

FRANCESCO PALAZZO

## Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico

### ABSTRACT

The so-called “judicial creationism” has been criticized in criminal law in the name of rule of law. However, the creative role of interpreter cannot be denied even in this branch of law. Furthermore, nowadays judicial discretionality seems to increase in the interpretative steps required by European harmonisation. This happens both as to the disapplication of the domestic norm that is incompatible with the European norm and to the interpretation of the domestic norm in coherence with this latter. In this cases critiques to judicial discretionality are harder, since interpretation is imposed by international obligations on States and their internal bodies, including judicial institutions.

### KEYWORDS

Rule of Law – Interpretation – Criminal Law – Constitution – European Harmonisation.

### 1. CREAZIONISMO GIUDIZIARIO TRA INTERPRETAZIONE “TRADIZIONALE” E INTERPRETAZIONE “EUROPEA”

Il “creazionismo giudiziario”, di cui tanto oggi si parla come contrassegno dell'esperienza giuridica attuale, può essere assunto in due diverse accezioni.

In primo luogo, in un senso per così dire *debole* o meglio ancora *descrittivo-constatativo*, per indicare il dato fattuale della partecipazione del giudice al processo di produzione del diritto.

In secondo luogo, in un senso per così dire *forte* o meglio ancora *critico-valutativo*, per censurare due fenomeni degenerativi della teoria e della prassi dell'interpretazione. Da un lato, si rifiuta o comunque si critica un'impostazione teorica, promossa in special modo dall'ermeneutica, che nel processo interpretativo minimizzerebbe arbitrariamente il ruolo del predato testuale per enfatizzare invece contesto e precomprensione, con il rischio di pervenire ad un sostanziale disconoscimento addirittura della nostra forma di governo in cui la base testuale legale costituisce espressione del principio democratico nonché attuazione della divisione dei poteri.

Dall'altro, ci si oppone all'andazzo fattuale di una crescente esorbitanza della creatività e del protagonismo giudiziario che, a prescindere dalla natura dell'interpretazione, comunque si manifesta oggi in Italia e forse non solo in Italia.

Non mi soffermerò in questa sede sulla questione teorica ed epistemologica della natura dell'interpretazione, mentre mi limiterò a mettere in luce l'indubbio accrescimento del ruolo interpretativo del giudice penale, nei confronti del quale i presunti o reali limiti legalistici non riescono più a fare argine.

E quest'accrescimento del potere interpretativo del giudice si manifesta oggi in due grandi campi distinti. Da un lato, in quello più tradizionale dell'interpretazione delle norme nazionali; dall'altro, in quello dell'interpretazione, delle sue cadenze e delle sue modalità, imposte dall'armonizzazione europea e dal complesso gioco in cui essa deve realizzarsi – almeno tendenzialmente – nel rapporto tra fonti interne e fonti europee. Dunque, sono a confronto l'interpretazione “tradizionale” e l'interpretazione “europea”, quest'ultima nelle sue diverse sfaccettature. E diciamo fin da subito che certamente non negheremo una forte componente di creazionismo giudiziario nell'interpretazione “tradizionale”, sia nella sua accezione debole di ineliminabile partecipazione del giudice all'individuazione della *regula iuris*, sia nella sua accezione forte di censura nei confronti di un'esorbitanza talvolta manifesta del ruolo del giudice che si fa portatore delle esigenze di difesa sociale. Ma, dato atto di ciò, va detto con altrettanta chiarezza che gli spazi interpretativi aperti invece dall'interpretazione “europea” sono realmente immensi, incomparabilmente più dilatati e complessi di quelli caratteristici dell'interpretazione “tradizionale”.

Il fatto è che riguardo all'interpretazione “europea” è anche difficile parlare di creazionismo giudiziario in senso proprio ed in senso forte o critico-valutativo, visto e considerato che gli spazi interpretativi si aprono vastissimi al giudice in ragione di veri e propri obblighi derivanti dalle fonti europee, come – per fare un esempio per tutti – l'obbligo dell'interpretazione conforme al diritto europeo. Così che continuare a levare lamenti sul creazionismo giudiziario nell'interpretazione “tradizionale”, pur essendo in sé e per sé giustificati, sembra alla fine antistorico a fronte di quanto avviene e non può non avvenire nel campo dell'interpretazione “europea”.

