

GIUDICI E APPLICAZIONE DIRETTA DELLA COSTITUZIONE NEI
RAPPORTI TRA PRIVATI

MARGHERITA LIGUORI*

Sommario

1. Considerazioni introduttive. – 2. Applicazione e attuazione della Costituzione. – 3. Attuazione della Costituzione e clausole generali: “la buona fede”. – (Segue). Buona fede e divieto di abuso del diritto. – 5. (Segue). Interessi costituzionali e danno esistenziale. – 6. La regola del caso: combinazione o bilanciamento. – 7. Conclusioni.

Abstract

*This note is about the role of the judge in the Italian system of constitutional justice. It examines the juridical institution known as *Drittwirkung*, which consists in the direct application of the Constitution in the private relations. This research compares the direct application with the interpretation in conformity, different interpretative instruments that are often confused between them. Finally, it demonstrates the importance of the jurisdictional function in the implementation of the Constitution, especially in the recognition of new interests, worthy of protection, also when the Parliament is inefficient.*

Suggerimento di citazione

M. LIGUORI, *Giudici e applicazione diretta della Costituzione tra privati*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Dottoressa in Giurisprudenza.
Contatto: liguori.margherita@libero.it

1. Considerazioni introduttive

L'espressione "applicazione diretta della Costituzione", dispersiva più che indicativa, rappresenta una specie di calderone cui si riconduce tutto ciò che fa vivere la Carta Costituzionale. La premessa è necessaria per circoscrivere l'ambito di indagine, nonché per sciogliere alcuni nodi che verranno fuori nel corso dell'analisi: ciascuna funzione pubblica rappresenta sempre applicazione della Costituzione nella misura in cui è volta al perseguimento degli obiettivi normativi fissati dai Costituenti¹; se ne ricava che proprio per questo essa trova fondamento e legittimazione nella Costituzione. Nello specifico, si discorre di applicazione diretta (cd. *Drittwirkung*) riferendosi all'ipotesi in cui il giudice attinga direttamente alla Costituzione per la soluzione del caso concreto e riconosca diritti in capo ai privati anche in mancanza di disposizioni legislative specifiche. Si intende in questa sede, quindi, escludere le ipotesi di applicazione diretta che fanno capo ad altre funzioni, come quella esercitata dalla pubblica amministrazione.

Ai fini dell'analisi del tema e dei problemi che ne derivano, si esamineranno la distinzione tra applicazione e attuazione della Costituzione, la definizione dei confini tra applicazione diretta e interpretazione conforme, nonché alcune ipotesi classificate dalla dottrina come *Drittwirkung*. Si tireranno, quindi, le conclusioni, cercando di vagliare le preoccupazioni emerse in merito ai riflessi dell'istituto sul nostro sistema costituzionale: in particolare, su quale sia il ruolo del giudice comune e sui rapporti che intercorrono tra quest'ultimo e il Parlamento, nonché la Corte Costituzionale. Si tralascerà il profilo relativo all'incidenza degli ordinamenti comunitario e sovranazionale sull'attività ermeneutica, che per la sua vastità e rilevanza appare meritevole di autonoma e più diffusa trattazione.

Come emergerà nel corso dell'indagine, la differenza tra applicazione e attuazione della Costituzione permette di cogliere l'evoluzione dei rapporti tra potere politico e potere giurisdizionale, che ha dato luogo a interventi anche attuativi della Costituzione da parte del giudice, consentendo di comprendere e contestualizzare il cd. attivismo dell'autorità giudiziaria e l'esercizio di poteri anche creativi da parte dell'interprete. Tra le tesi proposte spicca quella che, nell'ambito dell'implementazione della Costituzione, tende a sovrapporre l'applicazione diretta con l'istituto dell'interpretazione conforme; è essenziale, quindi, per capirne in concreto i rapporti, partire dalla definizione e dall'inquadramento di entrambi. I due istituti consentono anche di definire i confini tra attività dell'autorità giudiziaria e quella della Corte Costituzionale nonché percorrere – senza pretesa di esaustività – le tappe principali dei rapporti tra le

¹ Con questa accezione di funzione, incentrata sulla destinazione e sullo scopo, si apre F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1969, XVIII, p. 301 ss.

due. Sarà possibile anche cogliere la recente inversione di tendenza, con attenuazione degli elementi di diffusione del sistema a favore del ri-accentramento della giustizia costituzionale.

2. Applicazione e attuazione della Costituzione

In via preliminare, si rende necessaria una precisazione terminologica: deve comprendersi quali siano i confini tra applicazione e attuazione della Costituzione, se sussistenti, e come essi si atteggiino rispetto all'attività dell'interprete. La questione è complessa e non così scontata, dal momento che essa non solo rappresenta il presupposto per analizzare i rapporti tra politica e giurisdizione e, quindi, tra la funzione legislativa e quella giurisdizionale, ma è anche utile perché consente di descrivere con più precisione il ruolo dell'interprete e, di conseguenza, come quest'ultimo debba relazionarsi al testo costituzionale.

Sul punto, dai numerosi contributi dottrinali, non sembra trarsi una visione univoca. Da un lato, c'è chi nega proprio la distinzione, tant'è che sono utilizzati indistintamente i termini "attuazione" e "applicazione", anzi - quasi a voler eliminare ogni dubbio - si utilizza il termine "implementazione" riferito o alla Costituzione in generale o ai principi che essa esprime. Tale conclusione non sorprende ove si consideri che lo stesso orientamento tende a sovrapporre l'attuazione-applicazione anche all'interpretazione conforme². In definitiva, pare quasi potersi individuare un'unica categoria onnicomprensiva, che contiene cioè tutte le forme attraverso le quali il testo costituzionale orienta l'attività dell'interprete, il quale deve collaborare alla citata implementazione, in sostanza esercitando un potere diffuso di attuazione³.

Agli antipodi rispetto alla prima ricostruzione, si colloca chi sostiene che occorra distinguere i due diversi elementi: l'applicazione è da intendersi come prevalenza della Costituzione su tutte le altre fonti e rientra nell'ambito dei poteri-doveri del giudice; l'attuazione, invece, sottende valutazioni di carattere politico, per cui essa rappresenta prerogativa del Parlamento e si estrinseca con l'esercizio della funzione legislativa⁴.

Nel mezzo c'è chi poi ritiene che i due elementi siano distinti, ma si pongano in rapporto progressivo dal momento che l'applicazione rappresenta una

² S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, Roma, 155/2009, p. 29 ss.

³ A. ANZON, "Diffusione" del controllo di costituzionalità o "diffusione" del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione?, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 379 ss.

⁴ P. VERONESI, *All'incrocio tra "revisione", "applicazione" e "attuazione" costituzionale: verso un diritto sempre più "a misura d'uomo"?*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?*, *Lavori dell'incontro di studio tenutosi a Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 297 ss.

minus rispetto all'attuazione; quest'ultima, infatti, richiede necessariamente l'intervento del legislatore e quindi la progettualità della politica. Approfondisce il discorso chi evidenzia che l'applicazione è comunque una forma di attuazione, laddove essa consiste nella concretizzazione di principi costituzionali nella controversia individuale, con la differenza che la funzione legislativa presenta un più esteso margine di scelta, sempre entro i limiti definiti dalla Costituzione, su cui poi deve vigilare la Corte Costituzionale⁵.

Su un profilo sembrano concordare quasi tutti: per quanto possa formularsi una distinzione in astratto, di fatto, i diversi livelli si avvicinano e si intersecano quando il giudice comune si sostituisce alla politica inerte e inefficiente nell'attuazione dei principi della Costituzione. Da un lato, questo meccanismo rassicura sull'osservanza delle disposizioni costituzionali; dall'altro, per taluni esso è solo un palliativo che determina l'alterazione del modello e del riparto di funzioni voluti dai Costituenti in cui vi è "un disperato bisogno sia di giurisdizione, sia di legislazione, perché nessuna delle due basta a sé stessa"⁶.

In più, c'è chi esprime delle perplessità rispetto a tale valorizzazione dell'autorità giudiziaria perché ne deriverebbe un'anomala trasformazione del sistema di giustizia costituzionale da accentrato a diffuso, darebbe spazio ad applicazioni dirette della Costituzione fino ad arrivare al caso limite della disapplicazione della disposizione di legge incostituzionale, ripetendo il modello adottato per la ricostruzione dei rapporti tra ordinamento interno e disposizioni europee, con fuga dall'incidente di costituzionalità, quindi al di fuori del controllo della Corte Costituzionale⁷.

A seconda dell'impostazione cui si aderisca cambia il ruolo dell'interprete, tuttavia, un punto di partenza è certo: l'attività cui egli è preposto presenta un duplice volto, giacché non tutte le disposizioni si prestano alla mera applicazione, ma richiedono anche l'innovativa attuazione, generalmente attribuita alla politica; è quanto rilevato da chi colloca tra i fattori che alimentano il carattere creativo dell'attività giurisdizionale le disposizioni di principio contenute nella Costituzione e il divieto di *non liquet* gravante sul giudice di merito⁸.

⁵ R. BIN, *Una Costituzione applicata ma non attuata*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?*, *Lavori dell'incontro di studio tenutosi a Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 328 ss.

⁶ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, G. CAZZETTA (a cura di), *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"?*, *Lavori dell'incontro di studio tenutosi a Ferrara, 24-25 gennaio 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 22.

⁷ E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2008, p. 274. In effetti, non scandalizza la prospettiva di disapplicazione di leggi illegittime nel sistema costituzionale nell'analisi di R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Jovene, Napoli, 2008, p. 274 ss.

⁸ G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2018, p. 330. Sulle caratteristiche del procedimento giurisdizionale e sulle differenze con quello legislativo: C. PINELLI, *Giudici e legislatori*, in *Dir. Pubbl.*, 3/2016, p. 9.

