

Prima Sezione Civile contro Prima Sezione Civile.
**Spunto per alcune considerazioni in tema di attività interpretativa del giudice ed
in particolare di interpretazione costituzionalmente orientata***

di Stefano Pizzorno **
(23 luglio 2019)

Sommario: 1. Il potere interpretativo del giudice. Due decisioni della prima sezione della Corte di Cassazione. 2. L'interpretazione costituzionalmente orientata e i suoi limiti. 3. Cenni storici sul conflitto tra legislatori e interpreti. 4. I rischi degli eccessi nell'attività interpretativa. 5. Conclusioni.

1. Recentemente è intervenuta un'interessante ordinanza della Corte di Cassazione¹ fortemente critica di altra decisione della stessa Suprema Corte, la sentenza 4890 del 2019², in tema di protezione internazionale. Riassumiamo brevemente la vicenda, anche se, ai fini del presente scritto, non interessa tanto la questione di diritto sostanziale quanto quella dei limiti che dovrebbe incontrare l'attività interpretativa del giudice nell'adeguare la norma al dettato costituzionale. Il cosiddetto decreto sicurezza (decreto legge 4.10.2018 n. 113) ha, tra le altre disposizioni, abrogato il permesso per motivi umanitari, che poteva essere rilasciato ai richiedenti asilo, sostituendolo con altre tipologie di permesso³. È sorto però immediatamente il problema della disciplina da applicare ai casi di chi aveva già presentato domanda di protezione internazionale senza aver ottenuto risposta, se quella prevista dal decreto o quella antecedente. La giurisprudenza si è orientata nel ritenere applicabile la vecchia normativa, con il risultato sostanziale che, essendoci un arretrato notevole delle domande ancora da esaminare, la nuova disciplina potrà trovare applicazione effettiva solo tra diversi anni. Sul punto è intervenuta la Cassazione con la sentenza sopra ricordata, la 4890/2019, che ha in sostanza affermato che, per le situazioni pendenti all'entrata in vigore del decreto legge, l'autorità amministrativa deve applicare la vecchia normativa per quanto riguarda le condizioni sostanziali di rilascio, mentre deve applicare la nuova quanto alla durata del permesso da rilasciare.

Questa decisione della Corte è duramente contestata dall'ordinanza 11749/2019. Questa accusa la prima di aver creato una norma nuova, avendo operato un "*intervento ortopedico sul testo della norma che incide sul delicato aspetto della vigenza (cioè della stessa esistenza e applicabilità) della legge, all'esito di un bilanciamento di valori e interessi costituzionali...che è riservato esclusivamente al legislatore ed è controllabile dal giudice della legge*". In altri termini l'ordinanza sottolinea come la sentenza abbia invaso apertamente il campo del legislatore, realizzando essa stessa un bilanciamento tra diversi valori costituzionali, che non spetta al Giudice ma al Parlamento.

L'ordinanza osserva come l'attività interpretativa del Giudice debba fermarsi dinanzi alla "lettera" della norma. Se il significato e l'intento della legge è chiaro, non è infatti consentito all'interprete individuare significati diversi da quello che risulta dal testo.

* Scritto sottoposto a *referee*.

1 CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE - ORDINANZA 3 maggio 2019, n.11749

2 CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. I CIVILE – SENTENZA 19 febbraio 2019, n.4890

3 Sul punto v. Pizzorno, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in forumcostituzionale.it, ottobre 2018; Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in federalismi.it, novembre 2018

