di Lamezia Terme, il dato normativo non si può “prestare ad interpretazioni diverse da quella emergente dalla mera lettura del testo” e dunque rimane “infruttuoso il doveroso tentativo da parte dell'odierno Giudice di individuare un'interpretazione compatibile con la

---

<sup>34</sup> Ordinanza del Tribunale di Lamezia, punto 2.

Costituzione”. Tale situazione di stallo è superabile, pertanto, solo attraverso la sollevazione della questione di legittimità costituzionale.

Vi è un passaggio nell’ordinanza rimessione che probabilmente racchiude i limiti che hanno accompagnato l’attività interpretativa svolta dal giudice *a quo*: “*l’interpretatio secundum constitutionem* presuppone, indefettibilmente, che l’interpretazione altra sia possibile, cioè praticabile: differentemente si creerebbe un *vulnus* alla certezza del diritto poiché anche dinanzi a norme chiare ogni giudicante adito potrebbe offrire uno spunto interpretativo diverso”. Fermo restando che la seconda parte si espone a qualche critica se assolutizzata, giacché riecheggia il brocardo *in claris non fit interpretatio* – in altra sede messo in discussione<sup>35</sup> - anche la prima, ineccepibile sul piano dei principi, nella fattispecie in esame può essere contestata.

La dottrina citata dal giudice rimettente non è individuata, ma ben può essere ricondotta a quell’orientamento, certamente autorevole, per cui il venir meno della norma che obbligava, e nel contempo consentiva, ai coniugi di comparire senza l’assistenza di difensori ha in qualche modo risolto i precedenti dubbi interpretativi, essendo ora certo che in ogni momento dell’udienza presidenziale, i coniugi non solo possono, ma debbono farsi assistere dal difensore<sup>36</sup>.

Eppure, alcuni degli autori che sembrano aderire a questo orientamento, affermano al contempo che di fronte a un convenuto che non intende avvalersi del difensore, innanzitutto il Presidente non può obbligarlo a nominarne uno, ma, soprattutto, lo stesso convenuto deve essere ascoltato prima dell’adozione dei provvedimenti provvisori e urgenti<sup>37</sup>.

Già questo dà l’idea per cui l’ “immobilismo” cui si sente costretto il giudice rimettente, di fronte ad un convenuto comparso, pur senza difensore, lascia abbastanza perplessi.

---

<sup>35</sup> Cfr. G. LANEVE, *op. cit.*, 5.

<sup>36</sup> Così F. CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, cit., 142. Secondo l’A. non può non trovare applicazione la regola generale per la quale davanti ai tribunali le parti devono stare in giudizio col ministero di un avvocato legalmente esercente, e dunque, quando ognuno dei coniugi viene sentito dal presidente, “non solo può ma deve essere assistito dal suo difensore”. che aggiunge che “il problema non sta solo nello stabilire se il presidente possa escludere dall’udienza il convenuto comparso senza difensore, ma anche nell’aver chiaro che le eventuali dichiarazioni di tale convenuto, in quanto rese da un parte non assistita dal difensore, non possono essere utilizzate contro di lui”. V. anche in senso simile, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 2011, per cui “la nuova norma dispone che in ogni momento dell’udienza presidenziale i coniugi non solo possono, ma debbono farsi assistere dai difensori”; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. Dir.*, 2006, 4 ss.; G. DOSI, *Il processo di separazione*, cit., 521, ha parlato di “cambio di rotta copernicano” sostenendo che “non è possibile dare alla norma un’interpretazione che continui a tener fuori dall’aula di udienza gli avvocati nel corso del tentativo di conciliazione, altrimenti il legislatore non avrebbe avuto la necessità di inserire questa precisazione”.

<sup>37</sup> G. DOSI, *ult. op. cit.*, 523.

#### **4.2. ma quella del giudice *a quo* non è la sola interpretazione praticata.**

E difatti, esiste un altro orientamento dottrinario, evidentemente ignorato o non preso in esame dal giudice *a quo*, che ha interpretato la normativa in esame in modo completamente diverso, giungendo a ritenere facoltativa l'assistenza del difensore durante l'udienza presidenziale.

Vi sono autori che hanno sciolto il nodo puntando – oltre che nella particolare natura della fase presidenziale – sulla circostanza per cui proprio la stessa disposizione che reca l'assistenza del difensore, non specifica che si tratti di requisito previsto a pena di nullità: ragion per cui il presidente ben dovrebbe, a fronte di convenuto comparso senza assistenza, ascoltarlo personalmente<sup>38</sup>.