A tal proposito, infatti, va evidenziato che se quest'ultimo non trova alcuna risposta per il caso concreto nella legge, per adempiere all'obbligo di pronunciarsi – desumibile dall'art. 12, comma 2 delle Disposizioni sulla legge in generale – dovrà necessariamente reperire altrove gli elementi utili per creare la regola necessaria a risolvere la questione prospettata dalle parti che lo hanno adito: anche e soprattutto nella Costituzione, che è parte del materiale normativo che orienta l'interprete.

Non sarà forse ciò che avevano in mente i Costituenti, tant'è che alcuni collocano la lettura così rigida del divieto di *non liquet* tra gli elementi che concorrono alla crisi dell'attuazione in via politica della Costituzione⁹, ma questo è l'unico approccio possibile per mettere una toppa ai vuoti lasciati dalla politica¹⁰, considerato che “dal modello si devia – in fondo – soprattutto per ragioni di supplenza, per trovare altre vie in cui incanalare la continua rivendicazione sociale dei diritti a cui il processo politico non è capace di rispondere”¹¹.

In passato, il problema dell'applicazione diretta della Costituzione si è presentato successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, nonostante l'irruzione della sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 1956, perché il giudice si è trovato di fronte ad una serie di disposizioni che non costituiscono *rules*, o anche norme giuridiche in senso stretto¹², cui è sottesa la logica del *applicable in all – or – nothing fashion*¹³, ma che vanno annoverate tra i principi, nella cui struttura prevale il carattere dell'elasticità¹⁴, imprescindibile per assicurare “l'eternità ordinamentale” cui aspirano le Costituzioni¹⁵.

Nella citata decisione si riconosce per la prima volta l'incidenza della Costituzione anche per l'interpretazione della legge da parte del giudice di merito.

⁹ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., p. 19.

¹⁰ Vuoti che assumono le dimensioni di voragini quando il legislatore non è capace di rispondere ai moniti della Corte Costituzionale, quando cioè ci sono delle violazioni costituzionali accertate ma non dichiarate, mediante le ccdd. sentenze additive di principio, con cui la Corte individua il principio cui la legislazione futura dovrà ispirarsi, *ex multis* C. cost. 11 giugno 2014, n. 170; tant'è che la perdurante inerzia spesso impone un nuovo intervento della Corte, *ex multis*: C. cost., 20 novembre 2002, n. 466. Più di recente la Corte ha adoperato una nuova tecnica, ossia quella del rinvio dell'udienza di trattazione, in attesa di un intervento legislativo su una determinata questione: è quanto avvenuto con C. cost., 24 ottobre 2018, 207, cui ha fatto seguito poi la sentenza C. cost., 22 novembre 2019, n. 242.

¹¹ R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista Aic*, 4/2018, p. 650.

¹² S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, Giuffè, Milano, 1986, XXXV, p. 513.

¹³ L'espressione è presa da: R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

¹⁴ Sull'imprescindibilità del carattere *dell'elasticità* di alcune norme costituzionali e sulle conseguenti difficoltà interpretative C. MORTATI, *Costituzione*, *Enc. Dir.*, Giuffè, Milano, 1962, XI p. 139 ss.

¹⁵ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni*, cit., 1, nello stesso senso: R. BIN, *Una Costituzione applicata ma non attuata*, cit., p. 331.

Trattandosi, quindi, di norme vincolanti per il giudice, allora, potenzialmente, esse potranno applicarsi direttamente, anche in assenza di una disposizione legislativa; difatti, la normatività non ammette gradazioni: non può sostenersi che una norma (costituzionale in questo caso) sia vincolante e non vincolante allo stesso tempo. Peraltro, l'aver assegnato all'autorità giudiziaria la scelta se sollevare o meno l'incidente di costituzionalità presuppone un rapporto diretto con il testo costituzionale.

La centralità del giudice di merito in quest'attività di applicazione e attuazione emerge anche dalla giurisprudenza costituzionale che, prima, ha enfatizzato il requisito della non manifesta infondatezza, consentendo e imponendo all'interprete di sollevare la questione di legittimità tendenzialmente solo sulla base di un vero e proprio convincimento - non di un mero dubbio - dell'incostruzionalità della norma; poi, ha introdotto il canone dell'interpretazione conforme¹⁶. Entrambe le novità rappresentano tappe fondamentali del processo di valorizzazione dell'autorità giudiziaria¹⁷ e hanno alimentato forme di attuazione diffuse della Costituzione, tuttavia arrestatisi con la recente evoluzione dei rapporti tra giudici comuni e Corte Costituzionale. Quest'ultima, difatti, si sta muovendo verso il ri-accentramento del sistema, come emerge - ad esempio - proprio dalla successiva riformulazione dell'obbligo di interpretazione conforme. A ben vedere, si tratta di un fenomeno ben più ampio che attiene alla ricerca di legittimazione da parte della Corte e che ha ridimensionato gli spazi di intervento dell'autorità giudiziaria nei vuoti lasciati dal legislatore¹⁸.

3. Attuazione della Costituzione e clausole generali: "la buona fede

Diversamente dall'ordinamento tedesco¹⁹, manca una disposizione che riconosca la diretta vincolatività delle disposizioni costituzionali (nello specifico quelle sui diritti fondamentali) anche nei confronti dei giudici. Per tale ragione, l'applicazione diretta ancora oggi pone problemi per gli interpreti, tenuti a fornire una soluzione alle parti che agiscono in giudizio per la tutela dei propri interessi, anche quando manchi una legge ordinaria. La cd. *Drittwirkung*, vale

¹⁶ *Ex multis*: C. cost., 27 giugno 1986, n. 171; C. cost., 27 luglio 1989, n. 456; C. cost. 31 marzo 1994, n. 121; C. cost., 22 ottobre 1996, n. 356.

¹⁷ E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., p. 270.

¹⁸ Sul punto: D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, nella descrizione del fenomeno richiama anche il superamento della dottrina delle cd. rime obbligate e della dottrina cd. *Granital*, p. 97 ss.

¹⁹ Art. 1, par. 3, Legge fondamentale per la Repubblica Federale di Germania 23 maggio 1949, disponibile all'indirizzo: www.archivio.rivistaaic.it. Si rinvia a: P. FEMIA (a cura di), *Drittwirkung: principi costituzionali e rapporti tra privati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, per ripercorrere la dottrina tedesca divisa tra applicazione diretta e indiretta dei diritti fondamentali nei rapporti privatistici (53 e ss.) e per la consultazione della sentenza resa nel caso *Lüth* del 1958 (291 e ss.), che per prima ha riconosciuto ai diritti fondamentali la forza di contaminare l'intero ordinamento, orientando quindi anche l'interpretazione delle norme civilistiche da parte del giudice.

a dire l'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti tra privati, rappresenta un tema con dibattito mai sopito principalmente in ragione della diversa struttura delle disposizioni costituzionali che, nonostante il superamento della distinzione tra norme precettive e programmatiche, si prestano inevitabilmente a letture diverse.

Sul punto c'è chi²⁰ ha riproposto la citata distinzione soffermandosi sulle modalità attraverso cui i giudici attuano quelle norme che, pur direttamente applicabili, necessitano di specificazione da parte del legislatore, che però resta inerte. Diversamente, per le norme chiare, precise e incondizionate da cui possa trarsi la regola del caso, come avviene per i divieti²¹. Vi è poi chi ha analizzato le soluzioni alla mancanza della regola *ad hoc*, proponendo una graduazione in relazione alla diversa incisività del rimedio, legata alle caratteristiche delle disposizioni costituzionali e ordinarie che vengono in rilievo nel caso concreto²².

In generale, vi è concordia in merito alla possibilità di applicare direttamente la Costituzione mediante due strumenti, da qualcuno ricondotti alla categoria onnicomprensiva delle ccdd. norme elastiche²³, entrambi utilizzati in combinato disposto con norme costituzionali²⁴: clausole generali e norme a struttura aperta. Quanto alle prime non c'è dubbio che sia così considerando che la clausola generale opera tendenzialmente quando manchi una puntuale disciplina da parte della legge²⁵; rispetto alle norme a struttura aperta il discorso è più complesso, ma forse più pertinente perché grazie alle norme a struttura aperta, nei rapporti tra privati, la giurisprudenza è riuscita a riconoscere la tutela anche a situazioni giuridiche non menzionate espressamente dal legislatore, ma comunque ricavabili dalla Costituzione. L'indagine può attingere fruttuosamente dalle esperienze giurisprudenziali di due diversi settori del diritto civile: rapporti contrattuali e illecito aquiliano; l'eterogeneità delle regole sottese a ciascuno di essi consentirà di apprezzare meglio la vitalità della Costituzione e la sua capacità di innervare l'intero sistema tramite l'autorità

²⁰ M. R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust. Civ.* 1/1999, p. 3 ss.

²¹ R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, p. 217 ss.

²² G. SORRENTI, *La manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione*, cit., p. 105 e ss.

²³ E. SCODITTI, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, in *Quest. Giust.*, 4/2018, p. 3.

²⁴ S. MORELLI, *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. Civ.*, 12/1996, p. 539 ss.

²⁵ E. SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Quest. Giust.*, 1/2020, p. 2 ss., ma anche in G. D'AMICO, *L'attuazione del principio di eguaglianza tra legislazione e giurisdizione (qualche riflessione a partire da un saggio di Enrico Scoditti)*, in *Quest. Giust.*, 1/2020, p. 35 ss., che si spinge oltre ammettendo anche una regola del caso che dia luogo a una regolazione difforme rispetto a quella pensata dal legislatore.

giudiziaria.

