

Prof. Jörg Luther
Dipartimento Scienze Politiche e Scelte collettive (POLIS)
Università del Piemonte Orientale
I-15100 Alessandria

Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente* (versione definitiva)

Indice: 1. Premesse. 2. Le diversità del sistema tedesco di produzione, interpretazione e controllo di costituzionalità delle fonti. 3. La genealogia della “verfassungskonforme Auslegung” negli anni cinquanta. 4. Perché l’interpretazione conforme a costituzione è dovere anche degli altri giudici. 5. Quando un’interpretazione adeguatrice si annoda all’altra, possono sorgere dissensi. 6. L’interpretazione favorevole al diritto internazionale impone di dare considerazione prioritaria ai giudicati di Strasburgo. 7. L’interpretazione favorevole ad altri giudicati internazionali. 8. Le interpretazioni adeguatrici alle (e delle) fonti comunitarie.. 9. Per una “europarechtsfreundliche Auslegung” della sentenza sul Trattato di Lisbona. 10. Conclusioni interlocutorie.

1. Premesse

La comparazione delle “interpretazioni adeguatrici” interroga tecniche e culture giurisprudenziali che variano nello spazio e nel tempo, caratterizzano lo stile della giurisdizione di un territorio e la storia del suo diritto, tendono a comunicare, circolare e comporre identità composite nel mondo contemporaneo degli stati costituzionali aperti e cooperativi.¹

Partendo dai dati filologici, va osservato innanzitutto che la traduzione letterale in tedesco produrrebbe un termine di “*angemessene*” o “*anpassende Auslegung*” che nelle culture tedesche verrebbe inteso piuttosto come adeguazione interpretativa di una fonte rispetto ai contesti e alle condizioni di fatto nelle quali trova applicazione. In Germania si usano invece termini come *verfassungskonform*, *verfassungsorientiert*, *verfassungsschonend*, *richtlinienkonform*, *gemeinschaftsrechtskonform*, *unionsrechtskonform*, *europarechtsfreundlich*, *konventionskonform*, *völkerrechtsfreundlich*, *grundrechtskonform*, *menschenrechtskonform*, *bundesrechtskonform*, *gesetzeskonform* etc Tali termini hanno in comune di indicare un’interpretazione di fonti normative² in modo “conforme” (*konform*), “favorevole” (*freundlich*), “orientata” (*orientiert*), “riguardevole” (*schonend*), “propizio” (*förderlich*) o “giusto” (*gerecht*), ma sempre in relazione ad altre fonti, in particolare costituzionali, comunitarie, internazionali, federali o legislative, e sempre finalizzate alla garanzia di diritti fondamentali, al rispetto di limiti di potere o di principi fondamentali.

Se questi equivalenti funzionali dell’interpretazione “adeguatrice” intendono non già una caratteristica di ogni interpretazione giuridica commisurata, ma solo l’interpretazione di una fonte in relazione ad un’altra fonte di tipo diverso, questo non deve far pensare che oltre a questo comune

* Contributo al seminario “La Corte, i giudici e le interpretazioni adeguatrici”, Roma, 6 novembre 2009.

¹ Cfr. soltanto T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interpretatives en France et en Italia*, 1997, R. Bakker, *Verfassungskonforme Auslegung*, in: R. Bakker / A.W: Meringa / F. Stroink, *Judicial Control. Comparative Essays on Judicial Review*, Antwerpen 1995, 9ss.; V. Haak, *Normenkontrolle und Verfassungskonforme. Auslegung des Richters. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Bonn 1963.

² Per la “gesetzeskonforme Auslegung” di atti di privati cfr. BGH NJW 1971, 1035, per quella di atti amministrativi in particolare BayVGH DVBl 1977, 394; OVG Münster NVwZ 1992, 988, su cui H. De Wall, *Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht*, Tübingen 1999, 136ss. Il termine non viene usato dalla giurisprudenza costituzionale federale più recente. Per l’interpretazione di fonti dei Länder conforme al diritto federale cfr. ad es. BVerfG, 2 BvL 8/98 del 27.1.1999, http://www.bverfg.de/entscheidungen/lk19990127_2bvl000898.html.

denominatore siano sinonimi e indifferenziati, né che abbiano significati tanto chiari e condivisi da potersi distinguere da altri fenomeni della cultura giurisprudenziale e ricomporre in un sistema dogmatico consolidato.³

Infatti, basta notare come sia difficile distinguere tra le interpretazioni restrittive o estensive “adeguatici” e i casi del “perfezionamento giurisprudenziale del diritto” (*richterliche Rechtsfortbildung*), cioè delle figure metodologiche dell’*analogia legis vel juris*, della “riduzione teleologica” (*teleologische Reduktion*) e della *conclusio a contrario* (*Umkehrschluss*), figure di argomentazione che operano “*praeter legem*”, oltre quello che a prima vista sembra dire la lettera della legge. Una parte della dottrina parla in tali casi di “*verfassungskonforme Analogie*” (analogia conforme a costituzione) e di “*verfassungskonforme Rechtsfortbildung*” (perfezionamento del diritto conforme alla costituzione),⁴ operazioni che colmano “lacune” originarie o sopravvenute o colpiscono omissioni parziali del legislatore.⁵

Se quindi non è possibile partire da definizioni precise, conviene non di meno sottolineare che tutte queste denominazioni e i relativi fenomeni culturali hanno in comune di a) essere relativamente nuovi della storia contemporanea, b) riflettere una gerarchia problematica delle fonti e degli ordinamenti, c) rilevare per la definizione dei rapporti tra la giustizia costituzionale e le giurisdizioni comuni, d) rilevare anche per le controversie sulla legittimazione e sui limiti del *judge-made law* (*Richterrecht*).

Per affrontare questi nessi in un’ottica di comparazione con il caso italiano,⁶ conviene ricordare innanzitutto brevemente le caratteristiche del sistema delle fonti, dell’ordinamento giudiziario e del diritto processuale costituzionale che rilevano per la trattazione comparativa dell’argomento (2.). In un secondo passo si cerca di ricostruire la genealogia delle sentenze interpretative tedesche nella giurisprudenza costituzionale negli anni cinquanta, che aiuta a comprendere meglio la loro legittimazione (3.). Seguirà una ricostruzione di come è stato configurato il ruolo dei giudici comuni rispetto all’interpretazione adeguatrice (4.). Un approfondimento dei più recenti dissidi interni al *Bundesverfassungsgericht* ripropone l’interrogativo sui limiti delle interpretazione adeguatrici (5.). A questo punto, la ricerca si allarga al principio dell’interpretazione favorevole al diritto internazionale, dimostrando come esso si è sviluppato in forme e con limiti particolari soprattutto riguardo alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (6.), ma anche rispetto ad altre fonti del diritto internazionale interpretate da altri giudici internazionali (7.). Allo stesso principio principio, ma anche a quello della lealtà federale, si sono ispirate poi le varie forme di interpretazione conforme al diritto comunitario (8.). Il loro comune denominatore potrebbe essere il nuovo concetto della “*Europarechtsfreundlichkeit*”, evidenziato dalla sentenza sul trattato di Lisbona (9.). La trattazione di questi profili forse di maggiore interesse non potrà essere esauriente, tralasciando non pochi aspetti come, ad es., i dettagli dell’interpretazione delle fonti regionali conforme al diritto federale. Nell’ottica della comparazione sono possibili pertanto solo alcune conclusioni deboli ed interlocutorie (10.).

³ Cfr. tuttavia il recente tentativo di C. Höpfner, *Die systemkonforme Auslegung*, Tübingen 2008.

⁴ D. Göldner, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm*, Tübingen 1969, 67ss.; H. P. Prümm, *Verfassung und Methodik*, Berlin 1976, 183s.; J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, München 2005, 128ss.; da ultimo U. Lemke, *Einheit aus Erkenntnis*, Berlin 2009, 47s.

⁵ Cfr. ad es. BVerfGE 49, 286 (303): „L’opinione della Corte di giustizia federale, secondo cui i problemi giuridici legati alla transessualità non potrebbero essere risolti in via di perfezionamento giurisprudenziale del diritto, trascura che a tal riguardo potrebbe certo sussistere una lacuna della legge, ma la situazione di diritto costituzionale testè delineata comporta un obbligo dei giudici, immediata conseguenza del diritto fondamentale di cui all’art. 2 co. 1 in combinazione con art. 1 co. 1 LF, che non consente di parlare di una lacuna di disciplina giuridica. Certo l’interesse della certezza del diritto sembra richiedere che il legislatore disciplini le questioni di stato civile connesse alla trasformazione del sesso e alle sue conseguenze. Fino a quando questo non avviene, ai giudici non è posto altro compito che quello sorto ad esempio nel caso della parità tra uomo e donna prima dell’entrata in vigore della legge sulla parità uomo donna (BVerfGE 3, 225 [239 s.], cfr. anche BVerfGE 37, 67 [81]). Essendo la giurisdizione immediatamente vincolata ai diritti fondamentali, a maggiore ragione non può essere loro vietato affrontare tale compito.”

⁶ Cfr. da ultimo M. D’Amico / B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino 2009.

2. Le diversità del sistema tedesco di produzione, interpretazione e controllo di costituzionalità delle fonti

Le differenze di sistema tra l'ordinamento tedesco e quello italiano emergono in gran parte dalla Legge fondamentale (LF) e dalla mancanza di apposite disposizioni di legge sull'interpretazione delle fonti nel codice civile e penale, ma anche dalla legge federale sulla costituzione dell'ordinamento giudiziario (Gerichtsverfassungsgesetz-GVG) e da quella istitutiva del Tribunale costituzionale federale (BVerfGG). Sono dati letterali particolari che tuttavia, alla luce della comparazione delle esperienze giurisprudenziali, indicano delle differenze solo relative e relativizzabili.

In sintesi, le differenze principali nella struttura del sistema costituzionale delle fonti dimostrano una maggiore propensione del sistema tedesco alle gerarchie interne (1.). Quelle relative al principio dello Stato di diritto assegnano al giudice, soggetto alla legge e al diritto, una responsabilità particolare per i diritti fondamentali, e giustificano nell'assenza di specifiche disposizioni sull'interpretazione la sua discrezionalità tecnica nella ponderazione degli argomenti dell'interpretazione (2.). Quelle riguardanti il sistema giudiziario e la giustizia costituzionale dimostrano infine che la Corte di Karlsruhe dispone di strumenti più incisivi per monitorare e controllare, a richiesta, tutte le forme di interpretazione conforme, favorevole o orientata imposte dalla Legge fondamentale (3.).

(1) La gerarchia delle fonti nel diritto tedesco varia solo in alcuni aspetti secondari da quella italiana. Per quanto riguarda le fonti costituzionali, sono principi fondamentali esclusi dalla revisione costituzionale e determinanti dell'identità costituzionale nell'Unione europea, i principi supremi del federalismo (l'articolazione della Federazione in Länder e la partecipazione dei Länder alla legislazione federale) e i principi di cui agli articoli 1 e 20 (dignità dell'uomo, tutela dei diritti dell'uomo, efficacia vincolante dei diritti fondamentali, democrazia, stato sociale, separazione dei poteri, diritto alla resistenza).

Il primato del diritto federale rispetto a quello dei Länder (art. 31 LF) è un principio costituzionale non supremo che produce insieme all'autonomia costituzionale dei Länder ulteriori gerarchie, rendendo quindi possibile anche un'interpretazione adeguatrice delle fonti regionali tanto a quelle federali, quanto alle costituzioni dei Länder.

Per quanto riguarda le fonti internazionali, "le regole generali del diritto internazionale" consuetudinario sono incorporate nel diritto federale dove "prevalgono sulle leggi e producono diritti e doveri immediatamente in capo agli abitanti del territorio federale" (art. 25 LF).⁷ La ricognizione di tali fonti, specialmente se non sono codificate e duplicate da strumenti pattizi, è riservata ad un apposito procedimento di verifica incidentale riservato al giudice costituzionale federale (art. 100 co. 2 LF). La costituzione prescrive l'approvazione (*Zustimmung*) degli organi legislativi federali competenti "nella forma di una legge federale" (art. 59 LF) per accordi che disciplinano le relazioni politiche della Federazione o materie della legislazione federale esclusiva o concorrente, approvazione che implica non solo l'autorizzazione alla ratifica ma anche – secondo la giurisprudenza - la trasformazione in fonti nazionali di tutte le norme *self-executing* del trattato internazionale.⁸ Un primato della CEDU⁹ sulla legislazione nazionale viene tuttavia argomentato anche con l'art. 24 co. 1 LF, che autorizza l'integrazione in organizzazioni sopranazionali (cfr. art.

⁷ Secondo parte della dottrina come fonti subcostituzionali, secondo altre come fonti costituzionali.

⁸ La controversia classica se le fonti internazionali in virtù della trasformazione siano riprodotte in fonti nazionali (cd. Transformationslehre) o debbano essere eseguite come interpretate nella prassi internazionali (Vollzugslehre) è ancora irrisolta, anche se BVerfGE 90, 286 (304) (missioni NATO "out of area") sembra privilegiare la seconda.

⁹ Va ricordata la riserva espressa sull'art. 7 co. 2 CEDU (retroattività della legge penale), BGBl 1954 II, 14.

11 cost. it.), e con l'art. 1 co. 2 LF secondo cui il popolo tedesco si riconosce nei diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo (cfr. art. 2 cost. it.).

Per quanto riguarda infine le fonti comunitarie, la Costituzione tedesca stabilisce all'art. 23 LF da un lato un vincolo per la partecipazione all'Unione europea, una garanzia nazionale del rispetto dei principi di democrazia, stato di diritto, sociali, federativi e di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario, dall'altro lato una riserva di legge qualificata dall'assenso del *Bundestag* per ogni conferimento di diritti di supremazia e una riserva di legge costituzionale per ogni modifica delle basi pattizie dell'Unione europea e per "disposizioni analoghe che modificano o integrano il contenuto della Legge fondamentale".