Anche perché, come rilavato da altra dottrina, se è vero che il convenuto comparso senza assistenza potrebbe fare dichiarazioni in ipotesi passibili di ritorcersi contro di lui, è altrettanto vero che più grave per lui sarebbe il danno che potrebbe subire se non venisse neanche sentito, con la conseguenza che il presidente possa prendere decisioni avendo sentito solo la “campana” del coniuge ricorrente. Non vi è nulla, in sostanza, che vieti al giudice, ai fini dell'adozione anche dei provvedimenti provvisori, di sentire il coniuge comparso<sup>39</sup>.

L'assistenza del difensore non può essere imposta come conseguenza né della (eventuale) futura costituzione del convenuto, né delle attività tecniche da compiersi in udienza, essendo queste ultime meramente facoltative. La dizione testuale della norma non può venire intesa come un vincolo inderogabile per il coniuge che intenda presentarsi all'udienza senza essere assistito<sup>40</sup>.

Altra dottrina ha ritenuto che il “debbono” dell'art. 707, comma 1, non può che riferirsi direttamente alla comparizione personale dei coniugi, dal momento che l'attività richiesta alle parti nell'udienza presidenziale non implica il compimento di veri e propri atti processuali né presuppone una vera e propria costituzione in giudizio. Il senso della norma sarebbe allora che l'obbligo di comparizione personale non esclude la possibilità di farsi assistere da un avvocato<sup>41</sup>, cui peraltro le parti potrebbero anche rinunciare<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Cfr. A. SIRACUSANO, *Procedimenti in materia di separazione e divorzio*, in A. BRIGUGLIO – B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile*, I, Padova 2007, 370 ss., 384-385. V. anche G. CASABURI, *I nuovi istituti di diritto di famiglia (norme processuali ed affidamento condiviso): prime istruzioni per l'uso*, in *Giur. merito*, 2006, 3S, 5 ss., 22.

<sup>39</sup> Cfr. A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 251.

<sup>40</sup> Così, M. FINOCCHIARO, *Separazione: rilevante la casa comune*, in *Guida al diritto*, 2005, 22, 91; V. anche F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano 2009, 300 ss.; C.M. CEA, *I processi di separazione*, *cit.*,

<sup>41</sup> C'è chi dice che “nell'ipotesi fisiologica in cui entrambi i coniugi compaiano, il presidente deve sentirli prima separatamente (sembrerebbe senza che sia preclusa l'assistenza del difensore), poi congiuntamente, tentando di conciliarli, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, 757.

Senza considerare che un ulteriore orientamento dottrinario ha suggerito la possibilità che il Presidente, davanti al convenuto comparso senza difensore, prospetti allo stesso di acconsentire a farsi assistere, ai soli fini del tentativo di conciliazione, dal difensore del ricorrente<sup>43</sup>. Tutto, nell'ottica di dare massima concretezza al primo obiettivo dell'udienza presidenziale, ovvero tentare la conciliazione tra i coniugi.

Anche l'argomento letterale, a cui tanto ha voluto tener fede il giudice *a quo*, se scandagliato sino in fondo, potrebbe offrire una lettura diversa, per altro accolta da una parte della dottrina: la disposizione, infatti, parla di *assistenza* del difensore, non di *rappresentanza*, due istituti diversi e disciplinati il primo ex art. 82 c.p.c. e il secondo dall'art. 87 c.p.c. Facendo riferimento alla sola assistenza, l'art. 707, comma 1, sembrerebbe significare che la parte all'udienza presidenziale non sta in giudizio *attraverso* il difensore, ma da questi è solo, appunto, assistito, ovvero coadiuvato sul piano tecnico nella gestione della fase presidenziale. Una opportunità per il coniuge, certamente promossa dal legislatore, che tuttavia non può imporla. Pertanto, si tratterebbe di un'assistenza facoltativa e pienamente rinunciabile dalla parte stessa<sup>44</sup>.

Ancora, il giudice *a quo* non sembra compiere il passo dell'interpretazione sistematica<sup>45</sup>: è questa che gli avrebbe dovuto imporre di non prendere isolatamente la norma *de quo*, ma calarla funzionalmente nel sistema processuale della separazione giudiziale così come delineato nel codice di procedura civile. E nel sistema, cioè inserendo la norma in oggetto nelle dinamiche processuali scandite dal codice, una risposta diversa al (suo) legittimo dubbio interpretativo il giudice ben avrebbe potuto trovarla. L'art. 707 c.p.c. non può non essere letto se non alla luce del successivo art. 708 c.p.c.: qui, in particolare, anche su di un piano letterale, viene nettamente distinto un primo momento (*ex* comma 1), finalizzato al tentativo di conciliazione, in cui l'audizione dei coniugi deve essere personale ("il presidente deve *sentire i coniugi* prima separatamente e poi congiuntamente"), da un secondo momento (*ex* comma 3), una volta fallito il tentativo di conciliazione, in cui l'audizione deve allargarsi

---

<sup>42</sup> Così G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari 2010, v. anche nota 2.