Si inizierà con le clausole generali, in particolare con la buona fede oggettiva, costantemente oggetto di dibattito da parte dei supremi consessi e che, peraltro, si inserisce nell'ambito del tema più generale dell'indeterminatezza delle disposizioni giuridiche²⁶ (in effetti anche quelle costituzionali), dalle quali il giudice ricava mediante l'interpretazione una pluralità di norme²⁷, tra cui dovrà scegliere per risolvere il caso concreto.

Per analizzare questa forma di applicazione diretta è necessaria una distinzione terminologica, sfuggente nella prassi al punto che è diffuso l'indifferente utilizzo di un lemma o di un altro, per cui i relativi concetti finiscono per confondersi tra loro. In particolare, è necessario distinguere tra valori, principi e clausole generali affinché possa cogliersi il senso dell'evoluzione giurisprudenziale in cui oggi è protagonista la buona fede. La relazione si può ricostruire in maniera ordinata come segue: i valori identificano i fini cui tende l'ordinamento giuridico; essi ne diventano parte assumendo carattere precettivo grazie ai principi, i quali a loro volta sono enucleati in criteri di condotta mediante le clausole generali, la cui concretizzazione ai fini dell'applicazione è rimessa all'interprete. Ciascun termine della relazione appena enunciata può essere incorporato in una disposizione legislativa, per cui ciascuno di essi costituisce espressione di una diversa tecnica di formulazione del precetto e di applicazione dello stesso²⁸.

La buona fede si colloca nell'ambito delle clausole generali e rappresenta dunque il grimaldello attraverso il quale principi – e ancor prima i valori – possono tradursi in obblighi comportamentali per i soggetti, tant'è che alcuni ritengono sia corretto discutere di “un tempo dei principi”, diversamente a quanto fatto negli anni Sessanta, in cui l'attenzione era focalizzata sulle clausole generali e specificamente sulla buona fede²⁹.

Ciò è emerso in maniera peculiare nelle relazioni contrattuali, rispetto alle quali la giurisprudenza ha riconosciuto l'avvenuta costituzionalizzazione della buona fede³⁰, in quanto espressione del dovere di solidarietà enunciato all'art. 2 Cost.

A tal proposito, va evidenziato che in questa ipotesi i termini della relazione sopra esposta (principi – clausole generali) appaiono invertiti dal momento che la buona fede era contemplata dal Codice civile, già prima dell'entrata in vigore della Costituzione: all'art. 1375 cc, come parametro di valutazione della

²⁶ E. FABIANI, *Clausole generali*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 2012, Annali V, p. 184 ss.

²⁷ Sulla distinzione tra disposizione e norma: V. CRISAFULLI, *Disposizione*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, XIII, p. 195 ss.

²⁸ E. SCODITTI, *Giurisdizione per principi e certezza del diritto*, cit., p. 25.

²⁹ G. D'AMICO, *L'attuazione del principio di eguaglianza tra legislazione e giurisprudenza*, p. 35 ss.

³⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, punto 5.1.

condotta nell'esecuzione del contratto; all'art. 1337 per la fase delle trattative e all'art. 1366 cc come criterio di interpretazione del contratto. L'evoluzione giurisprudenziale ha riletto la clausola estendendone la portata – costituzionalizzandola appunto³¹ – non solo in chiave integrativa³² suppletiva del contenuto del contratto, mediante il combinato disposto dell'art. 1374 cc e l'art. 2 Cost.³³, ma anche in chiave cogente correttiva³⁴, in base al presupposto che il dovere di solidarietà entri direttamente nel contratto e di conseguenza, imponga obblighi di correttezza, di protezione e di tutela della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio³⁵.

In ambito costituzionale, la vicenda avente ad oggetto la riducibilità della caparra confirmatoria si colloca perfettamente nel fenomeno di cui si sta trattando e coglie appieno il passaggio da un'integrazione meramente suppletiva a un'integrazione cogente, attraverso la quale il giudice può intervenire direttamente sullo statuto negoziale, rettificandolo. Ciò emerge soprattutto laddove si consideri che la Corte Costituzionale indica all'interprete una soluzione inedita, che si discosta dai precedenti di legittimità da essa stessa richiamati³⁶.

Nello specifico, con due ordinanze – succintamente motivate, ma con effetto dirompente – la Corte Costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni prospettate in relazione all'art. 1385 cc, che non prevede la riducibilità della caparra confirmatoria manifestamente eccessiva³⁷. Ciò che qui interessa è il presupposto in base al quale la Corte conclude per la manifesta inammissibilità: grazie al combinato disposto dell'art. 2 Cost., che introduce il dovere di solidarietà, la clausola della buona fede e la disposizione sulla nullità ex art. 1418 cc si riconosce il potere del giudice di intervenire sul contratto e riequilibrarlo. In definitiva, l'art. 2 Cost. assume portata immediatamente precettiva, al punto che esso rientra nel materiale normativo dell'interprete e viene direttamente applicato nei rapporti privati, sebbene veicolato nel canone

³¹ *Ex multis*: Cass. Civ., 4 maggio 2009, n. 10182.

³² In tal senso, a titolo esemplificativo: Cass. Civ., Sez. III, n. 3462 del 2007.

³³ Risultato raggiunto col tempo, come emerge in M. R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti (nota a sent. Cass. Sez. I, 20 aprile 1994 n. 3775, Com. Giuffrè c. Soc. Ente Fiuggi)*, in *Giust. Civ.*, 9/1994, p. 1268 ss.

³⁴ In tal senso: Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in materia di *ccdd. claims made*.

³⁵ Secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, *ex multis*: Cass. Civ., sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3462; Cass. Civ., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140 e Cass. Civ., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437.

³⁶ Come rileva F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 5/2013, p. 3776.

³⁷ Le questioni sono state prospettate in termini identici da parte del Tribunale di Tivoli con l'ordinanza del 10 ottobre 2012, iscritta al n. 2 del registro ordinanze 2013 e pubblicata in G.U. n. 5, prima serie speciale, 2013 e con l'ordinanza del 3 aprile 2013, iscritta al n. 181 del registro ordinanze 2013 e pubblicata in G.U. n. 35, prima serie speciale, 2013.

di buona fede³⁸, al punto da determinare la nullità della pattuizione non conforme ad esso. Dunque, la Corte Costituzionale estremizza il precedente orientamento giurisprudenziale, arrivando a qualificare il vizio conseguente alla violazione in termini di invalidità genetica.

L'impostazione, nonostante la bontà dei fini, quantomeno dal punto di vista di una delle parti del sinallagma, non convince la dottrina per una serie di ragioni.

Innanzitutto, essa sovrappone l'equità alla buona fede: la prima si differenzia dalla seconda in quanto rappresenta un criterio oggettivo di integrazione del contratto, che opera in via suppletiva, vale a dire quando i contraenti non abbiano diversamente stabilito e guarda all'equilibrio delle prestazioni dedotte. Stando così le cose, il giudice non potrà rideterminare l'assetto di interessi definito dalle parti liberamente e consapevolmente in sede di contrattazione, a meno che tale potere non sia contemplato da una disposizione legislativa *ad hoc*, come avviene nella disciplina posta a tutela del consumatore, che consente il rilievo officio della nullità di protezione di cui all'art. 36 Cod. Cons. Nello specifico, l'art. 33, comma 1 Cod. Cons., dopo aver definito la vessatorietà in termini di significativo squilibrio tra diritti e obblighi derivanti dal contratto, rimarca proprio la distinzione concettuale di cui si sta trattando con l'inciso "malgrado la buona fede". Quest'ultima, come già detto, rappresenta una clausola generale, il cui contenuto non può essere definito e quindi conosciuto al momento della stipula; essa, infatti, viene determinata in relazione al comportamento delle parti e alle vicende concrete in cui il rapporto contrattuale si sviluppa.

A tanto si aggiunge la considerazione, fatta propria da una parte della giurisprudenza, secondo cui si finisce per confondere il piano delle regole di validità con quello delle regole di comportamento: le prime interessano il momento genetico della vicenda contrattuale, la cui violazione è sanzionata con il rimedio della nullità; le seconde riguardano lo svolgimento del rapporto tra le parti in concreto, ragion per cui i rimedi esperibili sono quelli previsti per i vizi funzionali³⁹.

Infine, l'applicazione diretta dei principi e delle clausole generali in funzione correttiva finisce per svilire il ruolo del legislatore nella definizione dei confini dell'autonomia negoziale delle parti, per due ordini di ragioni: in primo luogo, qualunque previsione legislativa sarebbe inutile e superflua, dal momento che sarebbe sempre possibile per l'interprete ricavarla dai principi generali; in secondo luogo, il giudice potrebbe individuare nuovi limiti al potere dei contraenti, anche quando il legislatore non ne abbia introdotti, sempre sulla

³⁸ Questi riferimenti appaiono invertiti in E. FABIANI, *Clausole generali*, cit., p. 225 e ss.

³⁹ In tal senso: Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724.

base dei principi costituzionali, il tutto in assenza di un intervento della Corte Costituzionale in tal senso⁴⁰ e, per di più, solo in rapporto alla diversa sensibilità dell'interprete nel caso concreto.

Appaiono convincenti le motivazioni relative alla confusione terminologica e concettuale in cui incorre la Corte Costituzionale e le osservazioni di chi distingue tra rimedi applicabili, diversamente si nutrono riserve in merito all'analisi di sistema, che prospetterebbe – secondo un'efficace espressione – un “nuovo super potere giudiziario”⁴¹ in capo all'organo giudicante. A sostegno di questa tesi, rispetto alle questioni fin qui analizzate, si ricorda che la giurisprudenza ha inteso restrittivamente il potere conformativo del giudice nell'ambito dei rapporti contrattuali per non compromettere il principio dell'autonomia negoziale⁴², in un certo senso autoregolandosi. Inoltre, si dimostrerà come rispetto alla funzione legislativa, appare indispensabile il contributo della giurisprudenza per rimediare all'inefficienza e all'immobilità del Parlamento; infine, si osserverà come la Corte Costituzionale sappia difendere le proprie prerogative, quando necessario.