(2) Il giudice tedesco è non solo soggetto alla legge (art. 97 co. 1 LF), ma anche vincolato a "legge e diritto" (art. 20 co. 3 LF), termine distinto da quello dell'ordinamento costituzionale (*verfassungsmäßige Ordnung*) che vincola *in primis* il legislatore.¹⁰ A differenza della costituzione italiana, quella tedesca stabilisce peraltro esplicitamente che i diritti fondamentali" della Legge fondamentale vincolano tutti i poteri, oltre alla legislazione quindi anche quello giudiziario, come "diritto immediatamente vigente" (art. 1 co. 3). La diade "legge e diritto" sembra riflettere qualche apertura alla cultura giuridica anglosassone, ma i giudicati delle supreme magistrature federali e del loro senato comune che garantisce l'uniformità della giurisprudenza (art. 95 co. 3 LF) vincolano solo il giudice del giudizio *ad quem* alle interpretazioni delle fonti *de quibus*. La legge sull'ordinamento giudiziario delega tali giudici a svolgere funzioni di "perfezionamento del diritto".¹¹ Le loro sentenze, anche quelle basate su interpretazioni adeguatrici quindi non sono fonti del diritto, ma precedenti la cui citazione può essere sufficiente per soddisfare un obbligo di motivazione che, sebbene non esplicitato dalla Legge fondamentale, può essere fatto discendere dai principi costituzionali dello "stato di diritto" (*Rechtsstaat*), termine esplicitato peraltro solo nel 1992 nella revisione costituzionale necessitata dall'adesione all'Unione europea.¹²

Nell'ordinamento tedesco mancano invece apposite disposizioni di legge sull'interpretazione delle fonti, che resta demandata alle valutazioni della professionalità e responsabilità dei giuristi da parte dei giudici, a loro volta meno garantiti nella loro indipendenza, e alla dottrina metodologica (*Methodenlehre*). I canoni tradizionali dell'interpretazione, tramandati da Savigny, sono considerati per lo più come un sistema mobile di argomenti soggetti a un potere discrezionale di ponderazione (*Abwägung*), sistema rispetto al quale le "interpretazioni adeguatrici" stabiliscono semmai delle regole di preferenza.¹³ Il divieto dell'interpretazione analogica della legge penale si fonda peraltro sull'aggettivo "disposto" aggiunto al "*nullum crimen sine lege*" (art. 103 co. 2 LF), mentre il codice civile si occupa soltanto dell'interpretazione delle "dichiarazioni di volontà" civili, anche se non manca chi considera il precetto di "indagare la volontà reale e di non restare attaccato al senso letterale dell'espressione" (§ 133 BGB) concretizzazione di un principio generale per l'interpretazione di tutti gli atti giuridici in uno stato di diritto.

(3.) I giudici devono sindacare la validità e applicabilità di tutte le fonti del diritto (*Prüfungsrecht*), ma non possono decidere l'incostituzionalità di una legge, decisione che è riservata al giudice costituzionale (art. 100 co. 1 LF). A differenza del sistema italiano della giustizia costituzionale, la centralità del controllo in via incidentale è superata sia dalla priorità dei procedimenti di controllo

¹⁰ Una matrice del termine potrebbe essere stata la "primauté du droit" nello statuto del Consiglio d'Europa

¹¹ Cfr. § 132 co. 4 Gerichtsverfassungsgesetz (legge sulla costituzione del giudiziario): „Il senato investito della cognizione può rimettere al Senato Grande la decisione di una questione che abbia significato di principio, se a suo giudizio sia necessario per il perfezionamento del diritto per garantire una giurisprudenza uniforme." (*Der erkennende Senat kann eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung dem Großen Senat zur Entscheidung vorlegen, wenn das nach seiner Auffassung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.*)

¹² Cfr. J. Lücke, *Begründungszwang und Verfassung*, Tübingen 1987, 37ss.

¹³ Cfr., tra tanti, W. Canaris, *Die verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre*, in: *Festschrift E. Kramer*, Basel 2005, 141ss.

astratto su iniziativa dei governi e delle minoranze parlamentari (art. 93 co. 2 LF), sia dalla centralità del ricorso di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerde*) che consente l'impugnazione diretta anche di atti giurisdizionali ritenuti lesivi dei diritti fondamentali ed equiparati ai sensi dell'art. 93 co. 4.a LF. Entrambi questi procedimenti possono essere impiegati anche per controlli preventivi sulle leggi di approvazione dei trattati internazionali e comunitari.

Solo ai giudicati costituzionali la legge istitutiva del Tribunale costituzionale federale attribuisce forza di legge (*Gesetzeskraft*) abrogatrice *ex tunc*, con effetto vincolante (*Bindungswirkung*) per tutti gli organi costituzionali nonché per “tutti i giudici e tutte le autorità” (§ 31 co. 1 BVerfGG).¹⁴ Nei giudizi su ricorso costituzionale individuale, gli stessi effetti sono attribuiti alle decisioni che dichiarano una legge “conforme con la Legge fondamentale”, anche se solo il dispositivo si trova pubblicato nella Gazzetta ufficiale. La giurisprudenza costituzionale considera vincolante anche le *rationes decidendi*, almeno nella parte in cui contengono un'interpretazione della Legge fondamentale.¹⁵ La stessa legge fu peraltro modificata nel 1970, per chiarire che una sentenza penale di condanna passata in giudicato deve essere sottoposta a revisione non solo se era fondata su una legge dichiarata incostituzionale, ma anche se era “fondata sull'interpretazione di una norma che dal Tribunale costituzionale federale è stata dichiarato incompatibile con la legge fondamentale” (§ 79 co. 1 BVerfGG). Una parte della dottrina e lo stesso *Bundesverfassungsgericht* ritiene con questa disposizione riconosciuta non solo la prassi della “*Unvereinbarkeitserklärung*” ma anche quella dell'interpretazione conforme vincolante.¹⁶

3. La genealogia della “*verfassungskonforme Auslegung*” negli anni cinquanta

L'interpretazione conforme alla costituzione è praticata dal *Bundesverfassungsgericht* con dispositivi che rinviano “alla misura data (*Maßgabe*)” dalla motivazione o specificano la norma, dichiarando la disposizione conforme “a condizione che” o “nella misura in cui” (*soweit*). È una tecnica collaudata sin dal 1953 che appare il frutto di una circolazione di modelli sperimentati nella giurisprudenza statunitense e svizzera¹⁷ e recepiti precedentemente in quella bavarese ed austriaca, successivamente anche in quella italiana e francese.¹⁸

Rivisitando le prime decisioni nel loro contesto storico, segnato peraltro da non rare invocazioni del diritto naturale nella giurisprudenza comune, si comprende perché questa tecnica di decisione corrispondeva a esigenze essenzialmente pratiche, incontrando sin dall'inizio anche dubbi e critiche sotto profili teorici: “*Una legge non è incostituzionale, se risulta possibile un'interpretazione in armonia con la Legge fondamentale e se la legge in questa interpretazione resta sensata. (...) In effetti, si ha non solo una presunzione che una legge sia compatibile con la Legge fondamentale, ma nel dubbio il principio che si esprime in questa presunzione esige anche un'interpretazione della legge conforme alla costituzione. È evidente che in tal caso non deve essere ignorato lo scopo della legge.*”¹⁹

¹⁴ Cfr. sull'influenza del modello statunitense M. Kau, *United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht : Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin: Springer, 2007, 414ss.

¹⁵ BVerfGE 19, 377 (391s); 40, 88 (94), ivi anche con riferimento all'interpretazione conforme.

¹⁶ H. Prüm, *Verfassung und Methodik*, Berlin 1976, 43.

¹⁷ Cfr. l'analisi della giurisprudenza svizzera, a partire da quella sulle leggi cantonali nella sentenza del 8. 7. 1908, BGE 34 I 519, e della giurisprudenza austriaca, a partire dall'Erkenntnis del 17. 3. 1952, in V. Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters*, Bonn 1963, 55ss., preceduto da M. Imboden, *Normenkontrolle und Normeninterpretation*, in: *Festschrift H. Huber*, Bern 1961, 138ss.

¹⁸ Cour constitutionnelle 17./18./24. 6. 1959, 59-2 DC. Cfr. T. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interpretatives en France et en Italia*, 1997, 480ss.

¹⁹ BVerfGE 2, 266 (282). Un'interpretazione apparentemente conforme o quanto meno orientata alla Costituzione era stata ravvisata anche nella precedente sentenza BVerfGE 1, 299 (310ss), a proposito di una disposizione che subordinava la ripartizione dei fondi federali per la costruzione di case ad un “consenso” dei Länder (§ 14 *Wohnungsbaugesetz*). Tra le interpretazioni che chiedevano a questo proposito l'unanimità o una maggioranza dei

Queste massime, tuttora citate, furono redatte nel caso di una legge sull'accoglienza d'emergenza (*Notaufnahme*) che aveva prescritto ai rifugiati provenienti dalla zona di occupazione sovietica la richiesta di un permesso di soggiorno, sancendo un divieto del diniego del permesso per i soli casi di pericolo per la vita, l'incolumità e la libertà personale e per "altri motivi impellenti", nei lavori preparatori considerati non equivalenti a motivi meramente umanitari. La sentenza di Karlsruhe del 1953 ribadì che la libertà di circolazione (art. 11 LF) dei cittadini tedeschi in Germania non poteva essere degradata dalla legge a un diritto di asilo politico, essendo ogni restrizione legale della libertà di circolazione subordinata alla mancanza di "una base sufficiente di esistenza" del cittadino, fatto che avrebbe creato "particolari oneri per la generalità" (art. 11 co. 2 LF). Il contrasto tra la riserva di legge così specificata e la legge sull'accoglienza d'emergenza fu risolto, interpretando la legge nel suo insieme come non preclusiva di una verifica obbligatoria, caso per caso, dell'insostenibilità sociale ed economica dell'integrazione del rifugiato. Tale interpretazione "in armonia" con la Legge fondamentale, riecheggiando la formula statunitense "*in harmony with the Constitution*", si oppose alle interpretazioni sostenute perfino nei lavori preparatori in parlamento, ragione per cui si ricorreva alla formulazione di una presunzione simile a quella coniata nella giurisprudenza del *Reichsgericht*, secondo cui il giudice poteva legittimamente presumere solo la volontà del legislatore di non violare la costituzione.²⁰

A questa prima decisione seguì a distanza di un mese un'ordinanza che accolse un ricorso di costituzionalità contro una sentenza che aveva negato il gratuito patrocinio (*Armenrecht*) ad una vittima di un reato che intendeva ricorrere contro il decreto di archiviazione dell'azione penale da parte della procura dello Stato (cd. *Klageerzwingungsverfahren*). Il silenzio del codice di procedura penale, anteriore all'entrata in vigore della Legge fondamentale, era stato considerato fino allora preclusivo di un'estensione del gratuito patrocinio a tale categoria di procedure. Forse incoraggiata da una riforma del codice in itinere, la decisione ritenne che il giudice deve fare un'applicazione estensiva per analogia delle disposizioni sul gratuito patrocinio contenute nel codice di procedura civile, al fine di evitare una discriminazione vietata dal principio di eguaglianza di cui all'art. 3 co. 1 LF. "*A questo non può essere eccettuato che sia riservato al legislatore creare dopo l'entrata in vigore della Legge fondamentale una disciplina rispettosa del principio di eguaglianza. In genere è vero che una disciplina omessa dal legislatore non può essere ottenuta dai giudici. In questo caso, in base al diritto vigente che ha introdotto l'obbligo di avvalersi di un avvocato, è pensabile solo più una norma che tenga conto del principio di eguaglianza, la concessione cioè del gratuito patrocinio. Essendo compatibile con la lettera della legge, può essere messa dal giudice in via di interpretazione al posto dell'interpretazione tradizionale.*"²¹

Questi precedenti sono stati peraltro reinterpretati e limati nel 1958, a pochi mesi dalla sentenza Lüth del relatore Ritterspach che aveva rafforzato l'efficacia dei diritti fondamentali anche nel diritto civile, ribadendo che „allo stesso modo in cui il diritto nuovo deve essere in armonia con il sistema dei valori dei diritti fondamentali, anche il diritto anteriore vigente viene orientato nei propri contenuti verso questo sistema di valori; dal quale influisce una sostanza di diritto costituzionale specifico che d'ora in poi ne determina l'interpretazione.”²² La sentenza Lüth lanciò l'idea di interazione tra i diritti fondamentali e le loro leggi di conformazione (*Wechselwirkung*) che assumeva i primi a fonte di energia raggiante (*Ausstrahlungswirkung*), imponendo ai giudici un'interpretazione orientata alla costituzione che deve fondarsi su un bilanciamento di tutte le

Länder, il Bundesverfassungsgericht optò, sulla base del principio di leale collaborazione, per una unanimità mitigata da un divieto di negare il consenso per ragioni non pertinenti ai criteri di ripartizione. Si desunse dal principio non scritto della *Bundesfreundlichkeit* una norma che rendeva costituzionalmente sostenibile il requisito dell'unanimità.

²⁰ RGZ 134, 1 (15): "Va considerata come volontà presumibile del legislatore il non aver perseguito finalità incostituzionali..."

²¹ BVerfGE 2, 336 (339ss.).

²² BVerfGE 7, 198 (204): „Wie neues Recht im Einklang mit dem grundrechtlichen Wertesystem stehen muß, so wird bestehendes älteres Recht inhaltlich auf dieses Wertesystem ausgerichtet; von ihm her fließt ihm ein spezifisch verfassungsrechtlicher Gehalt zu, der fortan seine Auslegung bestimmt.“ Cfr. per le critiche da ultimo R. Alleweldt, *Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit*, Tübingen 2006, 52ss.

circostanze del caso singolo ed è finalizzata più all'implementazione dei diritti fondamentali che non alla semplice conservazione degli atti giuridici.²³

La successiva sentenza sul diritto delle retribuzioni dei funzionari pubblici restringeva invece il potere di interpretazione estensiva a mezzo di analogia: *“Il giudice non deve conferire ad una legge dalla lettera e dal senso inequivocabile il significato opposto. (...) Se il legislatore privilegia determinati gruppi in violazione dell'art. 3 LF, il Tribunale costituzionale federale può dichiarare nulla la disposizione di favore o dichiarare che la mancata inclusione di singoli gruppi è incostituzionale. Tuttavia non può estendere il privilegio ai gruppi esclusi se non si può presumere con certezza che il legislatore nel rispetto dell'art. 3 LF avrebbe scelto tale disciplina.”*²⁴ Nel caso concreto fu dichiarata inammissibile una questione incidentale che aveva chiesto una sentenza di incostituzionalità parziale con funzione additiva tale da consentire successivamente un'ulteriore estensione in via di analogia.²⁵ Per frenare simili forme di attivismo giudiziario, la sentenza reinterpretò entrambi le decisioni precedenti del 1953. La prima, adottando l'interpretazione restrittiva, avrebbe in definitiva *“mantenuto delle intenzioni del legislatore il massimo di quanto poteva essere mantenuto nel rispetto della Costituzione, lasciando indeciso se l'intenzione del legislatore andava eventualmente oltre.”* La seconda decisione avrebbe affermato la possibilità di un'interpretazione estensiva solo a rime obbligate cioè *“se sul terreno del diritto vigente solo più una disciplina positiva può tenere conto del principio di eguaglianza e se questo è compatibile con il principio di eguaglianza. In nessun caso tuttavia, una simile interpretazione conforme a costituzione può mancare o falsare l'obiettivo del legislatore in un punto essenziale.”*²⁶

Un'attenzione particolare merita la legittimazione di queste prime pratiche di interpretazione adeguatrice. Mentre nel secondo caso dell'estensione per analogia si faceva semplicemente riferimento al principio di eguaglianza, nel primo caso si era parlato di un principio giustificativo della stessa interpretazione conforme senza esplicitarlo. Per una parte della dottrina si trattava di un principio generale di conservazione degli atti giuridici e di tutela dell'affidamento del cittadino nella legge²⁷, secondo altri di un principio di *“unità dell'ordinamento giuridico”*²⁸ che la dottrina svizzera aveva osservato anche nella giurisprudenza statunitense.²⁹ Nell'interpretazione data da

²³ Cfr. la distinzione tra *Grundrechtsentfaltung* e *Normerhaltung* in H. Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, Tübingen 2° ed. 2004, art. 1 III, n. 61.