<sup>43</sup> Cfr. F. TOMMASEO, *La disciplina processuale*, cit., 5.

<sup>44</sup> Su tutti, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, III, Torino 2009, 413.

<sup>45</sup> La dottrina sul tema è molto ampia. Rimangono ancora un insegnamento le parole di A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli 1969, dove l'A. afferma che "un sistema costituzionale non esaurisce il suo contenuto nel tenore letterale delle sue enunciazioni normative, ma, in quanto sistema, vive di una "ratio" particolare che permette all'interprete di individuare alcune fattispecie di situazioni soggettive, non specificatamente previste e la tutela di principi non espressi letteralmente ma di cui vi sia chiaramente l'indicazione normativa nel testo della Costituzione".

anche ai difensori delle parti (“il presidente, anche d’ufficio, *sentiti i coniugi ed i rispettivi difensori*”)<sup>46</sup>.

Non sorprende allora che la Corte censuri il comportamento del giudice che “non si pone il problema”<sup>47</sup>, evidenziando in tutta la sua portata la significativa mancanza interpretativa dell’organo giudicante.

### **5. Per interpretare occorre sistemare.**

Le posizioni della dottrina appena esaminate ci possono far dire che, al di là delle riforme intervenute, le quali, anche in risposta alle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, hanno meglio delineato la natura contenziosa della fase presidenziale<sup>48</sup>, questa sembra conservare un’articolazione bifasica che, senza snaturare la contenziosità, vuole preservare la peculiarità della controversia legata alla natura degli interessi in gioco<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Sulla stessa linea volta a valorizzare la necessaria interpretazione sistematica la si ritrova nelle considerazioni degli operatori pratici del settore (magistrati addetti al settore famiglia o ad uffici minorili e da avvocati parimenti specializzati) che trovano spazio negli incontri formativi promossi dal Csm, cfr., E. CURTÒ – I. MARIANI (a cura di), *Aspetti organizzativi e questioni processuali*, in AA.VV., *Il diritto vivente – Riflessioni e approfondimenti dal CSM - Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Torino 2007, 5 ss., 18-19. Qui si legge altresì, che “a funzione di garanzia dell’art. 707 (vedi art. 111 Cost.) si traduce quindi, non nel divieto di audizione dei coniugi non assistiti dal difensore, ma nel considerare non comparso non solo il coniuge fisicamente assente ma anche quello presente ma non assistito dal difensore, con la conseguenza (unica, si aggiunge) che a quest’ultimo va notificata l’ordinanza presidenziale ai sensi dell’art. 709”.

<sup>47</sup> Si legge, infatti, che “(in assenza di un diritto vivente ed in presenza di variegate interpretazioni da parte della dottrina) il rimettente non si pone il problema di individuare la portata e le conseguenze applicative - quanto alla eventuale possibilità di configurare distinte modalità di partecipazione dei coniugi ai due momenti caratterizzanti la fase dell’udienza presidenziale, pur in presenza della previsione dell’assistenza del difensore di cui al primo comma dell’art. 707 cod. proc. civ. - delle locuzioni differenziate presenti rispettivamente nel primo e nel terzo comma del successivo art. 708 (...)”

<sup>48</sup> Principio ribadito da ord. Corte cost., n. 387 del 1988.

<sup>49</sup> Cfr. Cass. civ., sent. n. 10914 del 2002 che, ragionando intorno alla specifica natura contenziosa della fase presidenziale nella procedura di divorzio, con argomenti estensibili alla separazione giudiziale, soprattutto in riferimento alle conseguenze derivanti da tale riconoscimento sul versante dei differenti momenti utili per la costituzione in giudizio del ricorrente e del convenuto, ha detto che “va da sé, infatti, che, a tratto qualificante e connotante dello schema del procedimento “contenzioso”, non possa assurgere una - oltretutto improponibile sul piano logico, data la naturale e fisiologica diversità (che si manifesta, non ultima, sul piano della sequenza cronologica, laddove la scelta dei tempi di introduzione della controversia spetta solo all’attore) sussistente fra i ruoli di impulso dell’attore e del convenuto - meccanicistica specularità, anche formale, fra i rispettivi poteri ed oneri processuali delle parti, ma solo un equilibrio sostanziale fra il contenuto e le potenzialità degli stessi; equilibrio il quale - quindi - ben può tollerare - ove essa trovi giustificazione nelle peculiarità della natura della controversia - una differenziata scansione temporale originaria degli oneri di costituzione delle parti. Sotto quest’ultimo punto di vista, nessun dubbio appare coltivabile in ordine alla “specialità” delle controversie divorzili; “specialità” che consegue alla natura degli interessi in gioco ed alla pur sempre perdurante (alla luce dei tuttora prevalenti modelli di organizzazione della vita consociata) centralità del modello familiare; centralità che ben si rivela in grado di sorreggere - quindi - all’occorrenza, un trattamento differenziato ed accentuatamente non sincronico dei tempi di costituzione delle parti (...) Da ciò consegue, fra l’altro, che, di per sé, un modello processuale il quale, all’instaurazione del contraddittorio attraverso la notifica del ricorso introduttivo, faccia seguire una prima (e del tutto concisa temporalmente) fase caratterizzata da tratti di cognizione meramente sommaria, nella quale, in ragione delle peculiarità della controversia, non si renda ancora operativo l’obbligo di costituzione formale del convenuto, ma si prevedano il mero svolgimento del tentativo di conciliazione personale, e la mera eventuale assunzione di provvedimenti del tutto urgenti (e successivamente modificabili), si renda del tutto compatibile con i caratteri della “contenziosità”, non venendo esso modello ad incidere sulla