Rimanendo sempre in tema dei limiti concessi all'attività interpretativa del Giudice, il Collegio critica del resto anche la giurisprudenza che aveva individuato i parametri per il rilascio del permesso per motivi umanitari, dichiarando apertamente di non condividere in particolare la sentenza della Cassazione 4445/2018, che pur aveva operato uno sforzo diretto al fine di rendere meno evanescenti i criteri per il rilascio del permesso stesso. Secondo la sentenza 4445/2018, quest'ultimo poteva essere concesso all'esito di una valutazione individuale, caso per caso, fondata sull'integrazione sociale in Italia del richiedente, comparata alla situazione personale che il medesimo aveva vissuto prima della partenza e cui si sarebbe trovato esposto in conseguenza del rimpatrio. L'ordinanza 11749 ha facile gioco nell'osservare, occorre dire, a ragione⁴, che i parametri così individuati non solo restano estremamente vaghi, in modo tale da alimentare il contenzioso, ma lo stesso criterio dell'integrazione sociale sarebbe il frutto di un'attività sostanzialmente creatrice da parte del Giudice; esso infatti "poggia su basi normative assai fragili, non ravvisandosi alcuna disposizione che la preveda come condizione per il rilascio del permesso umanitario".

Questo contrasto all'interno della Suprema Corte tra interpretazione letterale e volontà del legislatore da un lato e interpretazione conforme a Costituzione dall'altro, si ritrova anche, in maniera persino più evidente se vogliamo, a livello di Corti inferiori, ancora con riguardo a una disposizione del decreto legge 113/2018, quella che stabilisce che il permesso di soggiorno per richiesta di asilo non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica⁵. Alcuni tribunali hanno optato per un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, accogliendo i ricorsi dei richiedenti asilo a cui il Comune aveva rifiutato l'iscrizione nel registro anagrafico della popolazione residente⁶; altri giudici hanno invece ritenuto che l'interpretazione costituzionalmente orientata presuppone che il testo normativo da applicare non sia del tutto stravolto nel suo significato palese, altrimenti si arriverebbe a espungere di fatto delle norme dall'ordinamento giuridico⁷. Una posizione in linea con quanto espresso efficacemente da quella dottrina che ha sottolineato come l'opera di "adeguamento" della disposizione alla Costituzione non può essere condotta sino al punto di leggere nella disposizione quel che non c'è, anche quando la Costituzione vorrebbe che vi fosse⁸.

2. La stessa Corte Costituzionale ha avuto modo di affermare che l'interpretazione costituzionalmente orientata deve essere in ogni caso compatibile con il *portato semantico* della disposizione⁹. Secondo la formula spesso usata dalla Corte, e richiamata anche dalla Cassazione nell'ordinanza 11749 sopraindicata, la lettera della disposizione costituisce "il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale". La Corte ha anche, negli ultimi

4 rimando alle osservazioni svolte in Pizzorno, *Considerazioni, anche di costituzionalità*, cit.

5 art. 4, comma 1 bis del D.lgs. n. 142/2015, come modificato dall'art. 13 del D.L. 113/2018 .

6 Trib. Firenze ord. 18.3.2019; Trib. Bologna ord. 2.5.2019.

7 Trib. Trento ord. 11.6.2019; Trib. Trento ord.15.6.2019.

8 Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, 2007, in www.federalismi.it,

9Corte Cost. sentenza 42/2017. Sulla circostanza che, se il significato della norma è, in base alla sua formulazione letterale, univoco, non sono consentite operazioni ermeneutiche, v. anche Corte Cost. 231/2013, 91/2013 e 78 del 2012. Nel senso che l'interpretazione deve essere conforme al testo, v. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in Enc. Dir., Annali IX, Giuffrè, 2016; Azzariti, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

anni, modificato il tradizionale orientamento secondo cui il giudice è tenuto a verificare l'esistenza di possibili interpretazioni conformi a Costituzione della disposizione, incorrendo altrimenti, qualora rimetta la questione alla Corte, in una pronuncia di inammissibilità. Secondo il nuovo orientamento il giudice è tenuto ad operare solo un'interpretazione; l'esistenza di possibili, alternative interpretazioni è questione che attiene non all'ammissibilità della questione ma al merito della medesima. In altri termini, qualora la Corte ritenga possibile un'interpretazione della disposizione diversa da quella indicata dal giudice a quo e tale da rendere la norma conforme a Costituzione, non dichiarerà inammissibile la questione ma la riterrà infondata nel merito¹⁰. Questo orientamento della Corte¹¹ è stato evidentemente adottato al fine di correggere gli effetti dell'orientamento precedente¹² che aveva finito con il mettere troppa pressione sul giudice a quo, spingendolo a ricercare ad ogni costo un'interpretazione conforme della norma, per timore di incorrere nella pronuncia di inammissibilità.