²⁴ BVerfGE 8, 28 (34).

²⁵ Il petitorio era stato riformulato come richiesta di dichiarare la legge incostituzionale *“nella misura in cui”*, tramite il rinvio ad un'altra legge, avrebbe escluso i funzionari collocati a riposo espulsi dalle regioni orientali dell'impero da un aumento del 20 % delle retribuzioni.

²⁶ BVerfGE 8, 28 (34). I limiti dell'interpretazione adeguatrice furono ulteriormente anche dalla successiva decisione BVerfGE 8, 71 (78) che negò la possibilità di un'interpretazione adeguatrice fondata sul principio dello Stato di diritto al riguardo di un regolamento delegato (Rechtsverordnung) del 1937, perché lo stesso principio dello Stato di diritto vieterebbe di rimettere la commisurazione della restrizione di un diritto fondamentali integralmente alla discrezionalità della pubblica amministrazione. La sentenza sottolineò che l'interpretazione conforme non deve portare ad una innovazione radicale del contenuto normativo della disposizione: *“Piuttosto deve essere riservato al legislatore la decisione se vuole sostituire la disciplina incostituzionale con una conforme alla costituzione.”*

²⁷ J. Cornelius, Gesetzesauslegung und verfassungsmäßige Wertordnung, Köln 1968, 95s.,

²⁸ Cfr. solo V. Haak, op. cit., 304; H. Bogs, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Stuttgart 1966, 22s; critico J. Burmeister, Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, Berlin 1966, 120ss. Cfr. come testo classico di riferimento: K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, come monografie più recenti M. Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, Berlin 1995; D. Felix, Einheit der Rechtsordnung, Tübingen 1998. Sul principio dell'unità dell'ordinamento giuridico come base de sistemi di impugnazione delle sentenze BVerfGE 54, 277 (287): *„In effetti, l'unità dell'ordinamento giuridico è minacciato nel suo nucleo se diritto uguale viene aggiudicato in modo diseguale. (Denn die Einheit der Rechtsordnung ist im Kern bedroht, wenn gleiches Recht ungleich gesprochen wird.)“* Cfr. anche l'analogo principio dell'unità della costituzione in BVerfGE 19, 206 (219): *„Il più nobile principio dell'interpretazione è l'unità della Costituzione come di una struttura di senso logico e teleologico, consistendo l'essenza della costituzione nell'essere un ordinamento unitario della vita politica e sociale della comunità statale.”*

²⁹ Cfr. M. Imboden, op. cit., 138: *„La giustificazione di questa massima si fonda sull'idea che l'ordinamento giuridico costituisca un'unità materiale irrisolvibile, un'unità della produzione di valori e della ragione intrinseca delle norme.”* Tale impostazione fu recepita anche nella giurisprudenza costituzionale bavarese: BayVerfGHE 5, 19 (29).

Konrad Hesse, questo principio impone al giudice di verificare la concretizzazione della costituzione da parte del legislatore, ma esige anche il rispetto della responsabilità dello stesso legislatore democratico: “L’interpretazione conforme alla costituzione delle leggi, retroagendo sull’interpretazione della costituzione nel suo insieme, è pertanto anche interpretazione della Costituzione conforme alla legge.”³⁰ In questa teoria si ritrovano elementi dei principi dello stato di diritto e della democrazia che possono offrire un fondamento insieme giustificativo e limitativo della prassi delle interpretazioni adeguate. La stessa interpretazione conforme alla costituzione deve sempre essere anche interpretazione orientata ai principi fondamentali della Costituzione, rispettando i limiti di ogni interpretazione di fonti in uno Stato costituzionale, limiti che in ultima analisi sono riconducibili ai principi della certezza nello Stato di diritto e nella democrazia: “Ogni interpretazione conforme alla costituzione incontra il proprio limite laddove entrerebbe in contrasto con la lettera e la volontà chiaramente riconoscibile del legislatore.”³¹ Confrontandosi con i termini civilistici, a differenza di un negozio giuridico di diritto civile, una legge che persegue un obiettivo chiaramente incostituzionale non può essere corretta e “convertita” in una legge conforme (“Umdeutung”).

Non è invece vietata una re-interpretazione compatibile con la lettera e la volontà del legislatore, anche se quella disconosciuta sarebbe magari piaciuto di più al legislatore di quella qualificata come conforme a costituzione.³²

Una parte della dottrina critica questa impostazione, parla di forme di “violenza benevole” nei confronti del legislatore cui si andrebbe dire che cosa avrebbe dovuto volere.³³ Altri lamentano una prassi di “correzione del contenuto della legge” che sarebbe sempre di posta sotto un “Einzelfallvorbehalt”, cioè sotto una riserva di bilanciamento caso per caso.³⁴ Nonostante le perduranti controversie della dottrina, sembra tuttavia innegabile che l’interpretazione conforme a costituzione sia diventato da oramai più di mezzo secolo un istituto ben radicato nel diritto vivente tedesco.

4. Perché l’interpretazione conforme a costituzione è dovere anche degli altri giudici

Una ricerca recente ha messo in luce che l’uso giudiziario dell’interpretazione conforme alla costituzione, spesso mescolato con quello dell’interpretazione orientata ai diritti fondamentali, sembra più diffuso tra i giudici amministrativi e del lavoro, meno frequente nel diritto civile e ancora più raro nel diritto penale.³⁵ L’interpretazione conforme alla costituzione era in effetti sin dall’origine concepita come un potere non riservato al giudice costituzionale, ma compreso nel dovere di ogni giudice di orientare l’esercizio dei propri poteri all’attuazione della costituzione. A partire dal *Bundesfinanzhof*³⁶ e dal *Bundesgerichtshof*³⁷, tutte le giurisdizioni federali³⁸ avevano adottato questo strumento anche prima della sentenza Lüth e lo stesso giudice costituzionale assecondava questa nuova prassi, cercando di dimostrare come molte delle interpretazioni prospettate dai giudici comuni erano, vuoi inconsapevolmente, vuoi necessariamente ispirate da principi costituzionali.³⁹

³⁰ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a ed., Heidelberg 1995, § 81. Su posizioni opposte W. Leisner, *Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung*, Tübingen 1964.

³¹ BVerfGE 18, 97 (111), richiamato successivamente nel voto dissenziente BVerfGE 33, 78 (83, 87).

³² In senso opposto, come proposta di un criterio più restrittivo, K. Bettermann, op. cit., 31.

³³ Cfr. soltanto A. Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren*, Heidelberg 1986.

³⁴ M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen 1999, 61s.

³⁵ Cfr. le indicazioni in U. Lembke, op. cit., 139ss. In materia penale cfr. L. Kuhlen, *Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen*, Heidelberg 2006.

³⁶ Cfr. BFinH BSTBl. 1951 III, 107.

³⁷ BGHZ 14, 334ss.

³⁸ Cfr. le indicazioni di J. Burmeister, op. cit., 3.

³⁹ Un caso di questo di genere si presentava anche in un’altra sentenza successiva del 1958 che dichiarava inammissibile una questione incidentale per una disposizione in materia di accertamento della paternità per la quale la Corte di

Il riconoscimento effettivo del dovere di interpretazione adeguatrice da parte dei giudici comuni era agevolato da alcune circostanze favorevoli. Innanzitutto dovevano sindacare la conformità delle leggi anteriori tanto rispetto alle fonti del regime di occupazione, quanto rispetto alla Legge fondamentale sopravvenuta. Inoltre vedevano nel principio di eguaglianza e nei diritti fondamentali norme che riconoscevano diritti anteriori alla stessa costituzione.⁴⁰ Infine interpretavano la propria soggezione a “legge e diritto” non solo come una norma permissiva, ma come un dovere di perfezionamento giurisprudenziale delle leggi, “se la ricerca di una decisione giusta lo richiede”.⁴¹ A dire il vero, una parte della dottrina aveva avanzato dei dubbi, chiedendo subito di separare più nettamente l’interpretazione conforme da quella orientata alla costituzione. Nel 1966, Burmeister aveva paragonato l’eliminazione di un’interpretazione non conforme a una dichiarazione d’incostituzionalità “di fatto” parziale.⁴² Nel 1973, Skouris aveva parlato di incostituzionalità parziale “qualitativa” da riservarsi ai giudici costituzionali.⁴³ Alla seconda conferenza delle corti costituzionali europee nel 1974, il giudice Simon aveva precisato che “per questa interpretazione conforme in senso stretto i giudici costituzionali sono certo preferiti, ma non dotati di una competenza esclusiva.”⁴⁴

Nello stesso anno della sentenza Solange-I, i giudici di Karlsruhe sentivano peraltro il bisogno di consolidare la nuova tecnica delle dichiarazioni di mera incompatibilità che significava un restringimento del campo di applicazione delle sentenze interpretative in nome della tutela della discrezionalità del legislatore. Difendendo la libertà del legislatore di optare per una sanatoria del vizio di discriminazione di genere solo a partire dalla data della decisione di mera incostituzionalità, si precludeva l’effetto retroattivo fisiologico dell’interpretazione conforme.⁴⁵

Alquanto singolare era la motivazione di questa decisione: “*Se il Tribunale amministrativo federale ritiene che il § 4 co. 1 della legge sulla cittadinanza dell’Impero e dello Stato deve considerarsi integrato dall’art. 3 co. 2 LF, nel senso che i figli legittimi di una madre tedesca acquistano con la nascita la cittadinanza tedesca allo stesso modo dei figli legittimi di un padre tedesco, questo non significa che si giudica doverosa o lecita un’interpretazione adeguatrice della disciplina vigente come ogni giudice competente potrebbe adottarla. Gli argomenti del giudice a quo intendono solo dimostrare che secondo questa opinione l’incostituzionalità dovrebbe portare necessariamente ad un’integrazione del tipo delineato, con l’effetto che in questo caso il ricorso nel giudizio a quo andrebbe accolto.*” L’interpretazione adeguatrice che avrebbe portato all’estensione (analogica) della disposizione *de qua*, risultava quindi esclusa perché nella discrezionalità del legislatore

giustizia federale aveva già sviluppato un’interpretazione estensiva, secondo i giudici di Karlsruhe ispirata all’art. 6 co. 5 della Legge fondamentale che impone la parificazione dei figli nati fuori dal matrimonio. Indipendentemente dalla questione se tale disposizione conteneva solo un mandato di legislazione, esprimeva sempre una decisione di valore vincolante per l’interpretazione della legislazione vigente: “Se sono possibili due interpretazioni di una norma, merita la preferenza quella che corrisponde meglio ad una decisione di valore della costituzione.” (BVerfGE 8, 78 (81)).

⁴⁰ BGHZ 11, 81 (84).

⁴¹ BGHZ 17, 266 (276). Soprattutto i giudici civili si identificavano con una cultura antiformalista dell’interpretazione. Cfr. BGHZ 18, 44 (49): “Anche di fronte a una lettera linguisticamente inequivocabile di una legge, occorre un’interpretazione secondo il senso e lo scopo della stessa se il conflitto di interesse da decidere non poteva essere stato preso in considerazione al momento dell’adozione della legge, essendosi manifestato solo per effetto di una mutazione successiva della situazione di fatto.”

⁴² J. Burmeister, op. cit. 124ss.

⁴³ W. Skouris, *Teilnichtigkeit von Gesetzen*, Berlin 1973, 90. Per K. Schlaich / S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, 7ed., München 2007, n. 446s., attribuisce tale qualificazione tuttavia solo alle sentenze interpretative dei giudici costituzionali. Cfr. ancora A. Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen und Gefahren*, Heidelberg 1986.

⁴⁴ H. Simon, *Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, EuGRZ 1974, 87. Cfr. successivamente anche K. Stern, *Staatrecht I*, 1977, 111 che qualifica l’interpretazione conforme alla costituzione come “strumento specifico del giudice costituzionale” e “elemento accessorio del controllo di costituzionalità”.

⁴⁵ BVerfGE 37, 217 (237).

rientrava anche la possibilità di limitare nel tempo la sanatoria del vizio d'incostituzionalità,⁴⁶ ragione per cui la sentenza di mera incompatibilità risultava più ragionevole.

Nella misura in cui questa nuova tipologia di decisione rimetteva in gioco il legislatore, metteva tuttavia anche in dubbio l'autorevolezza e l'effetto vincolante delle interpretazioni adeguatrici di Karlsruhe, da tempo messi in dubbio dal *Bundesgerichtshof* e solo nel 1970 apparentemente confermato dal legislatore con la riforma del § 79 BVerfGG.⁴⁷ Pertanto di fronte a un giudice di prima istanza che aveva osato mettere in dubbio la giurisprudenza sul diritto alla rimessione nei termini, sviluppata dalla decisione di una *Kammer*, il Senato ribadì non senza un tocco di severità: *“Se il Tribunale costituzionale giudica per via dell’interpretazione conforme alla costituzione” di una norma del diritto ordinario che certe interpretazioni di per sé possibili di una norma sono incompatibili con la Legge fondamentale, nessun altro giudice può ritenere simili ipotesi di interpretazione conformi alla costituzione.*⁴⁸

Il giudice comune non solo non aveva diritto di contestare le interpretazioni adeguatrici del giudice costituzionale, ma doveva considerarsi obbligato ad esaminare simili interpretazioni. A questo proposito, la giurisprudenza degli anni sessanta aveva stabilito due indirizzi. Secondo il primo indirizzo un giudice che ritiene lecita un'interpretazione conforme non può sollevare una questione incidentale di costituzionalità.⁴⁹ Secondo l'altro indirizzo, una questione incidentale non è inammissibile per il solo fatto che il giudice *a quo* non abbia discusso la questione ipotetica se sia possibile o meno un'interpretazione conforme alla costituzione.⁵⁰

Nel 1978 un'ordinanza del primo Senat ritornò su questa giurisprudenza, dichiarando inammissibile una questione incidentale che aveva per oggetto una legge che autorizzava un regolamento ministeriale a disciplinare gli esami e le pagelle scolastiche: *“La procedura in via incidentale ai sensi dell’art. 100 co. 1 LF non ha il senso di escludere gli altri giudici dall’esame e dalla decisione di tutte le questioni di diritto costituzionale e di risparmiare al giudice competente un’interpretazione conforme alla costituzione, e nella misura in cui per via di un’interpretazione conforme alla costituzione può essere evitata la dichiarazione d’incostituzionalità di una norma, è fuori luogo una rimessione al Tribunale costituzionale federale.”* Il giudice *a quo* avrebbe dovuto interpretare la legge di autorizzazione del regolamento in questione, verificando le possibilità di un'interpretazione adeguatrice di tale legge, la cui genericità l'avrebbe resa perfettamente suscettibile di interpretazioni (*“durchaus auslegungsfähig”*). *“Non avendo il giudice rimettente finora esaminato se dei suoi dubbi di costituzionalità non possa tenere conto un’interpretazione conforme alla costituzione, la questione da lui rimessa è inammissibile.”*⁵¹ In questo modo, la questione incidentale diventava solo più ammissibile *“se il giudice rimettente è convinto dell’impossibilità di una interpretazione adeguatrice e quindi dell’incostituzionalità della legge.”*⁵² Questa tendenza all'irrigidimento dei filtri è stata perfezionata dalla giurisprudenza successiva. Una questione incidentale è quindi inammissibile se il giudice comune *“non discute la possibilità di un’interpretazione conforme alla costituzione della disposizione rimessa, nonostante una tale soluzione fosse a portata di mano (naheliegt).”* Il giudice *a quo* non solo deve affrontare delle ipotesi di interpretazione adeguatrice già emerse in giurisprudenza e in dottrina, ma addentrarsi

⁴⁶ La stessa sentenza operava poi un'analogia conforme a costituzione, ritenendo che il divieto di esecuzione di sentenze fondate su disposizioni dichiarate incostituzionali debba valere anche in caso di disposizioni dichiarate meramente incompatibili (262.). Cfr. infra sub 5.