Va inoltre considerato che il reclamo ora previsto *ex art.* 708, comma 4, per l'autonoma e immediata impugnazione dei provvedimenti presidenziali da un lato, e la dettagliata disciplina della fase successiva, quella istruttoria, secondo le regole proprie del procedimento di cognizione, accentuano la vocazione specifica dell'udienza presidenziale, quale articolazione quasi precontenziosa (all'interno di un procedimento contenzioso<sup>50</sup>) in cui provare *in primis* la conciliazione e, solo dopo, a comporre provvisoriamente la crisi familiare con provvedimenti adottabili anche d'ufficio dal presidente nell'interesse della prole e dei coniugi<sup>51</sup>.

Nelle pronunce della Corte, come ricordato anche di recente dalla Cassazione, lungi dall'imporre alcun obbligo di costituzione al coniuge convenuto, è stata soltanto affermata "la possibilità dell'assistenza dei difensori nella seconda parte dell'udienza presidenziale, quella cioè successiva al tentativo di conciliazione, mentre è stato escluso che l'assenza di questi nella prima parte dell'udienza stessa costituisca violazione del diritto di difesa"<sup>52</sup>.

In altri termini, sembra da escludere che la norma significhi che il convenuto comparso senza difensore non debba essere quanto meno *sentito* dal giudice ai fini della conciliazione. Una conclusione così drastica, che poi è quella prospettata dal giudice rimettente, appare in contrasto con lo spirito che permea l'intera fase presidenziale<sup>53</sup>. Una fase nella quale se vi è un obbligo, è quello del tentativo di conciliazione, che non può venir meno in forza di una mera assistenza, per di più non prevista esplicitamente a pena di nullità.

Ed allora, senza voler addentrarsi troppo in ambiti che non competono, e fermo restando che quello che si vuole evidenziare ai fini del giudizio della Corte è la capacità del giudice di sviscerare ogni possibilità semantica della disposizione, appare probabile che la nuova formulazione dell'art. 707, comma 1, rifiuti l'obbligo di comparizione con il difensore, precisando che qualora vi siano difensori, questi debbono obbligatoriamente assistere le parti. In altro modo, se il convenuto compare con il difensore questo non può essere escluso, nulla togliendo che il convenuto decida liberamente di non farsi assistere.

---

parità dei poteri delle parti, né tanto meno a pregiudicare le facoltà di difesa dell'attore, risultandone semmai - tanto per tornare al tema del processo divorzile - eventualmente pregiudicata (ma in conseguenza di una sua libera scelta), proprio la parte convenuta che non abbia ritenuto di costituirsi già in fase presidenziale".

<sup>50</sup> Sempre nei lavori della prassi del Csm si segnala che è stata sottolineata e proposta l'opportunità di una prassi che introduca nel decreto di fissazione della udienza presidenziale l'invito alla parte convenuta di comparire dinanzi al Presidente con l'assistenza del difensore, Prassi, 24.

<sup>51</sup> Così, C.I. RISOLO, *L'assistenza del difensore*, cit., 681.

<sup>52</sup> Cass. civ. n. 14802 del 2008.

<sup>53</sup> Cfr. A. LOIODICE, *Valori costituzionali e diritto naturale*, cit., 1952 che parla di interpretazione come attività "necessaria in ogni fase del mondo giuridico per accertare la concreta esistenza delle norme".

Quest'ultima circostanza assume un rilievo ulteriore. Il giudice non dà il giusto peso, anche ai fini interpretativi delle norme, al fatto, tutt'altro che marginale – soprattutto nell'ottica della paventata violazione dell'art. 24 Cost. – per cui l'assenza del difensore non è determinata da impedimento o altri motivi, bensì dalla semplice libera volontà del convenuto.