4. (Segue). Buona fede e divieto di abuso del diritto

Fermo restando quanto visto, resta un ulteriore profilo su cui soffermarsi: la buona fede, quale espressione del dovere di solidarietà, difatti, rileva anche come divieto di abuso del diritto. In questo caso, non vi è integrazione del regolamento negoziale, ma correzione di un diritto attribuito, cioè un diritto espresso derivante dal contratto o, più in generale, dalla legge. Nello specifico, per quanto possa sembrare un ossimoro⁴³, l'abuso del diritto si concretizza ogni volta che un soggetto eserciti un diritto riconosciutogli dall'ordinamento con modalità o scopi non coerenti con esso; in sostanza, esso si manifesta con un'alterazione funzionale dell'atto realizzativo rispetto al potere insito nel diritto, per cui al titolare non viene assicurata la relativa tutela⁴⁴.

Preliminarmente, si evidenzia che difetta una disposizione specifica avente ad oggetto il citato divieto all'interno del Codice Civile; unica menzione è contenuta in una norma di settore: l'art. 10 bis dello Statuto del Contribuente (l.

⁴⁰ G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contratti*, 2014, p. 934.

⁴¹ R. PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro It.*, 1/2014, p. 2039 ss.

⁴² Cass. Civ., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437 (sempre in materia di *claims made*) che attraverso il test della causa in concreto impone di indagare l'equilibrio giuridico (non economico) del contratto o mediante il confronto del singolo contratto con il *tipo legale*, o, laddove si tratti di contratto atipico, con il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, comma 2 cc.

⁴³ G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2004, p. 29.

⁴⁴ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, p. 168 e ss.

27 luglio 2000 n. 212), in cui si stigmatizzano le operazioni prive di sostanza economica, produttive esclusivamente di vantaggi fiscali indebiti, qualificate proprio come abuso del diritto; la fattispecie ricalca perfettamente quanto sopra descritto: apparentemente l'atto corrisponde a un'operazione consentita dalle disposizioni fiscali, ma in realtà esso è funzionalmente alterato.

Essenziali nell'individuazione della categoria di cui si tratta sono: nell'ambito dei diritti reali, l'art. 833 cc e la funzione sociale della proprietà ex art. 42 Cost.; nell'ambito dei diritti obbligatori derivanti da contratto, ancora una volta, la clausola generale di buona fede e il dovere di solidarietà ex art. 2 Cost.

Quanto all'art. 833 cc, si tratta di una disposizione che stigmatizza gli atti emulativi compiuti dal proprietario, vale a dire quelli che in astratto potrebbero corrispondere a forme di godimento del diritto di proprietà, ma che in concreto esulano da esso, realizzando esclusivamente un nocumento nei confronti di altri.

Lasciando da parte le difficoltà applicative della disposizione, il senso è comprensibile facendo leva su due considerazioni: una di carattere storico e una di carattere topografico. In primo luogo, va ricordato il progetto per l'inserimento di una norma generale all'interno del Codice Civile che censurasse l'esercizio del diritto in contrasto con lo scopo per cui lo stesso è conferito, successivamente accantonato⁴⁵; in secondo luogo, la norma è collocata subito dopo la definizione del contenuto del diritto di proprietà: una volta riconosciuta la pienezza e l'esclusività dell'utilizzo e della disposizione della cosa, l'intenzione del legislatore è quella di impedire che il diritto venga esercitato per scopi diversi rispetto alla *ratio* della norma e non meritevoli di tutela.

In origine, la disposizione è stata introdotta con l'intento di assicurare primariamente l'interesse della collettività nell'utilizzo del bene⁴⁶, coerentemente con l'impostazione fascista; successivamente, essa si è prestata a una lettura costituzionalmente orientata, mediante il filtro della funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 Cost.

Nell'ambito dei rapporti contrattuali, manca una disposizione analoga all'art. 833 cc, tuttavia, la giurisprudenza ha definito l'abuso del diritto come indice sintomatico della violazione della buona fede e ne ha individuato gli elementi costitutivi: la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; la possibilità che l'esercizio di quel diritto possa essere effettuato con diverse modalità non predeterminate; l'esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della disposizione attributiva, secondo modalità censurabili; infine, la conseguente sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il

⁴⁵ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, cit., p. 166 e ss.

⁴⁶ M. ALLARA, *Atti emulativi*, in *Enc. Dir.*, 1959, IV, p. 34.

sacrificio cui è soggetta la controparte⁴⁷.

Rispetto alla categoria in esame, spunti interessanti si traggono dalla vicenda giurisprudenziale della parcellizzazione del credito⁴⁸, per cui il richiamo al principio di solidarietà ha svolto un ruolo essenziale, così come il richiamo a un'altra disposizione costituzionale, vale a dire l'art. 111 Cost., che regola il giusto processo. In particolare, la questione riguarda l'ammissibilità di plurime azioni finalizzate all'adempimento del credito, con conseguente moltiplicazione delle spese processuali, defatiganti e scoraggianti per la controparte che debba difendersi in giudizio; l'attenzione si è poi concentrata sull'individuazione dei rimedi esperibili dalla parte convenuta contro chi abbia attivato in maniera abusiva il processo, profilo trascurabile ai fini dell'analisi che si sta conducendo.

Nel caso di specie, attingendo ai principi costituzionali, l'interprete si occupa direttamente del bilanciamento dei contrapposti interessi, in assenza di una specifica disciplina sul punto, o meglio, ridefinendo le modalità di esercizio di un diritto, già riconosciuto dalla legge. Nella motivazione, ritorna il riferimento all'avvenuta costituzionalizzazione del canone generale della buona fede, che, quindi, impone obblighi di protezione nei confronti dell'altra parte anche nella fase successiva all'inadempimento e, in particolare, quando venga attivato un giudizio per ottenere la soddisfazione del diritto derivante dal contratto. Argomento ulteriore è la necessità di garantire – in coerenza con l'art. 111 Cost. – sia la ragionevolezza della durata del procedimento, incompatibile con la moltiplicazione delle domande, sia la giustezza del processo, che viene meno per effetto dell'abuso, concretizzatosi con l'esercizio dell'azione in forme eccedenti e devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale per cui si agisce⁴⁹.

Analoghe considerazioni valgono per la questione della cd. nullità selettiva, sempre relativa alla fase patologica del rapporto contrattuale. La categoria è stata individuata nell'ambito dei rapporti di intermediazione finanziaria, in cui le parti sono in una condizione di asimmetria informativa, ragion per cui il legislatore prevede meccanismi di tutela per l'investitore, tra cui la nullità di protezione per violazione della forma scritta del contratto di cui all'art. 23 TUF (d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58). In particolare, la giurisprudenza è intervenuta in relazione all'ammissibilità di un potere di selezione da parte dell'investitore degli ordini di acquisto da caducare per effetto della nullità del contratto – quadro, posto a monte delle operazioni di investimento.

⁴⁷ Cass. Civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106,

⁴⁸ Le pronunce fondamentali in cui si sono alternate diverse tesi sono state: Cass., Sez. Un., 10 aprile 2000 n. 108; Cass. Sez. Un., 15 novembre 2007 n. 23726; Cass., Sez. Un., 16 febbraio del 2017 n. 4090.

⁴⁹ Cass. Civ., Sez. Un., 15 novembre 2007 n. 23726, punto n. 5.

Anche in questo caso, si attinge ai principi costituzionali per definire la questione⁵⁰, in maniera simile a quanto avvenuto in materia di parcellizzazione del credito: deve verificarsi se il soggetto utilizzi lo strumento di tutela per conseguire effetti distorsivi ed estranei rispetto alla funzione di riequilibrio impressa dal legislatore, vale a dire arrecando un ingiustificato pregiudizio alla controparte. Nello specifico, la rilettura della nullità, che conserva la sua matrice protettiva, avviene mediante il richiamo alla buona fede, che opera sempre bilateralmente, in funzione di riequilibrio endocontrattuale, conformando anche le modalità di esercizio dei diritti del soggetto debole per definizione, nell'ambito di rapporti strutturalmente asimmetrici.

5. (Segue). Interessi costituzionali e danno esistenziale

Come già evidenziato, ai fini dell'analisi, si traggono argomenti interessanti anche dalle vicende relative all'illecito civile e alla tipicità dei danni non patrimoniali, che si collocano in quell'ipotesi di applicazione diretta sopra indicata come "combinato disposto delle disposizioni costituzionali con norme ordinarie a struttura aperta", e anche da quegli orientamenti secondo cui è possibile individuare diritti inediti a partire dall'art. 2 Cost.

La responsabilità civile costituisce un riferimento necessario per il tema che si sta trattando perché proprio in tale settore Corte Costituzionale e Corte di Cassazione hanno ampliato gli spazi di applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici, sollecitati ad apprestare tutela a interessi, o meglio situazioni giuridiche, anche in mancanza di una specifica disposizione legislativa che li menzionasse.

Per comprendere il senso di questa analisi occorre fornire le coordinate fondamentali in materia di illecito civile, tracciando il tradizionale doppio binario: da un lato, si colloca l'art. 2043 cc, che introduce il principio del *neminem laedere* e si riferisce ai danni di natura patrimoniale, in cui domina l'atipicità; dall'altro, si colloca l'art. 2059 cc, relativo ai danni non patrimoniali, in cui, viceversa, vige il principio di tipicità⁵¹, dal momento che la tutela risarcitoria è riconosciuta solo nei casi determinati dalla legge.

Fatta questa premessa sistematica, può intraprendersi un'analisi di matrice storica, volta a individuare gli argomenti che hanno consentito alla giurisprudenza costituzionale e a quella di legittimità di ampliare l'ambito dei danni risarcibili, con la conseguente tutela di situazioni giuridiche inedite nell'ordinamento, senza passare per una disciplina legislativa specifica⁵².