In vero, nell'interpretazione “europea” il compito del giudice si carica di incombenze interpretative e di giudizi valutativi imposti dalla complessa logica dei rapporti tra ordinamenti, rispetto ai quali ben poco possono opporre i limiti legalistici propri della materia penale e concepiti in realtà per l'interpretazione “tradizionale”. Con la conseguenza, appunto, che forse più che di creazionismo giudiziario si potrebbe parlare di discrezionalità giudiziale, come spazio valutativo imposto dalle stesse fonti europee.

## 2. L'INTERPRETAZIONE "TRADIZIONALE" DELLE NORME DI PARTE GENERALE

Prima di passare all'interpretazione "europea", qualche cenno a quella "tradizionale".

È ben nota, innanzitutto, la tesi di stampo socio-politologico per cui il creazionismo giudiziario in quest'ambito sarebbe la conseguenza di un generale compito di supplenza assunto dalla magistratura rispetto alla classe politico-amministrativa nonché di un diffuso atteggiamento antipolitico di cui la magistratura finirebbe per farsi interprete ed espressione. Al di là dei pur possibili condizionamenti di questa tesi, non c'è dubbio che se così fosse saremmo in presenza di un processo degenerativo del sistema cui guardare con preoccupazione. Peraltro, sembrano oggi abbastanza evidenti segnali che vanno anche in senso tendenzialmente opposto. Anche la magistratura, infatti, soffre di una certa flessione della fiducia nel suo operato, imputabile proprio a taluni eccessi specie della magistratura inquirente e alla conseguente sovraesposizione politica obiettivamente caratterizzante l'esercizio dell'azione penale. D'altra parte, non mancano richiami, provenienti dall'interno stesso dell'ordine giudiziario, affinché il problema della legittimazione del potere giudiziario, urgentemente posto dal creazionismo, venga impostato proprio attraverso un recupero di un più corretto rapporto con la legge sulla base soprattutto di un rafforzamento di professionalità.

Venendo ora a qualche maggiore dettaglio sull'interpretazione "tradizionale" e sulle sue peculiarità, pare utile distinguere a seconda che l'attività ermeneutica del giudice riguardi norme della cosiddetta parte generale del diritto penale ovvero norme della cosiddetta parte speciale.

Quanto all'attività interpretativa avente ad oggetto disposizioni o norme di parte generale, il ruolo svolto dal dato testuale è sempre stato piuttosto modesto a fronte di un forte creazionismo giudiziario, produttivo di non poche nozioni se non addirittura istituti di fonte francamente giurisprudenziale. È superfluo qui anche solo ricordare come la comprensione di concetti quali ad esempio quello della causalità abbia tratto ben poco giovamento da una trama testuale, quella degli artt. 40 e 41 c.p., che è poco meno di un autentico rebus. E ancora: di creazione interamente giurisprudenziale è la tormentata figura del dolo eventuale. Tormentata sì, specie nei tempi più recenti della sua lunga esistenza, ma difficilmente eliminabile dall'arsenale delle nozioni di parte generale. Per non dire poi della colpa, la cui struttura ineluttabilmente "aperta" rischia di fomentare la creazione *ex post* di regole cautelari da parte del giudice per il singolo caso concreto: anche qui senza che i pur acuti rilievi della dottrina più "legalista" riescano a scalfire più di tanto l'inafferrabilità della colpa, specie ma non solo di quella generica.

Questo vero e proprio creazionismo interpretativo nella forgiatura di molte norme di parte generale non è certo un fenomeno nuovo; e fino ad oggi esso era non solo accettato ma anche visto come qualcosa di naturale perché funzionale ad adattare le categorie alle sfaccettate esigenze, anche culturali oltre che sociali, della responsabilità penale. Il fatto nuovo è semmai un altro: e cioè che, mentre prima il creazionismo interpretativo era appannaggio forse prevalentemente della dottrina venendo poi recepito dalla giurisprudenza, oggi sembra quasi avvenire il contrario. E probabilmente la ragione di questa inversione di rotta sta nel fatto che il dinamismo della società postmoderna, con un'innovazione tecnologica e un pluralismo ideologico-culturale così pronunciati, fa sì che il "fatto", le vicende concrete della vita quotidiana costituiscano un continuo stimolo alle esigenze di adattamento delle categorie giuridiche: uno stimolo, però, che proprio per provenire dai "fatti" opera prioritariamente sulla giurisprudenza e sulla attività interpretativa del giudice, giocando la dottrina spesso in seconda battuta.