Il principio dell'obbligo del giudice di ricercare un'interpretazione conforme a Costituzione, del resto, come è stato da molti sottolineato, mette in crisi il sistema del sindacato di costituzionalità accentrato, sostituendolo con un sistema di sindacato diffuso¹³ nel quale la rimessione alla Corte Costituzionale della questione si configura come l'*extrema ratio*¹⁴. Non è inopportuno ricordare che, in sede di dibattito all'Assemblea Costituente, il sistema anglosassone di controllo di costituzionalità delle leggi fondato sul sindacato diffuso dei giudici era stato scartato pressoché all'unanimità, volendosi evitare quello che nell'esperienza americana era stato qualificato come

10 Corte Cost. sent. 144, 78 e 12 del 2019, 240, 40 e 15 del 2018, 254, 218, 213, 208, 194, 69, 53, 42 del 2017, 95/2016, 221/2015. In dottrina v. Ruotolo, *Quando il giudice deve fare da sé*, in questione giustizia.it

11 su cui v. Sorrenti, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in www.giurcost.org, 25 luglio 2016.

12 Che si sviluppa dalla metà degli anni Novanta, con il noto principio, ripreso da tutta la giurisprudenza successiva, affermato dalla sentenza 356 del 1996, secondo cui *in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*. Questa affermazione è stata poi corretta nell'altra secondo cui *se è improbabile o difficile prospettare un'interpretazione costituzionalmente orientata*, la questione deve essere scrutinata nel merito, v. giurisprudenza citata alla nota 8. Aveva auspicato la correzione Modugno, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, in Id, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, 2008. In precedenza, prima dello sviluppo dell'interpretazione costituzionalmente orientata, la Corte Costituzionale viceversa *affermava che uno dei principi basilari del nostro sistema costituzionale è quello per cui i giudici sono tenuti ad applicare le leggi, e, ove dubitino della loro legittimità costituzionale, devono adire questa Corte che sola può esercitare tale sindacato, pronunciandosi, ove la questione sia riconosciuta fondata, con sentenze aventi efficacia erga omnes*. Questo principio non può soffrire eccezione alcuna, sent. 285 del 1990. La sentenza 356 del 1996 costituisce il punto di partenza dell'indirizzo che sanziona il giudice che non proceda a verificare se non esista un'interpretazione conforme Costituzione della disposizione legislativa, ma al tempo stesso è il punto di arrivo di un processo che si sviluppa fin dalla sentenza 3 del 1956 in cui la Corte emette una sentenza interpretativa di rigetto, ponendo in essere un rapporto dinamico tra Corte e giudici comuni, passando attraverso lo scontro tra Corte e Cassazione con il rifiuto di quest'ultima, nel 1965, di seguire l'interpretazione proposta dalla prima in un'interpretativa di rigetto, costringendola ad emettere una sentenza manipolativa di accoglimento (sent. 11 e 52 del 1965); v. Agro, *Note storiche sui rapporti tra l'interpretazione del giudice comune e quella della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2004, 3341 ss.

13 Luciani, D'Orazio et al. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio, Giappichelli, 2002. Ritengono invece che non si possa parlare di controllo diffuso di costituzionalità Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, 2018, Lamarque, *Prove generali di sindacato di costituzionalità accentrato-collaborativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Ed. scientifica, 2011.