⁵⁰ Cass. Civ., Sez. Un., 4 novembre 2019 n. 28314, punto 17.

⁵¹ Impostazione recepita nel Codice del 1942, ma in realtà antecedente allo stesso, come emerge da Cass., Sez. Un., 20 ottobre 1924, in *Giur. it.*, I, 1924, 1, c. 952, per cui il risarcimento di pregiudizi non patrimoniali rappresentava solo un'ipotesi eccezionale e tipica.

⁵² Sull'illecito civile come applicazione diretta della Costituzione, in particolare in relazione al

Fondamentale è il riconoscimento della risarcibilità del danno biologico, conseguente alla lesione del diritto alla salute, previsto all'art. 32 Cost. e, più in generale, degli interessi non patrimoniali dell'individuo connessi a diritti costituzionali fondamentali ex art. 2 Cost.

Inizialmente, proprio per l'interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 2059 cc, limitato solo al risarcimento del danno conseguente da reato ai sensi dell'art. 185 cp, in assenza di una disposizione cui ancorare la tutela della salute, la giurisprudenza aggancia la tutela risarcitoria all'art. 2043, limitandola esclusivamente ai riflessi patrimoniali derivanti dalla lesione. Grazie all'intervento della Corte Costituzionale, si afferma per la prima volta, in base al combinato disposto dell'art. 2043 cc con l'art. 32 Cost., la risarcibilità *ex se* del danno biologico⁵³, identificato con la lesione del diritto alla salute.

Nello specifico, il presupposto di partenza è il riconoscimento della salute "quale diritto primario e assoluto, pienamente operante anche nei rapporti privati"⁵⁴, per cui la stessa Corte ravvisa la sussistenza dell'illecito, con conseguente obbligo di riparazione indipendentemente da ogni riflesso economico, principalmente in base alla diretta applicazione della Costituzione che tutela il diritto alla salute all'art. 32 Cost.

Il dibattito non si ferma a questo punto, anzi, viene arricchito dalla giurisprudenza di legittimità, che riprende le argomentazioni della Consulta sostenendo che le norme costituzionali che garantiscono diritti fondamentali sono "pienamente e direttamente operanti «anche nei rapporti tra privati» (cd. *Drittwirkung*)"⁵⁵ e pertanto consentono di estendere la portata dell'art. 2043 cc, letto in combinazione con gli artt. 2 e ss. Cost., fino a ricomprendere il risarcimento di tutti i danni che anche solo potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana.

In due sentenze gemelle⁵⁶ la Corte di Cassazione mette in discussione i presupposti fondamentali dell'impostazione sopra brevemente descritta: viene superata la lettura restrittiva dell'art. 2059 cc, per cui si ammette la risarcibilità

danno biologico e ai ccdd. nuovi diritti: S. MORELLI, *L'applicazione diretta della Costituzione nei rapporti interindividuali*, in *Giust. Civ.*, 12/1996, p. 546 e ss.; M. R. MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, cit., p. 6 e ss.; F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione: il problema dell'applicazione diretta del testo costituzionale*, disponibile all'indirizzo: www.federalismi.it, 24/2010, p. 17; E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit.; A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale: una risposta ad Elisabetta Lamarque*, in *Quad. cost.*, 2/2009, p. 303 ss.

⁵³ C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, considerato in diritto n. 11.

⁵⁴ C. cost., 26 luglio 1979, n. 88, considerato in diritto n. 2.

⁵⁵ Cass. Civ., Sez. I, 7 giugno 2000, n. 7713, che riconosce, di conseguenza, la risarcibilità del fatto in sé della lesione di valori costituzionalmente garantiti (danno-evento) indipendentemente dalle ricadute patrimoniali della stessa (danno-conseguenza).

⁵⁶ Cass. Civ., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828. Successivamente, conferma la nuova lettura: Cass. Civ., Sez. III, 3 luglio 2008, n. 18210.

di tutti i danni non patrimoniali anche di quelli determinati dalla lesione di interessi della persona – non aventi natura economica – che trovino fondamento nella Costituzione, suggerendo la rimeditazione di quell'indirizzo che fondava il risarcimento del cd. danno biologico sul combinato disposto degli artt. 2043 cc e 32 Cost. Successivamente, la Corte Costituzionale recepisce la nuova impostazione e colloca espressamente la tutela per la lesione dell'interesse all'integrità psichica e fisica della persona all'art. 2059 cc⁵⁷.

È interessante evidenziare come entrambi i consessi, in un primo momento⁵⁸, facciano leva principalmente sulla diretta applicabilità delle norme costituzionali, che riconoscono gli interessi inerenti alla persona e alla sua completa realizzazione, anche nei rapporti privatistici; successivamente, invece, prediligono motivazioni che si fondano sulla lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni codicistiche⁵⁹. Le conclusioni sono pressoché identiche, ma viene modificato il percorso che l'interprete deve seguire per arrivare al riconoscimento di tutela risarcitoria a situazioni inedite per la legge: applicazione diretta in un caso, interpretazione conforme nell'altro. Come si evidenzierà poi, in effetti, anche oggi è difficile la ricostruzione dei rapporti tra i due istituti, in quanto interpretazione conforme e applicazione diretta sono strettamente connessi, al punto da confondersi nel caso concreto⁶⁰.

È altresì da rilevare che la Corte Costituzionale per sostenere le soluzioni adottate dalla giurisprudenza per i nuovi danni non patrimoniali richiama ipotesi legislative che si muovono nella stessa direzione, vale a dire nel senso del superamento di una nozione limitata al solo danno morale subiettivo⁶¹. Ciò che qui interessa è l'idea della Corte Costituzionale secondo cui sia la legge sia la giurisprudenza contribuiscano a dare voce a interessi di rilievo costituzionale: i due strumenti non si contrappongono, ma convivono e vanno coordinati tra loro.

A questo punto, è fondamentale ricordare che lo scopo degli interventi legislativi e giurisdizionali, in quanto espressioni di funzioni pubbliche, è quello di applicare-attuare la Costituzione e tutti i valori in essa contenuti. L'argomento è utile per comprendere quanto avvenuto successivamente alle decisioni

⁵⁷ C. cost., 11 luglio 2003, n. 233, considerato in diritto 3.4, che richiama proprio le sentenze gemelle citate.

⁵⁸ C. cost., 26 luglio 1979, n. 88 e Cass. Civ., Sez. I, 7 giugno 2000, n. 7713. Diversamente C. cost. 14 luglio 1986, n. 184, considerato in diritto n. 11, parla di una "lettura costituzionale" dell'art. 2043, pur richiamando poi la precedente C. cost., 26 luglio 1979, n. 88.

⁵⁹ Cass. Civ., Sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828 e C. cost. 11 luglio 2003, n. 233.

⁶⁰ E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., 280 e P. VERONESI, *All'incrocio tra "revisione", "applicazione" e "attuazione"*, cit., p. 298 ss. Più in generale sull'inscindibilità tra interpretazione e applicazione nell'uso giudiziario della Costituzione: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 67.

⁶¹ C. cost. 11 luglio 2003, n. 233, considerato in diritto n. 3.

sopra richiamate: una volta aperte le porte del danno non patrimoniale con il danno esistenziale⁶², si moltiplicano le fattispecie tutelate nella prassi applicativa⁶³.

Si arriva così all'eccesso opposto: si passa da una nozione restrittiva di danno non patrimoniale a una così estesa da ricomprendervi qualsiasi tipo di disagio, anche irrisorio, patito dall'individuo, peraltro senza passare per una dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 2059 cc, finalizzata a cancellare una volta per tutte il carattere di tipicità insito nella disposizione, con conseguenti incertezze e disparità di trattamento. Come già evidenziato per la buona fede, infatti, si tratta di una valutazione che è rimessa alla sensibilità di ciascun giudice, le cui decisioni sono prive dell'efficacia *erga omnes* o anche solo dell'autorevolezza che contraddistinguono, invece, quelle di accoglimento o interpretative di rigetto della Corte Costituzionale.

Come emerge in quella parte della dottrina preoccupata da queste derive, l'unico modo per arginare la "giurisprudenza alluvionale" successiva è la definizione di un criterio che consenta di selezionare gli interessi, o meglio le posizioni soggettive alle quali riconoscere il rango di diritto costituzionale⁶⁴. In questo contesto irrompono le Sezioni Unite Civili del 2008, che forniscono le coordinate essenziali in materia di danno non patrimoniale⁶⁵ con il precipuo scopo di contenere il proliferare incontrollato di azioni dirette a tutelare situazioni non costituzionalmente rilevanti e a ottenere il risarcimento dei cosiddetti danni bagattellari⁶⁶. In particolare, a parere del supremo consesso è indispensabile la lesione di un diritto inviolabile della persona, vale a dire un'ingiustizia costituzionalmente qualificata, che presenti i caratteri della serietà e della gravità, da accertarsi in concreto. In questa occasione viene evidenziata la necessità che il giudice effettui un bilanciamento tra opposti principi: solidarietà verso il danneggiato e tolleranza verso il danneggiante rispetto a pregiudizi futuri che ciascuno, in quanto inserito nel contesto sociale, deve accettare⁶⁷.

⁶² Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, punto n. 6.

⁶³ *Ex multis*: Cass. Civ., Sez. III, 02/04/2001 n. 4783 individua il danno esistenziale nella sofferenza psichica provata dalla vittima di lesioni fisiche, che abbia atteso lucidamente anche per poche ore la propria morte; Cass. Civ., Sez. lav., 3 luglio 2001, n. 9009 sostiene la risarcibilità del danno derivante dal mancato godimento del riposo settimanale; Cass. Civ., Sez. lav., 4 giugno 2003, n. 8904 riconosce il risarcimento del danno anche alla vita di relazione causato dal demansionamento.