E' dunque la parte convenuta che ha scelto, liberamente, di presenziare all'udienza senza l'assistenza del difensore. Si tratta di una scelta che il legislatore non può non tutelare se è vero, come riconosciuto dalla Corte, che “la garanzia assicurata dall'art. 24 della Costituzione non preclude che la disciplina legislativa del diritto di difesa si conformi alle speciali caratteristiche della struttura dei singoli procedimenti, purché ne vengano garantiti lo scopo e la funzione, cioè il contraddittorio, in modo che sia escluso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti”<sup>54</sup>.

In altri termini, il diritto di difesa non si identifica sempre e comunque con l'obbligo della rappresentanza ovvero dell'assistenza, ma ben può – sempre a condizione che ne sia salvaguardato il suo nucleo irrinunciabile<sup>55</sup> – essere calibrato e concretamente modulato in relazione alla specificità e alla specialità del procedimento<sup>56</sup> in cui si deve esprimere, attraverso una regolamentazione rimessa alla discrezionalità del legislatore<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Corte cost., sent. n. 119 del 1995.

<sup>55</sup> *Ex multis*, cfr. L.P. COMOGGIO, *Art. 24*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma 1981, 1 ss.; G. DE VERGOTTINI, *Il diritto di difesa come principio fondamentale della partecipazione al processo*, in *Dir. Soc.*, 1986, 97 ss.; R.G. RODIO, *Difesa giudiziaria e ordinamento costituzionale*, Padova, 1990; E. FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale dei diritti, ad vocem*, in *Enc. dir.*, Milano 1992; P.F. GROSSI, *Inviolabilità dei diritti, ad vocem*, ivi, Milano 1972; ID., *Significato, valore e garanzia dei diritti inviolabili nel sistema della Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, 1974, 2097 ss.; ID., *Il diritto di difesa nella Costituzione italiana e la sua individuazione come principio supremo dell'ordinamento costituzionale*, in ID., *Il diritto costituzionale cit.*, 77 ss.

<sup>56</sup> Corte cost., ord. n. 37 del 1988, dove si ribadisce che secondo la consolidata giurisprudenza della Corte, “nei procedimenti speciali, quale è quello d'ingiunzione, al legislatore è consentito differenziare le forme della tutela giurisdizionale con riguardo alla particolarità del rapporto da regolare”, v. anche le ivi richiamate sentt. n. 185 del 1980, n. 94 del 1973 e n. 89 del 1972.

<sup>57</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 385 del 2001, dove si ribadisce che “il legislatore può regolare i diversi procedimenti giurisdizionali secondo scelte discrezionali e modulare sulle caratteristiche del tipo di procedimento prescelto l'esercizio del diritto di difesa, purché non ne venga intaccato il nucleo irriducibile”; V. anche Corte cost., sent. n. 1 del 2001, dove si legge che “non può ritenersi imposto al legislatore, quale scelta costituzionalmente obbligata, quella di stabilire come indefettibile l'assistenza tecnica del difensore nel processo, rientrando, invece, nella sua discrezionalità anche il potere di non introdurre l'onere del patrocinio legale, in considerazione della tenuità del valore della lite e della natura della controversia, o, ancora, in ragione delle caratteristiche del singolo atto da compiersi in giudizio, potendo essere sufficiente che, in procedimenti più snelli, venga assicurata alla parte la possibilità di interloquire personalmente oppure di farsi assistere da un difensore, senza rendere obbligatoria tale assistenza (vedi, *ex plurimis*, sentenze n. 189 del 2000, n. 160 del 1995 e n. 351 del 1989)”; V., anche, in ambito molto affine a quello qui in esame, come la Corte abbia dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale – per contrasto con l'art. 24 Cost. – la norma che non prevedeva la facoltà dei genitori (o del tutore) di farsi assistere da un difensore nella prima fase della procedura per la dichiarazione di adottabilità del minore, nonché l'obbligo del giudice di avvisarli di tale facoltà, giacché “la mancata previsione dell'assistenza di un difensore non significa divieto ai genitori (o al tutore) di avvalersene, ma soltanto che essa non è obbligatoria. Come questa Corte ha affermato nella sentenza n. 202 del 1975, «è nel sistema, anche a



## 6. Un giudice *non indifferente* all'interpretazione conforme, ma è sufficiente?

Dopo questa digressione nei meandri degli aspetti processualciviltistici sottesi alla vicenda da cui trae origine la pronuncia qui in commento, è opportuno tornare sul nostro terreno che non è quello di giudicare il merito delle scelte operate dal legislatore, quanto quello di chiedersi se il giudizio espresso dalla Corte, che indossa il tradizionale abito dell'ordinanza di manifesta inammissibilità<sup>58</sup>, sia stato anche in questo caso appropriato.