14 Cfr. Dolso, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Giuffrè, 2003.

governo dei giudici. Si potrebbe obiettare che ciò era inevitabile nel momento in cui si riconosceva al giudice il potere di disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto comunitario¹⁵, ma è indiscutibile che i principi stabiliti dalla Costituzione, per la loro estensione, lasciano al giudice, anche al giudice che più che applicare la legge voglia fare *giustizia*, un campo d'azione vastissimo.

Comunque sia, anche i fautori dell'interpretazione costituzionalmente orientata sono d'accordo sul fatto che il significato univoco e chiaro della disposizione normativa dovrebbe costituire il limite invalicabile dell'interpretazione¹⁶. Il giudice non può disapplicare la legge¹⁷. Altrimenti vi è evidentemente un'invasione delle prerogative non solo della Corte Costituzionale, ma anche del legislatore¹⁸.

3. Al riguardo è vero che il conflitto tra lettera e interpretazione, potremmo dire tra il potere legislativo e gli interpreti, c'è sempre stato. Già Giustiniano aveva vietato l'interpretazione del Digesto, riservandola all'imperatore¹⁹. Nella seconda metà del Settecento, contemporaneamente all'idea di rendere chiaro e semplice l'accesso al diritto attraverso il sistema delle codificazioni²⁰, ritorna, ad esempio in Austria e in Prussia, il principio già stabilito da Giustiniano. In Francia, i rivoluzionari accusarono le Corti di aver boicottato, richiamandosi ad antiche Costituzioni del Regno, le riforme di Luigi XVI, che avrebbero migliorato la situazione finanziaria del Paese ma intaccato i privilegi dei nobili²¹, e vietarono l'interpretazione delle leggi. Anche Napoleone, dopo un primo momento in cui, con il codice del 1804, aveva consentito l'interpretazione delle Corti, ci ripensò, e al grido di altrimenti "mon Code est perdu" attribuì l'interpretazione al Consiglio di Stato che nel suo sistema era il redattore delle leggi²².

15 Ruotolo, *Quando il giudice deve fare da sé*, cit.

16 Sciarabba, *L'interpretazione conforme tra Costituzione e Cedu: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, forum costituzionale.it, 14 maggio 2019; Ruotolo, *Quando il giudice deve fare da sé*, cit. Laneve, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in federalismi.it, 17 settembre 2011. Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in Rivista AIC, rivistaaic.it, 18 aprile 2014, ritiene che si verifichi una dilatazione dei poteri interpretativi del giudice – fino al punto da stravolgere il testo normativo di partenza – allorché questi sia guidato da un principio in precedenza fissato dalla giurisprudenza costituzionale.

17 Zagrebelsky e Marcenò, *Giustizia costituzionale, vol. II, Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, 2018.

18 Il quale non ha rimedi per difendersi, neppure sollevando conflitto di attribuzione, visto che la Corte afferma che *il conflitto di attribuzione non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici*, v. ordinanza 334 del 2008 sul caso Englaro; v. anche sent. 252 del 2013, 81 e 72 del 2012, 150 del 2007, 326 e 276 del 2003.

19 cui soli concessum est et leges condere et interpretari, Constitutio Tanta. Il divieto di allestire commentarii (ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere) è motivato sia in base alla competenza esclusiva del legislatore a interpretare in modo autentico le norme da esso poste (ex auctoritate augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari), sia a causa dell'incertezza del diritto (alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verboritas eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus), Dig., praef. II, § 21.

20 Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, 1976

21 Mannoni, *La tradizione costituzionale in Europa. Tre itinerari nazionali tra diritto e storia: Inghilterra, Germania e Francia*, goWare

22 Niort, *Homo Civilis: Contribution à l'histoire du Code Civil français*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004. In particolare il capitolo III, Les premières interprétations du Code Napoléon

Una campagna radicale contro l'interpretazione delle leggi fu condotta proprio in Italia. I maggiori rappresentanti dell'illuminismo italiano, Filangeri²³ Beccaria²⁴, Verri, si schierarono risolutamente contro l'interpretazione giudiziale delle disposizioni normative²⁵. In particolare Verri affermò che *"il giudice diviene legislatore se gli è permesso di interpretare le leggi"*.