⁶⁴ E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., p. 286 e 287.

⁶⁵ Cass. Civ. Sez. Un., 11/11/2008, n.26972/3/4/5. Successivamente, la Corte interviene e si sforza di fornire criteri unitari in materia di danno non patrimoniale, come ord. Cass. Civ., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513, cons. in diritto 5.10, che contiene un vero e proprio decalogo.

⁶⁶ Tra i pregiudizi di "dubbia serietà" menzionati da Cass. Civ. Sez. Un., 11/11/2008, n. 26972, punto n. 3.2 della motivazione: la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il mancato godimento della partita di calcio in televisione determinato dal black-out elettrico.

⁶⁷ Cass. Civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n.26972, punto 3.11 che richiama a questo proposito

Nello specifico, emerge l'esigenza di garantire quantomeno la tutela risarcitoria⁶⁸ a tutte le situazioni giuridiche connotate da inviolabilità, ossia quelle che non possono essere messe in discussione senza sovvertire l'ordine costituzionale⁶⁹. Ciò vale anche per interessi inediti, emersi nella realtà sociale, attinenti a posizioni inviolabili della persona⁷⁰ e alla sua dignità, che vengano individuati in via interpretativa, mediante una lettura aperta dell'art. 2 Cost.⁷¹, cui aderiscono espressamente le Sezioni Unite sopra citate.

La conclusione, accolta più o meno unanimemente, è che la categoria dei diritti inviolabili sia dotata di capacità espansiva autopoietica, per cui nuovi interessi possono essere tutelati, ma soltanto se trovino un riscontro positivo o comunque presentino una matrice comune alle situazioni giuridiche relative alla persona menzionate espressamente in Costituzione⁷².

L'individuazione di questo criterio consente di ridurre il margine di discrezionalità dell'interprete, prevenendo arbitrii e abusi da parte di quest'ultimo e garantendo maggiore certezza e prevedibilità delle soluzioni adottate. Le nuove situazioni giuridiche non rappresentano altro che nuovi profili di interessi contemplati già dalla Costituzione, il ruolo dell'interprete è il loro adeguamento alle esigenze di tutela espresse nel caso concreto o anche "l'inveramento del valore costituzionale nel fatto"⁷³.

Da tali considerazioni sembrerebbe la stessa giurisprudenza l'antidoto⁷⁴

l'art. 2 Cost.

⁶⁸ Non sufficiente per E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., p. 283. C'è chi ritiene, invece, che la tutela potrebbe essere efficace se si riconoscesse al risarcimento anche una funzione sanzionatoria-deterrente, ammettendo cioè i cd. danni punitivi, A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale*, cit., 306. Non si concorda con tale impostazione dal momento che, come evidenziato da Cass. Civ., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, per quanto non incompatibili in termini assoluti con il nostro sistema, i danni cd. punitivi sono ammessi solo in base di una legge che li contempli, ex artt. 25, comma 2 Cost., 7 CEDU e 23 Cost., non si vede quindi come possa il giudice, riconosciuta la rilevanza costituzionale di una situazione giuridica legislativamente inedita, poi associarvi una tutela di questo tipo.

⁶⁹ La Corte Costituzionale - anche se ad essere precisi discorre di "diritti fondamentali" e non di "diritti inviolabili" - ha adoperato tale impostazione per la cd. teoria dei controlimiti, che limita l'incidenza e la prevalenza dell'ordinamento europeo sull'ordinamento interno (C. cost. 18 dicembre 1973, n. 183, considerato in diritto n. 9).

⁷⁰ Cass. Civ. Sez. Un., 11 novembre 2018, n.26972, punto n. 2. 14.

⁷¹ Sul dibattito relativo alla lettura aperta o chiusa dell'art. 2 Cost., *ex multis* a favore della prima: G. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*; *contra*: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Come evidenziato in dottrina, il problema dell'accoglimento di una lettura aperta "incondizionata" si pone perché il riconoscimento di un nuovo diritto corrisponde sempre all'insorgenza di correlativi obblighi a carico di altri, senza alcun aggancio testuale in Costituzione: E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, Annali VII, 2014, p. 354; R. MANFRELOTTO, *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 86.

⁷² E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, cit.

⁷³ R. MANFRELOTTO, *Giustizia della funzione normativa*, cit., p. 301.

⁷⁴ G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2018, p. 330.

all'attivismo giurisdizionale che, in casi limite, ha destato il sospetto di una illegittima usurpazione nelle scelte in materia di diritti, al di fuori del circuito democratico, con esautoramento del Parlamento, e al di fuori del controllo di costituzionalità.

Il ruolo cruciale del giudice comune non deve sorprendere: la stessa Corte Costituzionale ne ha valorizzato l'attività interpretativa; ancora prima, essa ha evidenziato che in situazioni di carenza legislativa spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei diritti costituzionali coinvolti nel caso concreto, fermo restando che, in generale, l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio rientri primariamente tra le valutazioni riservate al legislatore⁷⁵.

Un'impostazione di questo tipo, in cui l'organo di legittimità costituzionale investe il giudice affinché selezioni e bilanci i contrapposti interessi del caso concreto, è coerente con un ordinamento in cui quest'ultimo è giudice dei diritti individuali⁷⁶ che sentenza sulla base della domanda del singolo, mentre la Corte Costituzionale è giudice delle leggi che si pronuncia su ricorso incidentale – fermi restando gli effetti connessi al requisito della rilevanza – senza perdersi in questioni di “micro-conflittualità giudiziaria”⁷⁷.

A tal proposito, comunque non possono trascurarsi le preoccupazioni di chi⁷⁸ vede in un uso disinvolto del testo costituzionale il pericolo di mettere in discussione i fondamenti del nostro sistema accentrato di giustizia costituzionale, sebbene sia innegabile che diversi sono gli strumenti, gli scopi e gli esiti delle attività dei due organi, come concepiti dai Costituenti. L'eliminazione dall'ordinamento di una specifica interpretazione con efficacia *erga omnes*, mediante la dichiarazione della parziale illegittimità della legge impugnata, ma più in generale la perdita di vigenza di una disposizione richiederà sempre un intervento ablativo dell'organo di costituzionalità, in coerenza con un sistema di tipo accentrato; esso non riguarda direttamente la regolazione del caso concreto, ma attiene alla coerenza strutturale dell'ordinamento giuridico, che per l'appunto non interessa il giudice di merito, ma il giudice delle leggi.

Con il tempo, la Corte Costituzionale mostra una maggiore consapevolezza rispetto a tali profili: pur avendo promosso – a tratti forzato – il rapporto diretto dei giudici di merito con il testo costituzionale, delegando loro il bilanciamento di interessi, ha rivendicato per sé un ruolo centrale nel sistema di giustizia costituzionale in materia di diritti della persona, anche quando debba scrutinarsi la disposizione interna alla luce del diritto dell'Unione Europea⁷⁹,

⁷⁵ È quanto si legge in C. cost. 26 settembre 1998, n. 347, considerato in diritto n. 4.

⁷⁶ Come sostiene R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti?*, cit., p. 634.

⁷⁷ A. GUAZZAROTTI, *Diritti inviolabili e creatività giurisprudenziale*, cit., p. 12.

⁷⁸ E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, cit., p. 274 e ss.

⁷⁹ C. cost., 14 dicembre 2017, n. 269, considerato in diritto n. 5.2 e C. cost. 21 febbraio 2019, n.

rispetto al quale era stato riconosciuto il potere diffuso di disapplicazione della norma interna contrastante.

6. La regola del caso: combinazione o bilanciamento

Dalla rassegna giurisprudenziale condotta con riferimento alle clausole generali e all'illecito civile, in taluni casi è emersa la confusione terminologica che spesso connota la ricostruzione del ragionamento seguito dall'interprete, parlando indistintamente di interpretazione conforme e applicazione diretta di norme costituzionali. Occorre quindi definire la prima e indagarne i rapporti con la seconda, per quanto entrambe possano considerarsi forme di attuazione della Costituzione e quindi risvolti dello stesso fenomeno.

L'obbligo di interpretazione conforme è l'obbligo in virtù del quale, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, il giudice deve tentare di ricavare dalla disposizione un significato compatibile con la Costituzione. Traducendo il tutto in termini matematici, è possibile costruire una relazione con i termini (a) giudice – (b) legge – (c) Costituzione, nella quale (a) è soggetto a (b) per espressa previsione dell'art. 101, comma 2 Cost.; (b) a sua volta è soggetto a (c). Per la proprietà transitiva, ne deriverà quindi che (a) sarà anche soggetto a (c).

Il riferimento giurisprudenziale fondamentale del citato obbligo è la sentenza di inammissibilità n. 356 del 1996, con cui la Corte afferma che “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”⁸⁰.

Già precedentemente, tuttavia, era stato evidenziato che le questioni interpretative costituiscono mezzo e non fine⁸¹ del giudizio di costituzionalità, tant'è che la stessa Corte inizia ad avvalersi delle sentenze interpretative per mettere in comunicazione il mondo della legalità legale – presieduto dai giudici comuni – e quello della legalità costituzionale⁸² – presieduto dalla Corte Costituzionale, evitando inutili incidenti di costituzionalità. Con il tempo, a tali sentenze si affiancano quelle di inammissibilità, con cui viene censurato l'operato dell'interprete che non abbia tentato l'interpretazione conforme prima di sollevare la questione.

Proprio per le peculiarità di tale obbligo, di cui mancano riferimenti

20, considerato in diritto 2.1; sulle diverse sfumature delle due pronunce: T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte Costituzionale e giudici comuni*, in *Federalismi*, 3/2020, p. 131 e 132.

⁸⁰ C. cost., 22 ottobre 1996, n. 356, considerato in diritto n. 4.