Si è visto come la dottrina, l'interpretazione sistematica e persino qualche spunto della giurisprudenza abbiano, con forme e tonalità differenti, tracciato una strada che sembra negare la possibilità per il Presidente di ritenere *sic et simpliciter* non comparso il convenuto per il solo fatto di presentarsi senza l'assistenza del difensore<sup>59</sup>. Un'altra lettura del testo, e dunque un'altra interpretazione<sup>60</sup> delle norme sospettate di illegittimità costituzionale, e che le rendesse pienamente compatibili con il quadro costituzionale, a differenza di quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione<sup>61</sup>, non solo era possibile, ma è anche stata praticata<sup>62</sup>.

Il giudice rimettente – al contrario – non né ha tenuto conto. Eppure, come già anticipato, non ci si trova dinanzi ad un giudice per così dire “indifferente” rispetto al suo doveroso compito

---

proposito dei procedimenti speciali, che la parte si possa far rappresentare o almeno assistere da un difensore. Onde, in mancanza di una norma che vieti codesta assistenza, si deve ritenere che la stessa sia implicitamente ammessa e consentita>.D'altro lato, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (cfr., tra le altre, le sentenze n. 29 del 1962, n. 190 del 1970 e n. 150 del 1972, il diritto di difesa non si identifica sempre con la necessità della materiale assistenza del difensore. In ragione delle speciali caratteristiche del singolo atto o procedimento preso in considerazione, il diritto di difesa deve ritenersi sufficientemente garantito anche da norme che, come quella in esame, consentono alla parte la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni facendosi assistere da un difensore, senza rendere obbligatoria tale assistenza”, Corte cost., sent. 351 del 1989.

<sup>58</sup> E' noto come la dottrina abbia criticato il ricorso a tale strumento in quanto oltre ad essere percepita come vero e proprio rimprovero dal giudice remittente, non è in grado, data la sua succinta motivazione, di veicolare nella giurisprudenza di merito e di legittimità una certa soluzione ermeneutica, cfr. *ex plurimis*, M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, pubblicato su [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), e destinato a *Studi in onore di Alessandro Pace*, in corso di pubblicazione, 7; C. PINELLI, *Interpretazione conforme (rispettivamente a Costituzione e al diritto comunitario) e principio di equivalenza*, in *Giur. cost.*, 2008, 1364 ss., 1368.

<sup>59</sup> Cfr. E. CURTÒ – I. MARIANI, *op. cit.*, 21.

<sup>60</sup> G.U. RESCIGNO, *Interpretazione, cit.*, 21, recentemente ci ha ricordato che “l'interpretazione non è determinata da mancanza di significato dell'enunciato di partenza, ma esattamente al contrario da tanta ricchezza di significato nell'enunciato l'attività di interpretazione del giurista presuppone che i testi di partenza su cui si esercita tale attività di interpretazione significano comunque qualcosa, essi non sono mai insensati nel seno letterale del termine (come si prendono a caso diverse parole del dizionario e si mettono insieme alla rinfusa)”.

<sup>61</sup> Ancora, ordinanza Tribunale di Lamezia Terme, punto 2.1.

<sup>62</sup> Eppure la più attenta dottrina ha evidenziato che non può esservi nessuna valutazione del giudice – e dunque nessun dubbio sulla incostituzionalità – se prima non si è colta in pieno la norma da applicare, cioè se non si è esplicitata una (vera) attività interpretativa. In altri termini, il momento interpretativo è un *prius* logico rispetto a quello applicativo, così M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie, cit.*, 6. V. anche O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice*, in M. D'AMICO – B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative* – Atti del Convegno annuale 2008 del Gruppo di Pisa, Torino 2009, 270, secondo il quale “il complesso delle operazioni che vanno sotto il nome di interpretazione conforme non può che precedere logicamente la valutazione di non manifesta infondatezza della q.l.c.”.

di ricerca di un'interpretazione conforme. Per spiegare meglio quanto si vuol dire, può essere utile dare uno sguardo ai precedenti casi citati dalla Corte per avallare la sua, ormai consolidata, imposizione dell'obbligo di interpretazione conforme.