Ora, è ovvio che oggi nessuno mette in discussione il fatto che le leggi possano e debbano essere interpretate. Però proprio quest'ultimo punto, colto tra gli altri da Verri, è importante perché mette in luce come, l'interpretazione troppo spinta, che va oltre il chiaro dettato normativo, mette in crisi il fondamentale principio della separazione dei poteri, che è uno dei fondamenti del liberalismo. La separazione dei poteri, che impedisce al potere politico, che si esprime nell'esecutivo e nel legislativo, di interferire nell'attività di chi rende giustizia, deve necessariamente funzionare anche in direzione opposta, evitando invasioni di campo del potere giudiziario nella sfera del legislatore²⁶. Non a caso il teorico del principio della separazione, Montesquieu, che tra l'altro era un giudice, è stato anche uno degli avversari dell'interpretazione giudiziale²⁷.

Con riferimento all'interpretazione costituzionalmente orientata, si è osservato che essa mette in crisi i principi di certezza del diritto e di affidamento del cittadino nella certezza delle situazioni giuridiche, nonché il principio di eguaglianza dinanzi alla legge. In prospettiva si può intravedere il passaggio dal diritto legislativo ad un diritto giurisprudenziale e casistico, nel quale diviene inevitabile il declino del tenore letterale della disposizione normativa²⁸; sviluppo che peraltro inevitabilmente è destinato ad alimentare il contenzioso. D'altro canto, mentre la decisione della Corte Costituzionale di accoglimento ha valore erga omnes, l'interpretazione operata dal giudice, oltre a valere solo nel singolo giudizio, è suscettibile di contestazione nei successivi gradi.

Si è anche affermato che dietro l'ampio spazio interpretativo lasciato al giudice, si cela una concezione aristocratica, frutto di un atteggiamento sospettoso nei confronti dell'esercizio democratico del potere normativo²⁹.

Del resto, se si fa fare alla Corte il suo lavoro, vi possono essere delle sorprese. Prendiamo il caso della disposizione (art. 18, comma 1 lett. b), ultimo periodo legge 240 del 2010) che ha escluso dalla partecipazione ai procedimenti di chiamata dei professori universitari *coloro che abbiano un grado di parentela o affinità fino al quarto grado compreso con un professore appartenente al dipartimento o alla struttura che effettua la chiamata ovvero con il rettore, il direttore generale o un componente del*

23 Filangeri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano*, 1774.

24 Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, 1764, in particolare il capitolo IV, Dell'Interpretazione delle leggi.

25 V. Del Frate, *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*. A cura di Maffei e Varanini, Reti Medievali. E-Book, 19. Firenze University Press, Firenze, 2014.

26 Cfr. Bin, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in Anzon-Caravita-Luciani-Volpi (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, 1993.

27 *Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi*. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748.

28 Iannuccilli, *L'interpretazione secundum constitutionem tra Corte Costituzionale e Giudici comuni*, 2009, in cortecostituzionale.it. Il quadro di un sistema in cui la disposizione di legge costituisce solo il punto di partenza dell'interprete, tra diritto comunitario, Convenzione dei Diritti dell'uomo, sentenze CGUE e CEDU, con il coronamento dell'interpretazione conforme a Costituzione, è un dato di fatto. Il sogno illuminista di un diritto facilmente accessibile anche ai non giuristi, che aveva ispirato le grandi codificazioni, è definitivamente tramontato.