Certo, è del tutto vero che questo creazionismo giudiziario opera prevalentemente nel senso dell'ampliamento della responsabilità penale, suscitando dunque le comprensibili preoccupazioni dei paladini della legalità garantista e, in special modo, della legalità considerata *sub specie* di riserva della produzione normativa penale nelle mani del legislatore. Ma è anche vero che spesso questo lavoro della giurisprudenza contribuisce alla precisazione e alla stabilizzazione di nozioni che di per sé sarebbero altrimenti davvero ben povere di contenuto concettuale. E non è nemmeno raro cogliere in certi filoni giurisprudenziali un vero e proprio intento, un manifesto intendimento di contribuire a chiarire nomofilaticamente concetti che si sottraggono a una definitiva messa a punto legislativa. Anche qui gli esempi potrebbero essere numerosi. Il più macroscopico è, ovviamente, quello della causalità che con la storica sentenza *Franzese* ricevette un assestamento – opinabile per taluno – ma comunque capace di mettere un po' d'ordine in una situazione che stava diventando davvero intollerabile. E anche a proposito del dolo eventuale, è decisamente significativo il fatto che, preso atto della irrinunciabilità della categoria e della sua difficilissima precisazione concettuale, la Cassazione abbia spostato il fuoco di questa nozione dal piano definitorio a quello degli indici di riconoscimento. In fondo, anche la tormentata vicenda del cosiddetto concorso esterno nei reati associativi, una volta ritenuta ammissibile questa forma di partecipazione criminosa, vede sì il protagonismo di una Cassazione che interviene ripetutamente a "dar forma all'acqua" ma con l'obiettivo comunque di trarre la giurisprudenza di merito fuori dall'incertezza. C'è da chiedersi, insomma, se, in assenza di questo protagonismo e creazionismo giudiziario e nella ritenuta impossibilità di fare a meno di quelle categorie concettuali, non ci saremmo trovati in una situazione di incertezza e disordine tale da rendere davvero il giudice arbitro assoluto della decisione del caso concreto.

Su questo piano del riconoscimento, e in fondo della legittimazione, del ruolo ineliminabile del contributo giudiziario al perfezionamento ermeneutico di alcune nozioni specie di parte generale, vanno oggi le proposte tendenti a rafforzare il ruolo nomofilattico della Cassazione attraverso l'attribuzione di un qualche valore vincolante al "precedente", più o meno qualificato. Argomento, questo, assai impegnativo e, questo sì, davvero implicante scelte di campo di sistema, che non possono essere nemmeno sfiorate in questa sede.

### 3. L'INTERPRETAZIONE "TRADIZIONALE" DELLE NORME DI PARTE SPECIALE

Passando ora all'attività interpretativa avente ad oggetto disposizioni di parte speciale, cioè le singole fattispecie incriminatrici, non c'è dubbio che in quest'ambito la complessiva situazione sia più difficile e preoccupante, proprio da un punto di vista ermeneutico. Se si muove dalla premessa, empiricamente testimoniata oltre che teoricamente fondata, della scarsa pregnanza del dato testuale quale privilegiato strumento interpretativo delle norme incriminatrici, si scivola facilmente nella diagnosi di un creazionismo giudiziario alimentato da una tacita analogia *in malam partem* di non poche fattispecie.

In effetti, l'unica vera alternativa ermeneutica al dato testuale e alle sue conclamate insufficienze è rappresentata dal "tipo" criminoso, inteso quale sintesi omogenea di disvalore espresso – ma non esaurito – dalla fattispecie. L'utilizzazione di questo potente strumento ermeneutico risulta spesso e volentieri maggiormente in grado di guidare l'attività interpretativa secondo cadenze meno ingannevoli di quelle della *littera legis*. Ripetendo un esempio notissimo ma molto esplicativo, è assai difficile stabilire se la cosiddetta "prostituzione telematica", a distanza, rientri o meno nel significato linguistico dell'espressione utilizzata nella legge Merlin del 1958. Ragionando invece sul "tipo", la questione riesce quantomeno a trovare una sua maggiore chiarezza d'impostazione: se il tipo criminoso sottostante è costituito da quell'insieme di esigenze, interessi e valori messi in campo dalle caratteristiche proprie di un rapporto fisicamente ravvicinato con soggetti a priori non determinati, la soluzione non potrà che essere negativa; se invece il tipo criminoso viene identificato mediante il riferimento ad un valore quale essenzialmente quello della dignità della persona che si prostituisce, allora la soluzione sarà ovviamente positiva. Senza che in tutto ciò il dato del significato linguistico del termine abbia potuto dare il minimo contributo. E gli esempi potrebbero continuare.