⁴⁷ BGHZ 13, 265ss.

⁴⁸ BVerfGE 40, 88 (93). Cfr. per un'analisi critica dell'effetto vincolante delle sentenze interpretative M. Sachs, Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgericht, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, 344ss.

⁴⁹ BVerfGE 22, 373 (379).

⁵⁰ BVerfGE 25, 198 (204).

⁵¹ BVerfGE 48, 40 (47). Cfr. K. Zierlein, Zur Prozeßverantwortung der Fachgerichte im Lichte der verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG, in: Festschrift E. Benda, Heidelberg 1995, 474 che indica invece come decisioni opposte, in senso più tollerante BVerfGE 25, 198 (204) e 64, 180 (187).

⁵² BVerfGE 51, 204 (323); 68, 377 (344), 76, 100 (105).

nella ricerca della stessa “ogni qual volta che si presentano delle interpretazioni possibili che danno luogo a incisioni di diverso peso in posizioni tutelate dai diritti fondamentali, tali da non riproporre i dubbi di costituzionalità in forma eguale”.⁵³

L'interpretazione adeguatrice quindi non è una facoltà o un onere di argomentazione per il giudice che ricorre contro una legge incostituzionale, ma un dovere che consegue al divieto generale fatto a ogni giudice di applicare una legge incostituzionale e al comando di rimettere la decisione sull'incostituzionalità al giudice costituzionale. A questo riguardo, la giurisprudenza costituzionale tedesca richiede peraltro una ferma convinzione del giudice circa l'incostituzionalità della legge *de qua*, criterio più rigido di quello della manifesta infondatezza e quindi del semplice dubbio stabilito nella giustizia costituzionale italiana.

Se l'interpretazione conforme a costituzione spetta quindi tanto ai giudici comuni quanto a quelli costituzionali, questo comporta il rischio di divergenze. Sin dall'inizio, il Bundesverfassungsgericht ha sottolineato il proprio potere autonomo di interpretazione della legge come potere intrinseco alla propria natura di organo giurisdizionale che può decidere qualsiasi questione pregiudiziale di diritto comune con decisioni non impugnabili.⁵⁴ Il rispetto delle funzioni di nomofilachia delle altre supreme magistrature federali (art. 95 LF) e la certezza del diritto nello Stato di diritto impongono il maggiore rispetto possibile della giurisprudenza comune, perché l'interpretazione e l'applicazione delle leggi ordinarie spetta ai giudici che sono “più vicini alla causa”.⁵⁵ Questo si riflette sia nella struttura della motivazione della sentenza, sia nell'idea che al giudice costituzionale sia vietato imporre interpretazioni divergenti dalle “opinioni dominanti”, termine che a differenza di quello del “diritto vivente” riconosce implicitamente anche il ruolo della dottrina nella formazione delle convenzioni interpretative.⁵⁶ In assenza di convenzioni interpretative consolidate, il giudice costituzionale tuttavia non è obbligato a chiedere un parere alle supreme magistrature federali, altrimenti si arriverebbe ad instaurare di fatto un meccanismo pregiudiziale informale del tutto incongruo rispetto a quello stabilito dalla Costituzione.⁵⁷

Sulla base di un'analisi critica della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*, Andreas Voßkuhle - attualmente giudice costituzionale del secondo Senat - ha proposto nel 2000 una revisione delle pratiche di interpretazione conforme alla costituzione, anche al fine di migliorare il rapporto di cooperazione tra giudici costituzionali e giudici comuni. Richiamando i giudici comuni ad un maggiore *self-restraint*, anche al fine di evitare interpretazioni adeguatrici divergenti e di stimolare il legislatore a migliorare la propria produzione normativa, egli propone

- a) di riconoscere al giudice comuni *a quo* una prerogativa per il giudizio sui margini di interpretazione della legge *de qua*, in linea di principio vincolante per il giudice costituzionale,
- b) di considerare precluso al giudice costituzionale ogni promozione di attività di perfezionamento giurisprudenziale del diritto,
- c) di optare nel dubbio per sentenze d'incostituzionalità parziale,
- d) di limitare l'onere di motivazione circa l'impossibilità dell'interpretazione adeguatrice alle sole ipotesi di interpretazioni conformi “a portata di mano”.

Queste prospettive di sviluppo del diritto vivente, di particolare interesse anche per l'attuale dibattito italiano, indicano una serie di problemi e linee di conflitto che meritano qualche approfondimento ulteriore.

⁵³ BVerfGE 85, 329 (333s.).

⁵⁴ BVerfGE 7, 45 (50), 10, 340 (345), 25, 371 (390).

⁵⁵ BVerfGE 40, 88 (94): „ist Sache der sachnäheren Fachgerichte.“

⁵⁶ BVerfGE 72, 155 (170): „Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, eine von der herrschenden Auffassung abweichende Auslegung der gesetzlichen Vorschriften vorzuschreiben.“

⁵⁷ Questa la tesi di C. Höpfner, op. cit., 21 lss.

5. Quando un'interpretazione adeguatrice si annoda all'altra, possono sorgere dissensi

Le critiche alla prassi dell'interpretazione conforme non sono mai cessate e i dubbi di eventuali contrasti con la volontà storica del legislatore hanno dato luogo perfino ad una delle rare decisioni del plenum del *Bundesverfassungsgericht*.⁵⁸ Negli anni novanta, alcuni dissensi all'interno del Tribunale costituzionale federale – peraltro sempre mossi da giudici non provenienti dall'accademia - sembrano aver reagito a tali critiche e riaperto la riflessione sui limiti del potere dei giudici costituzionali, desumibili dal diritto delle funzioni pubbliche (*funktionellrechtlich*).⁵⁹

(1) Il primo caso riguarda una disposizione della legge federale sulle riunioni: “Chiunque abbia intenzione di organizzare una riunione a cielo aperto o un corteo deve avvisare l'autorità competente entro e non oltre 48 ore prima di darne notizia pubblica, indicando l'oggetto della riunione o del corteo.” La violazione dell'obbligo è prevista una sanzione penale. Una prima interpretazione adeguatrice aveva stabilito che l'obbligo di preavviso non poteva valere per riunioni spontanee, anche perché non organizzate.⁶⁰ La seconda sentenza interpretativa aveva aggiunto che la disposizione deve essere interpretato nel senso che “le riunioni d'urgenza devono essere avvisate non appena possibile.”⁶¹ Per riunioni d'urgenza dovevano intendersi quelle riunioni per le quali, a differenza di quelle spontanee, era possibile il preavviso, ma impossibile il rispetto del termine relativo. I giudici dissenzienti hanno censurato la seconda interpretazione adeguatrice eccessiva rispetto ai limiti del potere di interpretazione adeguatrice. Trovandosi di fronte alla minaccia della sanzione penale per “riunioni non avvisate”, il cittadino rischierebbe o di prendere la legge sul serio, desistendo dalla riunione, o di giudicarla inapplicabile, non potendo egli conoscere l'interpretazione conforme imposta dal giudicato costituzionale. Sarebbe stato più coerente al principio di certezza della legge penale una declaratoria d'incostituzionalità parziale.

(2) Il secondo caso riguarda un complesso di disposizioni emanate per fare fronte ad un precedente mandato di legislazione da Karlsruhe. Nel 1977 era stato dichiarato conforme a costituzione la pena dell'ergastolo a condizione che il condannato potesse avere oltre alla grazia un'ulteriore strumento giuridico per riguadagnare quanto meno una libertà vigilata, sulla base di una legge che disciplinasse la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena.⁶² Il nuovo § 57a del codice penale aveva poi previsto una sospensione dopo 15 anni di reclusione a condizione in casi di prognosi sociale positiva, escludendone quelli in cui la “gravità della colpa” del condannato richiedeva un'ulteriore detenzione. Nel 1992, il giudice costituzionale non accoglieva le censure di indeterminatezza del criterio della gravità⁶³, giudicando invece il combinato disposto delle norme procedurali relative al giudizio sulla sospensione della pena⁶⁴ conformi a costituzione solo se la valutazione della gravità della colpa restava riservata al giudice del merito e motivata nella sentenza di condanna, e se le valutazioni circa la gravità della colpa erano vincolanti per il giudice di sorveglianza. Nei casi anteriori alla riforma, il giudice di sorveglianza poteva valutare la gravità solo in base ai fatti accertati dalla sentenza di condanna. In caso di diniego della sospensione

⁵⁸ BVerfGE 54, 277 (298ss). Nel giudizio di W. Zeidler, Arten, Inhalt und Wirkungen der Entscheidungen über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsnormen, EuGRZ 1988, 210 avrebbe adottato un'interpretazione conforme restrittiva „semmai in minima misura incisiva sull'intenzione manifestata del legislatore e pertanto ancora ammissibile“.

⁵⁹ Cfr. soltanto W. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1992, 27ss.

⁶⁰ BVerfGE 69, 315 (358).

⁶¹ BVerfGE 85, 69. Cfr., M.-E. Geis, Die „Eilversammlung“ als Bewährungsprobe verfassungskonformer Auslegung, NVwZ 1992, 1025ss.

⁶² BVerfGE 45, 187 (245ss).

⁶³ Sotto altro profilo già deciso in BVerfGE 64, 261 (271 s.) e BVerfGE 72, 105 (113 s.), cfr. il voto dissenziente del giudice Winter in BVerfGE 86, 288 (355).

⁶⁴ Precisamente la “disciplina complessiva dell'§ 57 a co. 1 per 1 n. 2 codice penale in combinazione con i §§ 454, 462 a codice di procedura penale e § 74 co. 1 per 1, co. 2 per. 1 n. 4 legge sulla costituzione dell'ordinamento giudiziario”.

doveva invece decidere fino a quando la gravità della colpa esigeva un'esecuzione ulteriore della pena di ergastolo. Tali norme venivano presentate come risultati di un'interpretazione conforme a costituzione: *“il rispetto del potere legislativo (art. 20 co. 2 LF) impone di conservare nei limiti della costituzione il massimo di quanto ha voluto il legislatore (...). Null'altro può valere se nell'ambito di un sistema di normazione legislativa il diritto costituzionale vieta una determinata interpretazione di una disposizione che fa parte di questo sistema normativo, mentre un'altra norma, che fa parte dello stesso sistema di normazione, risulta invece suscettibile, secondo la propria lettera e il proprio senso, di un'interpretazione conforme alla Legge fondamentale, tale da consentire di mantenere quel che il legislatore intendeva principalmente conseguire con la disciplina complessiva messa in opera.”*⁶⁵

Per il giudice dissenziente Mahrenholz, questo intervento di interpretazione delle disposizioni sulla procedura di esecuzione introduce un “interpretamento” che accerta una volontà del legislatore non espressa nelle leggi. Il mantenimento del massimo della volontà del legislatore sarebbe solo formale, creandosi in verità un “*aliud*” attraverso una profonda innovazione del diritto processuale. La costituzione non pretenderebbe di riservare la valutazione della gravità della colpa al giudice di merito: *“Se la legge esclude ogni commisurazione individuale della pena nella condanna all'ergastolo, simili criteri non possono neppure essere utilizzati nella decisione sulla sospensione dell'esecuzione per modificare – in modo sfavorevole al reo – un'ulteriore conseguenza giuridica fondata sulla condanna. Il divieto di analogia lo preclude.”*⁶⁶ Al posto di un'interpretazione manipolativa sarebbe stata preferibile una dichiarazione incostituzionalità parziale della previsione dell'ergastolo che potrebbe essere conforme al principio di proporzionalità solo qualora rappresentasse un massimale.

Il voto dissenziente fa riemergere il problema del rispetto del principio di legalità. Le disposizioni interpretate erano più attinenti alle procedure che non al diritto sostanziale, ma qualche dubbio resta con riguardo al principio del giudice precostituito per legge, visto che la sentenza costituzionale, non pronunciando un'incostituzionalità parziale che avrebbe forse troppo scosso l'opinione pubblica, non poteva essere dotata di forza di legge.⁶⁷

(3) Il terzo caso infine riguarda la controversa giurisprudenza sulla *Drittwirkung* delle garanzie costituzionali dell'autonomia privata nel diritto civile. Si tratta di un'interpretazione delle clausole generali del codice civile tedesco (§ 138, 242 BGB) orientata alla costituzione. Una sentenza del 1993⁶⁸ in materia di fideiussioni private aveva affermato l'obbligo dei giudici di rendersi garanti che simili contratti non si trasformassero in strumenti vessatori, pretendendo prestazioni finanziarie manifestamente eccessive rispetto alla capacità economica del fideiussore. Il *Bundesgerichtshof*, aderendo ad un lontano precedente del *Bundesfinanzhof* negò a tale giurisprudenza innovativa l'efficacia retroattiva sull'esecuzione forzata di giudicati pregressi, non essendo disposta dalla legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht*. Tale sentenza fu impugnata ed annullata dai giudici costituzionali per violazione del principio di eguaglianza.

La sentenza costituzionale, ricostruendo la genealogia della disposizione *de qua* riformata nel 1970, ricorda innanzitutto un proprio precedente del 1974⁶⁹ secondo cui anche le sentenze di condanna penale fondate su disposizioni dichiarate meramente incompatibili possono essere revisionate (§ 79 co. 1 BVerfGG) e sono soggette a cessazione dell'esecuzione forzata (§ 79 co. 2 per. 2 BVerfGG).⁷⁰

⁶⁵ BVerfGE 86, 288 (320s.).

⁶⁶ BVerfE 86, 288 (342). Cfr. anche M.-E. Geis, Die pragmatische Sanktion der “verfassungskonformen Analogie”: kritische Anmerkungen zur neuesten Lebenslänglich-Entscheidung des BVerfG, NJW 1992, 2938ss.

⁶⁷ Cfr. M.-E. Geis cit., 2939s.

⁶⁸ BVerfGE 89, 214.

⁶⁹ BVerfGE 37, 217 (262s.).