29 Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in Enc. Dir., Annali IX, 2016.

consiglio di amministrazione. Questa disposizione è stata interpretata da diversi Tribunali Amministrativi³⁰, nonché dallo stesso Consiglio di Stato³¹, nel senso che anche il coniuge deve ritenersi escluso, pur non essendo espressamente contemplato. Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ritenendo però di non poter accedere a quell'interpretazione, data la tassatività dei casi indicati, ha rimesso la questione alla Corte Costituzionale, ritenendo la mancata previsione del coniuge incostituzionale. La Corte, dopo aver ribadito il più recente orientamento secondo cui la circostanza che il giudice remittente *abbia consapevolmente reputato che il tenore letterale della disposizione censurata imponga un'interpretazione e ne impedisca altre, eventualmente conformi a Costituzione, non è ragione di inammissibilità*, ha viceversa ritenuto la mancata inclusione del vincolo matrimoniale come motivo di incandidabilità alla procedura concorsuale del tutto conforme a Costituzione. Il diverso trattamento riservato al coniugio rispetto ad altri rapporti parentali non può infatti dirsi irragionevole in considerazione della necessità di bilanciare il principio dell'imparzialità con le ragioni dell'unità familiare, anch'esse costituzionalmente tutelate (sentenza 78/2019). La Corte non ha quindi dichiarato la norma incostituzionale, ritenendo che non vi fossero spazi per un'interpretazione conforme a Costituzione; non ha neppure emesso una decisione interpretativa di rigetto, interpretando la disposizione in modo da renderla conforme alla Carta. Ha invece ritenuto che la disposizione stessa, nel suo contenuto letterale, sia costituzionalmente legittima; considerando, quindi, che fosse, viceversa, l'interpretazione costituzionalmente orientata operata dai tribunali ad essere contraria alla Costituzione, introducendo nell'ordinamento una norma che non teneva conto dei valori costituzionali dell'unità della famiglia³².

Questo è un rischio ineliminabile quando si eccede nella prassi dell'interpretazione costituzionalmente orientata; che il giudice, interpretando la Costituzione a suo modo, finisca per violarla³³.

Occorre inoltre osservare che il Giudice a quo dichiara espressamente di sollevare la questione perché l'orientamento volto a ritenere che i coniugi erano esclusi dalla procedura concorsuale non costituiva "diritto vivente"³⁴. Questo significa che se invece il Giudice avesse ritenuto il contrario, non avrebbe sollevato la questione e si sarebbe adeguato al diritto vivente, con il risultato di applicare una norma (secondo il giudizio della Corte) incostituzionale. Non avrebbe neppure optato per un'interpretazione

30 Tra gli altri, Tar Emilia-Romagna, 22 novembre 2018 n. 887, Tar Campania 24 maggio 2013 n. 2748.

31 Cons. Stato, sez.VI, 6 agosto 2018 n. 4841, Cons. Stato, sez.VI, 24 dicembre 2018, n. 7216.

32 con il risultato di sacrificare le posizioni dei soggetti esclusi con sentenze passate in giudicato dalle procedure concorsuali.

33 Questo rischio era stato del resto indicato in dottrina, v. Sciarabba, *L'interpretazione conforme tra Costituzione e Cedu*, cit., laddove si osserva che in nome dell'intento di tutelare un determinato principio costituzionale, il giudice comune potrebbe finire per violare altro principio, impropriamente sacrificato a favore del primo; v. anche Pinardi, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotta - P. Veronesi, IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Jovene, 2009.

34 Il "diritto vivente" è «l'interpretazione del diritto scritto consolidatasi nella prassi applicativa», v. «Relazione sulla giurisprudenza della Corte costituzionale», a cura del Servizio studi, 2011, pag. 46. In presenza di un indirizzo giurisprudenziale costante o, comunque, ampiamente condiviso, la Corte costituzionale assume la disposizione censurata nel significato in cui essa attualmente vive nell'applicazione giudiziale, v. Salvato, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, Quaderno del Servizio studi della Corte costituzionale, 2015. Tra i moltissimi contributi sul tema del diritto vivente per tutti Alpa, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia dir.*, 2008, 47.

diversa³⁵, coerente con il dato testuale, proprio perché riteneva quest'ultima in contrasto con la Costituzione. Uno dei paradossi a cui può condurre l'intreccio tra teoria del diritto vivente e interpretazione costituzionalmente orientata³⁶.