Sennonché, lo strumento ermeneutico del "tipo" criminoso non gode buona salute. Esso appare eccessivamente sofisticato, quasi una fumisteria, rispetto alla chiara linearità del ruolo svolto (apparentemente) dal significato linguistico; l'utilizzazione del "tipo", poi, con le sue aperture ad argomentazio-

ni marcatamente valutative, viene visto come la breccia attraverso la quale entra a vele spiegate l'analogia. Senza considerare che, ad una più attenta considerazione, il "tipo" – se rettamente usato – è in grado di arrestare improprie dilatazioni della fattispecie assai più e meglio di quanto dimostri di saper fare il significato linguistico. E senza contare, infine, che non è affatto detto che "tipo" criminoso e significato linguistico siano tra loro alternativi e non possano invece coesistere.

Ma il "tipo" è in crisi non solo per la diffidenza manifestata nei suoi confronti dalla dottrina maggioritaria e per il difficile impegno che il suo maneggio richiede alla giurisprudenza, da tale strumento costretta a venire allo scoperto senza più nascondersi dietro il facile schermo dell'interpretazione – linguisticamente – estensiva. Il "tipo" è ancor prima messo in crisi da una legislazione che ha in sostanza rinunciato – per incapacità o per impossibilità obiettiva non importa qui verificare – a esprimersi mediante tipi criminosi. La prassi legislativa, infatti, oscilla sempre più tra i due estremi dell'esasperata frammentazione del tipo ovvero di formulazioni così vaghe e arzigogolate da non riuscire ad esprimere una sintesi di disvalore omogeneo.

La conclusione è che sono venuti sostanzialmente a mancare gli strumenti di una corretta e controllabile attività interpretativa delle fattispecie incriminatrici. Da un lato, il pre-dato linguistico testuale ha rivelato di fatto e anche teoricamente tutte le sue insufficienze; dall'altro, il tipo criminoso non è riuscito (ancora) a sfondare sulla scena dell'ermeneutica penalistica, per diffidenza della scienza penale e per incapacità del legislatore.

In questo scenario della teoria e della prassi dell'ermeneutica penalistica, è rimasta fatalmente a farla da padrone l'interpretazione teleologico/funzionale, la quale ha in sé un'incomprimibile vocazione a dilatare le fattispecie di fronte alle sempre pressanti e crescenti esigenze di tutela.

#### 4. L'INTERPRETAZIONE "EUROPEA": PREMESSE

Passando ora a parlare dell'interpretazione "europea", è opportuna qualche considerazione preliminare.

Va ricordato innanzitutto che l'interpretazione "europea" costituisce un'attività obbligatoria per il giudice, essendo egli tenuto a conformare in via interpretativa le norme interne a fonti sovranazionali o internazionali assunte come dotate di primazia. Peraltro, la interpretazione "europea" rientra nell'ampio *genus* dell'interpretazione conforme: conforme a Costituzione, ma anche conforme a norme di diritto internazionale consuetudinario o pattizio.

In secondo luogo, l'interpretazione "europea" insieme all'interpretazione conforme a norme internazionali è attuazione di un obbligo internazionale di leale collaborazione tra gli Stati legati da trattati e convenzioni internazionali. Si ha qui una situazione per cui l'ordine giudiziario, nelle persone dei giudici

chiamati ad applicare norme interne difformi dalla normativa internazionale, condivide la responsabilità del *pacta sunt servanda*. Con la conseguenza che l'interpretazione conforme diventa un terreno sul quale il giudice può impegnare la responsabilità internazionale dello Stato italiano. Se giuridicamente l'interpretazione conforme al diritto internazionale è un obbligo dalla cui inosservanza possono discendere conseguenze in termini di responsabilità internazionale dello Stato, politicamente il legislatore e le forze politiche possono avere interesse a scaricare sulle spalle del giudice adempimenti internazionali di adeguamento che potrebbero essere non facili.