⁷⁰ § 79: “(1) Contro una sentenza penale passata in giudicato, fondata su una disposizione dichiarata incompatibile con la legge fondamentale o dichiarata nulla ai sensi del § 78 o fondata sull'interpretazione di una disposizione dichiarata dal Bundesverfassungsgericht incompatibile con la Legge fondamentale è ammessa la revisione secondo le prescrizioni del codice di procedura penale. (2) Per il resto non sono toccate le decisioni non più impugnabili fondate su una

In un secondo punto, approvato a maggioranza di 7 a 1, la decisione dichiara che non vi è differenza sostanziale tra decisioni fondate su fonti dichiarate incostituzionali e decisioni fondate sull'interpretazione incostituzionale di una fonte mantenuta in vita da un'interpretazione conforme a costituzione del giudice costituzionale. In un terzo passo, approvato a maggioranza di 5 a 3, dichiara che il principio di eguaglianza impone di equiparare ai casi di interpretazione conforme a costituzione anche il caso di "interpretazione di clausole generali del diritto civile e di concetti giuridici vaghi che garantisce l'effetto di irraggiamento dei diritti fondamentali". Il divieto di continuare l'esecuzione forzata delle sentenze dovrebbe valere anche per colui "il cui diritto fondamentale è stato violato perché un giudice non poteva ancora tenere conto la giurisprudenza sulla concretizzazione conforme a costituzione dei concetti giuridici vaghi del codice civile".⁷¹ In sintesi, l'ordine di far cessare l'esecuzione forzata di sentenze fondate su norme dichiarate incostituzionali di cui al § 79 c. 2 per. 3 BVerfGG va applicato a) a sentenze fondate su norme dichiarate meramente incompatibili con la Costituzione, b) a sentenze fondate su disposizioni interpretate in modo divergente dall'interpretazione conforme a costituzione dettata da un giudice costituzionale, c) a sentenze fondate su interpretazioni contrastanti con un'interpretazione orientata alla Costituzione contenuta in un giudice costituzionale che – simile ad una sentenza italiana "additiva di principi" - enuncia dei principi riferibili non solo al caso singolo giudicato e quindi vincolanti per tutti i giudici in virtù dell'effetto vincolante delle sentenze costituzionali disposto dalla legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht*.

Il voto dissenziente del giudice signora Haas ha eccepito che il principio generale, almeno per gli effetti delle sentenze costituzionali in giudizi diversi da quelli sul ricorso costituzionale diretto, non è la cessazione dell'esecuzione forzata bensì la conservazione delle decisioni non più impugnabili, con le due eccezioni delle sentenze non ancora eseguite e delle sentenze di condanna penale. La maggioranza, colmando una presunta lacuna con proprie idee di politica del diritto, non avrebbe dimostrato che tale lacuna fosse contraria ai piani del legislatore (*planwidrig*), il quale avrebbe effettivamente voluto intervenire solo sulle sentenze penali, non anche su quelle civili. A differenza delle decisioni caducatorie di disposizioni dotate di forza di legge, quelle interpretative di rigetto avrebbero soltanto una forza di giudice estesa, quindi non potrebbero giustificare una deroga all'esecutorietà di sentenze passate in giudice, nemmeno consentita per altre ipotesi. Anche la seconda analogia a favore di un divieto dell'esecuzione forzata derivato da una sentenza di interpretazione "orientata" opererebbe una parificazione illogica. La sentenza di interpretazione "conforme" avrebbe una funzione essenzialmente negativa e caducatoria dell'interpretazione non conforme, quella "orientata" invece una funzione essenzialmente positiva, obbligando i giudici comuni nell'applicazione della legge di "tenere conto ulteriormente di direttive immediatamente dedotte dalla Legge fondamentale, ma che, in virtù della sua natura di ordinamento "cornice", devono restare necessariamente a raggio ampio e suscettibili di concretizzazione."⁷²

Il voto dissenziente mette giustamente in rilievo che l'analogia in questione non è tanto "analogia legis" quanto "analogia juris". Tuttavia sarebbe una forzatura negare che il giudice costituzionale ha cercato una reinterpretazione non arbitraria del sistema delle disposizioni della legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht* (§§ 31, 78s. BVerfGG). In ultima analisi, il principio di diritto costituzionale sostanziale che ha guidato l'interpretazione del diritto costituzionale processuale in questo caso è che lo Stato non può prestare la propria forza a decisioni che, anche se solo *ex post*, risultano inadeguate rispetto a quanto pretendono i diritti fondamentali.

disposizione dichiarata nulla in applicazione del § 78, salvo quanto previsto dal § 95 co. 2 o da una disciplina legislativa particolare. L'esecuzione forzata di una tale decisione è inammissibile. Se esecuzione forzata è attuata secondo le disposizioni del codice di procedura civile, trova applicazione analoga la prescrizione del § 767 del codice di procedura civile. Sono escluse pretese per arricchimento senza causa." Il § 767 ZPO (c.p.c. ted.) prevede l'istituto del ricorso in opposizione all'esecuzione forzata (Vollstreckungsgegenklage).

⁷¹ BVerfGE 115, 51 (67).

⁷² BVerfGE 115, 51 (79). Cfr. la nota di W. Brehm, JZ 2006, 975ss.

Questo perfezionamento giurisprudenziale del diritto costituzionale processuale, accettato anche dalla giurisprudenza successiva del Bundesgerichtshof,⁷³ può essere valutato come ogni scelta di perfezionamento interpretativo di un giudice. Sulla base di un orientamento dottrinale recente si possono ritenere inammissibili perfezionamenti giurisprudenziali non bene “innestati” nelle fonti e non argomentate secondo i canoni riconosciuti, o che siano incoerenti rispetto ai propri precedenti, o che siano prive di una valutazione del proprio impatto sociale e non suscettibili di eventuali correzioni legislative.⁷⁴

Nei casi qui esaminati non mancano dubbi sulla legittimità di un perfezionamento che proprio per il fatto di innestarsi su fonti rielaborate da interventi giurisprudenziali precedenti deve assumersi oneri di argomentazione ulteriori e mettere sempre in conto la propria reversibilità in sede legislativa. Il legislatore tedesco dovrebbe essere sempre libero di limitare gli effetti vincolanti dei giudicati costituzionali.

6. Il favore per il diritto internazionale impone di dare considerazione prioritaria ai giudicati di Strasburgo

L'interpretazione favorevole al diritto internazionale è il frutto di un principio costituzionale di “favore per il diritto internazionale” (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) che la dottrina e la giurisprudenza hanno desunto da un'interpretazione sistematica dell'insieme delle disposizioni della Legge fondamentale sulle relazioni internazionali, in particolare anche dal preambolo e dal richiamo ai diritti umani di cui all'art. 1 co. 2 LF. Una prima traccia significativa di questo principio si trova nella sentenza sul concordato: „nella Legge fondamentale, il favore per il diritto internazionale non si spinge fino a garantire il rispetto di trattati internazionali vigenti vincolando il legislatore al diritto che ne corrisponde.”⁷⁵ Una prassi di interpretazione adeguatrice *sui generis* fu tuttavia promossa dalla dottrina che considerava una legge posteriore incapace di derogare a un trattato internazionale precedente, qualificabile come *lex specialis*.⁷⁶

Negli anni settanta si è parlato poi di una “tendenza favorevole al diritto internazionale” per affermare che l'applicazione di fronti straniere deve fermarsi dinnanzi alla tutela dell'ordinamento dei valori costruito dai diritti fondamentali come conseguenza della fedeltà ai diritti umani sancita all'art. 1 co. 2 LF. La libertà di contrarre matrimonio è stata pertanto interpretata “anche” alla luce dell'art. 12 CEDU e dell'art. 16 della Dichiarazione universale del 1948, che quindi partecipano all'effetto di irraggiamento dei diritti fondamentali sull'ordinamento nazionale.⁷⁷

Nei procedimenti su ricorsi costituzionali contro sentenze, i giudici di Karlsruhe si sono riconosciuti inoltre il compito di “*vigilare in modo particolare affinché quelle violazioni del diritto internazionale che consistono nell'inosservanza o nell'applicazione errata di norme di diritto internazionale da parte di giudici tedeschi e che potrebbero fare sorgere una responsabilità di diritto internazionale della Repubblica federale tedesca, siano possibilmente prevenute o*

⁷³ BGHZ 167, 272 ss. che precisa tuttavia come un mutamento della giurisprudenza indotto da sentenze interpretative onseste di bloccare l'esecuzione, non anche giudizi di revisione delle sentenze pregresse.

⁷⁴ Cfr. in questo senso un contributo di A. von Bogdandy al colloquio costituzionale italo-tedesco di Firenze del 16./17. 10. 2009 alla discussione sulla sentenza del 15. 1. 2009, con voti dissenzienti dei giudici professori Osterloh, Di Fabio e Voßkuhle, specialmente a C. Möllers, Nachvollzug ohne Maßstababbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2009, 668ss.

⁷⁵ BVerfGE 6, 302 (362). Cfr. per una prima ricostruzione della giurisprudenza H.-P. Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1989), 410ss. Per una ricostruzione della dottrina A. Bleckmann, Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1996, 137ss. Da ultimo A. Proelss, der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG, in: H. Rensen / S. Brink, Trends in the Case Law of the German Federal Constitutional Court / Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Berlin, 2009, 553ss.

⁷⁶ Cfr. C. Tomuschat Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 1958-1965, ZaöRV28 (1968), 74ss.

⁷⁷ BVerfGE 31, 58 (75).

*eliminate.*⁷⁸ I giudici di Karlsruhe hanno lasciato finora aperto se tale massima, che sembra implementare anche il principio generale “*pacta sunt servanda*”, sia applicabile anche a trattati firmati, ma non ancora ratificati,⁷⁹ a trattati oggetto di rifiuto implicito dell’autorizzazione alla ratifica⁸⁰ o ad accordi amministrativi internazionali.⁸¹

Per difendere i diritti umani, al cittadino non è consentita una difesa diretta per mezzo di un ricorso di costituzionalità, ma il giudice costituzionale ha cominciato a verificare se i giudici comuni possono aver violato il divieto di arbitrio della Legge fondamentale (arg. art. 3 LF) nell’interpretazione della CEDU.⁸²

In questo modo si è arrivato anche alla decisione finora forse più favorevole al diritto internazionale, che risale al 1987: “*La presunzione di innocenza è una specificazione particolare del principio dello stato di diritto e ha pertanto rango costituzionale (...). Se il Tribunale costituzionale federale, al fine di definire la presunzione di innocenza, ha fatto riferimento alla lettera dell’art. 6 co 2 CEDU (BVerfGE 35, 311 (320)), che non ha rango di diritto costituzionale nella Repubblica federale, questo si deve all’effetto giuridico che l’entrata in vigore della convenzione ha prodotto per il rapporto tra i diritti fondamentali della Legge fondamentale e i diritti umani apparentati della Convenzione. Nell’interpretazione della Legge fondamentale devono essere tenuti in considerazione il contenuto e lo stato di sviluppo della Convenzione europea dei diritti umani, salvo che questo comporti una restrizione o diminuzione della tutela dei diritti fondamentali secondo la Legge fondamentale, conseguenza che peraltro la stessa convenzione intende aver escluso (art. 53 CEDU). Pertanto, sotto questo profilo, anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani serve come un ausilio d’interpretazione per definire il contenuto e la portata dei diritti fondamentali e dei principi dello stato di diritto della Legge fondamentale.*”⁸³

Il richiamo alle sentenze di Strasburgo come ausili d’interpretazione (*Auslegungshilfe*) anche per la stessa Costituzione⁸⁴ fu accolto molto favorevolmente nella giurisprudenza dei giudici comuni⁸⁵ e sembrava spianare la strada anche per un’interpretazione adeguatrice indiretta alla CEDU come una sorta di norma interposta.

Questo sviluppo è stata ridimensionato invece nella sentenza Görgülü del 2004,⁸⁶ in una lunga battaglia giudiziaria culminata nella sentenza Carolina di Monaco della Corte di Strasburgo dello stesso anno.⁸⁷ Secondo questo giudicato, il favore per il diritto internazionale si basa soprattutto sul

⁷⁸ BVerfGE 58, 1 (34).

⁷⁹ Cfr. BVerfG ord. 29. 5. 2007, EuGRZ 2007, 355.

⁸⁰ Cfr. BVerfGE 74, 358 (370).

⁸¹ Favorevole A. Proelss, op. cit., 563.

⁸² BVerfGE 74, 102 (128).

⁸³ BVerfGE 74, 358 (370), 82, 106 (22)

⁸⁴ Cfr. ancora BVerfG EuGRZ 2004, 317 (318).

⁸⁵ Cfr. BVerfGE 111, 223ss; 117, 313ss; BGHSt 45, 321ss; 47, 44ss; BGH NStZ 2004, 505s.

⁸⁶ BVerfGE 111, 307 (317ss.). Tra i numerosi commenti cfr. soltanto I. Pernice, EuZW 2004, 705ss; E. Klein, JZ 2004, 1176ss; S. Mückl, Konfrontation oder Konfrontation?, Der Staat 2005, 40ss; H.-J. Papier, Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte, EuGRZ 2006, 1ss. Cfr. anche il dibattito dei costituzionalisti tedeschi a Rostock nel 2006 con i contributi di S. Oeter / F. Merli, Rechtsprechungskonkurrenzen zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2007), 361ss; e M. Ruffert, Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht, EuGRZ 2007, 245ss.. In Italia F. Palermo, Il Tribunale costituzionale federale e la teoria selettiva” dei contro limiti, in: www.forumcostituzionale.it; A. Di Martino, Il Tribunale costituzionale tedesco delimita gli effetti nel diritto interno delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell’uomo, www.associazionedeicostituzionalisti.it. Manca finora un’analisi comparatistica, in particolare un confronto con la precedente sentenza della corte costituzionale austriaca sui limiti dei compiti di perfezionamento giurisprudenziale del diritto da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo VfSlg 11.500/1987, su cui ad es. K. Schmalenbach, ZöR 59 (2004), 227ss. nonché con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale italiana.

⁸⁷ Corte europea dir. uomo, 24 giugno 2004, V.H. c. Germania, Cass. pen. 2004, 3829 contro BVerfGE 101, 361 (386s.). Cfr. solo i commenti di C. Starck, JZ 2006, 76ss e C. Grabenwarter AFP 2004, 309ss.; G. Dederer, ZaöRV 66 (2006), 616ss.

fatto che la Legge fondamentale *“promuove l’attuazione della sovranità statale mediante il diritto dei trattati internazionali e la cooperazione internazionale e l’inserimento delle regole generali del diritto internazionale. (...) Il favore per il diritto internazionale produce effetti solo nel quadro del sistema democratico e dello stato di diritto della Legge fondamentale”*, che non avrebbe rinunciato alla propria sovranità, racchiusa nell’*“ultima parola della Costituzione”*. *“Pertanto non si contraddice l’obiettivo del favore per il diritto internazionale se eccezionalmente il legislatore non osserva il diritto dei trattati internazionali, in quanto solo in questo modo riesce ad evitare una violazione di principi fondamentali della Costituzione.”*

Pertanto non si può riconoscere una preferenza “automatica” alla CEDU rispetto alle altre leggi federali, specialmente nei casi in cui non esiste ancora una giurisprudenza di Strasburgo.