L'abitudine di far ricorso al canone dell'interpretazione conforme a Costituzione fa sì tra l'altro che talvolta esso venga utilizzato quando non ve ne sarebbe in alcun modo bisogno, trattandosi di normale attività interpretativa tout court, che non necessiterebbe di scomodare la Costituzione³⁷.

4. Per concludere, occorre anche osservare che l'uso estensivo del potere interpretativo da parte del giudice, favorito dalla teoria dell'obbligo di ricercare un'interpretazione costituzionalmente conforme della disposizione di legge, è suscettibile di creare tensioni con il potere politico³⁸, che esercita l'attività di produzione normativa. Al riguardo sarebbe importante che il limite che la Corte ha individuato, unitamente alla dottrina, del rispetto del tenore univoco della disposizione normativa, fosse rispettato. Non potendosi però questo pretendere dalla generalità dei giudici, il ruolo decisivo non può che essere svolto dalla Corte di Cassazione, a cui spetterebbe il ruolo principale, (vedremo cosa diranno le sezioni unite nel caso che ha costituito l'introduzione del presente articolo) e dalla Corte Costituzionale, che dovrebbe tentare di mettere un freno agli eccessi interpretativi (evitando in primo luogo essa stessa di ricercare a tutti i costi interpretazioni conformi a Costituzione, in luogo di ricorrere a pronunce di accoglimento). Un passo in questo senso può essere suggerito dalla stessa ordinanza 11749 laddove contesta che la sentenza 4890 abbia operato un bilanciamento di valori costituzionali che sarebbe riservato solo al legislatore. In definitiva, tutte le volte che entrano in gioco più principi che trovano fondamento nella Costituzione e che possono trovarsi in conflitto, non c'è più spazio per l'attività interpretativa del giudice, altrimenti costretto a cercare di conformare la disposizione a Costituzione, ma lo stesso deve necessariamente investire la Corte della questione di

35 La Corte ritiene che, pur in presenza di un diritto vivente, il Giudice a quo abbia sempre la facoltà di seguire una diversa interpretazione, v. sentenza 25 del 2019, 230 del 2012, 91 del 2004.

36Cfr Anzon, Demmig, *Intervento. La problematica convivenza della dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione con la dottrina del diritto vivente*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Giuffrè, 2010.

37 Ad esempio la recente sentenza del Tar Lazio 27 marzo 2019 n. 4086 sull'art. 6 della L. 410/1989 che ha istituito il Daspo, il provvedimento con cui si dispone il divieto di partecipare a manifestazioni sportive a chi si è reso autore di determinati comportamenti. Dal momento che la norma prevede che il Daspo possa essere inflitto a chi sia stato condannato o denunciato per determinati reati **ovvero** abbia preso parte ad episodi di violenza in occasione di manifestazioni sportive, è sorto il dubbio se il provvedimento possa essere disposto nei confronti di chi abbia commesso o sia stato denunciato per uno dei reati contemplati dalla norma senza che vi sia alcun collegamento con un evento sportivo. In questo caso, dal momento che il Daspo è finalizzato esclusivamente a non permettere la partecipazione a manifestazioni sportive, è evidentemente possibile un'interpretazione secondo cui il reato commesso necessita di un collegamento con quel tipo di eventi. Il Tar Lazio ha però ritenuto fosse più semplice, senza peraltro citare in concreto alcuna specifica norma della Costituzione, ritenere il provvedimento illegittimo alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 6, l. N. 401/1989, Tar Lazio 27 marzo 2019 n. 4086.