In terzo luogo, nella categoria dell'interpretazione "europea" potremmo anche includere la disapplicazione, pur essa doverosa, della norma interna in contrasto con quella europea direttamente applicabile, in tutti i casi in cui l'interpretazione conforme non risulti praticabile. In effetti, anche la disapplicazione è orientata a individuare e ad applicare una disciplina normativa conforme alle fonti eurounitarie e implica una serie di passaggi interpretativi di cui diremo tra un attimo.

Orbene, l'interpretazione "europea" così precisata apre un vero e proprio vortice di discrezionalità interpretativa, incomparabile rispetto al creazionismo giudiziario insito nell'interpretazione "tradizionale". E soprattutto una discrezionalità interpretativa rispetto alla quale i consueti limiti penalistici della legalità non sono in grado di apporre nessun argine: anche perché, come detto ripetutamente, l'interpretazione "europea" è oggetto di un obbligo internazionale. Solo per la disapplicazione e non invece per l'interpretazione conforme – almeno a parere dei più – vale il limite costituito dal divieto degli effetti sfavorevoli per il reo. Tuttavia, anche questo limite *non* discende dalle peculiarità interpretative della disapplicazione *bensi* dal ritenuto deficit democratico che affligge le norme eurounitarie, così da renderle incapaci di produrre effetti diretti sfavorevoli. Con la conseguenza che, se per avventura questo deficit potesse essere in futuro ulteriormente ridotto o addirittura eliminato, verrebbe meno anche la ragione del divieto degli effetti sfavorevoli, mentre rimarrebbero ferme le imponenti componenti di discrezionalità interpretativa implicite nel meccanismo disapplicativo.

A questo punto non resta che passare rapidamente in rassegna i luoghi dell'interpretazione "europea" in cui si colloca la maggiore discrezionalità interpretativa.

##### 5. LA DISAPPLICAZIONE DI NORMA INTERNA CONFLIGGENTE CON NORME EUROUNITARIE

Cominciando proprio dalla disapplicazione, sono almeno due i momenti di apertura a valutazioni ampiamente discrezionali. In primo luogo, viene in gioco la valutazione dell'apprezzabile omogeneità del grado di astrattezza e

generalità delle norme in conflitto. In effetti, qualora la norma europea sia molto generica o sia una norma di scopo, il cui raggiungimento è possibile in misura differenziata e con una pluralità di strumenti normativi diversi, non è possibile far derivare l'obbligo della disapplicazione da un rapporto tra norme che non sia di univoca incompatibilità ma semplicemente di equivoca non piena corrispondenza. Neppure è pensabile che questo giudizio sul rapporto di confliggenza tra le norme con la conseguente affermazione dell'obbligo di disapplicazione sia di esclusiva competenza della Corte di giustizia. La Corte ha ovviamente il compito di identificare interpretativamente il significato della norma europea mediante la questione pregiudiziale, ma non può interferire con l'autonomia che hanno gli Stati, assumendosene essi la responsabilità internazionale, di attuare gli obblighi europei allorché questi non siano formulati in modo univoco, unidirezionale.

In secondo luogo, un ulteriore momento di discrezionalità presupposto dalla disapplicazione si trova nella valutazione che deve compiere il giudice in ordine alla disciplina applicabile una volta messa da parte la norma interna incompatibile con quella eurolunitaria. Posto che ovviamente non può essere il giudice a forgiare direttamente, ricavandola da quella europea, la disciplina conforme per il caso concreto, egli dovrà per così dire trovarla "a portata di mano" nell'ordinamento interno. Operazione, questa, non facile e certo altamente discrezionale tutte le volte in cui siano richieste operazioni interpretative o di ortopedia giuridica nel rintracciare la norma interna che appaia più adeguata al caso e nello stesso tempo conforme ai dettami europei. Nelle ipotesi in cui non si possa disporre, "a portata di mano", di una disciplina siffatta, è forte il rischio di uno scivolamento verso atteggiamenti sostanzialmente creativi del giudice pressato dagli obblighi internazionali.