### **6.1. quando vi sono ancora casi di “indifferenza”...**

La questione dichiarata inammissibile con l'ordinanza n. 101 del 2011 è stata sollevata da un giudice che in realtà ha fatto nulla sul piano dell'interpretazione conforme: egli, infatti, dopo aver rilevato il contrasto tra la norma di legge<sup>63</sup> ed alcuni parametri costituzionali<sup>64</sup>, per altro con carenze argomentative e descrittive prontamente rilevate dalla Corte, si è limitato a ritenere “la norma, non diversamente interpretabile”, affermando, in punto di rilevanza, che proprio quest'ultima non potesse essere esclusa da eventuali diverse prassi amministrative che di fatto interpretavano la disposizione in modo diverso.

La Corte nell'occasione ha rilevato, infatti, che “il rimettente si sottrae al dovere di sperimentare la praticabilità di diverse interpretazioni idonee a sottrarre la norma censurata dai sollevati dubbi di costituzionalità”<sup>65</sup>.

Ancora peggio, potremmo dire, ha fatto il giudice rimettente nel giudizio poi deciso con l'ordinanza n. 103 del 2011: qui, infatti, il giudice, ritenendo che la norma sospettata<sup>66</sup> non potesse essere interpretata altrimenti, “come rilevato da parte attrice”<sup>67</sup>, ha dato quasi la sensazione di scaricare sulle parti l'onere interpretativo, ritenendolo più che sufficiente al punto da non voler metterci niente di suo. Non stupisce allora che la Corte, oltre che per altre cause di inammissibilità, abbia, secondo un orientamento spesso seguito<sup>68</sup>, *ad abundantiam*,

---

<sup>63</sup> Si è trattato dell'art. 13, comma 1 della legge n. 118 del 1971, come modificato dall'art. 1 della legge n. 247 del 2007, che recita: “agli invalidi civili di età compresa fra il diciottesimo ed il sessantacinquesimo anno nei cui confronti sia accertata una riduzione della capacità lavorativa, nella misura pari o superiore al 74 per cento, che non svolgono attività lavorativa e per il tempo in cui tale condizione sussiste, è concesso, a carico dello stato ed erogato dall'INPS, un assegno mensile di euro 242, 84 per tredici mensilità, con le stesse condizioni e modalità previste per l'assegnazione della pensione di cui all'art. 12; attraverso dichiarazione sostitutiva, resa annualmente all'INPS ai sensi dell'art. 46 e seguenti del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, il soggetto di cui al comma 1 autocertifica di non svolgere attività lavorativa. Qualora tale condizione venga meno, lo stesso è tenuto a darne tempestiva comunicazione all'INPS”.

<sup>64</sup> Nello specifico, il Tribunale di Napoli, con ordinanza del 1 dicembre 2009, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 33 del 2010 (reg. ord. 213/2010), ha ritenuto che l'art. 13, comma 1, legge n. 118/1971, nella parte in cui condiziona la concessione dell'assegno mensile al mancato svolgimento di attività lavorativa da parte dell'invalido, sia in contrasto con i principi di cui agli articoli 3 e 38 della Costituzione”.

<sup>65</sup> Corte cost., ord. 101 del 2011.

<sup>66</sup> L'art. 6-ter del d.l. n. 208 del 2008, come convertito dalla legge n. 13 del 2009, che recita: “Nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'art. 844 del codice civile, sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso”.

<sup>67</sup> Cfr. Tribunale di Sondrio, ord. dell'8 giugno 2010, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 44 del 2010 (reg. ord. n. 337/2010).

<sup>68</sup> Cfr. G. LANEVE, *L'interpretazione conforme*, cit., 23-24.

punito il giudice per non aver tentato di “sperimentare diverse interpretazioni idonee a preservare la norma stessa dai sollevati profili di denunciata incostituzionalità, omettendo di motivare adeguatamente in ordine alla impossibilità di dare di essa una lettura idonea a superare tali dubbi”<sup>69</sup>.

Che dire, allora del giudice che ha sollevato la questione decisa con la più recente ordinanza n. 212 del 2011? Qui non ci sono neanche i tentativi di facciata più o meno abbozzati nei casi precedenti: il giudice rimettente ignora completamente il momento interpretativo, facendo come se non esistesse alcun obbligo di sperimentazione di interpretazione conforme (ma come è ancora possibile?), limitandosi ad affermare che la questione è non manifestamente infondata e rilevante<sup>70</sup>. Perentoria ancora la risposta della Corte che ha riconosciuto come il giudice rimettente non si sia fatto carico d’individuare, alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale e da un vero e proprio diritto vivente consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, un’interpretazione della norma idonea a superare i dubbi di costituzionalità, concretizzando una “mancata utilizzazione dei poteri interpretativi che la legge riconosce al giudice rimettente”<sup>71</sup>.

## Conclusioni

Proprio questi esempi testimoniano come l’atteggiamento del giudice *a quo* nel presente caso sia stato certamente diverso.