⁸¹ C. cost. 5 luglio 1956, n. 19, per cui: “in tale sede la esatta interpretazione deve essere mezzo al fine, ma non può costituire l'oggetto principale della pronuncia”.

⁸² E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione*, cit., p. 7

specifici nel diritto positivo, esso è stato inteso diversamente in dottrina: c'è chi lo ha classificato come terza condizione per sollevare la questione⁸³, che si aggiunge alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza; altri, invece, lo hanno collocato nell'ambito della valutazione della non manifesta infondatezza⁸⁴, che da mera delibazione si converte in un giudizio di legittimità che doppia quello della Corte Costituzionale (anche se con esiti diversi rispetto a quest'ultimo); infine, c'è chi lo ha inquadrato nell'ambito dell'attività ermeneutica ordinaria svolta dall'interprete⁸⁵, che potrà adire la Corte Costituzionale solo quando la disposizione non si presti a una lettura costituzionalmente conforme⁸⁶, più precisamente, da alcuni è stato evidenziato che l'impossibilità di interpretazione conforme rappresenta il presupposto stesso perché di dubbio⁸⁷ di legittimità possa parlarsi, si tratterebbe, quindi, di una valutazione precedente a quella richiesta dall'art. 23 della l. 11 marzo 1953 n. 87.

In tempi più recenti, è mutata la prospettiva, tant'è che taluni parlano di “rovesciamento” del canone⁸⁸: dopo aver responsabilizzato i giudici di merito, sanzionandoli con l'inammissibilità della questione a fronte della possibilità di un'interpretazione conforme, la Corte rimodula l'obbligo in esame. In particolare, pur preservando la scelta del giudice di sollevare comunque la questione di legittimità quando disponga di un'alternativa, (ri)colloca sotto la propria lente la verifica dell'esistenza e della legittimità dell'opzione interpretativa scartata⁸⁹. Spingendosi oltre, la Corte completa – o forse corregge – la regola enunciata nella sentenza 356 del 1996, imponendo il proprio scrutinio anche sulla mera percorribilità della soluzione che non ha convinto il giudice *a quo*⁹⁰. Tale

⁸³ R. ROMBOLI, *Il riferimento al parametro costituzionale da parte del giudice in ipotesi diverse dalla eccezione di costituzionalità (L'interpretazione “adeguatrice” e l'applicazione diretta)*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità. Atti del seminario di Palermo 28-29 maggio 1998*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 202. Cfr. anche: A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 183.

⁸⁴ G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006, 155.

⁸⁵ R. BIN, *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, cit., p. 219. Sostiene la tesi del criterio sistematico, considerandola ipotesi fisiologica dell'ordinamento anche A. ANZON, “Diffusione” del controllo di costituzionalità o “diffusione” del potere, cit., p. 380.

⁸⁶ M. R. MORELLI, *Il ruolo del giudice tra interpretazione adeguatrice e corretto accesso al giudizio incidentale costituzionale*, in *Corr. giur.*, 11/1994, p. 1398, che valorizza l'utilizzo del criterio gerarchico nella ricostruzione dei rapporti tra Costituzione e legge.

⁸⁷ M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 44, nota n. 43; quest'ultimo, inoltre, ricostruisce i rapporti tra Costituzione e legge non tanto in termini di rapporto gerarchico, quanto assiologico, che opera solo sul piano ermeneutico, senza incidere sulla validità delle norme.

⁸⁸ S. STAIANO, *Corte Costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi*, 3/2021, p. 104.

⁸⁹ C. cost., 5 novembre 2015, n. 221, considerato in diritto n. 3.3.

⁹⁰ C. cost. 24 febbraio 2017, n. 42, considerato in diritto n. 2.2.

impostazione è ripresa successivamente⁹¹: nonostante la possibilità di un'interpretazione conforme, il giudice che la ritenga impraticabile o non condivisibile deve comunque ricorrere alla Corte Costituzionale, l'unica cui spetta di vagliare la disposizione.

Una volta inquadrato anche il canone dell'interpretazione conforme e percorso brevemente la differente incidenza dello stesso sull'attività ermeneutica del giudice, occorre tracciarne la distinzione rispetto all'applicazione diretta: con il primo esiste una disposizione di legge applicabile al caso concreto, che l'interprete deve osservare; con la seconda, invece, manca proprio un riferimento legislativo, per cui il giudice attinge direttamente alla Costituzione per individuare la regola del caso concreto.

Il discorso sull'interpretazione conforme per cui la Costituzione entra nel materiale normativo in base al quale deve svolgersi l'esegesi della disposizione e che implica un rapporto diretto del giudice comune con la Costituzione può traslarsi all'applicazione diretta: anche in quest'ultimo caso l'interprete non può orientare la propria decisione senza tener conto (anche) dei precetti costituzionali, con la differenza che la regola non deriva dalla legge interpretata alla luce della Costituzione, ma viene costruita esclusivamente con quest'ultima. Volendo riprendere la relazione matematica sopra esposta, mancherà l'elemento (b), per cui i rapporti tra (a) giudice e (c) Costituzione potranno ricostruirsi non tanto con la regola transitiva, ma in termini diretti come soggezione di (a) a (c), grazie al riconoscimento di forza normativa propria alla Costituzione.

In pratica: se l'interprete deve rispondere alle parti e individuare la regola del caso coerente col sistema, per rimediare alle lacune legislative dovrà valorizzare l'intero bagaglio normativo di cui dispone, soprattutto quello che si colloca ad un livello superiore e che lo orienta anche quando vuoti legislativi non ci sono. Non sarebbe coerente con l'obbligo di interpretazione conforme, o più in generale con il riconoscimento della forza normativa della Costituzione, negarne l'applicazione diretta nel caso concreto⁹², solo per il timore di abusi dell'interprete, come già dimostrato.

A chiusura delle considerazioni esposte, si evidenzia che c'è chi⁹³ ha ricostruito i rapporti tra interpretazione conforme e applicazione diretta in termini dinamici e strettamente connessi, fissando come momento cruciale dell'attività

⁹¹ C. cost., 18 luglio 2019, n. 189, considerato in diritto n. 9.1; C. cost., 5 febbraio 2020, n. 11, considerato in diritto n. 3.3.

⁹² Ecco perché c'è chi ritiene che la cd. *Drittwirkung* rappresenti solo un falso problema, dal momento che a tutti, soggetti pubblici e privati, si impongono le norme costituzionali, v. R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, cit., p. 70.

⁹³ O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in E. Malfatti, R. Romboli (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 420 e ss.

dell'interprete la saldatura di elementi normativi, cd. normogenesi. Essa presuppone lo sforzo da parte dell'organo giudicante di conciliare i significati enucleabili dalla legge ordinaria con i significati derivanti dalla disposizione costituzionale, a sua volta testo da interpretare⁹⁴.

Con l'interpretazione conforme sarà possibile saldare le norme di rango differente, creando una nuova norma, che regolerà il caso concreto; solo ove tale operazione fallisca o non convinca il giudice di merito, sarà necessario adire la Corte Costituzionale per la rimozione di quella disposizione ordinaria i cui significati non sono compatibili con il livello gerarchico superiore; si tratta di un meccanismo imprescindibile perché esso rappresenta il punto di equilibrio del sistema ed evita di sconfinare in un eccesso di "diffusione"⁹⁵. Nell'ipotesi di applicazione diretta, invece, gli elementi normativi si desumono direttamente dal testo costituzionale: in questo caso prevale il bilanciamento tra contrapposti interessi - tutti di rilievo costituzionale e non composti dalla legge ordinaria - alla combinazione di significati.

È quanto emerso nelle vicende sopra analizzate: quando la legge non ha già regolato il caso concreto, in assenza di elementi normativi da cui ricavare la decisione coerente con la Costituzione (interpretazione conforme), il giudice dovrà necessariamente soppesare gli interessi costituzionali sottesi alla vicenda concreta e trovare egli stesso, come avrebbe fatto il legislatore sul piano generale e astratto, il corretto bilanciamento.

7. Conclusioni

Si ritorna qui al problema accennato in premessa e che è emerso a più riprese nel corso della trattazione: non sempre è netta la distinzione dei momenti che concorrono al ragionamento dell'interprete⁹⁶, ne deriva quindi la difficoltà di intendere in senso univoco l'espressione "applicazione diretta", "può essere che la norma Costituzione costituisce fonte immediata della regola del caso concreto; può essere che essa intervenga nella costruzione della premessa maggiore del ragionamento del giudice guidando in senso costituzionale l'interpretazione della legge da applicare; può essere che serva ad invalidare la

⁹⁴ Segue tale impostazione anche R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione*, cit., p. 14. *Contra*: A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come meta criterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 499 e M. PERINI, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte Costituzionale e autorità giudiziaria*, cit., p. 69.

⁹⁵ M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale oggi, e l'interpretazione "conforme a"* in *Foro amm.*, suppl. 7-8/2007, p. 93 e ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) "fare da sé"*. *Interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. Soc.*, 4/2018, p. 649.

⁹⁶ F. MANNELLA, *Giudice comune e Costituzione*, cit., p. 19 e ss.

disposizione contrastante (e non componibile in via ermeneutica), salvo poi risolvere il problema di reperire la norma del caso (per *analogia legis*, per *analogia juris*, in via equitativa ecc.)⁹⁷.

L'unica certezza è che la Costituzione sia un dato imprescindibile per rispondere a un'istanza concreta, cui è sotteso un interesse che riflette i diritti inviolabili della persona: le norme costituzionali rientrano nel materiale normativo che il giudice deve utilizzare per riconoscere, rafforzare o estendere la tutela della parte che ha instaurato il giudizio.