A ben vedere, queste due valutazioni richieste preliminarmente al giudice per poter poi disporre la disapplicazione creano una situazione che ha qualcosa di paradossale. Infatti, si tratta di due operazioni destinate a fare da argine a che l'attuazione del diritto dell'Unione europea sia rimessa nelle mani del potere giudiziario. Ma nello stesso tempo si tratta di due accertamenti che hanno una componente, più che creativa nel senso tradizionale, di notevole discrezionalità valutativa.

Infine, v'è il tormentato tema dei "controlimiti" alla disapplicazione della norma interna, i quali dovrebbero scattare allorché la disapplicazione e le sue conseguenze vengono a porsi in contrasto con i diritti fondamentali e i principi supremi del nostro ordinamento. La questione dei controlimiti, che è stata recentemente rinfocolata da alcune famose sentenze della Corte di Lussemburgo, è tra le più spinose. Non solo per la posta in gioco, essendo coinvolto il mantenimento dell'identità costituzionale del nostro ordinamento, ma anche per le implicazioni interpretative dei controlimiti. Non è, infatti, facile individuarli precisamente anche perché



essi rivelano una certa qual tendenza espansiva a coincidere con (tutti, alcuni?) i principi fondamentali dei vari campi di disciplina: ad esempio, in ambito penale controlimite non sarà solo il principio di legalità, avendo legittime pretese a presentarsi come tale anche il principio di colpevolezza o quello del finalismo rieducativo della pena. Inoltre, l'operatività dei controlimiti è tutt'altro che un'operazione interpretativamente meccanica o automatica, visto e considerato che i controlimti – per costante affermazione della Corte costituzionale – sono bilanciabili con esigenze costituzionali contrapposte.

#### 6. L'INTERPRETAZIONE CONFORME AL DIRITTO EUROUNITARIO

Ancora più friabile è il terreno su cui poggia l'interpretazione conforme. In primo luogo, è molto difficile già l'individuazione dello stesso parametro europeo cui conformare l'interpretazione della norma interna. Difficoltà che nasce dalla straordinaria quantità di norme europee, dell'Unione europea o del sistema CEDU, che sono suscettibili di venire in campo; ma che nasce anche dalla notevole eterogeneità qualitativa, specie all'interno dell'UE, delle norme che possono essere assunte a riferimento, da norme di principio o di scopo fino a norme di minutissimo dettaglio.

In secondo luogo, le difficoltà interpretative nascono dalla necessità di assumere i parametri normativi europei nel significato loro attribuito dalla giurisprudenza delle Corti europee: un'operazione, questa, sempre impegnativa per il giudice nazionale, ma che diventa ulteriormente difficoltosa quando i precedenti giurisprudenziali sono scarsi, contraddittori, non in termini esatti. È del tutto ovvio che consimili evenienze nella giurisprudenza europea comportano un impegno ricostruttivo per il giudice interno che implica larghi spazi di discrezionalità valutativa. Tra l'altro, la difficoltà per il giudice nazionale di dominare la giurisprudenza europea rende altamente probabile che egli si avvalga, non solo della sua conoscenza diretta della giurisprudenza europea, bensì anche delle elaborazioni che di essa fornisce la dottrina con le sue opere di raccolta e sistemazione.

Problematico è, in terzo luogo, anche stabilire quali siano le norme interne suscettibili di interpretazione conforme al diritto eurolunitario. Si pone infatti l'alternativa di decidere se siano suscettibili di interpretazione conforme solo quelle norme interne che disciplinano le materie soggette ad armonizzazione da parte dell'UE, ovvero tutte le norme interne comunque suscettibili di essere investite dai principi dell'UE, soprattutto oggi che i Trattati si sono arricchiti di principi e diritti a vocazione "onnipotente": ed è facile intuire che i principi aventi un contenuto o una direzione specificamente penalistica, come ad esempio il principio di proporzione della pena, sono anche quelli che hanno una più marcata vocazione onnipotente.