La sentenza riconosce tuttavia che in virtù della soggezione del giudice a legge e diritto (art. 20 co. 3 LF), la CEDU e le decisioni di Strasburgo devono essere *“prese in considerazione (...) nell’ambito di un’interpretazione metodologicamente sostenibile della legge. Tanto il mancato confronto con una pronuncia della Corte, quanto la sua “esecuzione” schematica in contrasto con fonti di rango superiore possono violare diritti fondamentali in combinazione col principio dello stato di diritto.”* A questo si aggiunge che *“l’art. 2 co. 2 LF assegna al nucleo del patrimonio (Kernbestand) dei diritti umani internazionali una protezione particolare. Quest’ultima è unitamente all’art. 59 co. 2 LF la base per il dovere costituzionale di utilizzare anche nell’applicazione dei diritti fondamentali tedeschi la CEDU nella sua conformazione concreta come ausilio d’interpretazione.”*⁸⁸ La considerazione delle pronunce di Strasburgo secondo il principio del favore per il diritto internazionale significa per il giudice comune quindi in pratica sia un obbligo di diritto costituzionale di interpretare i diritti fondamentali alla luce di quelli umani garantiti dalla CEDU, sia l’obbligo di verificare *“se l’applicazione della disposizione della CEDU non viola fonti di rango superiore, specialmente costituzionali.”*

Questo passo non è facilmente coordinabile con la precedente affermazione secondo cui *“fino a quando nel quadro degli standards metodologici vigenti sono aperti margini di interpretazione e di bilanciamento, ai giudici tedeschi incombe l’obbligo di dare la preferenza all’interpretazione conforme alla Convenzione. Una regola diversa vale solo se a causa di una situazione di fatto mutata (geänderte Tatsachenbasis), l’osservanza della pronuncia comporta violazioni di leggi univoche o di disposizioni costituzionali tedesche, in particolare di diritti fondamentali di terzi.”*

In ogni caso dovrebbe essere sempre effettuata una valutazione di impatto culturale della recezione della giurisprudenza di Strasburgo, specialmente quando interviene in un *“sistema parziale equilibrato del diritto interno che intende bilanciare tra loro posizioni divergenti di diritti fondamentali.”* Il riferimento è qui alle cd. costellazioni pluri- o multipolari dei diritti fondamentali, nelle quali - dal punto di vista dei giudici costituzionali tedeschi - non sarebbe sufficientemente garantito il contraddittorio davanti alla Corte di Strasburgo.⁸⁹

La valutazione di questa nuova linea giurisprudenziale disegnata dalla criticata sentenza Görgölü non può dirsi ancora conclusa e meriterebbe innanzitutto una riconsiderazione accurata dei reali casi di conflitto tra Karlsruhe e Strasburgo.⁹⁰ In estrema sintesi, il principio del favore per il diritto internazionale ha generato una regola che impone nell’interpretazione delle fonti nazionali tenere conto del diritto vivente della CEDU, intesa come fonte di cognizione del contenuto e della portata anche dei diritti fondamentali nazionali. Questo dovere deriva non dalla superiorità gerarchica della fonte, ma dalla necessità di non far sorgere un conflitto con le garanzie internazionali pattizie dei diritti umani (arg. art. 1 co. 2 LF) e di prevenire una responsabilità internazionale per violazione dei

⁸⁸ BVerfGE 110, 307 (329).

⁸⁹ Cfr. gli atti del seminario delle corti costituzionali di lingua tedesca del 2.-4-2006, in particolare il contributo del giudice W. Hoffmann-Riem, *Kontrolldichte und Kontrollfolgen beim nationalen und europäischen Schutz von Freiheitsrechten in mehrpoligen Rechtsverhältnissen*, EuGRZ 2006, 492ss.

⁹⁰ Cfr. ad es. per la ragionevole durata dei processi la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 28. 6 1978 nel caso König c. Bundesrepublik Deutschland, Série A: Vol. 27, n. 100 EuGRZ 1978, 406. Cfr. l’elenco fornito nel rapporto del giudice P. Kirchhof alla nona conferenza delle Corti costituzionali europee a Parigi nel 1993 e altre indicazioni nella relazione di F. Merli, op. cit., 407ss.

diritti umani, ragione costituzionale sufficiente per poter presumere una volontà del legislatore di legiferare in armonia con la CEDU. Al di là della loro forza di giudicato, i giudicati di Strasburgo devono essere trattati come precedenti vincolanti per l'interpretazione della CEDU, un diritto vivente transnazionale da includere nell'interpretazione anche dei diritti fondamentali nazionali. Questo dovere incombe a tutti i giudici nazionali e la sua violazione può essere fatta valere direttamente con un ricorso a Strasburgo, ma anche indirettamente con un ricorso di costituzionalità.⁹¹ La sentenza Gögülü ha sotto questo profilo implicazioni pratiche molto forti, affermando che dovrebbe essere “in ogni caso possibile, eccepire sulla base del diritto fondamentale interessato in un procedimento davanti al *Bundesverfassungsgericht*, gli organi dello Stato avrebbero disconosciuto (*missachtet*) o non tenuto in considerazione una decisione della Corte dei diritti.”⁹² Accogliendo un'istanza per un provvedimento cautelare in materia di asilo politico, la terza *Kammer* dello stesso *Senat* ha infatti non escluso che il dovere di “considerazione” anche di sentenze riguardanti altri Stati della convenzione, nel caso di specie peraltro una sentenza pronunciata un mese prima di quella impugnata, potrebbe essere rafforzato dalla garanzie di accesso alla giustizia offerte dalla Legge fondamentale.⁹³ Una decisione di un'altra *Kammer* ha poi definito “corretta” la giurisprudenza del tribunale federale amministrativo secondo cui “ai giudici tedeschi incombe un obbligo di dare considerazione prioritaria (*vorrangig*) a una giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo” relativa alla CEDU, alla quale anche al di là del caso concreto andrebbe riconosciuta una “funzione di guida normativa” (*normative Leitfunktion*) per gli stati firmatari.⁹⁴

Il cittadino destinatario di un giudicato tedesco che non ha dato considerazione prioritaria ad una sentenza dei giudici di Strasburgo potrebbe quindi, sempre previo esaurimento dei rimedi comuni, fare valere una sorta di arbitraria “non considerazione” per mezzo di un ricorso di costituzionalità. Nei casi in cui il diritto vivente della CEDU garantisce uno standard di protezione superiore alla costituzione nazionale, potrebbe giustificare quindi anche un'interpretazione estensiva dell'ambito di protezione del diritto fondamentale nazionale o offrire un peso aggiuntivo nei bilanciamenti, mentre laddove indica limiti specifici e pone obblighi di protezione potrebbe invece servire a concretizzare dei limiti costituzionali impliciti.⁹⁵

Interpretazione favorevole alla CEDU è quindi qualcosa di meno di un'interpretazione “conforme”, ma forse qualcosa di più di un'interpretazione “orientata”. Potrebbe delineare uno standard intermedio di “considerazione prioritaria” che in linea di principio vieta interpretazioni delle fonti nazionali in difformità dal diritto vivente di fonti coincidenti della CEDU e comanda interpretazioni orientate ad esso, ma incontra sempre limiti nel rispetto di diritti fondamentali attuati e bilanciati in istituzioni ed istituti giuridici nazionali, dei principi fondamentali della Costituzione e della certezza della legge nazionale. Questo trittico di limiti sembra configurare un margine di apprezzamento giurisprudenziale che pretende di integrare comunque in ogni interpretazione “favorevole” alla CEDU un'interpretazione “riguardevole della Costituzione”.

7. L'interpretazione favorevole ad altri giudicati di diritto internazionale

L'interpretazione favorevole al diritto internazionale, tuttavia, implica anche al di fuori della CEDU un'interpretazione in parte “conforme”, in parte “orientata” al diritto internazionale. La successiva sentenza sull'irreversibilità degli espropri del regime di occupazione sovietica, verificando l'insussistenza di un “contrasto” di questa decisione con la CEDU e la relativa giurisprudenza di Strasburgo, ha ulteriormente sviluppato l'interpretazione del dovere di rispetto del diritto

⁹¹ Cfr. in riferimento alla libertà di agire di cui all'art. 2 co. 1 LF, BVerfG, 1 BvR 2604/06 del 18.12.2008.

⁹² BVerfGE 111, 307 (329s.).

⁹³ BVerfG-K, 2 BvR 1794/08 del 3.9.2008, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20080903_2bvr179408.html

⁹⁴ BVerfG-K (2. Senat, 1. Kammer), 19. 9. 2006, NJW 2007, 499 (501).

⁹⁵ Cfr. L. Michael / M. Morlok, Grundrechte, Baden-Baden 2008, 92.

internazionale.⁹⁶ In questo caso fu asserito un “dovere costituzionale immediato” dello Stato di garantire sul proprio territorio l’invulnerabilità dei principi più elementari del diritto internazionale e di produrre in caso di violazioni del diritto internazionale nella misura della propria responsabilità e nel quadro delle proprie possibilità di azione un situazione più vicina al diritto internazionale. “*La legge fondamentale mette gli organi dello stato indirettamente al servizio dell’affermazione del diritto internazionale e riduce in tal modo il rischio di inosservanza dello stesso.*” Pertanto apre il diritto interno al diritto e alla cooperazione internazionale “*nelle forme di un vincolo controllato*”, volendo non subordinarsi, ma “*accrescere il rispetto del diritto internazionale, senza consegnare la responsabilità ultima per il rispetto della dignità dell’uomo e per il rispetto dei diritti fondamentali da parte dei poteri pubblici tedeschi*”.⁹⁷

Dal dovere di rispetto discende l’obbligo in capo a tutti gli organi dello Stato di evitare “per quanto possibile” violazioni del diritto internazionale, di correggere le violazioni commesse dai propri organi e di difendere sul proprio territorio il diritto internazionale anche da violazioni da parte di altri stati, ad es. attraverso l’extradizione. Non ogni violazione del diritto internazionale si traduce in una violazione della costituzione, ma solo quella di norme dotate di coperture costituzionali particolari che delineano il quadro dell’apertura del diritto interno al primato del diritto internazionale, ad es. in materia di diritti umani (art. 1 co. 2 LF), estradizioni a giudici internazionali (art. 16 co. 2 per. 2 LF), Unione europea e organizzazioni internazionali (art. 23-26). A questo punto si precisa che attraverso gli articoli 1 co. 2 e 25 LF la Legge fondamentale “recepisce” anche il graduale riconoscimento dell’esistenza di norme di *jus cogens*, cioè di principi di diritto “imprescindibili per l’esistenza del diritto internazionale e la cui osservanza può essere pretesa da tutti i membri della comunità degli Stati”. Ne fanno parte le garanzie della pace internazionale, il diritto all’autodeterminazione, i “diritti umani fondamentali” e il nucleo normativo della tutela dell’ambiente che prevalgono in virtù del “favor” come norme interposte sulle leggi nazionali.⁹⁸

Nella già citata decisione di una Kammer sul diritto dello straniero all’assistenza diplomatica nelle procedure penali,⁹⁹ Karlsruhe ha esemplificato sulla base della norma che consente l’extradizione alle giurisdizioni internazionali (art. 16 co. 2 per. 2 LF) che esiste anche un dovere costituzionale di “tenere in considerazione le decisioni della giurisdizione internazionale competente”, almeno nella misura in cui gli organi statali sono costituzionalmente obbligati a porsi al servizio del diritto internazionale. Tale dovere di considerazione risulterebbe dalla soggezione dei poteri ai trattati internazionali (art. 59 LF) “nella loro interpretazione da parte della giurisdizione internazionale competente” (in combinazione con il principio dello Stato di diritto ex art. 20 co. 3 LF). Nel caso concreto ritrattava della giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia per il diritto consolare, con un dovere di considerazione che deve prendere in considerazione anche dei precedenti solo di fatto vincolanti purché non direttamente pronunciati nei confronti della Repubblica federale di Germania. Anche rispetto ad un precedente internazionale che produce solo effetti di fatto vincolanti devono essere evitati conflitti tra fonti internazionali e nazionali, riconoscendo anche a tali decisioni una “funzione di guida normativa”. Nel caso concreto, il Bundesgerichtshof aveva inizialmente citato la sentenza LaGrand, ma non aveva segnalato che la propria interpretazione dello scopo dell’art. 36 della Convenzione di Vienna sul diritto consolare divergeva da quella della Corte di giustizia internazionale, né affrontato gli argomenti del giudicato internazionale a favore della tesi contraria.¹⁰⁰

È appena il caso di aggiungere che la considerazione prioritario dei giudicati internazionali è prassi costante anche nella verifica delle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che prevalgono su quelle nazionali. In un caso recente in merito alla questione se uno stato di necessità

⁹⁶ BVerfGE 112, 1 (24ss.) con voto dissenziente del giudice Lübke-Wolff.

⁹⁷ BVerfGE 112, 1 (25s.).

⁹⁸ BVerfGE 112, 1 (28), con riferimento a ICJ, Barcelona Traction, ICJ-Reports 1970, 3, n. 33ss.

⁹⁹ BVerfG-K NJW 2007, 499 (501).

¹⁰⁰ Cfr. anche A. Proelss, op. cit., 569ff.

finanziaria internazionale permette a uno Stato di non pagare crediti di persone private nei suoi confronti, la valutazione dei giudicati dello International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in merito alle obbligazioni della Repubblica di Argentina diede luogo ad un voto dissenziente.¹⁰¹

8. Le interpretazioni adeguatrici alle (e delle) fonti comunitarie.

Tra l'interpretazione conforme alla costituzione e quella favorevole alle fonti internazionali si inseriscono come terzo genere le interpretazioni adeguatrici delle fonti nazionali che investono il diritto comunitario, la "*gemeinschaftskonforme Auslegung*". La particolarità di questo genere deriva non da ultimo dal fatto che in questo caso i livelli delle fonti implicate si moltiplicano. Guardando alla gerarchia delle fonti, una parte della dottrina tedesca propone infatti di distinguere un'interpretazione "conforme al diritto comunitario primario" (*primärrechtskonform*) riferibile sia alle fonti del diritto comunitario secondario¹⁰² sia alle fonti nazionali, da un'interpretazione "conforme al diritto comunitario secondario" (*sekundärrechtskonform*) riferibile sia alle fonti del diritto comunitario primario sia alle fonti nazionali.¹⁰³

Tra il primo gruppo si potrebbe poi ulteriormente distinguere l'interpretazione "conforme ai principi generali del diritto comunitario", in particolare ai diritti fondamentali, da quella conforme alle altre fonti primarie, in particolare alle libertà fondamentali e alle norme di competenza dei trattati.¹⁰⁴ Tra il secondo gruppo, particolare attenzione è stata finora data all'interpretazione conforme alle direttive,¹⁰⁵ ma non vanno nemmeno trascurate le interpretazioni conforme alle altre fonti, quali i regolamenti, le raccomandazioni¹⁰⁶ e le decisioni quadro nel terzo pilastro dell'Unione.¹⁰⁷ Infine sarebbe pensabile anche un'interpretazione nazionale del diritto comunitario conforme alla Costituzione nazionale.¹⁰⁸

Queste distinzioni dottrinali tuttavia hanno avuto solo in parte un eco nella giurisprudenza costituzionale e comune tedesca che si è concentrata prevalentemente sull'interpretazione conforme alle direttive, la "*richtlinienkonforme Auslegung*", che ha non pochi tratti comuni con l'interpretazione conforme a Costituzione.¹⁰⁹

A tal riguardo va innanzitutto ricordato che l'interpretazione conforme alle direttive, sviluppata nelle sentenze Haaga e Bonsignore della Corte di giustizia europea,¹¹⁰ nasceva negli anni settanta dalle domande di una sezione civile del *Bundesgerichtshof* e del tribunale amministrativo di Köln, entrambi motivate con l'esigenza di interpretare le norme tedesche di attuazione in modo "conforme al diritto comunitario".¹¹¹ Il Bundesfinanzhof, la corte federale delle finanze invece, aveva poi negli anni ottanta messo in dubbio l'efficacia diretta delle fonti primarie e secondarie e tendeva anche sin

¹⁰¹ BVerfGE 118, 124 (148ss.) con voto dissenziente di G. Lütke-Wolff.