Tirando le fila di questo contributo, le preoccupazioni avanzate da taluni si collocano sui possibili squilibri nell'ordinamento delineato dai Costituenti, in particolare su due diversi fronti: rispetto al ruolo della Corte Costituzionale e rispetto al ruolo del Parlamento. Per quanto fondate, esse sembrerebbero superabili, cogliendo la complessità dei rapporti tra funzioni.

In primo luogo, non si vede come possa venire esautorato il ruolo proprio della Corte Costituzionale da un'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali, con conseguente trasformazione del sistema accentrato in uno di tipo diffuso, giacché nessun giudice dispone del potere di annullamento *erga omnes* delle disposizioni che contrastino con la Costituzione. Pur utilizzando direttamente la Costituzione, nessun giudice potrà sottrarsi all'obbligo di cui all'art. 101, comma 2 Cost, pertanto due sono le alternative: se c'è una disposizione di legge dovrà applicarla, a meno che essa non sia incostituzionale, caso in cui dovrà sollevare l'incidente di costituzionalità⁹⁸; se la materia è inedita, invece, potrà ricostruire la regola del caso per rispondere alla domanda di parte, valorizzando anche le norme costituzionali. Depongono in tal senso le pronunce con cui la Corte, anziché accogliere la questione di legittimità costituzionale, o invita il giudice a reinterpretare la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale (come avviene nelle ipotesi di inammissibilità per omessa interpretazione conforme) o recepisce soluzioni già fatte proprie dalla giurisprudenza (rigettando il ricorso per infondatezza).

Non si può negare che l'accentuazione degli elementi di diffusione connotati al sistema rechi degli inconvenienti: da un lato, l'interpretazione conforme e l'applicazione diretta favoriscono soluzioni immediate per il caso concreto; dall'altro, rischiano di determinare incertezza e imprevedibilità delle stesse, nonché disparità di trattamento rispetto a situazioni identiche. L'interpretazione conforme senza adire la Corte Costituzionale non elimina definitivamente le interpretazioni illegittime alternative, alle quali altre autorità potrebbero accedere; inoltre, non può garantirsi sempre l'omogeneità degli

⁹⁷ R. BIN, *L'applicazione diretta della costituzione*, cit., p. 14.

⁹⁸ R. ROMBOLI, *L'«obbligo» per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, disponibile all'indirizzo: www.forumcostituzionale.it, 4/2016, p. 6.

orientamenti, per cui le soluzioni finirebbero per dipendere dalla sensibilità di ciascun interprete. Su quest'ultimo profilo, tuttavia, c'è chi ha evidenziato come la stessa giurisprudenza, attribuendo rilevanza al precedente in materia di diritti fondamentali, abbia saputo fornire una soluzione al problema della certezza degli esiti dell'attività dell'interprete, perseguendo uno "stabile assetto interpretativo"⁹⁹.

È probabile che proprio il rischio in esame abbia spinto la Corte a rimarcare la centralità del proprio ruolo all'interno del sistema rispetto ad entrambi gli istituti esaminati: nella sua rinnovata ricerca di legittimazione ha sottolineato la necessità di soluzioni *erga omnes* - ad essa riservate - spesso decidendo anche oltre i limiti dalla stessa fissati precedentemente rispetto all'attività legislativa. È quanto emerge, per esempio, in ambito penale, in cui si assiste al superamento della dottrina delle cd. rime obbligate, con creazione di norme da parte della Corte per far fronte all'inerzia del legislatore. È evidente che in tale settore il principio di legalità e i suoi corollari, impediscono di appellarsi a forme di applicazione diretta della Costituzione che sarebbero sovversive: la creazione di norme da parte dell'autorità giudiziaria, anche ove necessaria a decidere il caso concreto, sarebbe intollerabile; a ciò si aggiunge l'opportunità di una valutazione generale e più autorevole rispetto a quella del singolo giudice, limitata sempre al giudizio di merito. Si innesta, quindi, un diverso problema che non interessa direttamente l'autorità giudiziaria, ma attiene alla natura della Corte Costituzionale, nello specifico rispetto alle prerogative del legislatore, e riguarda la possibilità di includere nella funzione di garanzia costituzionale anche l'esercizio di un'attività paralegislativa.

La tendenza al ri-accentramento non sminuisce l'autorità giudiziaria, anzi potrebbero permanere i dubbi manifestati sul rischio di un eccesso di diffusione nel sistema: perché se attivi l'incidente di costituzionalità occorre sempre un'ordinanza di rimessione del giudice, il quale ritenga di non disporre dei mezzi adeguati a risolvere la questione. Allo stesso modo, l'applicazione in concreto dell'interpretazione proposta dalla Corte Costituzionale - ciò vale nel caso di rigetto e sopravvivenza della disposizione allo scrutinio - dipende sempre dai giudici comuni, oltre che dalla persuasività delle motivazioni delle decisioni dell'organo di costituzionalità. Alla fine, sembrerebbe che il processo di ri-accentramento attivato dalla Corte si alimenti comunque tramite l'autorità giudiziaria - sebbene sollecitata e indirizzata attraverso le decisioni emesse

⁹⁹ Le parole sono riprese da C. cost. 26 marzo 2015, n. 49; sull'antinomia certezza del diritto - applicazione giudiziaria della Costituzione: G. GEMMA, *Applicazione giudiziaria della Costituzione e certezza del diritto*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione. Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 472 e ss.; sulla soluzione elaborata in giurisprudenza: C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2019, p. 562.

all'esito del giudizio costituzionale.

Tale considerazione sposta l'attenzione su un altro profilo: l'estensione e le caratteristiche della funzione giurisdizionale dipendono dal ruolo svolto dalla Corte Costituzionale; in particolare, è decisivo capire chi sia il "giudice dei diritti" all'interno del sistema. La scelta di fondo sembra essere chiara: l'autorità giudiziaria deve occuparsi della garanzia dei diritti nel caso concreto, applicando la legge, che rappresenta lo strumento con cui il legislatore si occupa dell'esplicazione degli stessi. È chiaro, tuttavia, che nella prassi il modello non sempre è facilmente perseguibile, principalmente per il malfunzionamento e il ritardo del Parlamento¹⁰⁰. La Corte Costituzionale interverrebbe solo in via residuale laddove il giudice non possa o riesca tramite l'interpretazione della legge a fornire alcuna tutela, nel solco di un'inerzia legislativa, con una pronuncia additiva, o nel caso di un irragionevole bilanciamento tra contrapposti interessi, con un intervento caducatorio o correttivo.

Anche rispetto al ruolo del Parlamento non può farsi a meno di evidenziare la diversità degli strumenti del giudice comune: nonostante la valorizzazione di stabili assetti interpretativi, le soluzioni elaborate per risolvere casi concreti non hanno la forza di innovare l'ordinamento nelle stesse modalità con cui è possibile mediante l'introduzione di una legge. In più, per il singolo interprete c'è sempre la possibilità di discostarsi dal precedente con adeguata motivazione; se non fosse così d'altronde non si porrebbe proprio il problema di certezza del diritto sopra prospettato. Coglie nel segno chi, consapevole del superamento del monopolio del legislatore nell'attuazione della Costituzione, descrive la complessità dei rapporti tra le due funzioni in termini piramidali: al vertice, si colloca la norma fondamentale; alla base, si affiancano funzione legislativa e giurisdizionale¹⁰¹, ispirate dalla Costituzione, che quindi contribuiscono ad attuare.

Potrebbe leggersi il rapporto tra giurisdizione, legislazione e garanzia costituzionale mediante la lente del principio di leale – e virtuosa – collaborazione, recentemente richiamato nei rapporti tra la Corte Costituzionale e le altre istituzioni¹⁰². Per come è configurato l'intero sistema, a prescindere dalle deviazioni emerse nella prassi, non può negarsi che il contributo della giurisprudenza nell'individuare e definire situazioni giuridiche, inedite per la legge, ma meritevoli di tutela, appare indispensabile, perché soltanto nelle aule di tribunale, laboratorio cui contribuisce anche l'avvocato¹⁰³, esse possono trovare per

¹⁰⁰ Questo profilo è affrontato diffusamente in: R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, cit., p. 633 e ss., che individua anche le ulteriori deviazioni dal modello.

¹⁰¹ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici davanti alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, p. 15.

¹⁰² M. CARTABIA, *Relazione del presidente sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, disponibile all'indirizzo: www.cortecostituzionale.it, 28 aprile 2020, p. 6 e ss.

¹⁰³ G. ALPA, *Giudici e legislatori*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2017, p. 35.

la prima volta compiutamente attenzione; non a caso, il legislatore, spesso, si limita a recepire e a meglio precisare soluzioni già emerse nella pratica. Alla fine, poi, anche quando sembra essere messo in discussione il ruolo del Parlamento o quando pare che il giudice si sia spinto oltre quelle situazioni connotate da inviolabilità, è proprio l'intervento della Corte Costituzionale a riportare in asse l'intero sistema frenando il giudice e richiamando l'attenzione del legislatore¹⁰⁴.

A tanto va aggiunto che la tendenza è verso la creazione di una sinergia e di una coerenza tra i diversi organi, la cui funzione sia l'attuazione dei valori costituzionali, con reciproco condizionamento: dove non arriva il legislatore interviene, anticipandolo, il giudice, se i mezzi a sua disposizione glielo consentono; diversamente, si rivolgerà alla Corte Costituzionale, che ha dimostrato la capacità di individuare di volta in volta gli strumenti necessari a sollecitare l'intervento del Parlamento, in prima battuta¹⁰⁵; poi, quelli volti a soddisfare direttamente un'esigenza di tutela, mutando veste e in sostanza, decidendo anche il caso concreto.

¹⁰⁴ *Ex multis*: C. cost., 4 novembre 2020 n. 230, considerato in diritto n. 8.

¹⁰⁵ Come avvenuto con C. cost. 27 ottobre 2018, n. 207 e C. cost., 9 giugno 2020 n. 132.