Disagevole poi, e comunque altamente discrezionale, è l'individuazione da parte del giudice della "soglia di conformità" al diritto europeo che l'interpretazione conforme deve raggiungere per poter evitare la disapplicazione ovvero l'eccezione di incostituzionalità. È questo un momento non solo in sé e per sé problematico ma anche molto impegnativo dal punto di vista istituzionale, poiché nella misura in cui si dilatano gli spazi operativi dell'interpretazione conforme si riducono quelli dei più traumatici strumenti della disapplicazione e della questione di costituzionalità, che segnano comunque momenti di tensione nella coesistenza dei due ordinamenti e suonano come attribuzione di responsabilità per il legislatore che non sia stato capace di dare adeguata attuazione al diritto dell'UE.

#### 7. L'INTERPRETAZIONE CONFORME A COSTITUZIONE

Nella grande famiglia delle interpretazioni conformi, merita una brevissima notazione specifica l'interpretazione conforme a Costituzione: assunta da tempo a metodologia e tecnica ordinaria d'interpretazione delle norme, essa ha contribuito non poco a fomentare quel creazionismo giudiziario da cui abbiamo preso le mosse. E le ragioni sono sotto gli occhi di tutti.

Innanzitutto, è ormai un dato evidente dell'esperienza giuridica italiana la definitiva dismissione dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte della Corte costituzionale, che in effetti l'ha interamente rimessa nelle mani dei giudici comuni. Con una granitica giurisprudenza la Corte, infatti, dichiarando inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate senza aver previamente effettuato il tentativo di interpretazione conforme, ha sostanzialmente imposto ai giudici comuni di assumersi il compito di adeguare la legislazione vigente a Costituzione, nei limiti e per il tramite appunto dell'interpretazione conforme. Un simile orientamento risponde certamente ad apprezzabili intenti, ma non manca di produrre conseguenze molto rilevanti sul piano delle prassi e delle metodologie interpretative nonché di riflesso sull'assetto istituzionale del nostro ordinamento.

Quanto agli intenti che verosimilmente motivano questo atteggiamento della Corte, vi potrà anche essere quello di stampo utilitaristico di ridurre il numero dei giudizi incidentali di costituzionalità, lasciando al giudice comune il compito di risolvere quei dubbi di legittimità nei limiti appunto degli spazi interpretativi a sua disposizione. Ma certamente più significativo è l'intento per così dire assiologico di favorire in tal modo la circolazione della linfa costituzionale nell'applicazione quotidiana delle leggi, agevolando il formarsi e diffondersi di una "mentalità" costituzionalmente aperta in tutti gli operatori del diritto. Quasi a far sì che la Costituzione possa camminare sulle proprie gambe, senza il sostegno della Corte.

Quanto alle conseguenze, esse non sono né poche né trascurabili. In primo luogo, la dismissione operata dalla Corte finisce per inoculare nel sistema vivente un certo tasso di incertezza dei risultati interpretativi. È evidente, infatti, che – una volta rimessa ai giudici comuni la conformità a Costituzione di una certa norma – non tutti gli innumerevoli giudici troveranno però la stessa conformità, almeno fin tanto che non intervenga l'azione nomofilattica della Cassazione. In secondo luogo, è altrettanto chiaro che questo impegno all'interpretazione conforme a Costituzione della norma dubbia implica necessariamente la previa messa a fuoco del parametro costituzionale alla cui stregua costruire la soluzione conforme: ciò significa che implicitamente anche l'interpretazione delle norme costituzionali viene devoluta massicciamente ai giudici comuni, i quali sono forse meno attrezzati o comunque meno idonei ad operazioni interpretative che spesso presuppongono una vastità di orizzonti e una pluralità di punti di riferimento che solo i giudici della Consulta hanno. Basti pensare, al riguardo, alla frequente necessità di individuare la portata del parametro costituzionale solo a seguito di complessi e altamente discrezionali bilanciamenti tra valori e interessi tutti costituzionali.

Infine, e soprattutto, si produce in tal modo – sul piano prasseologico – una forte spinta per i giudici comuni a forzare il dato testuale pur di ottenere il risultato interpretativo conforme. Invero, l'atteggiamento assai rigido tenuto dalla Corte nel disimpegnarsi dall'interpretazione adeguatrice fa sì che i giudici comuni siano portati a superare con le proprie forze il dubbio di costituzionalità a costo anche di qualche strappo dei limiti testuali della norma: e ciò all'evidente scopo di evitare il possibile schiaffo della decisione di inammissibilità nei confronti del giudice più timoroso o incerto.