¹⁰² Cfr. CGE 9.3. 2006, C-499/04 (Werhof v. Freeway Traffic Systems) che giustifica questo tipo di interpretazione adeguatrice con un principio di "unità dell'ordinamento comunitario".

¹⁰³ Cfr. ora i contributi a K. Riesenhuber (a cura di), *Europäische Methodenlehre*, Berlin 2006; 116ss e 139ss.; M. Nettesheim, *Normenhierarchien im EU-Recht*, *Europarecht* 2006, 751ss. parla di interpretazione "giovevole" dell'uno per l'altro (primärrechtsförderlich o sekundärrechtsförderlich). Cfr. anche K. Krieger, *Die gemeinschaftskonforme Auslegung im deutschen Recht*, Münster 2005.

¹⁰⁴ CGE C-157/88 (Mary Murphy v. An Board Telecom), con giudice relatore Everling.

¹⁰⁵ Cfr. la ricostruzione in W. Brechmann, *Die richtlinienkonforme Auslegung*, München 1994, 33ss..

¹⁰⁶ CGE C-322/88 (Grimaldi).

¹⁰⁷ CGE sent. 16. 6. 2005 C-105/03 (Pupino) con il giudice relatore Kokott che aveva parlato di un tipo nuovo di "rahmenbeschlußkonforme Auslegung". Ha fatto eco BVerfGE 113, 173 (mandato di cattura europeo), su cui cfr. T. Klink / A. Proelss, *Zur verfassungsgerichtlichen Kontrollpflicht bei Umsetzungsakten von Rahmenbeschlüssen der Europäischen Union*, *DÖV* 2006, 469ss..

¹⁰⁸ P. Huber, *Das Recht der europäischen Integration*, München 1996, 132.

¹⁰⁹ W. Canaris, *Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Auslegung*, in: *Festschrift R. Schmidt*, 2006, 41ss.

¹¹⁰ CGE 1974, C 32/74 (Haaga); 1975 C 69/74 (Bonsignore).

¹¹¹ Cfr. W. Brechmann, op. cit. 97ss.

dagli anni ottanta a giustificare l'interpretazione conforme alle direttive essenzialmente solo come un'interpretazione "teleologica" della volontà soggettiva del legislatore.¹¹² Nel 1991 fu anche la prima magistratura suprema a rigettare un'interpretazione conforme a direttiva adottata da un giudice inferiore, giudicandola incompatibile con la lettera della legge di attuazione.¹¹³

Nelle sentenze von Colson e Harz del 1984, la Corte di giustizia aveva invece affermato un dovere di interpretazione conforme a direttiva, desumendolo dal dovere di attuazione di cui all'allora art. 189 co. 3 TCE e dal dovere di fedeltà comunitaria (poi art. 10 co. 1 TCE).¹¹⁴

Il Tribunale costituzionale federale riconosceva nel 1987 per la prima volta questa giurisprudenza comunitaria sull'interpretazione conforme alle direttive in un *obiter dictum*, accogliendo un ricorso contro una sentenza della Corte federale delle finanze che si era sottratto in modo arbitrario e in violazione del principio del giudice precostituito dalla legge (art. 101 c. 1 per. 2 LF) all'obbligo di risolvare una pregiudiziale comunitaria, peraltro già decisa dalla Corte di giustizia: *"Dalla giurisprudenza rilevante della Corte di giustizia (...) risulta oramai il seguente quadro: Essendo gli stati membri obbligati ad adeguare il diritto interno alle direttive, normalmente gli effetti della direttiva investono il "cittadino del mercato" solo attraverso le misure di attuazione adottate nello stato membro; a tal riguardo, la direttiva è significativa per l'interpretazione della disciplina di attuazione dello stato membro, in quanto i giudici nel rispetto del dovere di lealtà verso la comunità di cui all'art. 5 TCEE devono scegliere quell'interpretazione de diritto nazionale che corrisponde al contenuto della direttiva nell'interpretazione data dalla Corte di giustizia secondo l'art. 177 TCEE."*¹¹⁵

Il riferimento alla lealtà comunitaria, concetto analogo a quello della lealtà federale, si inseriva peraltro in una giurisprudenza che sin dalla decisione Solange-I aveva affermato un obbligo sia della Corte di giustizia europea quanto dello stesso *Bundesverfassungsgericht* di salvaguardare la concordanza tra gli ordinamenti¹¹⁶ e in quella Solange-II aveva già dichiarato inammissibile questioni incidentali aventi per oggetto il diritto comunitario "se viene applicato come base giuridica per un atto di giudici o autorità tedeschi".¹¹⁷

Il Bundesgerichtshof tendeva invece a conservare un'interpretazione dell'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva che si fonda prioritariamente sul diritto nazionale. La stessa fonte di attuazione della direttiva si baserebbe su un volontà di attuazione dalla quale discenderebbe una presunzione di lealtà comunitaria voluta dalla legge.¹¹⁸

Nella dottrina, si levarono invece alcune voci di dissenso, in particolare quella di Udo Di Fabio che negava qualsiasi primato delle direttive non direttamente applicabili ed aderiva alle posizioni delle Corte federale delle finanze, preferendo di qualificare la direttiva solo come un semplice ausilio di interpretazione. Rilanciava inoltre una proposta degli anni sessanta di riservare ogni questione di conformità delle norme nazionali alle direttive al Tribunale costituzionale federale.¹¹⁹

¹¹² W. Brechmann, op. cit., 117ss.

¹¹³ BFinH, ordinanza del 18. 4. 1991, DB 1991, 1966s.

¹¹⁴ CGE 10. 4. 1984 C. 14/83 (v. Colon e Kamman v. Land Nordrhein-Westfalen), C. 79/83 (Harz v. Deutsche Tradex). Cfr. tuttavia anche già un cenno in CGE 15. 7. 1982, C. 270/81 (Rickmers-Linie/inanzamt Hamburg). Secondo H. Jarass, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211 (216), la fonte dell'obbligo sarebbe invece il diritto giurisprudenziale sviluppatosi da tali precedenti, cui segue A. Scherzberg, Die innerstaatliche Wirkung von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225, e C. Höpfner, op. cit., 253ss. Contrario invece, nel senso di un obbligo fondato direttamente sull'art. 249 co. 3 TCE, l'opinione più diffusa che segue W. Brechmann, op. cit., 257, da ultimo K. Prokopf, Das gemeinschaftsrechtliche Rechtsinstrument der Richtlinie, Diss. Jur. Marburg 2006, 121ss.

¹¹⁵ BVerfGE 75, 223 (237s.), con nota critica di Rupp, JZ 1988, 194ss. Confermato in BVerfGE 82, 159 (193ss).

¹¹⁶ BVerfGE 37, 271 (278).

¹¹⁷ BVerfGE 73, 339 (seconda massima)

¹¹⁸ Cfr. BGHZ 61, 261 (264s.); 87, 59 (61s.). Dalla dottrina soltanto U. Everling, RabelsZ 50 (1986), 193ss (224), anche H. Jarass, op. cit., 215ss.

¹¹⁹ U. Di Fabio, Richtlinienkonformität als ranghöchstes Normauslegungsprinzip? NJW 1990, 947. Contrario H. Jarass, Richtlinienkonforme bzw. EWG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211ss; M. Zuleeg, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, VVDStRL 53 (1994), 165ss.; M. Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), 261ss.

Nel 1990, la sentenza Marleasing della Corte di giustizia ha poi precisato che l'obbligo di interpretazione conforme vale non solo per la legge che esplicitamente attua la direttiva, ma anche per qualsiasi altra fonte nazionale, anteriore o posteriore alla direttiva stessa. Le interpretazioni non conformi sarebbero vietate dal diritto comunitario.¹²⁰

Nella decisione sul divieto di lavoro notturno femminile del 1992, il Tribunale costituzionale federale ha poi dichiarato inammissibile una questione incidentale di questo tipo, statuendo come massima che “una legge non è rilevante ai sensi dell'art. 100 co. 1 per. 1 LF se è certo che non possa essere applicata a causa di diritto comunitario contrastante”.¹²¹ La decisione, che non sembra precludere la rilevanza di una legge di attuazione di direttiva che non sia ancora stata oggetto di questioni pregiudiziali comunitarie,¹²² ha accolto un ricorso costituzionale contro una sentenza che aveva dato applicazione alla legge di attuazione, ritenuta in ogni caso incostituzionale rispetto al divieto di discriminazioni di genere di cui all'art. 3 co. 3 LF.

La giurisprudenza costituzionale successiva in merito al diritto al giudice precostituito per legge ha peraltro precisato che l'omesso rinvio alla Corte di giustizia europea è da considerare arbitrario solo in casi di ignoranza dell'obbligo di rimessione di dubbi percepiti, di voluta divergenza da un'interpretazione data dalla Corte di giustizia e di incompletezza della giurisprudenza non congruamente valutata (con margini di apprezzamento).¹²³ Anche questa giurisprudenza dimostra come il Tribunale costituzionale federale ha sempre cercato di evitare questioni di interpretazione conforme al diritto comunitario, anche per non dover poi sollevare delle questioni davanti alla Corte di giustizia, come hanno invece cominciato i giudici costituzionali regionali dello *Staatsgerichtshof* dell'Assia.¹²⁴

Nella giurisprudenza costituzionale più recente, i giudici di Karlsruhe hanno confermato che solo nella misura in cui una direttiva viene trasformata in fonti di diritto tedesco senza che il legislatore nazionale abbia goduto di “margin di trasformazione” (*Umsetzungsspielraum*), è consentito un controllo di costituzionalità sull'utilizzo dei margini.¹²⁵ Nella misura in cui la trasformazione è invece predeterminata dal diritto europeo con indicazioni cogenti e scelte di sistema, dovrebbero essere invece i diritti fondamentali comunitari a vincolare gli interpreti nazionali.¹²⁶

L'interpretazione conforme al diritto comunitario è quindi essenzialmente svolta dai giudici comuni. Un esempio di particolare interesse offre la giustizia penale che ha cominciato solo negli novanta, nella sentenza Pyrolyse, a valutare l'impatto della giurisprudenza comunitaria sul concetto di “rifiuti”, offrendo prima un'interpretazione autonoma per dimostrare poi “l'armonia” di questa interpretazione con l'analogo concetto della direttiva interpretata dalla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza sul punto viene infine qualificata come vincolante.¹²⁷ Successivamente ha fatto riferimento alla direttiva sull'*insider trading* come argomento genealogico dirimente, quasi come se si trattasse di un “*original european intent*” per argomentare la punibilità delle pratiche del cd.

¹²⁰ CGE 13. 11. 1990, C. 106/89 (Marleasing/Alimentacion).

¹²¹ BVerfGE 85, 191 (203s.).

¹²² BVerfGE 55, 207 (224 s); .69, 174, (182 s.) hanno aderito alla tesi di C. Tomuschat, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die europäischen Gemeinschaften, Köln/ Berlin 1964, 132 ss. m.w.N.) secondo cui la semplice possibilità di porre una questione di interpretazione o validità non esclude la rilevanza.

¹²³ Cfr. ad es. prima Kammer 14. 6. 2006, EuGRZ 2006, 477ss. Una mancanza di coerenza con la giurisprudenza dell'acte clair lamenta ora giustamente W. Roth, Verfassungsrechtliche Kontrolle der Vorlagepflicht an den EuGH, NVwZ 2009, 345ss.

¹²⁴ Favorevole BVerfGE 37, 271 (282); 52, 187 (202); HessStGH EuGRZ 1997, 213 (215); favorevole anche BayVerfGH BayVBl. 1997, 495 (498). Cfr. F. Mayer, Das Bundesverfassungsgericht und die Verpflichtung zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof, zugleich Anmerkung zum Beschluss vom 22. November 2001 - 2 BvB 1-3/01 (NPD-Verbot), EuR 2002, 239ss.

¹²⁵ BVerfG, 1 BvR 1316/04 del 31.5.2007, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20070531_1bvr131604.html

¹²⁶ Cfr. con richiamo a BVerfGE 118, 79 (95) C. Calliess, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG ?, JZ 2009, 113ss.

¹²⁷ BGHSt 37, 333 (336), su cui W. Brechmann, op. cit., 108ss. Cfr. più diffusamente B. Hecker, Europäisches Strafrecht, Berlin, 2a ed. 2007, 363ss.

“scalping”.¹²⁸ Anche nell’interpretazione del reato di riciclaggio sembra prevalere questo approccio pragmatico che non ha bisogno di usare l’etichetta dell’interpretazione conforme.¹²⁹

Se si guarda invece alla giustizia civile, una recente sentenza del Bundesgerichtshof ha invece coraggiosamente ampliato il discorso: “*Il principio dell’interpretazione conforme a direttiva coniato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea esige dai giudici nazionali oltre all’interpretazione della legge in senso stretto anche di perfezionare il diritto nazionale, ove necessario e possibile, in modo conforme alla direttiva. Un perfezionamento del diritto conforme a direttiva attraverso una riduzione teleologica del suo significato presuppone una lacuna non programmata (planwidrig); siffatta lacuna può derivare dal fatto che il legislatore ha dichiarato nella motivazione della legge esplicitamente l’intenzione di creare una disciplina conforme a direttiva, l’assunto del legislatore la propria disciplina sia conforme a direttiva risulta invece errata.*”¹³⁰ Nel caso di specie, il Bundesgerichtshof ha deciso che il § 439 co. 4 del codice civile tedesco (BGB) “*deve essere applicato nel rispetto della sentenza della Corte di giustizia europea del 17. 4. 2008 (C-404/0g – Quelle AG/Bundesverband) per via di un perfezionamento del diritto conforme a direttiva nei casi della vendita di beni di consumo (...) in modo restrittivo: Le disposizioni sul recesso (...) richiamate al § 439 co. 4 BGB non comportano un diritto del venditore nei confronti dell’acquirente di restituire l’utile tratto dal bene difettoso o di rimborsare il valore dell’utilizzo.*” La motivazione argomenta che per la Corte di giustizia europea il concetto di “interpretazione” sarebbe più ampio di quello tedesco, contraddistinto dal perfezionamento del diritto. Anche il divieto dell’interpretazione *contra legem* non farebbe riferimento alla lettera bensì alla volontà del legislatore. Riferendosi anche ad un’iniziativa legislativa in corso, la sentenza sostiene di non concretizzare una volontà generica del legislatore, bensì di aderire alla scelta di dare piena attuazione alla direttiva.