Egli ha dimostrato di essere bene a conoscenza di quelli che erano i suoi doveri sul piano interpretativo<sup>72</sup>. I passaggi che ha seguito, interpretazione letterale, anche con ausilio dei lavori preparatori, evoluzione giurisprudenziale della questione, eventuale presenza di diritto vivente, danno l’idea che avesse ben chiaro il metodo da seguire. Ciò non toglie, tuttavia, che anche questo giudice incorra nell’ordinanza di manifesta inammissibilità.

Il giudice ha compiuto i primi passi, ma non quello decisivo, ovvero l’esplorazione di altri significati attribuibili alla disposizione in modo tale da consentirle di (ri)entrare nei ranghi costituzionali e dunque di rimanere nell’ordinamento<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Corte cost., ord. n. 103 del 2011.

<sup>70</sup> V. Commissione tributaria regionale per la Liguria, ordinanza del 4 giugno 2009, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 3 del 2011 (reg. ord. 3/2011).

<sup>71</sup> Corte cost., ord. n. 212 del 2011.

<sup>72</sup> Si veda, in particolare, l’ordinanza del Tribunale di Lamezia Terme, punto 2.1.

<sup>73</sup> M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie*, cit., 7, secondo cui l’interpretazione conforme, lungi dall’atteggiarsi quale terzo requisito del giudizio in via incidentale, né tantomeno ad elemento in grado di stravolgere il senso della valutazione di non manifesta infondatezza, è un momento “nell’ordinario esercizio dei poteri interpretativi del giudice, che logicamente precede, potendo fungere da presupposto, le valutazioni sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione”.

Mancanza, nel caso di specie, ancor più grave per due distinte ragioni: la prima, l'assenza di diritto vivente, che avrebbe dovuto estendere al massimo le potenzialità proprie del potere interpretativo del giudice; la seconda, una *ratio* della norma che andava dedotta dall'interpretazione sistematica, che viene addirittura suggerita dalla Corte, alla quale invece il giudice sembra rinunciare, pur essendo in possesso - anche grazie alle sue stesse argomentazioni - di tutti i presupposti per percorrerla.

E' come se proprio quei passaggi argomentativi svolti dal giudice, soprattutto i frequenti riferimenti alla pronunce n. 151 e 201 del 1971, non potessero che condurlo verso un'unica direzione interpretativa, conforme a Costituzione. Ed invece, il giudice, fossilizzandosi sul dato testuale ritenuto insuperabile, ha provato in ogni modo a convincere la Corte della univocità dell'interpretazione. Ma si sa che la Corte, tradizionalmente, censura la richiesta proveniente dal giudice *a quo* volta ad ottenere un suo avallo interpretativo<sup>74</sup>.

Il giudice è rimproverato dalla Corte per non aver chiuso il cerchio avendo tutti gli elementi per farlo in modo compiuto. Si noti, infatti, che quando censura il profilo interpretativo, la Corte parla di una "non compiuta sperimentazione da parte del rimettente stesso del doveroso tentativo di dare una interpretazione costituzionalmente conforme delle norme impugnate". Quasi che la Corte stessa, da un lato abbia apprezzato il piglio del giudice *a quo*, dall'altro rimanendone contestualmente spiazzata di fronte all'incapacità dello stesso di portare a conclusione, a compiutezza il percorso interpretativo<sup>75</sup>.

I giudici comuni mostrano approcci diversi rispetto al *punctum dolens* dell'interpretazione conforme: alcuni rimangono indifferenti, altri davvero "svogliati"<sup>76</sup>; altri ancora, come il caso in esame dimostra, partono bene, ma non completano l'opera. Se la risposta della Corte non cambia è la dimostrazione ulteriore di come essa pretenda dal giudice che non si ponga solo il problema dell'interpretazione conforme, o non crei solo i presupposti per risolverlo, ma che spenda sul piano della *duplex interpretatio*<sup>77</sup> che caratterizza l'interpretazione conforme, la pienezza di tutti i poteri interpretativi che gli sono propri.

---

<sup>74</sup> Gli esempi sono numerosi. Oltre al caso citato nell'ordinanza in commento, ord. n. 139 del 2011, v., *ex plurimis*, ord. n. 90 del 2009.

<sup>75</sup> F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme*, cit., 1963, ha chiaramente sostenuto che il giudice prima di avere (o non avere) il dubbio deve interpretare, e tale interpretazione deve essere coscientemente compiuta, cioè non può prescindere dall'interpretazione conforme, V. anche ID., *Sull'interpretazione conforme*, cit., 321.

<sup>76</sup> Cfr. G. LANEVE, *op. cit.*, 11.

<sup>77</sup> Cfr., F. MODUGNO, *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione*, cit. 1963.