Più in generale e per concludere sull'interpretazione conforme, ci pare davvero rilevante una notazione metodologica concernente cioè proprio l'impostazione ermeneutica indotta dall'interpretazione conforme, si tratti di quella conforme al diritto europeo come di quella conforme a Costituzione. Forse non si esagera dicendo che l'interpretazione conforme, e il suo indubbio successo, consacra oggi una sorta di rivoluzione copernicana sul piano della metodologia interpretativa. Una rivoluzione, più precisamente, rispetto all'art. 12 disp. prel. c.c.: certo questa disposizione, nonostante qualche recente e autorevole tentativo di rivalutazione, rivela inequivocabilmente la sua origine legata ad una concezione autoritaria del diritto identificato col "verbo" legislativo. Ma l'interpretazione conforme scardina la stessa impostazione metodologica sottesa all'art. 12 disp. prel. e ancora in larga parte dominante.

Invero, interpretare in conformità ad altra norma prevalente, per di più essendo obbligati a muoversi in tale direzione, significa che il procedimento interpretativo non è più incanalato, guidato, disciplinato e limitato da regole

*modali* interpretative – giuste o sbagliate che esse siano, non è qui ora decisivo. Significa, invece, che il procedimento interpretativo deve essere orientato al raggiungimento di un *risultato* interpretativo, che diviene la bussola dell'attività ermeneutica a prescindere dalle regole, dagli strumenti, dagli "argomenti" tradizionalmente facenti parte dell'armamentario tecnico dell'interprete. L'unica barriera rimarrebbe il dato linguistico, sul quale però nessuno è riuscito finora a costruire una soddisfacente teoria e prassi dell'interpretazione.

## 8. CONCLUSIONI

Com'è consuetudine, è questo il momento di trarre qualche conclusione dal discorso fin qui condotto sulla base dell'osservazione di ciò che l'esperienza giuridico-penale ci offre sul piano dell'interpretazione specialmente giudiziale.

Il primo punto che merita di essere sottolineato è che il creazionismo giudiziario suscitatore di maggiore scandalo e di più virulente reazioni è quello che alligna sul terreno dell'interpretazione che abbiamo chiamato "tradizionale".

Il secondo punto è che, invece, almeno a nostro avviso, il vero fenomeno della giurisdizionalizzazione delle fonti è veicolato piuttosto da quella che abbiamo chiamato interpretazione "europea". È quest'ultima, infatti, che finisce per rendere il giudice arbitro di un compito davvero "sovrano" qual è quello di regolare i rapporti tra ordinamenti e, in fondo, di fare buon governo della stessa Costituzione.

Battaglie condotte per ricondurre a legalità l'interpretazione "tradizionale" sono destinate a rivelarsi di retroguardia se non tengono conto degli spazi di discrezionalità conferiti al giudice, anche penale, dall'interpretazione "europea" e da quella conforme a Costituzione. E d'altra parte queste ultime s'impongono come oggetto di un vero e proprio obbligo gravante sull'interprete.

In questo quadro, che fare? Cosa fare per non disperdere la "specificità" del diritto penale e i valori di garanzia e istituzionali ad essa sottesi?

È probabile che non siano a disposizione molti marchingegni prodotti dalla benintenzionata fantasia degli ingegneri costituzionali o dagli agguerriti nostalgici del passato.

A noi pare che i terreni su cui muoversi siano sostanzialmente due, ma percorribili solo attraverso l'assunzione di orientamenti di fondo di stampo essenzialmente culturale, rimessi più che altro al formarsi di sensibilità e convinzioni consapevoli della posta in gioco e ad essa adeguate.

Da un lato, e con riguardo all'interpretazione "tradizionale", non rimane che affidarsi all'*etica del limite*, all'assunzione di un abito mentale che renda il giudice penale guardingo nei confronti di ogni operazione interpretativa che

abbia il tono dell'azzardo, dell'esorbitanza, dell'eccesso quando si tratta di estendere l'area del penalmente rilevante. La responsabilità del giudice è quella del limite.

Dall'altro lato, e con riguardo all'interpretazione "europea", potrebbe essere auspicabile il recupero di un *ruolo di centralità della Corte costituzionale* nel governo dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamenti sovra o internazionali, almeno in tutti i casi di maggiori difficoltà e nei periodi storici di più forti tensioni, com'è sicuramente quello attuale.