38 Sui problemi che da questo punto di vista pone la discrezionalità giudiziale nell'interpretazione costituzionale, con riferimento al judicial review of legislation nei sistemi di common law, v. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, 2014. I problemi che si pongono sono infatti riferibili anche a un sistema in cui, pur esistendo una Corte incaricata di dichiarare incostituzionali le leggi in contrasto con la Costituzione, sia presente la pratica dell'interpretazione conforme con il rilevante ruolo che questa assegna ai giudici comuni, come giustamente osserva Sorrenti, *La (parziale) riconversione*, cit.

costituzionalità. In questo modo si riduce il rischio, sopra sottolineato, che il giudice possa impropriamente sacrificare un principio della Costituzione a scapito di un altro.

La stessa Suprema Corte del resto, che talvolta ha ritenuto di operare essa stessa questo bilanciamento, facendo prevalere un principio costituzionale su un altro³⁹, ha però allo stesso tempo anche affermato proprio che il bilanciamento tra diverse situazioni giuridiche tutte costituzionalmente tutelate può essere effettuato solo dal legislatore⁴⁰. E' vero che la Cassazione ha enunciato questo principio per escludere che quel bilanciamento potesse essere effettuato nell'esercizio di un potere amministrativo⁴¹; resta comunque il fatto che se esso è riservato al legislatore (con il controllo della Corte Costituzionale) non può essere effettuato neppure dal giudice.

In questo modo si possono porre dei limiti effettivi all'attività interpretativa del giudice; è vero che questi limiti non sarebbero del tutto chiari e alcuni potrebbero obiettare che gli spazi per l'interpretazione conforme a Costituzione si ridurrebbero eccessivamente per l'indeterminatezza dei principi costituzionali, ma questa non sarebbe altro che la stessa obiezione mossa contro la teoria dell'interpretazione costituzionalmente orientata, che al momento consente al giudice una discrezionalità pressoché senza freni.

Come conclusione, vogliamo ricordare le parole di un grande giurista italiano: *“nessuno è autorizzato - e tanto meno lo è il giudice - a reperire germi di ingiustizia in ogni articolo di legge (...) allo specifico scopo di disapplicarlo o di applicarlo secondo il proprio capriccio (il che forse è peggio). (...) Se egli fa scempio di questa, non è più meritevole del nome di giudice, perché insegna ai concittadini a violare la legge secondo il proprio arbitrio: il che è seminare il caos, il disordine, la più ingiustificata anarchia, cioè seguire una linea di condotta del tutto opposta a quella che costituzionalmente gli incombe per il sacrosanto principio dell'art. 101 della Costituzione”*⁴².

** Avvocato dello Stato, Firenze.

39 Come avvenuto in occasione della sent. della Suprema Corte 9 ottobre 2008 n. 24883 che ha reinterpretato l'art. 37 C.P.C. (Secondo cui il difetto di giurisdizione è rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo) alla luce del principio della ragionevole durata del processo stabilendo che se contro la decisione che ha deciso nel merito non è stato proposto specifico motivo di appello riguardante la giurisdizione, quest'ultima non è più rilevabile; sul punto v. diffusamente Laneve, *L'interpretazione conforme*, cit.

40 Cass. S.U. Ordinanza 9 settembre 2009 n. 19393.

41 La Suprema Corte, seguendo questo percorso argomentativo, ha attribuito la giurisdizione sulle controversie in tema di rilascio del permesso umanitario al giudice ordinario, affermando che *La situazione giuridica soggettiva dello straniero che richieda il permesso di soggiorno per motivi umanitari, pertanto, gode quanto meno della garanzia costituzionale di cui all'articolo 2 Cost., sulla base della quale, anche ad ammettere, sul piano generale, la possibilità di bilanciamento con altre situazioni giuridiche costituzionalmente tutelate...esclude che tale bilanciamento possa essere rimesso al potere discrezionale della pubblica amministrazione, potendo eventualmente essere effettuato solo dal legislatore, nel rispetto dei limiti costituzionali.*

42 Berri, *Fede nella giustizia*, Giuffrè, 1984.