Resta controversa infine l’idea avallata dal *Bundesarbeitsgericht* secondo cui l’interpretazione conforme alla direttiva può essere effettuata anche prima della scadenza dei termini stabiliti per l’attuazione.¹³¹

9. Per una “europarechtsfreundliche Auslegung” della sentenza sul Trattato di Lisbona.

Se questo è, in massima sintesi, il diritto vivente dell’interpretazione conforme al diritto comunitario, quale influenza potrà avere la recente sentenza sul trattato di Lisbona? Innanzitutto, la sentenza battezza un principio apparentemente nuovo, il “favore per il diritto europeo” (*Europarechtsfreundlichkeit*), che riecheggia il favore per il diritto internazionale, ma anche un principio analogo del federalismo, la “*Bundesfreundlichkeit*”, rielaborazione smendiana del concetto tradizionale di lealtà federale (“*Bundestreue*”).¹³² Questo principio, dedotto all’art. 23 LF e dal preambolo, è concepito come un principio costituzionale cui dovrebbe confermarsi – secondo la sentenza – anche il controllo sulla salvaguardia del nucleo intangibile dell’identità costituzionale. In termini procedurali, potrebbe discenderne un obbligo nazionale oltre che comunitario anche per il giudice costituzionale di sollevare davanti alla Corte di giustizia questioni di interpretazione quanto meno sulle garanzie di identità nazionale contenute nei trattati (art. 6 co. 3 TUE vigente).¹³³ Lo stesso principio del favore per il diritto europeo, si degrada peraltro in semplice “obiettivo” di partecipazione quando il legislatore “in casi eccezionali non osserva norme di trattati internazionali” per rimediare a una violazione dei principi fondamentali che formano l’identità della Costituzione.

¹²⁸ BGH NSTZ 2004, 285.

¹²⁹ BGH NSTZ 2006, 344.

¹³⁰ BGH 26. 11. 2008 VII ZR 200/05, JZ 2009, 518ss, con nota critica di B. Gsell.

¹³¹ BAGE 105, 123 (131). Cfr. in tal senso anche CGE 8. 10. 1987 C. 80/86 (Kolpinghuis Nijmwegen). L’opinione prevalente in dottrina è contraria, cfr. soltanto G. Ress, Die richtlinienkonforme “Interpretation” innerstaatlichen Rechts, DöV 1994, 493; M. Nettesheim, op. cit., 277; U. Everling, Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, ZGR 1992, 384.

¹³² Cfr. H. Bauer, Die Bundestreue, Tübingen 1992, 139.

¹³³ BVerfG, sent. 30 giugno 2009, §§ 225, 241, 341.

La qualificazione come “obiettivo” potrebbe destinare l’interpretazione conforme alle direttive e le altre ipotesi di interpretazione conforme a fonti comunitarie a diventare semplice interpretazione teleologicamente “orientata”. A ben vedere, nell’ottica della sentenza non è la gerarchia tra gli ordinamenti il problema di “iperfederalismo” presa di mira. Il primato del diritto comunitario resta solo relativizzato, ma non viene disdetto. Solo nei casi eccezionali di atti comunitari “*ultra vires*” o incompatibili con l’identità costituzionale, l’interpretazione conforme al diritto comunitario deve essere corretta da determinate forme di interpretazione conforme alla Costituzione. Entro questi limiti, il principio costituzionale del favore per il diritto comunitario potrebbe rivelarsi invece un comune denominatore minimo ed elastico per legittimare costituzionalmente le varie forme di interpretazione adeguatrice al diritto comunitario finora sviluppate.

Resta la domanda se la duplicazione delle eccezioni non comporti magari un *prospective overruling* di “Solange-II”.¹³⁴ In effetti, la sentenza non chiarisce in che rapporto sta il controllo “*ultra vires*” rispetto a quello della salvaguardia dell’identità costituzionale. Le violazioni dell’identità potrebbero essere puntuali, rappresentare una specie particolare degli atti *ultra vires*, ma potrebbero essere anche sistematiche, violare integralmente o cumulativamente i diritti a una sovranità democratica.¹³⁵ Sotto questo profilo, la stessa sentenza sul trattato di Lisbona, come del resto già quella sul trattato di Maastricht, sono da considerare come dei campioni, cioè i primi casi di applicazione dello stesso controllo di identità costituzionale. Il problema pratico è che tali precedenti offrono interpretazioni su prospetti di norme future che non possono vincolare la Corte di giustizia europea, pronunciando la prima e non l’ultima parola sull’interpretazione dei trattati conforme alla costituzione tedesca. Pertanto il nuovo controllo a salvaguardia dell’identità costituzionale ipotizzato da questa sentenza potrebbe essere pensato anche come una sorta di giudizio di ottemperanza per l’interpretazione conforme alla costituzione del Trattato di Lisbona. Lo stesso parlamento tedesco ha invece subito deciso che la custodia dell’identità costituzionale non può essere delegata ad un apposito procedimento di giustizia costituzionale e che la ratifica del trattato non richiede l’apposizione di una riserva alla ratifica.

L’interpretazione dei trattati sull’Unione da parte delle autorità tedesche dovrà in ogni caso conformarsi ai principi supremi dell’ordinamento costituzionale tedesco così come interpretati dai giudicati costituzionali. Se l’ultima parola sull’identità costituzionale democratica è rivendicata dal giudice costituzionale, la prima parola su tale “identità” non può che spettare alla società aperta degli interpreti della costituzione. L’art. 79 co. 3 LF fa peraltro esplicitamente riferimento anche a quel principio dell’art. 1 co. 2 LF secondo cui i diritti umani, inclusi quelli politici, devono essere “base di ogni comunità umana”, quindi anche di quella dell’Unione europea. Lo stesso principio del favore verso il diritto europeo, almeno per i diritti fondamentali europei, potrebbe penetrare così l’interpretazione dell’identità costituzionale come identità europea aperta. Questo consentirebbe un’interpretazione della sentenza conforme ai principi supremi del costituzionalismo europeo e quindi in armonia con l’ordinamento dell’Unione.¹³⁶

¹³⁴ Cfr. ora J. Ziller, Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 5/2009.

¹³⁵ Cfr. soltanto le valutazioni opposte di K. Gärditz / C. Hillgruber, Volkssouveränität und Demokratie ernstgenommen, JZ 2009, 872ss e C. Classen, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett, JZ 2009, 881ss.

¹³⁶ Per le ulteriori valutazioni sia rinviato a J. Luther, Il trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just Law in the Books?, www.astrid-online.it/rassegna/20.../Luther_Relaz_Convegno-21_09_09.pdf e a un futuro commento destinato alla rivista giurisprudenza costituzionale.

10. Conclusioni interlocutorie.

Le conclusioni della ricostruzione dei vari tipi di interpretazione adeguatrice nel diritto vivente tedesco possono riallacciarsi all'analisi delle diversità delle fonti delineate, per confrontare in un'ottica comparata alcune esperienze tedesche con quelle italiane.

Innanzitutto va ricordato che le controversie italiane sulle sentenze interpretative fino agli anni settanta non potevano prospettarsi in Germania, visto sia lo strumento del ricorso di costituzionalità degli interessati (*Verfassungsbeschwerde*) contro sentenze che disapplicano interpretazioni conformi a costituzione, sia la riforma del 1970 con la quale il legislatore ha avallato un perfezionamento giurisprudenziale del diritto costituzionale processuale dalla prassi decisoria del *Bundesverfassungsgericht*.¹³⁷

La ricostruzione delle prime pratiche di interpretazione conforme e orientata alla costituzione ha messo in luce peraltro le difficoltà storiche di individuare una loro base di giustificazione costituzionale. Il *favor legis* si basa su una tecnica di presunzione che spesso non è considerata favorevole al legislatore, piuttosto un pretesto per pratiche manipolative da parte dei giudici.¹³⁸ Il principio di unità dell'ordinamento viceversa serviva a superare ogni tentazione di dichiarare l'ordinamento costituzionale estraneo all'ordinamento giuridico, ridurre la costituzione a una semplice legge per il legislatore e la giustizia costituzionale quindi a semplice giustizia politica. L'interpretazione "conforme" conserva non solo la legge, ma anche la Costituzione e presuppone pertanto quella "orientata". Solo entrambi insieme possono garantire una "costituzionalizzazione" dell'intero ordinamento giuridico.

La diffusione di queste pratiche in molti paesi europei dotati di garanzie giurisdizionali della costituzione è un indizio per una base di legittimazione comune in principi costituzionali fondamentali. Il giudice, costituzionale o comune, che attraverso l'interpretazione adeguatrice presta un servizio culturale di conservazione ed innovazione interpretativa della legge e della Costituzione che garantisce la certezza e la giustizia della legge nello stato di diritto, ma anche la democrazia perché conserva la discrezionalità del legislatore.

In effetti, a differenze delle sentenze parziali, quelle interpretative non costringono il legislatore a mettere all'ordine del giorno dell'agenda politica delle riforme, magari con mandati di legislazione difficilmente decifrabili, né anticipa il controllo di costituzionalità su future scelte diverse del legislatore. Titolo di legittimazione dell'interpretazione conforme e orientata alla costituzione è quindi sempre l'uno e l'altro principio costituzionale, democrazia e stato di diritto, che si ricompongono in modo più o meno armonioso nell'unità di un ordinamento giuridico fondato sulla Costituzione senza rendere tutto ciò che è conforme a costituzione contenuto della stessa costituzione.¹³⁹

In virtù degli stessi principi fondamentali è limite dell'interpretazione adeguatrice sempre un elemento testuale che deve saldarsi nella sua univocità con una volontà concreta del legislatore storico. Le esigenze di certezza della legge e di garanzia dei diritti di libertà nello stato di diritto e nella democrazia possono invece chiedere una differenziazione delle tecniche di interpretazione adeguatrice, escludendo certe interpretazioni estensive o analogiche, ad es. in materia penale o tributaria, forse anche nella legislazione sociale.¹⁴⁰

Particolare attenzione merita in Italia anche, nonostante la diversità del diritto processuale costituzionale, la giurisprudenza tedesca che dichiara inammissibile una questione prospettata in via incidentale se il giudice rimettente non ha valutato un'ipotesi di interpretazione conforme a costituzione "a portata di mano". Questo non significa un dovere di ricerca dell'interpretazione conforme ad ogni costo, ma sembra congruo a quanto si potrebbe aspettare dalla valutazione della "manifesta infondatezza" da parte di un giudice italiano. Il giudice *a quo* che prospetta una

¹³⁷ Sul punto si rinvia a J. Luther, *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden 1990, 164s.

¹³⁸ Cfr. da ultimo le tesi fortemente critiche di U. Lemke, op. cit., 185.

¹³⁹ P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3a ed. Berlin 1998, 285.

¹⁴⁰ Cfr. da ultimo G. Beaucamp, *Zum Analogieverbot im öffentlichen Recht*, AöR 134 (2009), 85ss.

questione di costituzionalità, ignorando le ipotesi di interpretazione adeguatrice prospettate dalle parti, da precedenti giurisprudenziali o – perché no – da dottrina accademica diffusa, non affronta in modo ragionevole né la manifesta infondatezza, né la rilevanza della questione.

Di fronte a una giurisprudenza costante che diverge da quella conforme a costituzione, il ricorso di costituzionalità tedesco è uno strumento certo più forte dell'uso ripetuto della via incidentale.

L'effetto vincolante dei giudicati costituzionali è poi sufficiente ad evitare anche delle sentenze interpretative di accoglimento. Anche per questa ragione, il *topos* del “diritto vivente” non trova utilizzo nella giurisprudenza costituzionale tedesca.

Nella sostanza, un diritto vivente si scopre tuttavia non solo nelle pratiche dell'istruttoria delle questioni di costituzionalità, ma anche nell'interpretazione adeguatrice alle fonti internazionali e comunitarie oggetto di giurisprudenza sovra- ed internazionale. L'integrazione degli ordinamenti nel diritto internazionale e comunitario non ha portato a un principio di “unità dell'ordinamento giuridico”, ma esistono basi costituzionali sia nell'ordinamento inter- e sopranazionale, sia in quello nazionale in grado di giustificare e limitare l'uso di tali strumenti. Il primato del diritto internazionale può essere garantito a livello nazionale in forma maggiore in Italia (e Francia) che in Germania e quello del primato del diritto europeo può essere limitato da riserve di sovranità nazionale o “identità costituzionale” variamente interpretabili, ma la comune apertura degli ordinamenti nazionali alle fonti inter- e sovranazionali si muove su binari convergenti.

Anche le nuove formule tedesche del “favore verso il diritto internazionale” e del “favore verso il diritto europeo”, cercando di rendere l'integrazione nella comunità internazionale e sovranazionale compatibile con i cd. contro-limiti dei principi fondamentali dell'identità costituzionale, non sembrano destinati a produrre risultati molto divergenti dalla giurisprudenza costituzionale italiana. La loro applicazione pratica può risultare tuttavia più incisiva grazie agli strumenti ulteriori di ricorso di costituzionalità anche preventivo rispetto alla ratifica dei trattati internazionali ed unionali di cui dispongono i giudici di Karlsruhe.

Restano aperte non poche questioni teoriche e pratiche. Quelle teoriche riguardano soprattutto la gerarchia delle interpretazioni adeguatrici, se cioè ad es. l'interpretazione conforme al diritto comunitario debba prevalere su quella conforme alla costituzione o viceversa la seconda sulla prima.¹⁴¹ Quelle pratiche riguardano soprattutto la rilevanza di quelle teoriche, specialmente nell'ambito del controllo in via incidentale. Per concludere con una di queste nuove domande aperte: può essere vietato al giudice comune decidere di rimettere simultaneamente una questione di costituzionalità ai giudici costituzionali nazionali e una questione di interpretazione di diritto comunitario ai giudici del Lussemburgo?¹⁴²

¹⁴¹ Cfr. Soltnto C. Höpfner, op. cit., 378ss.

¹⁴² Favorevole in dottrina ad es. M. Kellerer, Vorlagen durch einen Senat des Bundesfinanzhofs an andere Spruchkörper, Diss. Hamburg, 2005, 61ss.